T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

FARKLI ÖZGÜRLÜK ANLAYIŞLARI ÇERÇEVESİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEMELLENDİRİLMESİ VE SINIRLANDIRILMASI

HAZIRLAYAN: KEMAL ŞAHİN

ÖĞRENCİ No: 2502010172

TEZ DANIŞMANI: Prof. Dr. OKTAY UYGUN

İSTANBUL 2008

ÖZ

Her şeyden önce ifade özgürlüğü temel bir insan hakkıdır ve bu, ifade özgürlüğünün hak boyutunu oluşturur. Bu anlamda ifade özgürlüğü hakkının deontolojik bir temeli bulunur. Başka bir deyişle, ifade özgürlüğü deontolojik bir tezle haklılaştırılabilir. İfade özgürlüğünün diğer boyutunu ise özgürlük boyutu oluşturur. Özgürlüğün negatif boyutu, kişinin özgürlüğüne devletin müdahalesine karşı bir güvenceyle ilgiliyken; özgürlüğün pozitif boyutu, kişinin özgürlüğünü gerçekleştireceği uygun ortamın oluşturulması için devletin yapması gereken (olumlu) müdahalelerle ilgili bir konudur. Bu, genellikle hak öznesinin söz konusu hak ve özgürlükleri gerçekleştirebilmesinin devletin olumlu edim yükümlülüğü kapsamında ele alınması anlamına gelir. Modern insan hakları hukukunun, özgürlüğünün her iki boyutunu da kuşatıcı bir karakter taşıdığı belirtilmekte ve genellikle bu durum, özgürlüğün üçüncü bir boyutunun olması gerektiği biçimde yorumlanmaktadır. İfade özgürlüğünün temel bir insan hakkı olduğu düşünüldüğünde, özgürlüğün üçlü bir boyutta ele alınmasının hakkın norm alanının belirlenmesi bakımından aynı biçimde önemli olduğu görülür. Bu bağlamda, ifade özgürlüğü hakkının negatif ve pozitif olmak üzere iki boyutunun hakkın norm alanıyla bağlantılı olduğu söylenebilir. Birincisi, ifade özgürlüğü hakkının norm alanının devletin pozitif edim yükümlülüğü çerçevesinde ortaya konulması gereğidir. İkincisi, hakkın norm alanının, devletin negatif edim yükümlülüğü çerçevesinde tanımlanması sorunudur. Dolayısıyla da hakkın norm alanı sorunu, özgürlüğün pozitif ve negatif boyutlarının kesişim noktalarının netleştirilmesiyle çözümlenebilecek bir konudur. Özgürlüğün üçlü boyutunun böylece ifade özgürlüğü hakkı üzerindeki yansıması, hakkın sınırlı pozitif özgürlük anlayışı çerçevesinde kavranması anlamına gelmektedir. Ancak böyle bir tanımlama yapıldıktan sonra hakkın sınırları belirlenebilir. Sınırlamanın uygulamada nasıl gerçekleştireceği sorunu ise hakkı destekleyen tezlerin çözümlenmesine bağlıdır. Hakkı destekleyen tezler çözümlendikten sonra, her bir tezin desteklediği ifade kategorisine göre hakkın sınırları da belirlenecektir. Bu sınırlar ise, benimsenen özgürlük anlayışı ve dayanılan teze göre farklı çizilebilmektedir. Bu farklılıkları en aza indirgemek ve hakkın sınırlarını nesnel olarak belirleyebilmek için bütün tezlerin kümülatif etkisinin dikkate alınması gerekir.

ABSTRACT

First of all, freedom of expression is a fundamental human right, that is, the right-dimension of the freedom of expression. Within this context, right to freedom of expression has a deontological basis. In another word, freedom of expression may be justified within a deontological framework. The other dimension of freedom of expression is the liberty-dimension. While the negative dimension of liberty protects the person from unwarranted government intrusion into her/his liberty rights, positive dimension of liberty is attributed to the government obligation to create the proper environment in which the liberty of person can be achieved. This is generally called 'the positive obligation of the state' to ensure the realization of the rights and freedoms by the agents. Thus, these two dimensions of liberty evolve into three dimensions of liberty when it comes to deal with each freedom and right to be realized by the agents at the concrete level. A general obligation stems from the three dimensions of liberty, and is imposed on state to respect the fundamental rights and freedoms and to ensure them to all right-holders in their territory and subject to their jurisdiction. To respect freedom of expression implies a negative obligation on the part of the state whilst to ensure the right implies a positive obligation on the part of the state. The norm-right to freedom of expression, thus, governs the scope of both positive and negative aspects of the right, a framework from which the analysis predicates a limited positive liberty understanding of the right. The limits of the right cannot be defined unless the scope of the norm is fixed with clarity within the context of three dimensions of liberty. The second task, after the definition of the latitude of the norm, is to set the limits of the right. This task can only rightly be achieved by taking all the rationales for freedom of expression into a full account. It must also be kept in mind that the rationales for freedom of expression have a cumulative function, in that each rationale must be considered both separately and in relation to other rationales whenever the restriction of the right is deemed.

ÖNSÖZ

İfade özgürlüğü, ülkemizde olduğu gibi dünyanın diğer pek çok ülkelerinde de en çok tartışılan konulardan biri olmaktadır. İfade özgürlüğü üzerine bir çalışma yapma düşüncesi, doktora programına başlamadan çok öncelere uzanmaktadır. Tezin yazılması uzun sayılabilecek bir süre aldı. Bu çalışmanın, en azından 2002 yılında başladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu tezde yapılan çalışmanın, Malta Üniversitesi bünyesinde MA (Yüksek Lisans) programı çerçevesinde yapmış olduğum bir çalışmadan esinlenilmiş olduğu söylenebilir. Söz konusu çalışma/tez, Türkiye'den AİHM'ne giden bir dava (Refah Partisinin kapatma davası) ile ilgiliydi ve çalışmanın önemli kısmı siyasal partilerin ifade özgürlüğünün AİHS sistemi ve ABD hukuk sistemi açısından bir karşılaştırmasına ayrılmıştı. Bu çalışmanın ağırlığını pozitif hukuk oluşturmuştu. Bu çalışmayı yürüttüğüm sırada, pozitif hukuku besleyen ve temellendiren felsefi argümanların araştırılmasının ifade özgürlüğü hakkının incelenmesi bakımından büyük önem taşıdığını fark ettim. İfade özgürlüğü üzerine ne kadar çok eser yazılmış olursa olsun, bu konunun bitmeyecek bir tartışma alanının bulunduğunu kavramış olduğumdan doktora tez konusu olarak çalışmak istediğimi Kamu hukuku ABD öğretim üyeleri Prof. Dr. M.S. Gemalmaz ve Prof. Dr. Oktay Uygun hocalarıma söyledim. Kendileri de daha önceden belirli bir alt yapıya sahip olduğum konuyu çalışmamın yerinde olacağını belirttiler. Ancak, bu kadar çok yazılıp çizilen bir alanda yeni bir şeyler söylemenin güçlüğünün farkındaydım. Bunun için de çalışmanın yönünü ve ağırlığını ifade özgürlüğünün insan haklarıyla ve özgürlükle olan ilişkisi üzerine kaydırdım. Bu iki konu, tezin neredeyse üçte birine yakın bir alanını kapladı. İfade özgürlüğünün bu boyutlarının pozitif hukuktaki görünümlerini incelemek, tezde ortaya konulan argümanların işlevselliğini kanıtlamak bakımından önemliydi. Bu nedenle de tezin izleyen bölümünü (ikinci bölüm) bu konuya ayırdım. Tezin uygulamaya ilişkin (en güncel ve somut zeminde uygulanabilirliğine ilişkin) yönü, hakkın sınırlarının ifade özgürlüğü davalarında belirlenebilmesidir. Böyle bir belirlemenin sağlıklı biçimde yapılabilmesi için ifade özgürlüğü hakkını destekleyen gerekçelerin öncelikle ortaya konulmasına ihtiyaç vardı. Devletin, ifade özgürlüğü hakkı bağlamında negatif edim yükümlülüğünün sınırlarını belirlemeden önce, ifade özgürlüğünü destekleyen

argümanların ve karşı argümanın bir incelemesini yaptım. Tezin, özellikle devletin hakka müdahale etmeme, saygı gösterme yükümlülüğü çerçevesinde sınırların nerede başlayıp nerede biteceğini açıklayan bölümünü son bölüm olarak tasarladım.

Tezin yazımı sırasında gerek yönteme gerekse içeriğe yönelik pek çok defalar değişiklikler yapıldı. Bütün bu değişiklikler, başta danışman hocam Prof. Dr. Oktay Uygun olmak üzere tez izleme komitesinin sayın üyeleri Prof. Dr. M. Semih Gemalmaz ve Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'nin önerileriyle mümkün olabildi. Burada özellikle Prof. Dr. Oktay Uygun'un çalışmanın her aşamasında yapmış olduğu değerlendirmelerin ve eleştirilerin tezin bilimsel bir çalışma niteliği kazanmasındaki katkısını bir kez daha yinelemem gerekir. Tezle ilgili konularda hiçbir zaman yardım ve desteklerini esirgememiş olan hocalarıma en içten teşekkürü bir borç bilirim. Burada ayrıca sevgili dostum ve meslektaşım Dr. Seydi Çelik'e, diğer pek çok şeyin yanında, özellikle yerli yayınların temininde minnetsiz olarak sağlamış olduğu yardımları dolayısıyla teşekkürü bir borç bilirim.

Son olarak, tezdeki bütün eksikliklerin ve aksaklıkların yalnızca bana ait olduğunun altını çizmem gerekir. Bunun en temel nedeni, hocalarımın öneri ve uyarılarını gerektiği gibi dikkate alamayışım olmuştur. Tezin yazımının oldukça stresli ve zor bir süreç olduğu gerçeği, bu istem dışı dikkatsizliğin bir ölçüde mazereti olabilir. Bu son derece stresli ve zor sürecin son iki yılında büyük bir moral destekle yanımda yer alan sevgili eşim Şule'ye teşekkür etmeden geçemem. Bu tezin kaynaklarının toplanmasında karşılaştığım maddi güçlüklerin aşılmasında ailemin katkılarını burada anmayı bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ……II

ABSTRACT……III

ÖNSÖZ……..……...….IV

İÇİNDEKİLER……..……...…VI

KISALTMALAR CETVELİ……..…….....X

GİRİŞ……..…1

Birinci Bölüm
İfade Özgürlüğü Hakkının Evrensel İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutu Açısından İncelenmesi

I) EVRENSEL İNSAN HAKLARI TEZİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

A) İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğünün Kavramsal İlişkisi..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

B) Evrensel İnsan Haklarının Normatif Kaynakları..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

1) Normatif Evrensellik ve Ulusal Bildiri Kaynakları ..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

a) Ulusal Bildirilerde Evrensellik Teması……8

b) Ulusal Bildirilerde İfade Özgürlüğü……...14

2) İnsan Haklarının Uluslararası Normatif Evrenselliği..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

C) İnsan Haklarının Ahlaki Evrenselliği ve İfade Özgürlüğü ..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

1) İnsan Haklarının Ahlaki Evrenselliği....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

2) Ahlaki Evrenselliğin İfade Özgürlüğü Hakkı ile İlişkisi... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

3) David Hume ve Olan /Olması Gereken Sorunu..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

D) Fenomenolojik İndirgeme, İnsan Haklarının Özü ve İfade Özgürlüğü Tezleri Üzerindeki Etkisi .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

1) Fenomenolojik İndirgeme ve İnsan Haklarının Özü..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

2) Özcü İnsan Hakları Yaklaşımının İfade Özgürlüğü Tezleri Üzerindeki Olası Yansımaları.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

II) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKININ ÖZGÜRLÜK BOYUTU ..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

A) Negatif/Pozitif Özgürlük Ayırımı .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

B) Negatif Özgürlük Anlayışı.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
C) Pozitif Özgürlük Anlayışı ve Negatif Özgürlük Anlayışına Yöneltilen Eleştiriler .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1) Marksist Özgürlük Anlayışı .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
2) Komüniteryan Özgürlük Anlayışı .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
3) Sosyal Eksenli Sınırlı Pozitif Özgürlük Anlayışı..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
D) Pozitif Özgürlük Anlayışına Yöneltilen Eleştiriler..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
III) İNSAN HAKLARIYLA İLİŞKİSİ AÇISINDAN ÖZGÜRLÜK İÇİN ÜÇÜNCÜ BİR YOLUN OLANAKLILIĞI.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
A) Felsefi Yaklaşım İçerisinde Özgürlüğün Üçlü İlişki Boyutu..**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
B) İnsan Haklarıyla İlişkisi Açısından Özgürlüğün Sınırlı Pozitif Özgürlük Olarak Kavranması .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1) Özgürlüğün İnsan Haklarıyla İlişkisi ....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
2) İnsan Haklarının Sınırlı Pozitif Özgürlük Anlayışı Açısından Kavranması **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
3) Özgürlüğün Olanaklılığı ve Özgürlüğe Zorlamak Ayırımı**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

İkinci Bölüm
Sınırlı Pozitif özgürlük Anlayışı Çerçevesinde İfade Özgürlüğü Hakkının Norm Alanının Belirlenmesi

I) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN OLANAKLILIĞI VE POZİTİF NİTELİĞİ . **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
A) İfade Özgürlülüğünün Olanaklılığı Üzerine Kurgusal Bir İnceleme **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
B) Devletin Pozitif/Olumlu Edim Yükümlülüğünün Anayasa Hukukundaki Sınırının Değerlendirilmesi ...**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
II) DEVLETİN POZİTİF/OLUMLU EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI ÜZERİNDEKİ GÖRÜNÜMLERİ ..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
A) İfade Özgürlüğü ve Basın Yayın Özgürlüğü İlişkisi... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
B) Basına Sağlanan Ek Güvencelerin ve Ayrıcalıkların İfade Özgürlüğü Hakkının Norm Alanı ile İlişkisi.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
C) İfade Özgürlüğü Hakkı Bağlamında Pozitif Hukukta Basına Sağlanan Ayrıcalıkların Niteliği Üzerine Bir Araştırma ..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1) 1982 Anayasası'nın 28. Maddesi Bağlamında Pozitif Edim Yükümlülüğü **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
2) 1982 Anayasası'nın 30. Maddesinde Kurumsal Basına Sağlanan Ayrıcalığın Anlamı .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

3) Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamaya Zorlanamayacakları İlkesinin Niteliği.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
D) Radyo ve Televizyon Yayınları Bağlamında Devletin Pozitif/Olumlu Müdahale Edimi .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1) ABD Doktrin ve Uygulamasında Radyo ve TV Yayınları Rejimi**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
2) Kıta Avrupasında ve Kimi Diğer Ülkelerde Radyo ve TV Yayınları Rejiminin Düzenlenmesi.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
3) Türkiye'de Radyo ve TV Yayınları Rejiminin Değerlendirilmesi**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
E) Düzeltme ve Cevap Hakkı .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1) ABD Hukuk Sisteminde Cevap Hakkı Kurumu ..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
2) Kıta Avrupasında Düzeltme ve Cevap Hakkı Kurumu ve AİHM'nin Yaklaşımı .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
a) Ulusal Hukuk Sistemleri Bakımından Bir İnceleme……..208
b) Avrupa Konseyi Belgeleri ve AİHM'in Konuya Yaklaşımı……...211
3) Türk Hukuk Sisteminde Düzeltme ve Cevap Hakkı Kurumu.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
F) İfade Özgürlüğü Hakkı Bağlamında Devletin Olumlu Edim Yükümlülüğüne AİHM'nin Yapmış Olduğu Gönderme ..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
G) Devletin Pozitif Ediminin İfade Özgürlüğü Hakkı Bağlamında Sınırı **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1) ABD Hukuk Sisteminde İfade Özgürlüğü Bağlamında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğünün Sınırları.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
2) Türk Hukuk Sisteminde İfade Özgürlüğü Bağlamında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğünün Sınırlarının İncelenmesi ..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
III) POZİTİF EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ AÇISINDAN HAKKIN KONUSU VE NORM ALANININ DEĞERLENDİRİLMESİ....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

Üçüncü Bölüm
İfade Özgürlüğü Hakkının Temellendirilmesi

I) BİREYSEL ÖZERKLİĞE VE KENDİ KENDİNİ GERÇEKLEŞTİRMEYE DAYANAN TEZ.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
II) GERÇEKLİĞE DAYANAN TEZ.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
A) J.S. Mill ve Gerçekliğe Dayanan Faydacı Tez..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
B) Gerçekliğe Dayanan Tezin Popperci Yanlışlanabilirlik Versiyonu **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1) Karl Popper'in Yanlışlanabilirlik Üstüne Kurulu Bilgi Kuramı...**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

2) Popperci Bilgi Kuramının Desteklediği İfade Özgürlüğü Tezi ve Alternatifi **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
C) Gerçekliğe Dayanan Tezin İfade Özgürlüğünün Temellendirilmesindeki Başarısı .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
III) DEMOKRASİYE DAYANAN TEZ.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
A) Demokrasiyi Temellendiren Argümanların Demokrasiye Dayanan İfade Özgürlüğü Tezinin Argümanlarıyla İlişkisi ..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
B) Alexander Meiklejohn ve Demokrasiye Dayanan Tezin Koruduğu Mutlak İfade Özgürlüğü Hakkı .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
IV) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜ TEMELLENDİREN DİĞER TEZLER **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
A) Hoşgörüye ve Çoğulculuğa Dayanan Tez..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
B) Sosyal Psikoloji ile Temellendirilen Tezler ..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
C) İktidara Güvensizliğe Dayanan Tez.**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
V) MİLİTAN DEMOKRASİ ANLAYIŞINA DAYANAN TEZ.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
A) Militan Demokrasi Anlayışının Tanımı ve Uygulama Örnekleri.. **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
B) Militan Demokrasinin Özgürlük Anlayışının İfade Özgürlüğü Tezleri Bakımından İrdelenmesi.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

Dördüncü Bölüm
İfade Özgürlüğü Hakkının Sınırlandırılması ve İfade Özgürlüğü Tezleri Bakımından Değerlendirilmesi

I) NEGATİF EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE HAKKIN KONUSU VE NORM ALANIYLA SINIRLILIK.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
A) İfade Özgürlüğü Hakkının Konusu ve Norm Alanı Ayırımı ..**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
B) Söz Edimleri Kuramı ve Semantik İnceleme..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
C) İcrai Söz Edimleri ve İfade-Eylem İlişkisinin İfade Özgürlüğü Hakkının Norm Alanına Etkisi.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
II) ABD HUKUK SİSTEMİNDE UYGULANAN SINIRLAMA SİSTEMİ**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
A) İfade Özgürlüğü Hakkının Genel Görünümü..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
B) İfade Kategorileri Bakımından Uygulanan Sınırlama **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1) Müstehcen ve Ticari İfadeler .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
2) Siyasal İfade.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

a) Yasadışı Eylemlerin Savunulması ve Tahrik Edilmesi Bakımından Siyasal İfadenin Sınırlandırılması…….…….....369
b) Diğer Siyasal İfade Kategorileri……...375
C) Siyasal İktidarın İfade Karşısındaki Tutumuna Dayalı Sınırlama**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1) İçeriğe Dayalı Sınırlama .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
2) Zaman, Yer ve Yönteme Bağlı Sınırlama ..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
3) Bakış Açısına Dayalı Sınırlama .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
III) AİHS SİSTEMİNDE UYGULANAN SINIRLAMA MODELİ ..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
A) İfade Özgürlüğü Hakkının Genel Rejimi ..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
B) Siyasal İfade ve Kademeli Sınırlama Sistemi ..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1) Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Siyasal İfade ve Kademeli Sınırlama Sistemi .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
2) Kademeli Sınırlama Sistemi ve 5237 Sayılı TCK'nun 301. Maddesi . **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
a) TCK'nun 301. Maddesi Hükmünün Kademeli Sınırlama Sistemi Açısından Yorumu…….421
b) TCK'nun 301. Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Olası Öneri Analizleri……..428
C) AİHS Çerçevesinde İfade Özgürlüğü Hakkının Özel Rejimi **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1) Soykırım İnkârı ve Irkçı Nefreti Körükleyen İfadeler ..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
a) Soykırım İnkarı Sorunu…….436
b) Toplumda Nefreti Tahrik ve Teşvik Eden İfadeler……...440
aa) Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Toplumda Nefreti Tahrik ve Teşvik Eden İfadelerin Sınırlandırılması Rejimi…….440
bb) Toplumda Nefreti Tahrik veTeşvik Eden İfadeler ve TCK'nun 216. Maddesi…….446
2) Siyasal Partilerin İfade Özgürlüğü.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
3) Kamu Hizmetine Giriş Hakkı Sorunu ve İfade Özgürlüğü**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
IV) İKİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ REJİMİNİ HAKLILAŞTIRAN NEDENLER **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
A) Haklılaştırmanın Formel Dayanakları..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
B) Haklılaştırmanın Maddi Gerekçeleri **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

SONUÇ……...……..508
KAYNAKÇA……..…..…….514

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
AİH	:Avrupa İnsan Hakları
AİHK	:Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMK	:Anayasa Mahkemesi Kararı
AMKD	:Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
App.	:Application
A.Ş.	:Anonim Şirket
AÜHFM	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
AÜSBFD	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	:Anayasa Mahkemesi
Bkz.	:Bakınız
BM	:Birleşmiş Milletler
C.	:Cilt
CD	:Ceza Dairesi
CERD	:Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination
Corp.	:Corporation
Çev.	:Çeviren
E.	:Esas
Ed.	:Edition
HFSA	:Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
HPD	:Hukuki Perspektifler Dergisi
H.R.J.	:Human Rights Journal
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
Inc.	:Incorporation
Iss.	:Issue
İ.Ü.	:İstanbul Üniversitesi

İÜHF	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBFD	:İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
K.	:Karar
KT.	:Karar Tarihi
L. Rev.	:Law Review
L.J.	:Law Journal
LTD	:Liberal Düşünce Topluluğu
m.	:Madde
MSHS	:Medeni ve Siyasal Hakları Sözleşmesi
s.	:sayfa
S.	:Sayı
ss.	:sayfalar
SPK	:Siyasi Partiler Kanunu
TODAİ	:Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi
Tic.	:Ticaret
U.S.	:United States
UN	:United Nations
UNESCO	:United Nations Educational, Social and Cultural Organisation
USA	:United States of America
v.	:Versus
vd.	:ve devamı
Vol.	:Volume
YCGK	:Yargıtay Ceza Genel Kurulu
yy	:Yüz Yıl

GİRİŞ

Konuşma, söz, anlatım ya da ifade kavramları belirli bir insan faaliyetini anlatmak üzere kullanılırlar. İnsanın *konuşması* ya da daha geniş anlamda kendisini *ifade etmesi*, onun düşünen bir varlık olması nedeniyle daha da önemli hale gelir. İnsan kendisini konuşma, yazı, resim, heykel ya da herhangi başka bir iletişimsel eylemle ifade eder. İnsan, irade sahibi rasyonel bir varlık olduğundan dolayı, kendisini ifade etmesi iradi bir davranıştır ve iradi olmayan faaliyetleri ifade kavramının ilgi alanı dışında kalır. Örneğin bir kimsenin, istem dışı göz kırpması, onun iletişimsel faaliyet alanının dışında kalır. Bu yüzden de bu çalışmada incelenen ifade özgürlüğünün, insanın iradi olarak gerçekleştirdiği iletişimsel faaliyetiyle sınırlı olduğunu belirtmek gerekir.

İnsanlar kendilerini ifade etmek zorunda mıdır? İnsan toplum içerisinde yaşamıyor olsaydı, yine de kendisini ifade etmek zorunda kalacak mıydı? Doğrusu bu sorunun yanıtı, insanın düşünsel faaliyet alanının niteliği ve kapsamı bakımından önemli olabilir; ancak ifade özgürlüğü, insanların birbirleriyle olan ilişkileriyle sınırlıdır ve bu bağlamda, iletişimsel eylemin başka insanların varlığına bağlı olarak kavranması bir zorunluluktur. Başka bir deyişle, kendisinden başka hiç kimsenin bulunmadığı ıssız bir adada yaşayan bir kişinin iletişimsel faaliyeti, doğayla, Tanrı'yla ya da hayvanlarla sürebilir ise de, bu ifade özgürlüğü ile ilgili bir konu olmayacaktır. Ne zaman ki bir kişinin diğer bireylerle olan iletişimsel faaliyeti söz konusu olacaktır, ancak o zaman ifade özgürlüğünden söz edilecektir.

Toplum içerisinde yaşayan insanlar, zorunlu biçimde birbirleriyle iletişim kurarlar. Böyle bir iletişim faaliyeti olmadan insanların toplum içerisinde yaşamalarına olanak yoktur. Öyle ki iletişim, günlük ve günlük olmayan yaşamın tüm alanını kuşatmakta ve iletişimsiz bir toplumsal yaşam olanaksızlaşmakta; iletişim insanın fiziksel doğasının yanında, sosyal doğasına içkin bir kavram olmaktadır. Bu durum karşısında, insanın sosyal doğasına içkin bir kavram olan iletişimin bir insan hakkı olarak belirli bir özgürlük alanına sahip olması gerekmektedir.

İnsanın iletişimsel faaliyetinde özgür olması gerektiği konusunda bir tartışma bulunmamakta; insanın kendisini ifade etme özgürlüğü, temel bir insan hakkı olarak

kabul edilmektedir. Örneğin, modern insan hakları anlayışının simgelendiği uluslararası insan hakları belgeleri, ifade özgürlüğünü temel bir insan hakkı olarak kabul etmişlerdir. İfade özgürlüğü hakkı, insan hakları listesinin bir elamanı olarak evrensel bir hak niteliğinde kabul edilmiştir. Çünkü modern insan hakları kuramı, insan haklarının evrenselliği tezine dayanır. Bu nedenle de evrensel insan haklarıyla ifade özgürlüğü hakkı arasındaki ilişkinin açıklanmasına gerek vardır. Modern insan hakları kuramını destekleyen tezin aynı zamanda ifade özgürlüğü hakkını da desteklemesi gerekir. Aksi durum, insan haklarıyla ifade özgürlüğü arasında mantıksal bir temelin yokluğu anlamına gelir. Böyle bir tezin araştırılması, ifade özgürlüğü hakkının birinci boyutu; yani "temel hak" boyutuyla ilgili bir konudur. Öte yandan, bu kavramın "hak" boyutu normatif metinlerde hakkın tanımlanmasıyla yakından ilgilidir. Normatif bir metin, örneğin, 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ifade özgürlüğü hakkını nasıl tanımlamıştır sorunu, hakkın normatif yapısını ve niteliğini belirler.

Ancak ifade özgürlüğü hakkının yalnızca hak boyutu yoktur. Hakkın, ikinci boyutunu ise "özgürlük" oluşturur. Özgürlük, normatif hukuksal bir kavram olmayıp, felsefi bir kavramdır. Ancak bu felsefi boyut, hakkın normatif alanının belirlenmesi ve nitelendirilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır.

İfade özgürlüğü hakkının normatif hak boyutu ile felsefi özgürlük boyutunun araştırılması çalışmanın *Birinci Bölümü* içerisinde yapılmıştır. Dolayısıyla da çalışmanın *Birinci Bölümünün*, bir madalyonun iki yüzünü oluşturan hak ve özgürlük boyutlarının felsefi açılımları üzerine yoğunlaştığı söylenebilir.

Çalışmanın *İkinci Bölümünde* ise hakkın normatif yapısının, özgürlüğün üçlü boyutu açısından nasıl tanımlanabileceği üzerinde durulmuştur. Bu da hakkın negatif/pozitif boyutlarının belirlenmesi ve buna göre hakkın norm alanının tanımlanması anlamına gelmektedir. Burada, hakkın norm alanının belirlenmesinin, benimsenen özgürlük anlayışına doğrudan bağlı olup olmadığı irdelenmiş; ayrıca ifade özgürlüğünün (basın özgürlüğü özelinde ortaya çıkması gibi) çeşitli görünümlerinin hakkın konusu ve norm alanıyla ilişkisi ve söz konusu görünümlerin norm alanına doğrudan ve dolaylı etkileri çözümlenmeye çalışılmıştır.

Üçüncü Bölümde ise, ifade özgürlüğü hakkını destekleyen tezler incelenmiştir. İncelenen tezler, ifade özgürlüğünü temellendiren başlıca tezler

olduğundan, tezlerin ifade özgürlüğünü hangi ölçüde destekledikleri araştırılmıştır. İfade özgürlüğü hakkını destekleyen tezlerin ayrılabilir oldukları kabul edilmekle birlikte, hakkın kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde tezlerin kümülatif bir etkisinin bulunup bulunmadığı; hangi tezin hangi tür ifadeyi desteklediği konusu açıklanmaya çalışılmıştır.

Nihayet çalışmanın son bölümünde, özellikle ABD Yüksek Mahkemesi ve AİHS organlarının kararları ışığında ifade özgürlüğü hakkının sınırları araştırılmış; burada Atlantik'in iki yakasında uygulanan ifade özgürlüğü rejimlerinin özellikleri, niteliği ve iki rejimin farklılaşma nedenleri üzerine bir inceleme yapılmıştır.

Sonuç kısmında ise, ifade özgürlüğü hakkının kapsam ve sınırlarının tanımlanmasında farklı özgürlük anlayışlarının yaratmış olduğu ayrılıklar üzerine bu çalışmada varılan sonuçlar belirtilmeye çalışılmıştır.

Birinci Bölüm
İfade Özgürlüğü Hakkının Evrensel İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutu Açısından İncelenmesi

I) EVRENSEL İNSAN HAKLARI TEZİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI

A) İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğünün Kavramsal İlişkisi

İfade özgürlüğü hakkının varlığını araştırmaya yönelmiş bir çalışma, insan hakları olarak bilinen kavramdan bağımsız olarak yapılabilir mi? Aslında bu sorunun kolay bir yanıtı, "*hayır*" biçimde olanıdır. İnsan hakları konusunda yüzeysel de olsa bir bilgiye sahip bulunan herhangi bir kimse, "*insan hakları*" kavramının bir üst başlık, '*ifade özgürlüğü*'nün ise bu üst başlığın içerisinde yer alan bir alt başlığı oluşturduğunu söyleyecektir. Basit bir benzetme yapmak gerekirse; "*Bütün diğer canlılar gibi, insan da bir canlı varlıktır.*" ifadesinde, "*canlı*" ifadesi, üst başlığa; "*insan*" deyimi de bu üst başlığın içerisinde yer alan bir alt başlığa işaret etmektedir. Bu arada insan dışında, örneğin, tavşan ya da balık gibi diğer alt başlıklar da uzun bir liste tutmakta; ancak belirtilen öğelerin örnekte bağlı oldukları bir üst küme ya da kategori, hepsinin ortak olarak sahip bulundukları "*canlılık*" özelliğinden dolayı oluşturulmaktadır.

Dolayısıyla da felsefe ve mantık alanında yapılan bir *tanım* (definition) açısından konu ele alınırsa; ifade özgürlüğü hakkı, yaşam hakkı, adil yargılanma hakkı, yasa önünde eşitlik vs. gibi temel hak ve özgürlükler için olduğu gibi, *insan hakları kavramının kaplamı (extension)* içerisinde değerlendirilecek ve doğal olarak da tanımın tam olarak ortaya konulabilmesi için ikinci unsurun, yani bu kavramın *içleminin (intension/comprehesion)* araştırılması gerekecektir.[1]

[1] Tanımdaki unsurların açıklaması bakımından bkz. **The Cambridge Dictionary of Philosophy**, General Editor Robert Audi, Cambridge University Press, UK 1998, "*intensional Logic*", "*extension*" ve "*meaning*" maddeleri.

Ağaç ile çam arasındaki ilişkide *içlem'in,* canlılık*,* fotosentez, beslenme, vs. gibi ağaç ve çam arasındaki bir takım ortak özellikler olduğu düşünülebilir. Aynı biçimde, insan hakları ile ifade özgürlüğü arasındaki bağı açıklayabilecek ve her iki kavram bakımından da doğru (belki en azından uygun) tezi savunabilmeyi olanaklı kılabilecek bir *içlemin* belirlenmesi yararlı olacaktır. Bu ise, insan hakları kavramının temeline, kaynağına ve özüne doğru bir yönelme ve arayışla mümkün olabilir. Hem genel olarak insan hakları için hem de özel olarak ifade özgürlüğü hakkı için böyle bir öz arayışının sonucunda ortaya konulacak tez, her iki kavram bakımından da geçerli bir tez olabilecektir.

Bugün genellikle "*Batılı*" ya da en azından "*Batı kökenli"* olarak kabul edilen insan hakları anlayışının[2] gelişimi sürecinde, temel bir insan hakkı olarak, ifade özgürlüğüne yapılan vurgu güçlenerek devam etmiştir. Bu vurgu, yaşam hakkı, işkenceye maruz kalmama hakkı ya da adil yargılanma hakkı gibi kimi diğer temel haklara yapılan vurguya nazaran zaman bakımından daha yeni dönemlere denk düşse de; gerek uluslararası metinlerde ilan edilen gerekse çağdaş anayasalarda yer verilen temel hak ve özgürlükler listesinin hiçbir zaman dışına itilecek kadar önemsizleşmemiştir.[3]

İfade özgürlüğü hakkı, Tanrısal akıldan pay almış olan bir "*insan doğası*" anlayışını esas alan felsefi bir görüş (ilahi hukuka dayanan doğal hukuk görüsü) tarafından desteklenebileceği gibi[4]; antropolojik ve tam anlamıyla laik bir insan doğası yaklaşımı ile de temellendirilebilir.[5] Nihayet, bu özgürlük, insan doğasından

---

[2] İnsan haklarının evrenselliğine karşı ileri sürülen argümanlar, genellikle modern insan hakları anlayışının "batı" kökenli olduğu; dolayısıyla da Batının sahip olduğu değerlerin bir yansıması olduğu noktasında yoğunlaşmaktadır. Batı ile Doğu arasında kültürel ve toplumsal önceliklerin farklı olduğunu ileri süren bu anlayış, temelde insan haklarının evrenselliği iddiasını reddetmektedir. Bu konuda bkz.. Henry Steiner J./ Philip Alston, **International Human Rights in Context**, Oxford University Press, Second Edition, 2000 UK, ss. 538–553.

[3] İfade özgürlüğü hakkının tarihsel bir incelemesi için bkz. Robert Hargreaves, **The First Freedom: A History of Free Speech**, Sutton Publishing, 2002; Robert Trager – Donna Dickerson, **21.yüzyılda İfade Hürriyeti**, Çev. A. Nuri Yurdusev, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2003, ss.

[4] Hüseyin Hatemi, "*Düşünce Özgürlüğünün İlahi Tabii Hukukta Temellendirilmesi ve Kavramsal Sınırları*", **Düşünce Özgürlüğü**, HFSA, No: 3, AFA Yayınları İstanbul 1998, ss. 107-114.

[5] Friedmann'ın belirttiğine göre, doğal hukuk anlayışının çok çeşitli tasnifleri bulunmaktadır. Bu özetle, otoriteryan/bireyci; muhafazakar/ilerici; dinsel/rasyonalist ya da mutlakçı/rölativist gibi ayrımlara tabi tutulmaktadır. Doğal hukuk anlayışının en temel özelliği, doğal hukuk olduğu iddia edilen bir yasanın ya da kuralın, pozitif hukukun üstünde sayılması ve doğal hukuka uygun olmayan pozitif hukuk kurallarının geçersizliğinin ileri sürülebilmesidir. Doğal hukuka dayandırılan bir insan hakları teorisi, modern insan haklarının temellendirilmesi bakımından önemlidir. Bu ayırımlarla ilgili olarak bkz. W. Friedmann, **Legal Theory**, Second Edition, London 1949, ss. 16–17.

ya da buna bağlanan ihtiyaçlardan bağımsız olarak, ifade özgürlüğü hakkının varlığının, hakikatin ortaya çıkması ya da demokrasinin işleyebilmesi için bir araç olması nedeniyle ya da benzeri gerekçelerle, bütünüyle faydacı veya genel olarak enstrumentalist bir tezle desteklenebilir.[6] İfade özgürlüğü hakkı, bütün enstrumentalist argümanlardan bağımsız; insanı başlı başına bir *değer* olarak kabul eden salt bir "*insan onuru*" anlayışıyla da savunulabilir.[7]

Felsefi anlamda bütün bu temellendirmeler, ifade özgürlüğünden bağımsız olarak bir insan hakları doktrini tarafından savunulabilir ya da savunulamaz; eğer savunulabilirse, yukarıdaki örneksemedeki "*canlı*" ortak paydasına benzer bir kıyaslamanın insan hakları kavramı ile ifade özgürlüğü hakkı arasında da yapılabilmesi gerekir. Şayet böyle bir payda bulunamıyorsa, insan hakları olarak ifade edilen hak ve özgürlükler listesinin her bir öğesinin ayrı ayrı incelenerek evrensel olarak savunulabilir olup olmadıklarının ortaya konulmasına ihtiyaç vardır.

İfade özgürlüğü ile insan hakları arasındaki ilişkinin "*canlı*" örneksemesindekine benzer biçimde ortaya konulabilmesi ve evrensel insan hakları ile birlikte evrensel bir ifade özgürlüğü hakkının aynı gerekçelerle savunulabilmesi felsefi bir araştırmayı gerektirir. Bu araştırma deskriptif (betimleyici) ve ampirik (deneysel) olmaktan çok, ahlaki ve normatif olarak yapılabilir.[8] Bununla birlikte, bu örneksemeyi ampirik olarak destekleyebilmek daha kolay olduğundan, bu konuya

---

[6] James Mill, Jeremy Bentham ve J.S. Mill gibi faydacı düşünürler, deontolojik ve doğal hukukçu tüm yaklaşımları yadsımış olduklarından, hak ve özgürlüklerin temellendirilmesinde de haz ve mutluluk hesaplamalarına dayalı bir kuram ortaya koymuşlardır. Bkz. **The Shorter Routledge Encylopedia of Philosphy**, Ed. by Edward Craig, Routledge Publishing, NY 2005, ss. 1034-1039.

[7] Bu anlayış çerçevesinde, insan hakları en yüksek ahlaki talep hakları olarak görülürler; "çünkü insan haklarının koruduğu temel değer, en üstün ahlaki değer olan *insanın değeridir*." Bu konuda bkz. Oktay Uygun, "*İnsan Hakları Kuramı*", **İnsan Hakları** (Ortak Çalışma), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 14.

[8] Ahlaki evrensellik/normatif evrensellik ayırımı Donnelly'den alındı. İnsan haklarının, normatif ve ahlaki evrenselliğine yapılan vurgular, aslında evrensellik tartışmasını yapan birçok yazar ve düşünür tarafından vurgulanmaktadır. Bu yazarlar, normatif evrenselliği ahlaki evrensellikten ayrı düşünmeden; daha ziyada onu, ahlaki evrenselliği desteklemek için kullanmaktadırlar. Bu konuda Jack Donnelly'i -bu iki evrensellik anlayışını bağımsız ele aldığından dolayı- yöntem bakımından ayrı tutmak gerekir. Bununla birlikte, Donnelly de normatif evrensellik anlayışını, ahlaki evrensellik'i desteklemek için kullanmıştır. Bkz. Jack Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev. Mustafa Erdoğan/Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, ss., 14 vd.; birinci gruba ise şu yazarlar örnek gösterilebilir: Steiner/Alston, 323-324, 366-368; A.H. Robertson / J.G. Merrills, **Human Rights in the World**, Fourth Edition, Manchester University Press, NY 1996, ss., 1-9; M. Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Bası, Legal Yayınları, İstanbul 2007, ss., 1509-1512 ve özellikle s. 1510'daki 102 numaralı dipnot (Bundan sonra metinde "Genel Teori" olarak anılacaktır).

başlarken sorulan sualin ve onun kolay yanıtının desteklenebilmesi için tarihsel ve ampirik bir temellendirme çabası öne alınabilir.

Öte yandan, normatif evrensellik teması, bugün uluslararası insan hakları hukukunda önemli bir yere sahip olan, "*devletlerin takdir marjı* (margin of appreciation)" doktriniyle; daha çok da "*ülkelerin kendine özgü koşulları*" ile bağlantılıdır. Yalnızca normatif evrenselliğin değil; ama aynı zamanda bölgesel ölçekte yaygın bir uygulamanın varlığının araştırılması bile, bir takım temel hak ve özgürlüklerin uygulanmasında (specification) uluslararası insan hakları hukuku açısından önemli hale gelebilmektedir. İfade özgürlüğü hakkının zamana ve yere (ülkeden ülkeye) göre değişen farklı uygulamalarının bulunması gerçeği, ifade özgürlüğünün temel bir insan hakkı olmadığı yönünde kimi savların ortaya atılmasına neden olmaktadır.[9] Bu nedenle de, uygulamanın da hakkın kuramsal temelleri kadar önem taşıdığını belirtmek gerekir.

B) Evrensel İnsan Haklarının Normatif Kaynakları

1) Normatif Evrensellik ve Ulusal Bildiri Kaynakları

İnsan haklarının normatif evrenselliğinin araştırılması, siyasal düşünce tarihi içerisindeki felsefi ve siyasal doktrinlerin incelenmesini de gerektirebilir. Bununla birlikte böyle bir inceleme, bu çalışmanın kapsamını aşar. Buradaki inceleme, yalnızca seçilmiş bazı hak bildirileri üzerinde yoğunlaşacak ve gerektiği ölçüde bu bildirilerde açıklanan temel hak ve özgürlüklerin felsefi temellerine değinilmeye çalışılacaktır.

Burada incelenecek olan normatif evrensellik anlayışının temelinde, ahlaki evrenselliğin dışında, insan haklarının tarihsel ve coğrafi olarak benimsenmesiyle ilgili deskriptif (olanı betimleyici) bir yöntem bulunmaktadır.[10]

---

[9] Larry Alexander, **İfade Özgürlüğü Hakkı Var mı?**, Çev. H. Çetinkaya-A. Çakıroğlu, Ara-lık Yayınları, İzmir 2006.

[10] İnsan haklarının evrenselliğinin normatif kaynakları incelenirken benimsenmiş olan deskriptif (betimleyici) yöntem üzerinde durulacaktır. Hume'cü enstrumentalist (akıl) ya da pratik aklın zorunlu sonucu olarak görülen Kantçı kategorik emperatif, ahlaki temellendirme içerisinde değerlendirilecektir. Başka bir deyişle, bir hakkın/ilkenin hukuksal ya da ahlaki olarak geçerliliğinin nasıl temellendirileceği buradaki incelemenin dışında tutulacaktır. Buradaki inceleme, insan haklarını

a) Ulusal Bildirilerde Evrensellik Teması

Felsefi ve siyasal doktrinler bir kenara bırakılarak; bunların bir anlamda sonucu ve siyasal alandaki yansımaları olan hak bildirilerine bakıldığında, bir takım temel hak ve özgürlüklerin bu bildirilerde listelendiği görülür. Bu bildirilerin birçoğunun, pozitif hukuka doğrudan etki ettikleri ve anayasal bir nitelik kazandıkları söylenebilir. Klasik anlamda hak bildirileri olarak görülmeseler de[11], 17. ve 18. yy İngiliz belgeleri ortaya koydukları hak ve özgürlükler listeleriyle, iktidarın yetkisini sınırlandırabilmiş ve daha da önemlisi bu listelerde yer alan temel hak ve özgürlükleri doğrudan pozitif hukukun bir parçası haline getirebilmiştir. Ayrıca, İngiltere'de olup bitenlerin, Amerika'daki ve Avrupa'nın diğer bölgelerindeki gelişmeleri hiç etkilememiş olduğu da söylenemez. Dolayısıyla, bu belgelerde düzenlenmiş olan haklar listesi, insan hakları kavramının oluşması bakımından konuyla yakından ilgilidir.

Belgeler hakkında yapılan yorumlarda buradaki konuyla ilgili olarak yerellik/evrensellik tartışmalarının önemli bir yer tuttuğu söylenmelidir. İngiliz belgelerinde ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin, klasik insan hakları anlayışından uzak oldukları ileri sürülmektedir. Bildirilerin evrensel bir dille kaleme alınmadıkları, bildirilerdeki hak ve özgürlüklerin muhatabının İngiliz yurttaşları olduğu; başka bir deyişle, bu bildirilerin arkasında, onlara evrensel bir karakter atfedebilecek herhangi bir felsefi temelin bulunmadığı; daha çok, o dönemin tarihsel

---

normatif açıdan düzenleyen belgelerle sınırlıdır. Bu belgeler kuşkusuz "*olan*" ve "*olması gereken*" ayırımına bağlı bir değerlendirmeye tabi tutulabilirler. Dahası bu belgelerde ifade olunan hak ve özgürlüklerin, insanın doğasında mündemiç olduğu ve insanın yapması gerekenin bunları belirlemekten ibaret olduğu (self-evident) biçiminde bir doğal hukuk yaklaşımıyla ortaya konulmaları ya da bunların yine insan aklının, çeşitli amaçlar ya da yararlar (mutluluk vs) doğrultusunda bir "*olması gereken*"le (hukuksal pozitivistlerin yaptığı gibi) açıklanması da mümkündür. Bu yaklaşımların hepsinin insan haklarını temellendirme bakımından avantajlı yönleri bulunabilir; ne var ki, söz konusu yaklaşımların modern insan haklarını temellendirmede yeterli olup olmadıkları buradaki konuyla ilgili olduğundan sınırlı da olsa bir incelemeye tabi tutulacaktır. Buradaki incelemede, doğal hukuk ve pozitif hukukun birbirlerini nakzeden iki önemli hukuk akımı oldukları ve özellikle de hukukun tekliğinden/bütünlüğünden (monisme) hareketle ikisinin aynı anda var olamayacakları yönünde (başta Kelsen olmak üzere) hukuki pozitivistler tarafından savunulan görüşlerin benimsenmediğini; buna karşılık, R. Bonnard ve H.L.A. Hart gibi düşünürlerin uzlaştırıcı görüşlerinin temel alındığını belirtmek gerekir. Bkz. H.L.A. Hart, "*Are There Any Natural Rights?",* **Political Philosophy**, Ed. by Anthony Quinton, Oxford Readings, Oxford University Press, UK 1967, ss., 53-67; Bonnard, Roger, "*Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk*", Çev. Mehmet Ali Aybar, **HFSA**, İBD Yayını, No: 15, İstanbul, 2006, ss. 24–40.

[11] Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 58.

koşulları içerisinde, Kral ile Parlamento arasındaki iktidar mücadelesinin bir sonucu olarak ortaya çıktıkları belirtilmektedir. Bununla birlikte, İngiliz Bildirilerinin (Bill of Rights) dolaylı biçimde, hak ve özgürlüklerin tanınmasında önemli katkılarının bulunduğu da ifade edilmektedir.[12]

İfade özgürlüğü hakkının ve genel olarak insan haklarının, bütün dünyada belirli bir standartta bir anda kabul edildiğine ilişkin hiç bir iddia mevcut değildir. İnsan haklarının kökenine ilişkin ya da ne olduğuna ilişkin tartışmalar günümüzde de sürmektedir. Bu hakların kabul görmesi ve yaygınlaşması uzun bir tarihsel sürece yayıldığı gibi; bu yaygınlaşma ve kabul süreci halen de devam etmektedir. Mademki insan hakları, gökten zembille inerek insanlığın kabulüne sunulmuş bir takım gizemli sözler olmayıp[13]; tarihin belirli bir döneminde ve dünyanın belirli bölgelerinde siyasal iktidara karşı bireyleri korumak[14] için savunulmaya, devlet otoritesine karşı ileri sürülmeye başlanmış bir takım hak ve özgürlüklerdir; öyleyse bunun günümüze kadar süregelen bir evrim sürecinin ve bir de başlangıcının olması da doğaldır. Örneğin, Habeas Corpus gibi İngiliz Bildirilerinde teminat altına alınmaya çalışılan temel hak ve özgürlüklerin, düzenledikleri hakların konusu ve bu hakların

[12] Bkz. Mehmet Akad/Bihterin V. Dinçkol, **Genel Kamu Hukuku**, Genişletilmiş İkinci Basım, Der Yayınları, İstanbul 2002, ss. 194–195; Gemalmaz, **Genel Teori**, ss. 58 vd.

[13] Eugen Kamenka, insan haklarının tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkan insan ihtiyaçlarıyla bağlantılı olarak açıklanması gerektiğine özellikle vurgu yapmaktadır. Kamenka, hakların tanınma sürecini sosyolojik ve geleneksel olarak var olan kurumlara bağlı görmekle birlikte, insan haklarının ahlaki yapısını da önemsemekte ve bu yönüyle insan haklarının söz konusu kurum ve sosyal belirleyicileri aşan bir niteliğinin de bulunduğunu belirtmektedir. Kamenka, bu açıdan, Bentham, Austin gibi pozitivistlerden çok Donnelly gibi neo-Kantçı olarak tanımlanabilecek bir yaklaşım sergilemektedir. Donnelly için de benzeri bir yorum yapmak mümkündür. Kamenka'nın yorumları için bkz. Steiner/Alston, ss. 329–330.

[14] Bir görüşe göre, aslında insan hakları, başlangıçta aristokrasinin ve daha sonra da burjuvazini hakları olarak başladı; nihayet bu haklar yukarıdan aşağıya doğru yayıldı. Rubenfeld tarafından başka bir bağlamda ifade edilen bu görüşün eleştiriye açık olduğu söylenebilir. Öyle ki; insan haklarının konusunun insan olduğu ve hiç kimsenin konumuna bakılmaksızın herkesin bu haklara sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu; bunun dışında bir anlayışın insan hakları anlayışı ile bağdaşmayacağı söylenebilir. Ne var ki; böyle bir görüş ideal anlamda felsefi bir yaklaşımdır ve insan haklarının evrim sürecini açıklamaktan uzaktır. Bu görüşün ve temelde de doğal hukuk anlayışının sonucu olan böyle bir görüşün kabul edildiği ve hararetle savunulduğu bir dönemde bile insan kavramının birçok hak kategorisi bakımından içeriğinin farklı doldurulduğu görülür. Örneğin, kadınların siyasal haklarının tanınması bağlamında 20.yy.la kadar "insan" kavramına dâhil edilmemeleri ve Amerika'da 1787 Anayasasına dâhil edilen 'Haklar Bildirisine (Bill of Rights) rağmen köleliğin uzun yıllar hukuken tanınmış olması, Rubenfeld'in sözünü ettiği bir evrim sürecini ve gelişmeyi tanımayı zorunlu kılmaktadır. Bkz. Jed Rubenfeld, "*The Two World Orders"*, **Science and Technique of Democracy**, Council of Europe Publishing, No: 37 (European and US Constutionalism), Strasbourg 2005, ss., 233-247.

iktidara/devlete karşı bir güvence olarak sunulmuş olmalarından dolayı insan haklarının normatif evrenselliğinin çekirdeğini oluşturdukları söylenebilir.

Öte yandan İngiliz Bildirileri doğrudan uygulamaya yönelik somut sonuçlar ortaya koyduğundan, hangi felsefi doktrin tarafından desteklenmiş olurlarsa olsunlar, daha sonraki hak bildirilerini hazırlayan ve ilan eden kimseler üzerinde etkili olmuşlardır. Bunun en bariz örneği, belki de, bir İngiliz kolonisi durumundaki Amerika'da ortaya çıkan ve aslında doğal haklar öğretisinin etkisi altında kaleme alınan Virginia Haklar Bildirisi (12 Haziran 1776) ve Bağımsızlık Bildirisidir (4 Temmuz 1776). Bu bildirilerde, herkesin doğuştan sahip olduğu bir takım hak ve özgürlüklere vurgu yapılması, insan haklarının gelişim süreci bakımından önemli sayılabilir.[15] İngiliz belgelerinde bulunmayan ideolojik çerçevenin Amerikan Bildirisinde bulunduğu söylenebilir. Bu ideolojik rengin büyük ölçüde İngiliz düşünürü J. Locke'un etkisinden oluştuğu belirtilmektedir.[16]

Ne var ki, her iki Bildiride de bütün insanların eşitliğine yapılan vurgulara karşın, eşitliğin köleleri ve kadınları kapsayıcı bir anlamda kullanılmadığı söylenmelidir. Jefferson tarafından Bağımsızlık Bildirisinin taslağına yerleştirilen kölelik karşıtı hükmün, nihai metne alınmadığı belirtilmektedir.[17]

Bildiri, bütünüyle deontolojik bir temele dayalı olarak açıklanmıştır. Bildirinin özellikle birinci maddesinde, "tüm insanların doğuştan eşit derecede özgür ve bağımsız..." olduklarına ve bu hakların devredilmez oluşuna yapılan vurgu *a priori* deontolojik bir kabulü açıkça göstermektedir. Bununla birlikte basın/ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemenin formülasyonunda önemli bir ayrıntı dikkat çekmektedir: Buna göre, basın özgürlüğü ile yönetimin niteliği arasında doğrusal bir bağ kurulmuştur. Bu bağın, bireysel bir insan hakkı niteliğindeki ifade özgürlüğü hakkı ile bağlantısı dolaylıdır; böyle bir bağlantı, ifade özgürlüğünü destekleyen enstrumentalist/araçsalcı bir teze (demokrasiye) dayanmaktadır.

Amerikan Bildirileriyle aynı dönemde ortaya çıkan ve aslında hemen aynı üslup ve kaynağa sahip olan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, çeşitli

[15] Bu konuda bkz. Gemalmaz, **Genel Teori**, ss. 65–68.
[16] Ayrıntılı bilgi için bkz. İlhan Akın, **Temel Hak ve Özgürlükler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968, ss. 30–34; Ayrıca bkz. Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 68.
[17] Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 68; Siyasal alanda kadınlara oy haklarının sağlanabilmesi ise 18 Ağustos 1920 tarihinde gerçekleştirilen Anayasa değişikliği (18. Değişiklik) ile mümkün olabilmiştir.

nedenlerle Amerikan Bildirilerine nazaran dünya ölçeğinde çok daha fazla etkili olmuştur.[18] Bildiri, imparatorlukların yıkılmasına varıncaya kadar dünya siyasal coğrafyası üzerinde büyük değişimlere kaynaklık etmiş ve insan haklarının evrenselleşmesi noktasında belki de tarihte ilk önemli ve ampirik olarak verili etkiyi yaratmış olan bir belge niteliğindedir. Devrimin laik karakterinin özellikle ön planda olması da diğer uluslar açısından devrimin benimsenmesinde etkili olmuş olabilir[19].

Fransa, Avrupa'nın entelektüel yükselişinde önemli bir merkez olmuştur. Ne var ki Fransa, Bildiriye ön gelen süreçte, bireysel özgürlüklerin ve bu arada ifade özgürlüğünün, hükümdarın mutlak iradesine bırakıldığı; sansürün ve eşitsizliğin kural olduğu bir ülkedir. Asalet en az dört kuşak geriye doğru takip edilerek kazanılan bir ayrıcalıktır. İngiltere'dekine benzeyen ulusal bir parlamento ise mevcut değildir.[20] Mutlak iktidar, özellikle ifade özgürlüğünü kontrol altında tutmaktadır ki, bu da tam aksi bir sonuç vermektedir. İktidarın yasakladığı görüş ve düşüncelerin dinleyicisi açıkta değil yeraltındadır. Bunlar, yönetimi yıkacak olan genellikle hoşnutsuzlar ve asilerdir. Şaşırtıcı olan, sistemin altını oyan bu fikirlerin müşterileri arasında halktan insanların olmasının yanında yüksek soyluların, hatta Kralın kardeşi Artois'in de bulunmasıdır. Hatta soyluların mekânlarının pratikte Kralın mutlak egemenlik alanının dışında kalması, bu materyalin dağıtılmasında ve yayılmasında önemli bir rol de oynamıştır. Diderot, Rousseau, Voltaire ve Montesquieu gibi düşünürlerin eserleri, soyluların olduğu kadar halktan insanların da ellerinde

---

[18] Bu konuda bkz. M. Gail Schwab, **The French Revolution of 1789 and Its Impact**, Greenwood Pub Group Publishing, Connecticut, 1995.

[19] Fransız Devriminin özellikle Fransa dışındaki etkileri bakımından birbirine karşıt iki anlayışın ortaya çıktığı söylenebilir. Birinci anlayış özellikle E. Burke gibi İngiliz muhafazakâr düşünürler tarafından temsil edilen ve Devrimi, insanlığın sahip olduğu geleneksel değerleri ve kurumsal birikimleri yıkmakla ve yerine yenisini koyamamakla suçlayan görüşler olmaktadır. İkinci görüş ise Amerikalı (aslen İngiliz) düşünür T. Paine gibi düşünürler tarafından savunulan ve Devrimin, despotizme karşı insan hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla yapılmış en radikal reformlardan biri olduğu yönündeki görüşlerdir. Amerikaya yerleşen Paine, devrim konusundaki görüşlerinden dolayı, asıl vatanı İngiltere'de vatana ihanetle suçlanmış ve bir daha da İngiltere'ye dönmemiştir. Bu konuda bir çalışma için bkz. D. Acemoglu / S. Johnson / J. Robinson, "*Liberty, Fraternity, Equality and Industry: The Economic Consequences of the French Revolution*", http://www.usc.edu/schools/college/crcc/private/ierc/papers/FrenchRevolution21.pdf (Çevrimiçi: 10/09/2007).

[20] Bunun anlamı, Fransa'da 1789 öncesi dönemde parlamento olarak anılabilecek bir organın bulunmaması değildir; fakat daha ziyada Kralın mutlak egemenlik alanına sınır koyabilecek bir parlamentonun yokluğudur. Maurice Keen'in deyimiyle İngiliz Parlamentosunun aksine Fransız *Etats Généraux,* Kraliyet politikalarının kamusal politika aracından başka bir şey değildir. Bu konuda bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/French_States-General (Çevrimiçi: 11/06/2007).

dolaşıyordu. Bu eserler, onları yazanların bile öngöremediği bir biçimde devrimin temellerini atmaktaydı.[21]

Diderot, örneğin, paganlıkla ve materyalizmin propagandasını yapmakla suçlanmış; üzerindeki baskılar arttığında, Büyük Frederick'in daveti üzerine Prusyaya gitmişti. "Söylediğiniz her şeye karşı olabilirim; fakat bunu söyleyebilme hakkınız için ölümüne savaşırım" sözlerini Fransa'ya olduğu kadar insanlığa miras bırakan Voltaire, düşüncelerinden ötürü sürgüne gönderilmiş olsa da, onun fikirleri ortadan kaldırılamamış; Avrupa'nın hemen bütün okuma salonlarında yerini almıştır. Voltaire, iki kez sürgünde kaldığı İngiltere'de birçok demokratik kurumun olduğu gibi, ifade özgürlüğünün kurumsallaşmış olduğuna tanık olmuştur. Ona göre İngiliz toplumunda gelişmiş olan en önemli değerler, ifade ve basın özgürlüğü, dinsel hoşgörü ve Avam Kamarasında temsil edilen halkın iktidarıdır. Düşünce özgürlüğü, diğer birçok özgürlüğün varlığının belirleyici öğesidir, Voltaire'e göre. Ayrıca, akıl, bireyin sahip olduğu en değerli unsurdur ve onun toplumdaki yansıması iletişim ve ifade özgürlüğü sayesinde mümkün olabilir. İnsan özgür olmalıdır, bu özgürlüğün sınırlarını hukuk belirler ve en iyi yönetim, özgürlükleri güvence altına almış olan yönetimdir. Kişi, bu özgürlüğünü başkalarına zarar vermeme ölçütü içerisinde kullanır. Hargreaves'in belirttiğine göre, ne Voltaire ne de dönemin diğer Fransız aydınları, anayasal çerçevesi çizilebilecek bir yönetim modeli ortaya koymamışlardır. Ona göre, Fransız aydınlarını, onların Amerikalı çağdaşlarından ayıran en önemli özellik bu noktada kendini gösterir. Voltaire de bir elitisttir ve özgürlüğü, örneğin ifade özgürlüğünü eğitimli, elit bir kesim için yararlı fakat avamın oluşturduğu kitleler için zararlı görmüştür. Hargreaves, kitabının özellikle bu bölümünde kıta Avrupası ile Anglo-Saxson dünyası arasında bir karşılaştırma

[21] Fransa'da devrim öncesi, devrime götüren gelişmeler ve süreç için bkz. Hargreaves, ss. 154–155; Yazarın yorumları ne derece haklıdır; bunun uzun boylu bir tartışmasını yapmak bu çalışmanın işi değildir; ama elitizmi Fransa'ya özgüymüş gibi yansıtması doğru değildir. Bütün insanların eşit yaratılmış olduğunu vurgulayan Amerikan Bildirileri de bu eşitliğin içerisine ne kadınları ne de köleleri sokabilmiştir. Pratik anlamda kurumsallaşmaya doğru giden İngiliz demokrasisi, evrensel bir teorik bakış açısını yerleştirememiştir. 19. yüzyılın ikinci yarısında bile Stuart Mill gibi bir özgürlük savunucusu, bu özgürlüğü "barbar" olarak nitelediği dönemin sömürge milletlerinden esirgemiştir. Arslan, bu anlayışın *ya/ya da*'cı mekanist bir paradigmaya bağlı olarak kategorileştirici bir anlayış olduğunu belirtmektedir. Bkz. Zühtü Arslan, "*İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: Açık ve Mevcut Tehlike'nin Tehlikeleri*", **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Editör: Bekir Berat Özipek, LTD Yayınları, Ankara 2003, ss., 51-57.

yapmakta ve neredeyse her konuda (felsefeden, edebiyata, oradan demokratik kurumlara varıncaya kadar) ikincinin üstünlüğüne vurgu yapmaktadır.[22]

1789 Fransız Devrimini hazırlayan koşullar içerisinde düşünsel alt yapıyı oluşturan Fransız aydınları, böyle bir devrimi planlamamış, hatta hiç öngörmemiş olsalar bile; devrim üzerinde ve onu izleyen süreçte dünyanın geri kalan birçok bölgesinde büyük bir etkiye sahip olmuşlardır. Devrimle birlikte ilan edilen Bildirinin dili, yalnızca Fransız yurttaşını muhatap almamaktadır; evrenseldir ve insanlığı muhatap almaktadır.[23]

Bildirinin dili, onu ortaya çıkaran devrim gibi devrimcidir; kurulu düzende revizyon talep etmemektedir; aksine düzeni tümüyle değiştirmeyi hedeflemektedir. Düzenle barışık değildir, onu Anglo-Saxon dünyasında yorumlayanların yaklaşımıyla, ihtilal propagandasıdır. Fransız Devrimine, Anglo-Saxon dünyası özgürlükleri kısıtlama yoluna giderek tepki gösterecektir. Devrimin bu dünya üzerindeki en büyük olumsuz etkisi ifade özgürlüğü üzerine olmuştur. Birleşik Devletler, 1798 tarihli Alien and Sedition Act'ı (Yabancı Uyruklular ve İsyana Teşvik Hakkında Kanunu)[24], İngiltere ise ifade ve özellikle de basın özgürlüğünü kısıtlayan bir dizi tedbiri uygulamaya koyacaktır. Devrimi savunan düşünürler olduğu gibi, onu tümüyle anarşist ve yıkıcı bulanlar da olacaktır. Anglo-Saxson dünyasında, devrimi savunanların sonu ya hapishanede ya da sürgünde bitecektir.[25]

Burada, üzerinde durulması gereken devrimin etkilerinden çok, 1789 Fransız Ulusal Bildirisinin, özellikle ifade özgürlüğü alanında neleri nasıl bir yaklaşımla ortaya koyduğudur. Bildiri, sefaletin kaynağını ve yönetimdeki çürümeyi insan haklarının yadsınmasına ve unutulmasına bağlamak suretiyle, amacını açık eder. Bildirinin amacı, insanın doğal olarak sahip olduğu, devredilmez kutsal hakları

---

[22] Hargreaves, ss.156–159.

[23] Akın, **Temel Hak ve Özgürlükler**, ss. 35 vd.; İlhan F. Akın, **Kamu Hukuku**, 6. Bası, Beta Yayını, İstanbul, 1990, ss. 294–295.

[24] Esasen bu tip yasalar, savaş zamanına özgü olarak çıkarılmakla beraber, sair zamanlarda da yürürlükte kalmak suretiyle hak ve özgürlüklerin korunması ve yaşatılması açısından büyük sıkıntılar doğurmuştur. Savaş zamanlarında ifade özgürlüğü hakkının daha fazla kısıtlanabileceğini kabul eden Chaffee de, bu yasaya dayanan anlayışın salt bir "zararlı eğilim" kriterine tabi tutulduğunu ve bunun da Birinci Değişikliğin ruhuna ve lafzına aykırı olduğunu belirtmektedir. Bkz. Zechariah Chafee, **Free Speech in the United States**, Athenaum, New York 1969, ss. 27 vd.

[25] Bu bağlamda, Edmund Burke ile Tom Paine arasındaki dialog dikkate değerdir. Devrimin savunucularından birisi olan Pain'nin sonu sürgün olacaktır. Bkz. Hargreaves, s. 159.

olduğunu ve bunlara yönetimin saygı gösterme zorunluluğunun bulunduğunu ilan etmektir.

Bildirinin, doğal hukuk anlayışını yansıtmasının yanında, metinde kullanılan, "herkes", "hiç kimse" gibi ifadelerle birlikte bildirinin adında anılan "insan hakları" ifadesi, Bildiriyi yukarıda sözü edilen diğer bildirilerden ayırmaktadır.[26]

b) Ulusal Bildirilerde İfade Özgürlüğü

İngiliz belgelerinden 1689 tarihli Haklar Bildirisi, listelediği haklar bakımından ifade özgürlüğüne açıkça yer vermiştir. Bildiride, "*ifade özgürlüğü ve Parlamentodaki müzakereler[in] Parlamento dışında hiçbir mahkeme önünde... dava konusu yapılamayaca[ğı]* açıkça belirtilmiştir.[27]

Bununla birlikte, doğrudan ifade özgürlüğüne bir atıf mevcut olmasa da, Virginia İnsan Hakları Bildirisi'nde basın özgürlüğüne açıkça değinilmiş olması önemli bir gelişme olarak kabul edilebilir. Bildirinin 12 inci maddesi, "*Basın özgürlüğü, özgürlüğün en büyük savunma araçlarından birisidir ve bu özgürlük, despotik yönetimlerce (hükümetlerce) yapılanlar haricinde, hiçbir zaman kayıtlanamaz.*"[28] biçiminde formüle edilmiştir. Burada basın özgürlüğü, mutlak bir anlamda ele alınmıştır. Maddede kullanılan ifade biçimi, basın özgürlüğüne o kadar güçlü bir vurgu yapmaktadır ki; bu özgürlüğe riayet etmeyen bir yönetimin ancak despotik bir yönetim olabileceği sonucuna varılacaktır.

Bildirinin formüle edildiği dönemde, ifade özgürlüğü -eğer tamamen değilse- basın özgürlüğü ile özdeş olarak görülmekteydi. Michael Oakeshott'ın işaret ettiği gibi, 18. yüzyılın devleti, mutlak iktidar bile olsa; insanların yaşamlarına müdahale noktasında günümüzün modern Leviathan'ına kıyasla çok geride sayılır. Tebaanın siyasal faaliyet alanının büyük bir kısmı, iktidarın denetimine tabi olsa da, bireylere

---

[26] Bildirinin bu özellikleri ve ayrıca insan haklarının günümüz anlayışını kuşatamadığı yönündeki yorumlar için bkz. Gemalmaz, **Genel Teori,** ss. 81–82.

[27] Bildirinin burada kullanılan Türkçe metni için bkz. Gemalmaz, **Genel Teori**, ss. 61–62; Bildirinin İngilizce orijinal metnine ise http://www.yale.edu/lawweb/avalon/england.htm, (10 Aralık 2005) internet adresinden ulaşılabilir.

[28] Madde metninin çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 66.

yine de dokunulmayan bir özgürlük alanının kaldığı varsayılıyordu; gerçekte bu, o günün koşullarında olasıydı da.[29]

Eğer basın özgürlüğü mutlak olarak formüle edilmişse, bu aynı zamanda ifade özgürlüğünün de mutlak bir özgürlük olarak savunulmak istenildiğini gösterir. Basının devletçe belirli kişi ya da kurumlara verilen bir ayrıcalık olarak düşünülmediği; bu işi, eline kalem alan ya da bir matbaa kuran herkesin yapabileceği bir toplumda, basın özgürlüğünün mutlak olarak tanınmasının aynı şekilde ifade özgürlüğü bakımından da geçerli olacağını söylemek, metnin hem lafzına hem de ruhuna uygun bir yorum olacaktır. 1787 ABD Anayasasına yapılan ilk değişiklikle eklenen on maddenin (Bill of Rights) ilk maddesinde (Birinci Değişiklik/First Amendment olarak anılır) yer alan ifade özgürlüğü düzenlemesinin aynı biçimde *mutlak* bir dille kaleme alınmış olması da böyle bir yorumu desteklemektedir.

Belirtilen bu nedenlerle, doğal hukuk anlayışına dayalı olarak formüle edilmiş ve bir anlamda evrensel bir dil kullanmış olan Virginia Haklar Bildirisi, ifade özgürlüğünü mutlak olarak formüle etmiş ve bunu daha sonra pozitif hukuka (1787 ABD Anayasasıyla) da aynı biçimde taşımayı başarabilmiş çok önemli bir belge niteliğindedir.

(1789) Fransız Ulusal Bildirisinin 11. maddesinde yer alan ifade özgürlüğüne ilişkin şu düzenleme büyük önem taşımaktadır:

> *Düşüncelerin ve görüşlerin özgürce iletimi, insanın en değerli haklarından birisidir. Bu nedenle her yurttaş serbestçe konuşabilir, yazabilir ve [yazdıklarını] yayınlayabilir; ancak bu özgürlüğün, yasada tanımlanan biçimde kötüye kullanılmasından ötürü sorumlu tutulur.*[30]

İfade özgürlüğünün, bu metinde, bugün sahip olduğumuz uluslararası insan hakları belgelerinde düzenleniş biçimiyle tam bir paralellik içinde formüle edilmiş olduğunu söylemek yanlış olmasa gerekir. Başka bir deyişle, 1789 tarihinden bu yana ifade özgürlüğü hakkının insan hakları metinlerinde formüle ediliş tarzı ile ilgili

---

[29] Micheal Oakeshott'ın, Leviathan ve genel olarak Hobbes'un felsefesi üzerine (eserin önsözünde) yapmış olduğu yorumlar için bkz. Thomas Hobbes, **Leviathan**, Ed. with an Introduction by Michael Oakeshott, Basil Black Well, Oxford, 1946, ss. XLIII-XLIV; Aynı yönde Donnelly tarafından yapılan bir yorum için bkz. Donnelly, ss. 65–68 ve 73.

[30] Metnin çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Genel Teori,** s. 80.

önemli bir değişikliğin olmadığı söylenebilir. Metindeki ilk vurgu, ifade özgürlüğünün, insanın en değerli haklarından birisi olduğu üzerine yapılmıştır. Konuşma, yazma ve yayın hakları özellikle belirtilmiştir. Hakkın sınırlanmasında, biri biçimsel diğeri maddi olmak üzere iki ölçüt getirilmiştir: Biçimsel ölçüt, sınırlamanın yasayla olması gerektiğidir. Maddi ya da öze ilişkin ölçüt ise, hakkın sınırlanabilmesi için ifade özgürlüğü hakkının kötüye kullanılmış olması gerekmektedir. Elbette hakkın kötüye kullanılma biçimleri de yasayla belirtilmiş olacaktır.

Bildiride dile getirilen ifade özgürlüğünün yasada tanımlanan biçimde kötüye kullanılması ile neyin kastedilmiş olduğu incelenmeye değer bir konudur. Burada bizi ilgilendiren, bu özgürlüğün "*yasada tanımlanan biçimde*" kötüye kullanılması değildir; fakat bir şekilde kötüye kullanılmasıdır. Başka bir deyişle, *kötüye kullanmanın* ne anlama geldiğidir. Bir hakkın kullanılması, başkasına zarar verebilir; ama bunun yanında hakkın kullanılması sadece zarar amacına matuf olmayıp, kullananın ya da başka birinin yararına da olabilir. Dolayısıyla, Fransız Bildirisinin 4. maddesinde, doğal hukuk anlayışının en temel ve genel ilkelerinde biri olarak ifade edilen, "özgürlük başkalarına zarar vermeyen her şeyi yapabilme serbestisidir;" ifadesi özgürlüğün genel anlamda tanımını yaparken; koymuş olduğu "*zarar*" ölçütü aslında genel anlamda bir "*yetki*" ilişkisi[31] içerisindeki herhangi bir hakkın kullanılması bakımından geçerli bir tanımlama olamaz. Arabamı kullanırken, hem gürültü çıkararak hem de havayı kirleterek başkalarına zarar veririm; ancak medeni hukukta tanımlanan ilke çerçevesinde, bunu "sırf" başkalarına zarar vermek amacıyla yapmadığım sürece, başkalarına zarar vermeme rağmen bu hakkımı meşru olarak kullanabilirim. Benim, arabamı kullanırken bu hakkı talebe "*yetkili*" olmam, bir ayni hakka ya da sözleşmeye dayalı olarak açıklanabilir. Aslında hakkın kullanılmasında

[31] Burada bir hakkı talep etmeye yetkili olmak, Hohfeld'in hak, ayrıcalık, yetki ve bağışıklık ayırımlarından esinlenilerek tanımlanmaya çalışılmıştır. Hakkı kullanan kişi, bunu yaparken başkalarına zarar vermesine rağmen bu hakkı talep edebiliyorsa bu Hohfeld'ci bir hak analiziyle, burada başkalarına karşı olumlu bir talep hakkı (affirmative claim right) ve aynı zamanda başkalarının taleplerine karşı bir ayrıcalık durumu (one's freedom from the right or claim of another) vardır. Bu konuda bkz. Walter Wheeler Cook, "*Introduction"*, Wesley Newcomb Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions**, Yale University Press, London 1923, ss. 3-23; "*Hak"* kavramının tanımıyla ilgili bkz. Uygun, "*İnsan Hakları Kuramı*", s. 13.

neye dayanıldığı önemli değildir; önemli olan, benim bu hakkı kullanma özgürlüğümün başkalarına zarar veriyor olmasıdır.

Faydacı/utilitarian ya da deontolojik bütün tezler için *hak* ve *zarar* kavramları arasındaki ilişki önemlidir. Tam da bu noktada, insan hakları ile diğer haklar arasında önemli farklılıkların olduğu[32] ve dolayısıyla yukarıdaki "*zarar*" ilişkisinin kurulmasının doğru olmadığı ileri sürülebilir. Fakat bu, farklılıkların niteliğine göre değişir.[33] Eğer sözkonusu farklılık, insan haklarının diğer haklara göre daha güçlü olarak kollanması gerektiği üzerine bir vurgulama ise; o zaman yukarıdaki karşılaştırma geçerliliğini daha güçlü olarak korur. Öte yandan, arabamı kullanma hakkım, temel bir insan hakkı olan mülkiyet hakkı ile ilişkilendirilerek açıklanmaya çalışılabilirse de; bu her zaman böyle olmayabilir; zira ben bu arabayı sözleşmeye dayalı bir hakka dayanarak kullanıyor; hatta emanetçi olarak, arkadaşımın bana bırakmış olduğu bir arabayı da kullanıyor olabilirim[34]. İnsan haklarının, sınırlama ölçütleri bakımından, diğer adi haklardan daha geniş kapsamlı olarak yorumlandıkları söylenemez, ama daha geniş ve güçlü bir korumayı hak ettikleri söylenebilir.[35] Bildiride, insan haklarının kutsal sayılıp, başkalarına devredilemez olarak nitelendirilmesi aslında güçlü bir koruma anlayışını dile getirir. Bu koruma, kötüye kullanılmayan bir ifade özgürlüğü hakkı bakımından da geçerlidir.

Söz konusu tartışmalardan, doğal hukuka sıkı sıkıya bağlı olarak kullanılan bir dille Fransız Bildirisinde ifade edilen *özgürlük* anlayışı ile aynı Bildiride formüle edilen *ifade özgürlüğünün kötüye kullanılması* arasında yakın bir bağın kurulabileceği sonucu çıkarılabilir. *Özgürlük*, *başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilme serbestisi* olarak tanımlandığına göre, ifade özgürlüğünün sınırlarının tayini bakımından, kötüye kullanma sınırının da temel unsuru, başkasına zarar vermeyen ifadelerin özgür olmasıdır. Başkalarına zarar veren ifadeler ise sınırlandırılacaktır. Bildiriyi kaleme alanların, "*özgürlük*" kavramını tanımlarken,

---

[32] Bu ayırım, yerindedir ve güçlü argümanlarla örneğin Donnelly tarafından ortaya konulmuştur. Bkz. Donnelly, ss. 19–27.

[33] İfade Özgürlüğü ve zarar kavramı arasındaki ilişkinin niteliğinin araştırıldığı şu çalışmaya bakılabilir: Wojciech Sadurski, **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2002, ss., 77-100 (Bundan sonra metinde "İfade Özgürlüğü" olarak anılacaktır).

[34] Uygun, "*İnsan Hakları Kuramı"*, s., 13.

[35] Adi haklarla, insan haklarının karşılaştırılmaları bakımında özellikle bkz. Donnelly, ss. 19–30 (özellikle s.26).

aynı zamanda ifade özgürlüğünün sınırlarını tayin bakımından bu tanımlamayı ne derece esas almış oldukları da başka bir tartışma konusudur. Bildiri üzerine yapılan incelemelerde bu konuya değinen bir yorum da göze çarpmamaktadır.[36] Ancak, yine de böyle bir mantıksal bağlantının gözden kaçırılmamış olabileceği görüşü, en azından bu kadar önemli bir bildiriyi kaleme alanların sahip oldukları nitelikler dikkate alındığında kabul edilmeye değerdir.

Genel olarak insan haklarının kötüye kullanılması ile özel olarak ifade özgürlüğü hakkının kötüye kullanılması arasında nasıl bir ilişkinin olduğunun araştırılması, ifade özgürlüğü hakkının kapsam ve sınırlarının tayini bakımından önemli olabilir. Tarihte olduğu gibi, bugün dahi uluslararası insan hakları hukukunda, *kötüye kullanma* kavramının en ciddi mağdurlarından birisinin *ifade özgürlüğü* olduğu dikkate alınırsa bu önem daha da artar.[37]

Aslında, insan haklarının kötüye kullanılması kavramı, ifade özgürlüğü hakkının kötüye kullanılması kavramına göre tarihsel bakımdan oldukça yenidir. İnsan haklarının kötüye kullanılması kavramı, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ile gündeme gelmiş ve hemen ardından 1950 tarihli AİHS ile de teyit edilmiştir. Uluslararası bir Bildiri olan Evrensel Bildirinin 30. maddesinde ifade edilen "*kötüye kullanma*" ile, AİHS'nin 17. maddesinde ifade edilen "*kötüye kullanma*" kavramları arasında bir farklılığının olduğu söylenemez. Kısaca Sözleşme, Bildiriyi izlemiştir. Tartışma konumuz, "*kötüye kullanma*" kavramının açıklığa kavuşturulması bakımından, 20. yüzyılın sözkonusu uluslararası belgeleri ile Fransız Ulusal Bildirisi[38] arasında bir ilişkinin kurulup kurulamayacağı noktasındadır.

---

[36] Örneğin bkz. Akın, **Kamu Hukuku**, ss. 292–298; Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, ss. 45–47; Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Yayını, İstanbul 1993, ss. 564–568 (Bundan sonra metinde "Siyasal Düşünceler" olarak anılacaktır); Gemalmaz, **Genel Teori**, ss. 79–82.

[37] İfade özgürlüğü mağduriyeti içerisinde bilinen en eski ve önemli davalardan birisi Sokrates'in davası olsa gerekir. Sokrates'i düşünceleri ve bunları ifade edişi ölüme, Thomas Pain'i sürgüne götürmüştür; Galileo'yu engizisyon önüne çıkartmış ve inzivaya mahkûm etmiştir. Bu konuda tarihte örnek çoktur. İfade özgürlüğü üzerine tarihsel bir inceleme için bkz. Hargreaves, ss. 1–117; Bu örnekler ayrıca Mill tarafından da sayılır. Bkz. J.S. Mill, **Düşünce ve Tartışma Özgürlüğü Üstüne**, Çev. Cem Aktaş, Koç Kültür Sanat ve Tanıtım Hizmetleri Tic. A.Ş. İstanbul 2003.

[38] Ulusal bildiri ile uluslararası bildiri arasındaki farkın önemsenmesi gerektiği konusunda bkz. Gemalmaz, **Genel Teori,** s. 79 (Dipnot 209'da).

Böyle bir ilişkinin araştırılmasının neye hizmet edeceği sorulabilir. Öncelikle böyle bir ilişkinin kurulması, insan haklarının tarihsel gelişim süreci içerisinde, ifade özgürlüğü ile insan hakları arasındaki ilişkiyi açıklamaya yardımcı olabilir. Zira Bildiri, genel olarak insan haklarından söz etmekle kalmamış; aynı zamanda temel insan haklarını sayma yoluna gitmiş ve hatta ifade özgürlüğü hakkında olduğu gibi, bunların genel ya da özel sınırlarına da değinmiştir. *Kötüye kullanma* kavramı ise, ifade özgürlüğü hakkının tanımlanması açısından önemini korumuştur. İfade özgürlüğünün sınırlarının tayini bakımından, bu kavram Fransız Devrimi öncesi yaşamış ve Anglo-Saxon hukukunun gelişmesinde önemli bir yere sahip olan İngiliz hukukçu tarafından da kullanılmıştır. Blackstone, özellikle *common law*'un (ortak hukuk) yorumlanması konusunda kendisinden sonra gelen yargıç ve akademisyenlerin sıkça atıfta bulundukları önemli bir hukukçudur. Blackstone'un tanımına göre ifade özgürlüğü, sansürün bulunmaması anlamına gelir; bununla (ifade özgürlüğü sayesinde) bireylerin özgür iradesi gerçekleşir ve bu hak ancak kötüye kullanıldığında cezalandırılır[39].

Hargreaves, Amerika'da ifade özgürlüğünün 19. yüzyılın sonuna kadar hiçbir değişikliğe uğramadan bu şekilde tanımlandığını; kimsenin, çoğunluğun ya da onun temsilcisi olan hükümetin sevmediği veya bir yargıcın isyana teşvik olarak değerlendirdiği siyasal tartışmaların *kötüye kullanma* tanımının dışında tutulması gerektiği konusunda ciddi bir tartışmayı başlatmamış olduğunu belirtmektedir. Kurulu düzen ya da rejim aleyhine fikirler ileri sürenler ve bunları tartışmaya açanlar, *kötüye kullanma* kavramının dışında tutulmuyorlarsa, yazara göre, bir ifade özgürlüğünün varlığı kuşkulu hale gelir; hatta tümüyle yok olabilir. Hargreaves'in sözleriyle ifade etmek gerekirse, "dünyanın en despotik rejimleri de hiçbir zaman kendileriyle *uyuşma / aynı düşüncede olma* özgürlüğünü (freedom to *agree*) sınırlamış değillerdir."[40] Bu itibarla, 18. yüzyılda kullanılan *kötüye kullanma* ile bu gün uluslararası belgelerdeki yukarıda sözü edilen bazı maddelerin genel ifadesi için kullanılan *kötüye kullanma* kavramı arasında -eğer varsa- ne gibi farklılıkların olduğunun araştırılması gerekir.

[39] Blackstone'nun bu tanımı için bkz. Hargreaves, s. 152.
[40] Hargreaves, ss. 152–153.

İfade özgürlüğü bakımından, genel bir sınırlama öngörmüş olan Fransız Bildirisi, bu sınırlama yöntemini acaba neden diğer hak ve özgürlüklere teşmil etmemiştir? Aksine, sözkonusu uluslararası belgeler böyle bir sınırlamayı bütün hak ve özgürlükler bakımından geçerli olarak kabul etmiş gözükmektedirler.[41] Aslında bu durum, insan haklarının tarihsel gelişim süreci içerisinde insanlığın yaşamış olduğu bir takım acı deneyimlerle açıklanabilir. Fakat yine de bu, açıklanmaya muhtaçtır; zira uluslararası belgelerdeki insan haklarının genel *kötüye kullanılması* yaklaşımı da kendi içerisinde birtakım çelişkilerin doğmasını bertaraf edememiştir. İnsan hakları statik bir yapıdan ziyade, dinamik bir yapıda ortaya çıkmıştır. Bu dinamik yapı sürekli bir gelişme süreci göstermiş ve bu süreçte, insan haklarına biçilen gömlek zaman içerisinde dar gelebilmiştir.

Bu anlamda insan haklarının temellendirilmesinde önemli görülen bir gelişme, ilahi hukukla başlayan ve toplum sözleşmesi kuramlarıyla laik bir temele oturan doğal haklar öğretisinden felsefi antropolojiye; dolayısıyla insan ihtiyaçları kavramına ve oradan da insan onuruna uzanan bir temellendirme sürecinin ortaya çıkmış olmasıdır. İnsan onurunu kesinlikle zedelediği düşünülen bazı insan hakları ihlalleri, sözkonusu hakları *mutlak* olarak kabul etmeyi gerektirmiştir. Örneğin, işkenceye ya da köleleştirilmeye karşı bir hakkın bugün uluslararası birtakım belgelerde *mutlak* bir hak olarak düzenlenmiş olması, bu gibi mutlak kabul edilen hakların nasıl kötüye kullanılabileceği sorusunu haklı olarak gündeme getirebilir. Burada, *mutlak hak* kavramının tartışmasız olarak kabul edildiği ya da edilebileceği ileri sürülmüyor; fakat insan haklarının, Evrensel Bildirinin 30. maddesinde ya da AİHS'nin 17. maddesinde olduğu gibi genel bir dille kötüye kullanılabileceğine ilişkin bir düzenlemenin kendi içinde yaratabileceği çelişkiye dikkat çekiliyor. Aslında bu çelişki, gelişen bir dinamik yapı içerisinde, daha evvelden biçilen gömleğin dar gelmesinden başka bir şey değildir.

Burada yalnızca, *insan haklarının kötüye kullanılması* kavramı ile daha özelde ifade özgürlüğü hakkının kötüye kullanılması arasındaki ilişkinin varlığını ve

[41] Örneğin, AİHS'nin 17. maddesi, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılamayacağına ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Fakat bu düzenlemenin, mutlak olarak kabul edilen bir takım haklar bakımından nasıl uygulanacağı önemli bir sorundur. AİHM'nin kararlarından, bu haklar bakımından bu maddenin uygulanamayacağı sonucuna varılabilir. Konunun ayrıntılarına son bölümde yer verilmiştir.

biçimini net olarak ortaya koymak olanaklı gözükmemektedir; bu güçlük en başta, *kötüye kullanma* kavramının pek genel ve içeriğinin belirsiz olmasından kaynaklanır. Bir diğer neden ise, ifade özgürlüğüne Fransız Bildirisinin getirmiş olduğu *kötüye kullanma* gibi genel bir sınırlama ölçütünün, II. Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan uluslararası belgelerde temel hak ve özgürlüklerin tümünü kuşatıcı bir şekilde kullanılmasının tarihsel koşullardan kaynaklanabilecek olan önemli farklılıklarıdır.

Fransız Bildirisinin ilan edildiği dönemde, insanlık 20. yüzyılın faşist yönetimlerini görmemiş ve onların insanlığa yaşatmış oldukları tecrübeleri yaşamamıştı. Orada önemli olan, kötüye kullanmanın içeriğinin yasayla doldurularak yönetimin keyfiliğinin önüne geçilmesiydi. Bildiride kuvvetler ayrılığının önemine dikkat çekilmiş olması ayrıca anlamlıdır. Bildirinin temel amacı, birey hak ve özgürlüklerinin yönetimin despotizmine karşı korunmasıdır. Bunu sağlamak için de, insan haklarının kutsal ve dokunulmaz olarak açıklanmasının yanında, sınırlamaların yasayla düzenlenmesi gibi bir takım biçimsel koşullara da yer verilmiştir. Bu anlamda, genel iradenin ürünü olan yasaya güven esastır. Örneğin, Bildirinin 10. maddesinde belirtilen inanç özgürlüğünün sınırları bakımından da yasanın belirleyeceği kamu düzenini bozma ölçütü esas alınmıştır.

Bu durum karşısında, denilebilir ki; Fransız Bildirisinin ifade özgürlüğünün sınırları bakımından tayin ettiği ölçüt, uluslararası belgelerdeki genel olarak insan haklarının kötüye kullanılması kavramından nitelik olarak ayrılık gösterir. Bu ayrılık özellikle amaç noktasında kendini gösterir. Bildiride ortaya konulan amaç, ifade özgürlüğünün sınırlarının yasayla tayin edilmesini sağlamaktır. Bu bağlamda, neyin kötüye kullanılma sayılacağına yasama organı karar verecektir. Örneğin yasama, hakaret içeren ifadeleri ya da kamu düzenini bozan ifadeleri sınırlandırabilecektir. Bu sınırların neler olacağı ve nasıl tayin edileceği konusunda son söz genel iradenin; dolayısıyla da onun sahibi ve biricik kaynağı olan halkın olacaktır. Halka ait olan bu yetkinin, Rousseau'nun öngördüğü bir model içerisinde kullanılması ise temsili bir hükümet modeliyle pratikte pek mümkün olamamıştır. Rousseau modelindeki genel iradenin temsil edilemezliği yanında, aslında uygulamada bu yetkinin çoğunluk (temsili bir demokraside parlamentodaki çoğunluk) tarafından kullanılıyor olması da

yine birçok sorunu beraberinde getirecektir.[42] Egemenliğin kaynağının açık bir kesinlikle ulus olarak formüle edilmiş olması da[43], uygulamada egemenliği, örneğin parlamenter demokrasinin beşiği olan İngiliz modelinde ve bu modeli rejimlerine esas almış olan birçok temsili demokrasi modellerinde, 20. yüzyılın ikinci yarısına kadar, çoğunluğun egemenliği olmaktan çıkaramamıştır.[44]

İnsan haklarının siyasal iktidar karşısında güvenceye alınabilmesi amacıyla, sınırlı bir iktidar anlayışını yansıtan modeller savunulmuş ve uygulanmıştır. Siyasal iktidarı sınırlandırmak amacıyla formüle edilen sistemler çok çeşitlidir. Savunulan hükümet modelleri arasında Fransız Bildirisinde de açıkça belirtilen bir sistem Montesquieu'nun savunmuş olduğu kuvvetler ayrılığı modelidir. Aslında kuvvetler ayrılığı modeli, daha evvelden Aristoteles ya da Locke tarafından da ortaya atılmış bir modeldir; ama Montesquieu'ya kadar bu model özgürlüğün teminatı olarak değil de daha çok fonksiyonel bir anlamda devlet organları arasından bir ayrışma/branşlaşma olarak ele alınmıştır. Halbuki Montesquieu, kuvvetler ayrılığını özgürlükle özdeşleştirmiştir. Kuvvetler ayrılığı modelinin, iktidarın kullanılmasını belirli devlet kurumları arasında dağıtmış olmasının, birey hak ve özgürlüklerinin korunması açısından kuşkusuz önemi büyüktür. Örneğin ünlü anayasaya hukukçusu

---

[42] Fransız Bildirisinde Rousseau'nun etkisi, Bildirinin 3.maddesinden; yani, "[e]gemenliği kaynağı (özü) ulustadır", ifadesinden ve Bildirinin 6.maddesindeki, "[y]asa, genel iradenin ifadesidir" sözünden anlaşılabilir. Bildiride, Rousseau'nun öngördüğü biçimde bir genel irade tasavvurunun ve bölünmez bir egemenlik anlayışının yanında Montesquieu'nun tasarladığı bir kuvvetler ayrılığı modelinin biçimlendirilmiş olmasının bir çelişki olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Bu sorununun yanıtı, Rousseau'nun öngörmüş olduğu modelin nasıl yorumlanması gerektiğinde düğümlenmiştir: Rousseau'nun öngördüğü modelde egemenliğin bölünemezliği, yasama yetkisinin bölünemezliği olarak anlaşılmalıdır, Uygun'a göre; dolayısıyla, "Rousseau'nun her yönetim biçiminde yasama yetkisinin halkta olduğu görüşü dikkate alınmadan, demokrasi hakkında söylediklerinin doğru yorumlanması mümkün değildir." Böyle bir model içerisinde yine, çoğunluğunun despotizmi tehlikesine karşı Rousseau tarafından ileri sürelen, "türdeş sosyal yapı" ya da "konsensus arayışı" gibi reçeteler de günümüz demokrasileri -en azından büyük çoğunluğu- için pek uygulanabilir değildir. Rousseau'nun savunduğu yönetim modeli üzerine ayrıntılı bir inceleme için bkz. Oktay Uygun, **Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, İnklap Yayınları, İstanbul, 2003, ss. 135–160, alıntı için bkz. s. 154 (Bundan sonra metinde "Demokrasinin" diye anılacaktır).

[43] Örneğin Bildirinin 3 üncü maddesinde, "[t]üm egemenliğin kaynağı/özü ulustadır" denilmiştir.

[44] ABD'de çoğunluk rejiminin hak ve özgürlükler açısından yarattığı kriz dönemleri ve mahkemelerin bu tip krizlerdeki rollerinin analizi üzerine önemli bir eser için bkz. Jonh Hart Ely, **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**, Harvard University Press, USA, 1980. Aslında ABD'de, McCarty'li yıllar olarak bilinen 1950'lerde yaşanan ifade özgürlüğü krizi, ifade özgürlüğünün çoğunluk tarafından belirli bir azınlık (komünistler) aleyhine ortadan kaldırıldığı bir döneme iyi bir örnektir. Bu dönemde maalesef, mahkemelerin de siyasal çoğunluğu onaylamaktan geri durmadığı bilinmektedir. J.H.Ely'nin de belirttiği gibi, anayasa hukuku ve yüksek mahkemeler böyle dönemlerde hak ve özgürlükleri çoğunluğa karşı da korumak için var olmalıdırlar. Özellikle Ely'nin anılan eserinde bkz. ss. 6–7, 102–103 ve 183.

Karl Loewenstein, kuvvetler ayrılığı sistemini, farklı işlevleri yürüten devlet organlarının anayasa tarafından bağımsız olarak formüle edilmesi ve bu organlar arasında bir nevi denetim mekanizmalarının kurgulanması olarak daha geniş anlamda ele almıştır. İntra-organ (organlar arası) denetim sistemi ya da siyasal iktidarın yatay (horizontal) denetimi, birey hak ve özgürlüklerinin siyasal iktidar karşısında korunması açısından önemlidir, ama Loewenstein'nin bunu yeterli görmeyerek, siyasal iktidarın yatay olarak sınırlandırılmasına ek olarak bir de dikey (vertical)[45] sınırlarına yer vermesi ve bu tarz sınırlandırmalar arasında temel hak ve özgürlüklerin korunmasının, siyasal iktidarın dikey sınırları arasında kabul etmesi teknik anayasa hukuku bakımından ayrıca önemlidir.

Bildirinin ortaya koymuş olduğu model içerisinde özgürlüğün korunması bakımından, genel iradeye güvenmek yeterli olacaktır. Fakat yine de bu sınırlandırma ölçütlerinin belirlenmesinde, '*başkalarına zarar verme'* ölçütü[46], Bildirinin temel insan hakları dizinimi içerisinde kuramsal olarak da olsa önemli bir kriter olarak varlığını sürdürecektir.

Daha genel bir karşılaştırma çerçevesinde denilebilir ki, uluslararası belgelerde ifade edilen insan haklarının kötüye kullanılması yasağı, Fransız Bildirisinde sözü edilen genel iradeye; başka bir deyişle, bu iradenin uygulamada (temsili bir demokrasi rejiminde) somutlaştığı yasamaya; hatta seçmene[47] karşı da kullanılabilecek bir sigorta niteliğindedir. Böyle bir sigorta sistemi ise, uluslararası belgelerden farklı olarak, Bildiride yalnızca direnme hakkı olarak formüle edilmiş olabilir. Pozitif hukuk metinlerinde direnme hakkına yer verilmesi pratik bir değeri olmaktan çok, duygusal bir anlam taşır. Bununla birlikte direnme hakkı da, insanlığın

[45] *Vertical*/*Dikey* sınırlandırma, federal devlet sistemine karşılık gelmektedir. Federalizmin özellikle azınlık haklarının korunması bakımından üniter devlete nazaran daha uygun bir sistem olduğu belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Oktay Uygun, "*Federal Political System in Terms of Democracy and Human Rigths*", **Annles de la Faculté de Droit d'Istanbul** 2004, Vol. 36, ss., 231-234.

[46] Zarar ölçütü, ABD Anayasasının ifade özgürlüğünü düzenleyen Birinci Değişikliğinin yorumlanmasında, Değişikliğin Anayasaya eklendiği 1791 yılı ile 20.yüzyılın başlarına kadar uzanan bir dönemde temel bir kriter olarak alınmıştır.

[47] Burada "*seçmen*" ifadesine özellikle yer verilmiştir: Bu ifade, Loewenstein'in, siyasal iktidarın dokunamayacağı temel haklar yasak bölgesi olarak adlandırdığı bu alana seçmenin; yani genel iradenin dahi dokunamayacağı yönündeki yorumu dikkate alınarak kullanılmıştır. Bkz. Karl Loewenstein, **Political Power&The Governmental Process**, The University of Chicago Press, London 1965, s. 315.

zulme ve baskıya karşı son bir çare olarak insan hakları bildirilerinde yerini aldığı gibi, birçok pozitif hukuk metninde, örneğin anayasalarda da yerini almıştır.[48]

2) İnsan Haklarının Uluslararası Normatif Evrenselliği

İnsan haklarının uluslararası normatif evrenselliği, yukarıda sözü edilen ulusal bildirilerin başlatmış olduğu sürecin uluslararası düzeyde sürdürülmesiyle ulaşılmış bir anlayışı temsil etmektedir. Aslında insan haklarının evrenselliğinin, uluslararası camia tarafından savunulması ve benimsenmesi, İkinci Dünya Savaşıyla başlayan bir sürece karşılık gelmekte ise de; bir takım temel hakların uluslararası düzeyde ele alınmasının tarihi çok daha gerilere; 19. yüzyılın başlarına kadar gider. Bu bağlamda, 1814 yılında İngiliz ve Fransız hükümetleri arasında yapılan *Köle Ticaretinin Yasaklanmasına Dair İkili Sözleşme*'nin getirmiş olduğu yükümlülüklerin Avrupa'nın diğer önemli devletleri tarafından 1815 tarihli *Viyana Konferansı*'nda

[48]Direnme hakkı Bildirinin ikinci maddesinde "özgürlük, mülkiyet, güvenlik" haklarıyla birlikte sözü edilen dört temel haktan biri olarak ifade edilmiştir. Fransız Bildirisinden önce 4 Temmuz 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirisinde de direnme hakkına açık atıfta bulunulmuştur. Direnme hakkına, Alman Üçüncü Cumhuriyet (Third Reich) döneminin hukuksuz uygulamalarına bir tepki olarak 1945 sonrası eyalet (Land) anayasalarında temel insan hakları arasında özellikle yer verilmiştir. Fransız Bidirisinin hazırlandığı dönemle elbette ki, 1945 sonrası Alman anayasalarının hazırlandığı dönem arasında önemli farklılıklar vardır. Bildirinin hazırlandığı dönemde, insan haklarının uluslararası bir ölçekte, uluslararası mekanizmalarla korunması düşüncesi elbette mevcut değildir. Etkisinin Fransız Ulusunu aşarak Dünyanın birçok bölgesine yayılmış olması Bildiriye uluslararası bir nitelik kazandırmaz. Bu yönüyle de, insan haklarının korunması noktasında direnme hakkının Bildirinin metnine yansıması ve bunun nihayi anlamda bir sigorta olarak görülmüş olması da doğaldır. Bununla birlikte, direnme hakkına, sözkonusu uluslararası belgelere önemli ölçüde kaynaklık görevi yapmış olan 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisinde yer verilmiştir. Evrensel Bildirinin başlangıç bölümünün ikinci paragrafında, "insanın zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya zorunlu kalmaması için, insan haklarının, hukukun üstünlüğü yoluyla korunmasının zorunluluk olduğuna, ..." biçiminde bir ifadeye yer verilmiştir. Aslında buradaki ifade, bir anlamda, insan haklarının uluslararası ölçekte korunmasının direnme hakkını meşrulaştıran koşulları ortadan kaldırabileceğine işaret etmektedir. Bu sistem içerisinde, kötüye kullanma yasağı da nitelik olarak çok yönlü bir sigorta sistemi olarak düşünülmüştür. Bu sigorta, devlete karşı olabileceği gibi; devlet dışı kurum ve kişilere karşı kullanılabilecek bir niteliğe sahiptir. Anayasaya ya da pozitif hukuk çerçevesinde doğrudan uygulanabilirliği olan hukuksal bir metinde direnme hakkından söz etmek, üzerinde çokça tartışmayı gerektirecek bir ikilem oluşturabilir. Bu yönüyle de direnme hakkı ile genel olarak insan haklarının kötüye kullanılması konusu birbirinde derin çizgilerle ayırt edilmesi gereken konulardır. Çalışmanın son bölümü içerisinde, AİHS'nin 17 nci maddesi incelenirken, kötüye kullanma yasağının genel nitelikli; fakat çok sınırlı ve özel bir amaca hizmet eden bir sınırlandırma sistemi olduğu konusu ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Fransız Bildirisinin Türkçe Metni için bkz. Gemalmaz, **Genel Teori**, 79-81; Alman eyalet anayasalarında direnme hakkına yapılan özel atıf konusunda bkz. Loewenstein, s. 436'daki 3 numaralı not.; Direnme hakkının yer aldığı Bildiriler ve pozitif metinlerin yanında, anayasalarda düzenlenmesinin yaratabileceği çelişkiler için bkz. Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, ss. 307 vd.

kabul edilmesinin bu alanda uluslararası düzeyde insan haklarının korunmasına yönelik atılan ilk adımlar olarak yorumlandığı görülmektedir.[49]

Köle ticaretinin yasaklanması amacıyla 1815-1880 yılları arasında elliden fazla sözleşmenin yapıldığı belirtilmektedir. Bu alanda atılan en önemli adımlardan biri de 1890 tarihli *Brüksel Konferansı*'yla olmuştur. Birinci Dünya Savaşının hemen ardından *Milletler Cemiyeti Misakı*'nın 22. Maddesinde, manda yönetimi altında bulunan topraklarda, kölelik yasağının yanında din ve vicdan özürlüğünün sağlanmasına yönelik bir düzenlemeye yer verilmek suretiyle, uluslararası hukuk alanında insan haklarının korunması çabaları sürdürülmüştür. 1926 yılında yine Milletler Cemiyeti gözetiminde, *Köleliğin Kaldırılması ve Köle Ticaretinin Yasaklanması*'na yönelik bir sözleşme yapılmıştır. Bu sözleşme ile köle ticaretiyle birlikte her türlü kölelik uluslararası bir platformda kesin olarak yasaklanmıştır. İkinci Dünya Savaşına kadar olan bütün bu gelişmeler, bireyin uluslararası hukuktaki obje/nesne konumundan süje/özne konumuna geçişinde önemli bir rol oynayacaktır.[50] M. Semih Gemalmaz,

> "*1945 sonrası gelişmeleri yerli yerine oturtabilmek için, iki büyük savaşın yaşandığı, sosyalist devriminin gerçekleştiği, büyük bir ekonomik krizin ortaya çıktığı, sömürgecilik ve dünyanın geri kalmış bölgelerinin paylaşılması olgusunun sürdüğü, dünyanın çeşitli yerlerinde ulusal düzeyde otoriter rejimlerin görüldüğü 20. yüzyılılın ilk yarısındaki oluşumların, insan hakları hukukunun şekillenmesinde belirleyici rol oynadığını göz ardı etmemek gerek*[*tiğini*]" belirtmektedir.[51]

Bu süreçte insanlığın yaşamış olduğu önemli tecrübeler, İkinci Dünya Savaşı sonrasında, insan haklarının uluslararası korunması ihtiyacını açık bir kesinlikle ortaya koymuş; bu ihtiyaca yanıt verecek ve sözkonusu korumayı sağlayacak uluslararası enstrümanlarla birlikte, bu enstrümanları ifade eden dil evrensellik temasına vurgu yapacaktır. İkinci Dünya Savaşına kadar olan süreçte, köleliliğin yasaklanması konusunda uluslararası düzeyde atılan adımlar, insan haklarının normatif evrenselliğini destekleyecek bir noktaya ulaşmamıştır. Bunun temel nedeni, insan hakları ihlallerinin dünyanın gündemine İkinci Dünya Savaşıyla oturmuş

[49] Robertson/ Merrills, ss. 15–16.
[50] Robertson/Merrills, s. 17.
[51] Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 259.

olmasıdır. Savaşın hemen ardından kabul edilen 1945 tarihli BM Şartı, insan haklarına ilişkin geniş bir düzenlemeye yer vermemiş olsa da, bu hareketin yönünü tayin edecek derecede önemli atıflarda bulunmuştur. Şartın bu yönüyle ilgili olarak bir uluslararası hukukçu, şu yorumu yapmaktadır:

> *Yabancı uluslar için belirlenmiş olan, köklerini doğal hak kavramından alan ve açıkça birtakım doğal hakların herkesçe kabul edilmesi gerektiği biçiminde bir anlayışı yansıtan uluslararası adalet standartlarının tersine, BM Şartı pozitivist bir enstrümandır. O [Şart]), bir doğal haklar öğretisine dayanmadığı gibi, insan hakları için herhangi bir felsefi temele de dayanmaz. [onu meydana getiren önde gelen ülkeler böyle bir temellendirme konusunda anlaşabilecek bir konumda da değillerdi zaten]. Şartın Başlangıç bölümünde, insan hakları doğrudan insan onuruyla ilişkilendirilmiştir, ancak bunun varlığı kendinden menkul (self-evident) olarak ele alınmış ve herhangi bir haklılaştırma (justification) gereği duyulmamıştır.*[52]

İnsan hakları savunusu böylece, küresel bir düzeye taşınırken, onun hangi felsefi anlayış tarafından temellendirileceği noktası, biraz da pragmatik bir zorunlulukla geri plana atılmış ve doğrudan *insan onuru* kavramına bağlanmak suretiyle normatif kabule yönelmiştir.

Normatif evrensellik anlayışı, insan haklarının küresel ölçekte hangi yaygınlıkta kabul edildiğini konu edinir.[53] Ulusal bildirilerin[54] iddia ettiği evrensellik anlayışı ise, bu çerçevede bir normatif evrenselliği destekleyebilecek argümanlarla ortaya çıkmamıştır. Böyle olması da son derece doğaldır; çünkü Bildirilerin evrensellik iddiası, ortaya koydukları hakların neredeyse dünyanın hiçbir bölgesinde tam olarak uygulanmadığı; en azından bildirilerin ortaya koydukları anlayış çerçevesinde uygulanmadıkları bir döneme denk geldiğinden, normatif bir evrenselliği destekleyecek bir veri de mevcut değildir. Bildiriler, ortaya koydukları hakların neden bütün insanlara uygulanabilir olduğunu, hatta uygulanması gerektiğini temellendirmek durumundaydılar. Bu bakımdan onlar, ancak ya insanın

---

[52] Louis Henkin's International Law: Politics, Values and Functions'taki yorumları için bkz. Steiner/Alston, ss. 140–141.

[53] İnsan haklarının evrenselliğinin tarihsel süreç içinde yaygınlaşmasıyla eş değer biçimde algılandığı bir çalışma için bkz. Kemal Yılmaz, "*Çağdaşlaşma, İnsan Hakları ve Türkiye*", **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 16, 1994, özellikle ss. 103–104.

[54] İngiliz Bildirilerinde zaten böyle bir iddia mevcut olmadığından, burada sözkonusu edilen Bildiriler, Fransız ve Amerikan Bildirileridir.

fiziksel doğasına ya da ahlaki doğasına dayanan bir tezle böyle bir evrensellik anlayışını savunabilirlerdi. Bu tez de, dönemin burjuva ideolojisinin bir yansıması olarak *doğal haklar* öğretisi olmuştu.

Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin hazırlandığı koşullar altında, Bildiriyi kaleme alanlar ve imzalayanlar farklı felsefi temellere dayalı olarak Bildiride ifade edilen hakları savunmuş olsalar da; nihayetinde, BM Şartı'nda olduğu gibi, bir konuda, insan haklarının insan onurunu korumanın tek yolu olduğu noktasında uzlaşabilmişlerdir. İnsan onurunun ne olduğu ya da sözkonusu hakların bu bağlamda nasıl haklılaştırılması gerektiği konusu ise, Bildiriye imza koyan ülkelerin kendi kültürel alt yapısı içerisinde ortaya çıkacak görece bir anlayışın insafına bırakılmıştır. Yargıç Holmes'ün, "*genel önermeler şeklinde formüle edilmiş kural ve ilkelerin somut vakaları karara bağlayamayacağı*" argümanı,[55] büyük ölçüde doğru olabilir; fakat bu, yine de bir normatif evrensellik tartışmasının konusunu değil, daha ziyade insan haklarının bire bir uygulanması ve yorumlanması (specification) sorununu ilgilendirir.

Bu yüzden de Evrensel Bildirinin, dünya halklarının neredeyse tamamına yakın bir kesimi tarafından kabul görmüş olması, normatif evrensellik anlayışını destekleyici önemli bir veri olarak görülmektedir.[56]

Evrensel Bildirinin, bu denli yaygın kabul görmüş olması, Bildiride yazılı olan tüm hakların evrensel nitelikte olduğunu varsaymak için yeterli bir neden olabilir mi? Soruyu başka türlü sormak gerekirse, örneğin ifade özgürlüğü hakkı ile kölelik yasağı ya da işkenceye maruz kalmama hakkı aynı nitelikte kabul edilerek, bu konuda bir sonuca varılabilir mi? Bu sorunun yanıtı ile ilgili çeşitli spekülasyonlar yapılabilir: Bir yoruma göre, Bildiride haklar arasında hiyerarşik bir yapı öngörülmemiş olmasına karşın, haklar arasında bir nitelik farkı olabilir.[57] Örneğin,

---

[55] Bkz. Steiner/Alston, s. 334; aynı durumun ifade özgürlüğü açısından ele alındığını Cass Sunstein'in "*Rigths and Their Critics*"de görmekteyiz, bkz. Steiner/Alston, s. 336.

[56] Donnelly, s. 34.

[57] Doktrinde bir takım hakların, üstün nitelikli haklar ya da dokunulmaz haklar olarak kategorize edildiği görülmektedir. N. Çavuşoğlu, örneğin, yaşam hakkının, işkence, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı ceza ve muamele yasağının, kölelik ve kulluk yasağının, (failin aleyhine olan) ceza yasalarının geriye yürümezliği gibi bir takım temel hak ve özgürlüklerin uluslararası insan hakları hukuku içerisinde dokunulmaz hakları olarak kategorize edilmiş olduklarını belirtmektedir. Bkz. Naz Çavuşoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler**

jus cogens nitelikli olarak kabul edilen bir dizi haklar vardır ki; belirtilen haklardan kölelik ya da işkence yasağına ilişkin haklar, böyle bir niteliğe sahiptirler ve bu hakların korunması uluslararası kamu düzeninin bir parçası olarak kabul edildiğinden, sözkonusu uluslararası belgelere taraf olsun olmasın bütün devletlerin bu nitelikteki haklara saygı gösterme yükümlülükleri vardır.[58] Peki bir hakkın *jus cogens* niteliğinde olup olmadığı nasıl tayin edilecektir? M.Semih Gemalmaz'a göre, olağanüstü/istisnai bir rejimde dahi askıya alınması sözkonusu edilemeyecek (non-derogable) türdeki hakları bu kapsamda düşünmek mümkündür.[59]

Evrensel Bildiri bakımından bu türden bir değerlendirme, başka bir sorunu daha ortaya koyar: Bildiri, bir sözleşme ya da andlaşma olmadığı için, Bildiride ifade edilen hakların, olağan ve olağanüstü hukuk rejimleri bakımından askıya alınabilirlik (derogable) nitelikleri hakkında, doğrudan Bildirinin metnine dayanılarak bir sonuca varmak mümkün gözükmemektedir. Ancak, kaynağını Evrensel Bildiriden alan uluslararası insan hakları hukuku belgeleri bu konuda aydınlatıcı olabilirler. Örneğin 1966 tarihli MSHS (m.4), hangi hakların olağanüstü rejimlerde dahi askıya alınamayacağını açıkça belirtmiştir. İfade özgürlüğü hakkı, uluslararası insan hakları belgelerinin hiçbirisinde non-derogable/askıya alınamayan bir hak olarak tanımlanmamıştır. Bu durum bizim, ifade özgürlüğü hakkının, *non-derogable* kabul edilen öteki haklara göre daha az değerli bir hak olduğu sonucuna varmamız gerektiğini söyler mi? Eğer söylerse, bir haklar hiyerarşisini kabul etmek gerekmez mi? Diğer taraftan, ifade özgürlüğü hakkının daha az değerli olması, onun evrenselliğini göreceli olarak zayıflatır mı? Bir insanın ifade özgürlüğünü kısıtlamakla, onun yaşamına son vermenin aynı değerde görülemeyeceği ileri sürülebilir; ikincisinin gerçekleştiği bir durumda, diğer bütün haklar kendiliğinden ortadan kalkıp anlamsızlaşacağı savunulabilir.

Üzerine, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Özel Dizi, No. 1, Ankara 1994, ss. 9 vd. (Bundan sonra metinde, "İnsan Hakları" olarak anılacaktır).

[58] Türk Anayasa Mahkemesi, *jus cogens* kavramını doğrudan kullanmamakla birlikte, bu kavramı hukukun genel ilkeleri çerçevesinde dolaylı biçimde kullanmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre hukukun genel ilkeleri, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur ve bu ilkeyi benimsemiş olan hiçbir devlet, kendisini inkar etmeden hukukun genel ilkelerine aykırı düzenleme yapamaz. Mahkeme, hukukun genel ilkelerinin Anayasanın da üzerinde olduğunu belirtmiş olmaktadır. Bu ilkelerin kaynağı, Mahkemeye göre, Evrensel Bildiri ve AİHS gibi uluslararası metinlerdir. Bkz. Oktay Uygun, "*Internationalization of Public Law: Turkey*", **European Public Law Series**, Vol. LXXXIII, Esperia Publications, 2006, ss. 553–557.

[59] Gemalmaz, **Genel Teori**, ss. 409–410.

Ne var ki, hakların birbirilerine üstünlüğü ya da önceliği konusunda yukarıdaki türden bir takım değerlendirmelerin yapılabilmesi, özellikle Evrensel Bildiri gibi bir belgede sunulan hak ve özgürlükler listesinin bütününün evrensel olmayabileceği konusunda bir kuşkuyu haklılaştırmaz. Çünkü burada önemli olan hakların değerliliklerinden ziyade, hakların hangi temele dayalı olarak savunulduklarıdır. Başka bir deyişle evrenselliğin, listenin tamamını kapsayacak biçimde bir insan hakları teziyle savunulabilmesidir. Eğer bir belgenin evrensel olduğunu kabul ediyorsak, belgede ifade edilen hakların tümü bakımından bunun evrensel olduğunu varsaymamız gerekir. Değilse belgede tanımlanan hakların tek tek ayırımının yapılması ve bu haklardan hangilerinin insan hakkı olmadığının nedenleriyle birlikte ortaya konulması gerekir. Bir kültür çevresinin kendine özgü karakteristiği ya da bir ülkenin özel koşulları, o kültür çevresinde veya o ülkede belirli bir hakkın tanınmasının diğer bazı haklara göre daha öncelikli görünmesini ve böyle de kabul edilmesini sağlayabilir. Örneğin bazı kültür çevreleri, ekonomik ve sosyal hakların öncelikli olduğunu düşünebilirler. Buna karşılık başka bir kültür çevresinde medeni ve siyasal haklar daha öncelikli görünebilir. Hatta A. Gwirth'ın yapmış olduğu analiz çerçevesinde ahlaki evrensellikle ahlaki özgüllüğün bağdaşabileceği de savunulabilir. Öyle ki, bütün insanlara eşit davranılması gerektiğini belirten evrensel bir ilkenin, yine eşitlik adına bir takım insanlara eşitsiz davranılması gerektiğini haklılaştırması mümkündür. Ancak buradaki haklılaştırma, eşitliğin biçimsel bir kavrayışıyla mümkün olmamakta, fakat daha çok eşitliğin yapısal adaletle olanla ilişkisinden çıkarsanmakta ya da temellenmektedir. Bu bağlamda belirli bir toplumda siyasal, tarihsel ya da sosyal koşulların, insan haklarının gerçekleştirilmesi açısından yol açtığı adaletsiz durumların, yine özgürlük ve haklar adına, örneğin Batıda olanında daha farklı bir düzenlemeye tabi tutulması söz konusu olabilir. Bu türden ayrışmaların ise insan haklarının evrenselliğini zayıflatacağı söylenemez. Çünkü bu farklılıklar ya da daha teknik anlamıyla özgüllükler (particularism), insan haklarının uygulanmasıyla (specification) ilgili önceliklerden kaynaklanırlar.[60]

[60] Bkz. Alan Gewirth,*"Ethical Universalism and Particularism"*, **The Journal of Philosophy**, Vol. 85, No. 6, June 1988, ss. 283–302.

Burada biz, hangi hak kategorilerinin hangi kriterlerle insan hakkı olarak kabul edilmesi gerektiğinin bir analizini yapmıyoruz; fakat Evrensel Bildiride tanımlanmış olan hakların en azından bir insan hakkı olarak kabul edilmiş oldukları varsayımı ile hareket ediyoruz. İnsan haklarının ayırdedici özelliği, hukuk sistemleri tarafından kabul edilen diğer adi haklardan ayrı olarak yaygın bir kabule mazhar olması ve uluslararası kamu düzeninin bir parçası olarak tanınmış olmasıdır.[61]

Evrensel Bildiride tanımlanmış olan hakların insan hakları olduğunu *a priori* olarak varsaydığımızda bile, bu hakların evrenselliğinin kaynağının ne olduğunu araştırmaya yönelik gereksinimiz devam edecektir. Evrenselliğin mantıksal olarak temellendirilmesi, insan hakları üzerinde neden bir normatif oydaşmanın bulunduğunu açıklamamızı sağlar. Başka bir deyişle, ihtiyacımız olan şey, tutarlı bir evrensel insan hakları teorisidir.

C) İnsan Haklarının Ahlaki Evrenselliği ve İfade Özgürlüğü

1) İnsan Haklarının Ahlaki Evrenselliği

İnsan haklarının, yukarıda anlatılan çerçevedeki (yaygın kabule dayalı deskriptif) normatif evrenselliği iddiası, bir vakıa analizinin ötesinde onun temellendirilmesi adına bize pek fazla bir şey söylemez. Bu haklar, uluslararası toplum tarafından tanınmış birtakım belgelerde ifade edilmiş bir dizi haklara münhasır olarak görülürse; Hegel'in güneş sisteminde bulunabilecek gezegen sayısını salt akla dayalı olarak tayin ve tespit etmesi gibi, insan haklarının da keşfinin yapılmış ve listenin sonlandırılmış olduğunu kabul etmek gibi bir yanlışlığa düşme tehlikesi doğar. Bu yaklaşım da, Karl Popper'in deyimiyle, metafizik şapkalardan gerçek tavşanlar çıkarmak gibi bir şeydir.[62]

Böyle bir tehlikenin bertaraf edilmesinin yolu, insan haklarının normatif evrenselliğini destekleyecek başka bir temel aramaktır. Dolayısıyla, insan haklarının evrensel olduğu savı, onun sırf yaygın kabul görmesine bağlı kılınmamalıdır.

[61] Kamenka da insan haklarını diğer yasal (legal) haklardan ayırmak için böyle bir tanımlama yapmaktadır. Bkz. Kamenka, "*Human Rights, People's rights*", Steiner/Alston, s. 329.
[62] Karl Popper, **The Open Society and Its Enemies**, Vol. Two (Hegel and Marx), Roudledge Classics, London-New York 2003, s. 30.

Örneğin, insanların beslenmesi insanın fiziksel doğasının bir gereğidir ve bu ampirik olarak da kolayca kanıtlanabilecek bir durumdur. Beslenme bir temel insan ihtiyacıdır ve karşılanmadığında, diğer bütün hakların kullanılması tehlikeye girer. Bu bakımdan da bazı yazarlar beslenmenin temel insan hakları arasında olması gerektiğini bile ileri sürmüşlerdir[63]. Fakat hamburger yemek ne kadar yaygın olursa olsun bir insan hakkı olarak nitelendirilemez. Bugün küreselleşme sayesinde dünyada birçok davranış modeli yaygın biçimde kullanılmakta ve giderek de bir homojenleşmeye doğru gidilmektedir. Halbuki normatif evrenselliğin konusu *olan* değil, *olması gerekendir*; dolayısıyla da normatif evrensellik anlayışının, insanın fiziksel doğasıyla fazlaca bir ilişkisi olamaz. Normatif evrensellik, bütünüyle ahlaki bir görüştür ve bu görüşe dayalı bir insan hakları anlayışı da, bütün insanlara uygulanabilirlik savını, dünyada yaygın olarak mevcut olan ahlaki kodlara dayandırır.[64]

Sözkonusu ahlaki kodların, hiçbir göreceliliğe izin vermeyecek kadar kesin ve mutlak olduğunu ve bu kodların evrenin yasalarında, insan doğasında ya da başka bir temel kaynağa içkin olduğunu savunan bir anlayış, ahlaki mutlakçılar olarak isimlendirilmektedir. Bu anlayışa göre, bir hareket, bağlamından bağımsız olarak ya ahlakidir veya ahlaka aykırıdır. Örneğin, cinayet kötüdür ve ne olursa olsun cinayet işlenmemelidir. Cinayet kötüdür önermesi aynı zamanda, "*cinayet işleme!*", anlamına geldiği için, preskriptif/tavsiye edici bir niteliğe sahiptir. Bu bakımdan da modern insan hakları kuramının ahlaki mutlakçılığın bir biçimi olduğu ileri sürülmektedir.[65]

Kaynağını insaniyetin doğasına veya insan doğasındaki öze bağlı olarak açıklayan Kantçı ahlak felsefesine dayanan bir kuramla Rawlsçı prosedürel bir adalet kuramının[66] *amalgamasyonuyla* (her iki kuramın aynı potada eritilmesiyle) oluşturulacak bir kuram, insan haklarını pozitif hukukun dışına taşıyabilir ve pozitif hukukun onları kabul edip etmemesinin, onların tanınması, uygulanmaları ve talep

[63] Bkz. Donnelly, s. 47–54.
[64] http://en.wikipedia.org/wiki/moraluniversalism (11/02/2006); Uygun, "*İnsan Hakları Kuramı"*, s. 18–19.
[65] http://en.wikipedia.org/wiki/moralabsolutism (11/02/2006)
[66] Rawls, çıkarlarını korumak isteyen rasyonel kişilerin, başlangıç durumu (original position) olarak adlandırdığı, herkesin başlangıçta eşit olarak kabul edildiği bir durumu, kuracakları toplumun temel esasları olarak kabul etmeleri gerektiğini savunmaktadır. Böylece Rawls, sözleşmeci toplum teorisyenleri arasında sayılmaktadır. John Rawls, **A Teori of Justice**, Harvard University Press, USA 1971, ss., 118 vd.

edilebilmeleri açısından bir öneminin bulunmadığını kabul eder. Başlangıç durumunda (original position) herkesin eşit olduğu *a priori* bir kabuldür. Bu ortamda, akıl sahibi (rational) ve makul insanların (reasonable), kuracakları toplum için belirleyecekleri ilkelerin özgül koşullarla biçimlendirilmemesi için kendi özel koşullarından habersiz bulunmaları (bilgisizlik peçesi/veil of ignorance) temel bir ön koşul olarak kabul edilir. Başlangıç durumunda ne kadar sayıda kişinin bulunduğunun (ya da ne kadar çok çeşitli kültür çevrelerinin temsil edildiğinin) bir önemi yoktur. Burada önemli olan akıl sahibi makul kişilerin belirleyecekleri ilkelerin her biri tarafından evrensel olmasının irade edilmiş olmasıdır. Barry'nin belirttiği gibi burada kategorik emperatifle bilgisizlik peçesinin bir amalgamasyonundan söz edilebilecektir.[67] Belirlenen evrensel ilkelerin mantıksal olarak pozitif hukukun da temelini oluşturması beklenecektir. Temel ilkelerin her şeyden önce insan haklarını da kuşatması düşünülmelidir.

İnsan haklarının pozitif hukukla olan ilişkisi, bir bakıma pozitif hukukun meşruluğunu tayin edici bir rol oynar[68]. Bir hakkın pozitif hukuk tarafından tanınmamış olması, hakkı ortadan kaldırmaz: hak kaynağını pozitif hukuktan almak zorunda değildir; işte insan hakları, varlığını pozitif hukuka borçlu olmayan tam anlamıyla haktırlar[69]. Bu anlamda insan hakları, klasik egemenlik anlayışı ile bağdaşmaz. İnsan hakları, devlet otoritesinin mutlak, sınırsız ve bölünmez olduğu bir yerde barınamayacağı için[70], devlet otoritesine pozitif hukukun dışından bir sınır çeker. İnsan hakları ahlaki haklardır ve devletin bu hakları tanımamış olması durumunda dahi, devlete karşı bireyin bu hakları talep etmesi söz konusudur. Kuşkusuz böyle bir bakış açısı, pozitivist bir hukuk anlayışıyla bağdaşmaz; fakat birinci durumda, doğal hukuk öğretisiyle; ikinci durumda ise ahlaki realizm anlayışı ile örtüşebilir.

İnsan haklarının, devletin varlığından bağımsız olarak var olduğunu ileri süren bir anlayış, doğal hukuk anlayışı ile desteklenebilir. Böyle bir anlayış, ahlak

---

[67] Barry'nin, J. Rawls'un prosedürel adalet kuramını Kantçı ahlak felsefesiyle amalgam olarak yorumlayan görüşleri için bkz. Brian Barry, **Theories of Justice: A Treatise on Social Justice**, Vol. I, University of California Press, Los Angeles 1989, ss. 196–201.
[68] Donnelly, s. 25.
[69] Donnelly, s. 27.
[70] Oktay Uygun, "*Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi"*, **Anayasa Yargısı** 20, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2003, s., 254.

ilkelerinin, insanlık için Tanrı tarafından irade edilmiş olduğunu ileri süren bir *divine command* (ilahi emir) teorisi tarafından savunulabilir ki; bu teori bizim burada günümüz insan hakları anlayışı bakımından üzerinde durmayacağımız bir teoridir. Ancak, insan doğasına dayanan bir doğal hukuk anlayışına kısaca değinilmesinde yarar vardır.

Matematik gibi saf aklın bir buluşu olarak kabul edilen doğal haklar[71], insan haklarının temellendirilmesinde önemli bir kaynak olmuştur. Dolayısıyla, insan hakları, toplumdan ve tarihten -ve bu arada tüm ampirik temellendirme çabalarından- bağımsız olarak, *doğa insanının doğasına* ya da *doğanın saf akılla tespit ve tayin edilen kendi düzenine* bağlı olarak açıklanmaya ve temellendirilmeye çalışılmıştır.[72] İnsan haklarının doğal hukukla temellendirilmesi, kültürel rölativizm gibi, insan haklarının evrenselliğini zayıflatan argümanlara karşı güçlü bir tez olabilir. Fakat bunun yolu, her yerde ve her zaman geçerli olan bir insan doğasının varlığının kanıtlanmasıyla mümkündür. Donnelly'nin de belirttiği gibi, *insan doğası çok defa insan ihtiyaçlarıyla tanımlanır* ve bunlar da ampirik olarak belirlenmeye çalışılmış oldukça kısa bir listeden ibarettirler.[73] Donnelly'nin bu yorumu, insanın fiziksel doğasıyla ilgili bir temellendirme çabası açısından ikna edici gözükmektedir.

Örneğin mülkiyet hakkına ilişkin bir değerlendirme, insan ihtiyaçlarını baz alan insan doğasına dayalı bir insan hakları teziyle başarılı bir şekilde savunulamaz. Zira mülkiyet hakkı, insanın fiziksel ihtiyaçlarının karşılanması için zorunlu değildir; komünist bir toplumda da pekala insanın fiziksel ihtiyaçları karşılanabilir. Dolayısıyla, insanın fiziksel doğasına dayalı bir temellendirme ikna edici olmaktan uzaktır. Fakat, kişinin bir şeylere sahip olma duygusunu tatması onu mutlu kılar[74] biçiminde ifade edilen Aristoteles'çi *faydacı*; ya da, kişinin emeği, emek verdiği şey üzerindeki mülkiyet hakkının kaynağıdır biçiminde Locke'çu[75] bir *doğal hukuk*

[71] Burada doğal hakları, ilahi hukukla destekleyen argümanı ayrı tutuyoruz ve daha çok rasyonalist bakış açısını dikkate alıyoruz.
[72] İnsan hakları ile doğal haklar arasında bu yönlü bir ilişkinin varlığını ortaya koyan Sdorskinin çalışmasının özetlenmiş bölümü için bkz. Sidorsky, David, "*Contemporary Reinterpretations of the Concept of Human Rights*", Steiner/Alston, ss. 327–328.
[73] Donnelly, s. 27.
[74] Göze, **Siyasal Düşünceler**, s. 51.
[75] Göze, **Siyasal Düşünceler**, s. 165.

eksenli[76] temellendirme ile de mülkiyet hakkı savunulabilir. Böyle bir savununun ise, insanın fiziksel ihtiyaçları ile ilgisi çok zayıftır.

Johan Galtung'un, insan ihtiyaçları ve insan hakları arasındaki ilişkinin ne olduğu sorusunun yanıtını araştırmak için sormuş olduğu iki soru, sorunu daha iyi analiz etme açısından yararlı olabilir. Galtung'un iki sorusu şöyledir:

> *İnsan hakları özellikle geniş ve sorunlu özgürlük alanıyla ilgili, özel bir insan ihtiyacı tipi olarak mı görülmelidir, yoksa insan hakları ve insan ihtiyaçları birbirleriyle karmaşık ve önemli biçimlerde ilişkili olan iki ayrı şey olarak mı görülmelidir?*[77]

Galtung, kendisi doğru yanıtın ikincisi olabileceğini söylemekte; ihtiyaçları, maddi ve maddi olmayanlar olarak ikiye ayırmaktadır. Birincisi, hayatı sürdürmeyi sağlayan ihtiyaçlardan ve esenlik ihtiyacından oluşmaktadır. İkincisi ise, kimlik ve özgürlük ihtiyaçlarıdır.[78] En azından bu dört ihtiyaç, batılı bir önyargıdan uzak olarak, yani evrensel olarak tanımlanabilir Galtung'a göre.[79]

İnsan ihtiyaçları ile insan hakları arasında çok yönlü ve karmaşık bir ilişkinin olduğunu kabul etmek başkadır, insan haklarının kaynağını insan ihtiyaçları olarak açıklamaya çalışmak başkadır. Kişinin bedeni veya başka bir anlatımla fiziksel doğası ile özgürlüğü arasında doğrudan bir ilişki vardır. Açlıkla ya da başka türlü bir işkence ile mahkûmları deyim yerinde ise hizaya getirmek, kişinin hem fiziksel doğası ile hem de ahlaki doğası ile ilişkilidir. Özgürlük salt kişinin *noumenal* alanına[80] ilişkin bir konu değildir; aynı zamanda kişinin fiziksel doğası ile de ilgili

---

[76] Atilla Yayla, **Liberalizm**, Liberte Yayınları, 2. Bası, Ankara 1998, s. 41.
[77] Johan Galtung, **Bir Başka Açıdan İnsan Hakları,** Metis Yayınları, İstanbul 1999, s. 70 (Bundan sonra metinde "Başka Açıdan" olarak anılacaktır).
[78] Galtung, **Başka Açıdan**, ss. 71–72.
[79] Galtung, **Başka Açıdan**, s. 86.
[80] "*Noumenal alan*", Kant'ın insanın özerkliğini açıklamak için kullanmış olduğu özel bir kavramdır. İnsanın "*noumenal*" alanı, Kant'a göre *phenomenal* alanın, yani insanın duyuları ile algılamış olduğu dünyanın karşıtı olan *cognitive* (kavrayışsal) bir alandır. Bu alan kavranabilir olmakla birlikte; somut ve dokunulabilir bir alan değildir. Biz eşyayı (things in themselves) doğrudan kavramamaktayız. Dolayısıyla da eşyanın bilgisine zihnimizin sahip bulunduğu kategoriler içerisinde ulaşmaktayız. Noumena, insan kavrayışında mevcut olmasına karşılık, deney ve gözleme dayalı olarak açıklanamaz. Zira bu alan insan zihninde, nesnelerden bağımsız, formel/biçimsel olarak bulunur. Bkz. Immanuel Kant, **Critique of Pure Reason**, Translated by Norman Kemp Smith, Unbridged Ed., St. Martin's Press, New York 1965, ss. 269–271 (Bundan sonra metinde "Pure Reason" olarak anılacaktır).

bir konudur.[81] Öte yandan, kişinin devletin bir politikasına karşı çıkmak amacıyla açlık grevine gitmesi durumu, kişinin fiziksel doğasına aykırı bir tutumdur. Kişi, fiziksel doğasına karşı bir davranışta bulunmasına rağmen, kişinin bu davranışına saygı gösterme yükümlülüğünün kaynağı, onun seçim hakkına saygıyla; başka bir deyişle, ahlaki doğası ile ilgili olabilir. Aynı biçimde, dini inançlarından dolayı oruç tutanların bu haklarına saygı gösterilmesinin nedenini de insanın fiziksel doğasına ya fiziksel ihtiyaçlarına dayanan bir tezle açıklamak olanaklı olmayacaktır.

Böylece, insanın ahlaki doğasına ilişkin bir temellendirmenin daha ikna edici olacağı söylenebilir. İnsanın ahlaki doğası ise "*olan*" ile "*olması gereken*" ayırımında, ikinciye (*olması gereken*'e) karşılık gelirken; insanın fiziksel ihtiyaçlarına dayalı bir temellendirme *olan* ile ilgilidir. Başka bir deyişle, "*olması gereken*"in kaynağı insanın ahlaki doğasıdır.

*Olması gereken'*i başka bir deyişle insanın ahlaki doğasının neyi doğru/yanlış olarak önerdiğini bilebilir miyiz? Aslında bu sorunun yanıtı, çok yönlü bir felsefi incelemeyi gerektirir. Burada yalnızca temel argümanların ortaya konulması ile yetinilecektir.

Hume'e göre, "*olan*"dan "*olması gereken*"i çıkarmak mümkün değildir. Örneğin, *kötülük* ile *erdem* arasındaki fark, nesneler arasındaki ilişkiden çıkarılamayacağı gibi, akılla da algılanamaz.[82] Öte yandan Kant'a göre ahlaki prensipler, saf aklın ürünü olan evrensel ilkelerden çıkarılabilir; doğadan, başka bir deyişle *olandan* değil. Kant'ın şu vurgulu sözleri, onun bu konudaki görüşlerini özetler gibidir:

> *Sorun eğer doğa ile ilgili ise, kuralları bize sağlayan ve hakikatin kaynağını bize veren deney (yöntemi)dir. Ancak, ahlak yasaları bakımından bunu söylemek, yazık ki, illüzyondan başka bir şey değildir.* [83]

---

[81] Bu konu özellikle, Berlin tarafından Kant'a ve diğer pozitif özgürlük yanlılarına yöneltilen bir eleştiri olarak gündeme getirilmiştir. Bkz. Isaiah Berlin, "*Two Concepts of Liberty*", **Four Essays On Liberty**, Oxford University Press, London/NY 1969, ss. 118–172 (Bundan sonra metinde "Four Essays" olarak anılacaktır).

[82] İnsan haklarının kaynağının, insanın ahlaki doğasına dayalı olarak açıklanmasında, Hume'ün Kant'ı da önemli ölçüde etkileyen bu ayırımının önemi büyüktür. Bu bakımdan bu konu, aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

[83] Kant, **Pure Reason**, ss. 313-314.

Bu tamamen insanın akıl sahibi bir varlık olması ile ilişkilidir. Kant'a göre rasyonel bilginin iki çeşidi bulunmaktadır: materyal/maddi bilgi ve formel/biçimsel bilgi. Burada bizi ilgilendiren materyal bilgiden çok, formel bilgidir. Zira bu bilgi aklın formu ile ve düşüncenin *evrensel* ilkeleriyle ilgilidir. Formel bilgiyi Kant, ahlaki kuram ya da etik olarak nitelendirmektedir. Mantık kuralları, düşüncenin zorunlu yasalarıyla ilgili olup deneysel/ampirik alanın tümüyle dışında kalır. Doğanın yasaları büyük ölçüde ampirik alanla ilgili olduğundan "*olan*"a aittir; buna karşılık ahlak yasaları da "*olması gereken*" alana aittir. Öte yandan ahlaki alanın metafizik olarak kavranması bir zorunluluktur.[84] Metafizik bilginin kaynağı ise ampirik değildir; saf felsefidir.[85]

Ahlaki alana ilişkin yargılarımız, muhakemenin (reason) gereği olan *a priori* pratik ilkelerin kaynağının araştırılması anlamına gelir. Bir davranışı ahlaken iyi olarak nitelendirmek için söz konusu davranışın ahlak yasalarına uygun olması yeterli değildir; fakat aynı zamanda davranışın motifinin (saik/motive) de ahlak yasalarına uygun olması gerekir. Bu yüzden ödeve uygun davranma ile ödevden dolayı davranma arasında bir ayırımın yapılması gerekir. Birincisi iradenin (practical reason) ve motifin iyiliği (good will) konusunda bir sonuca varılması için hiçbir ipucu sağlamazken, ikinci durumda ise davranışın kaynağının ahlakiliği konusunda gereken veriyi sağlar.[86]

Locke ve Rousseau gibi sözleşmeci (contractarian) olarak bilinen filozofların izleyicisi olarak görülen Rawls'a göre, ahlak ilkeleri, birlikte yaşayan ve birbirini eşit gören insanlar için ideal anlamdaki sosyal işbirliği prensiplerini temsil ederler.[87]

Farklı teleolojik görüşler, varılması gereken doğru hedefin ne olduğu sorusuna farklı yanıtlar vermektedirler. Örneğin, Hobbes ve Spinoza'ya göre, ahlakın temel amacı, kişinin olabildiğince mutluluğunu tayin edebilmektir. Egoizm olarak

---

[84] Immanuel Kant, **Groundwork for The Metaphysic of Morals**, Copyright by Jonathan Bennett, s. 1-4 (Bundan sonra metinde "Groundwork" olarak anılacaktır) http://www.earlymoderntexts.com, last amended : November 2006, (Çevrimiçi: 02/12/2006).

[85] Kant burada "felsefi bilgi (philosophical knowledge)" kavramını, ampirik ve matematik bilgiden ayırmak için kullandığını belirtmektedir. Bkz. Immanuel Kant, **Prolegomena to any Future Metaphysic That can Itself as a Science**, Copyright by Jonathan Bennett, ss. 7 vd. (Bundan sonra metinde "Prolegomena" olarak anılacaktır. http://www.earlymoderntexts.com, last amended : April 2007, (Çevrimiçi: 02/06/2007).

[86] Kant, **Groundwork**, ss. 3–6.

[87] D.F.B. Tucker, **Law, Liberalism and Free Speech**, Rowman & Allanheld Publisher, U.S.A. 1985, ss. 31–37 (Bundan sonra metinde "Law, Liberalism" olarak anılacaktır).

bilinen bu görüşün temeli, *"ideal ben sevgisi"*ne dayanmasıdır.[88] Bentham ve J.S. Mill'in[89] temsil ettiği faydacı görüş ise, ahlak ilkelerinin amacını, egoizmin tersine tek tek bireylerin değil, tüm insanlığın maksimum mutluluğunu sağlamak olarak belirtmişlerdir.[90] Belirli bir durumda yapılması, izlenmesi gereken doğru davranış ne olmalıdır? Bunu belirleyen ahlaki ilke, yukarıda sözü edilen faydacı ya da egoist görüşlere dayalı olarak, davranışın sonucunda elde edilecek mutluluk hesabına mı bağlı olacaktır?

Aslında, sözü edilen teleolojik görüşlerin dışında, üzerinde önemle durulması gereken *deontolojik* görüşler de mevcuttur. Buna göre, adalet, dürüstlük gibi bir takım ilkeler, doğru davranışın ve bu arada ahlaka uygun davranışın ne olduğu sorusunun yanıtını belirleyici bir işlev görürler. Öyle ki, bu ilkelerin gereği olarak gerçekleştirilecek bir davranışın neticesinde iyilikten (good) daha ziyade kötülük (evil) hasıl olacak olsa bile bu davranış doğru (right action) kabul edilir. Dolayısıyla da *hak (right) ile fayda (utility)* arasında pragmatik olarak koşullanmış olan bütün kırma (melez) çözüm tasarımları reddedilmelidir. Bütün politik ilke ve amaçlar, hak karşısında diz çökmeli, ona uymalıdırlar.[91] Bu bakımdan da norm kavramını deontolojik bir temelde açıklayan görüşlerin insan haklarını temellendirmede daha başarılı olacakları söylenebilir.[92]

Bu görüşlerden hangisine dayanılırsa dayanılsın, eğer insan haklarının, insanın ahlaki doğasına dayanan bir evrenselliği iddiasında bulunulacaksa, bunun her şeyden önce objektif olarak belirlenebilir olması gerekir. Protagoras gibi ahlaki sübjektivizmi savunan sofistlerin, ya da Hume ve Sartre'ın görüşleri, böyle bir

---

[88] Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Ethical_egoism. (18/02/2006)

[89] Bentham ve Mill arasındaki temel ayırımlardan birisi, Bentham'in, haz değerinin nicelik olarak hesaplanabilirliğini savunmasına karşılık, Mill'in, farklı haz düzeylerinin bulunduğunu ve nitelik olarak yüksek değerli olan hazzın aşağı olana göre makbul sayılması gerektiğini savunmuş olmasıdır. Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Hedonism. (18/02/2006).

[90] **The Cambridge Dictionary of Philosophy**, ss. 244-249.

[91] Kant'a ait bu görüşler Morrison'dan aktarılmıştır. Bkz. Wayne Morrison, **Jurisprudence From the Greeks to Postmodernism**, Cavendish Publishing, London 2000, s. 131 (Bundan sonra metinde "Jurisprudence" olarak anılacaktır); Kant'ın ahlaki olanla olamayan arasındaki ayırımı, ödevden dolayı davranma ilkesi çerçevesinde çözümlediği bakkal örneğinde, bakkalın ticari bir amaçla (müşterilerini kaybetmemek için) görünüşte ahlaka uygun olarak yapmış olduğu eylemlerin motiften dolayı ahlaki olamayacağına ilişkin örneği için bkz. Kant, **Groundwork**, ss. 7–8.

[92] "*Norm*"un ilişkin olduğu modalitenin yalnızca deontik olabileceği konusunda bir görüş için bkz. Enrico Pattaro, **The Law and The Right: A Reapraisal of the Reality That Ought to Be**, A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Vol. 1, Springer Publishing, Netherlands 2005, ss. 97 vd.

evrensellik anlayışını desteklemek bir yana, çürütme eğilimindedir. Özellikle, toplumdaki her birey kadar doğrunun ve yanlışın da o kadar ölçüsü olacağını kabul eden Protagoras'ın savunduğu anlayışın, modern insan haklarına temel oluşturabileceği düşünülemez. Zira bu anlayışa göre ölçü genel olarak insan değil, fakat her bir birey olmaktadır. Bu da birey sayısı kadar ahlak anlayışı anlamına gelir.[93]

Dolayısıyla, evrensellik savını destekleyecek argümanların daha ziyada ahlaki realistler tarafından savunulduğunu görmekteyiz. Ahlaki realistlere göre, ahlak ilkeleri, onların algılanışından bağımsız olarak dış alemde mevcutturlar. Dolayısıyla etik, nesnel hakikatin keşif ve teyidine yönelmiş olan objektif bir disiplindir. Platon ve Moor'a göre, ahlak ilkeleri tam anlamıyla akli ve ampirik karakteristiklerden ayrıdırlar[94]. Örneğin Platon'a göre ahlaki ve siyasal normlar, zaman ve mekandan bağımsız olarak idea formunda var olurlar. İyiyi ve kötüyü duyularımızla algılamamız sözkonusu değildir bu yüzden. Yine de bir davranışın iyi olduğunu kesin olarak bilebilmekteyiz. Zira iyi davranışı iyi olarak anlamamızı sağlayan önceden bir idea vardır. Böylece idealara bağlı ahlaki ve siyasal ilkeler değişmez ve yok olmazlar.[95] Fakat biz Platon'un, bu değişmez ve yok olmaz nitelikteki ahlaki ve siyasal normlardan, insanların en temel hakları olan eşitlik ve özgürlüğünü bütünüyle reddettiği bir siyasal ve toplumsal yapıya ulaştığını bilmekteyiz.

Aristoteles ise ahlak ilkelerinin ampirik olduğunu ve diğer ampirik özelliklere indirgenebilir ve en azından ampirik olarak izlenebilir olduklarını belirtmişlerdir. Aristoteles, eşyanın doğasını araştırırken izlenecek yöntemi, eşyanın idealar aleminin bir yansıması olduğunu ileri süren Platon'un yönteminden ayırmıştır. Hocası Platon'un tersine, dünyanın doğal bir işleme sürecinin bulunduğunu ve eşyanın doğasının ise bu sürecin izlenmesi ve değerlendirilmesi sonucunda bilinebileceğini savunmuştur.[96]

---

[93] Alfred Weber, **Felsefe Tarihi**, Çev. H. Vehbi Eralp, Sosyal Yayınları, Beşinci Bası, İstanbul 1998, s. 40.
[94] Bkz. M. Y Chew, "*Theoretical Ethics-A Taxonomy of Moral Realism*", http://www.bu.edu/wep/Papers/Teth/TEthChew.thm (12/11/2005)
[95] G Skirbekk – N Gilje, **Antik Yunan'dan Modern Döneme Felsefe Tarihi**, Çev. Emrullah Akbaş/Şule Mutlu, Üniversite Kitabevi, İstanbul 1999, ss. 74–75.
[96] Morrison, **Jurisprudence**, s. 41.

Aristoteles gibi, J.S.Mill de, ahlaki ilkelerin ampirik olarak belirlenebilir ve izlenebilir olduğunu savunmuştur. Aslında, toplumlarda mevcut olan ahlaki ilkelerin kaynakları çok çeşitli olabilmektedir. Mill, şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

> *Üstün bir sınıfın bulunduğu her yerde, memleketin ahlaki değerlerinin büyük bir kısmı sınıf çıkarlarından ve sınıf üstünlüğü duygularından çıkar. ... sömürge ziraatçılar ile zenciler, prensler ile tebalar, ... arasındaki ahlak, büyük ölçüde bu sınıf çıkar ve duygularının ürünüdür. ... Toplumun ya da onun kudretli bir kesiminin beğendiği veya beğenmediği şeyler, kanun ya da kamuoyunun yaptırımları altında, toplumun geneli tarafından riayet olunmak üzere konan ilkeleri pratik hayatta tayin eden başlıca etmenlerdir. Genelde duygu ve düşüncede toplumun ilerisinde olanlar, ayrıntılarda karşı çıkmış olsalar da özünde bu duruma karşı bir mücadeleye girişmemişlerdir. ... Ufak tefek istisnaların dışında, herkesçe yüksek bir ilke olarak kabul edilen ve istikrarlı bir şekilde korunan tek örnek, dini inanç olayıdır. Bu örnek, ahlaki duygu denen şeyin yanılabilirliğinin en göze çarpar örneğini oluşturması bakımından oldukça öğreticidir. Çünkü samimi bir mutaassıbın gözünde odium theologicum (günah/ayıp) hiçbir kuşku götürmeyen ahlaki duygu hallerinden biridir.*[97]

Ahlak, diğer bilimler gibi akıl ve deneyle değerlendirilebilecek bir alandır. Bu değerlendirme şüphesiz bireyin ve tek tek bireylerin çıkarlarının uzlaştırıldığı toplumun genel yararına göre yapılacaktır. Başka her hangi bir alanda olduğu gibi, ahlak alanındaki bir bilginin de doğruluğu tecrübe ile ("*çoğunlukla acı bir tecrübeyle*"[98]) zaman içerisinde, eğer sorgulanırsa ortaya konulabilecektir. Mill'in yukarıdaki ifadelerinden onun ahlaki rölativist olduğu sonucuna varılmamalıdır. Zira diğer bilimlerde olduğu gibi, ahlaki alanda inandıklarımız ve sahip olduğumuz ilkeler de zaman içerisinde doğruluk/yanlışlık testlerinden geçecek, araştırıcı, kuşkucu ve kışkırtıcı yöntemlerle bu bilgilerin de sağlamlığını ortaya koyabilecek ve onun deyimiyle:

> *İnsanlık geliştikçe, artık üzerinde tartışılmayan veya şüphe edilmeyen öğretilerin sayısı epeyce artacaktır.*[99]

---

[97] J.S. Mill, , **Hürriyet Üstüne**, Çev. Osman Dostel,, Liberte Yayını, Ankara 2004, ss. 36–37 (Eserin Ömer Çaha tarafından sadeleştirilmiş versiyonu).
[98] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 86.
[99] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 87.

Mill'in, ahlaki değerleri de epistemolojik açıdan doğruluk/yanlışlık kriterine tabi tutması ve bunu ampirik bir yöntemle sınaması, onu hem Kant'tan hem de Hume'den tamamen ayırmaktadır. Mill'in ahlak alanına ilişkin görüşlerini Kant'tan ayırmak gerekir; çünkü, Kant ahlaki alanla ampirik alanı birbirinden kesin sınırlarla ayırmaktadır. Ahlaki alana ait değerlendirmelerimiz tamamen aklın aşkın alanına girmekte, *a priori* olarak kabul edilmekte ve ampirik bir teste gereksinim duymamaktadır.[100] Ampirik alan, fenomenler dünyasıyla ilgili olduğundan nedensellik yasasına tabidir. Halbuki özgür irade noumenal alana ilişkindir ve phenomenal/görgül alanın tamamıyla dışında kalır.[101] Noumenal alanı, ampirik görgül alanla karıştırmak bizzat ahlakın amacına aykırı bir sonuçtur.[102] Mill'in savunmuş olduğu ahlak anlayışının epistemolojik açıdan Hume'den de kesin olarak ayırmak gerekmektedir. Hume, Mill'in aksine ahlak yasalarının akılla bağlantısını kesmesinin dışında, bunların doğruluk yanlışlık testlerine tabi tutulamayacağını ileri sürmektedir ki; Hume'ün görüşleri ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

Bununla birlikte Mill, temel tezinin merkezine bireyi ve onun özgürlüğünü, özellikle de topluma karşı özgürlüğünü yerleştirdiği içindir ki[103]; genel olarak özgürlük hakkında olduğu gibi, özel olarak da düşünce ve ifade özgürlüğü alanında güçlü ve savunulabilir bir tez ortaya koyabilmiştir.

İnsan haklarını insanın ahlaki doğasıyla açıklayan Donnelly ise *ahlaki evrenselliğe* taraf olmakla; *ahlaki mutlakçılıkla ahlaki rölativizm* arasında bir yer edinmiştir. Eğer matematiksel bir ölçümleme yapmak gerekirse; Donnelly, ahlaki rölativizme göre, *ahlaki objektivizme*[104] daha yakın durmaktadır. Donnelly'ye göre,

---

[100] Kant, **Pure Reason**, ss., 630-634.
[101] Weber, ss. 322–325.
[102] Kant, **Groundwork**, s. 3.
[103] Kant, **Pure Reason**, s. 41.
[104] Ahlaki objektivizmin köklerinin Eski Yunan'a kadar uzandığı söylenebilir. Ahlaki objektivizm, bir takım temel ahlaki yargılarımızın kaynağının evrensel olarak kültürel ve tarihsel bütün farklılıklara karşı bilinebilir ve ulaşılabilir olduğunu ileri sürmektedir. Ahlaki objektivizmi savununan ilk düşünürlerden biri olan Aristoteles, her yerde ve her zaman geçerli olan evrensel bir adalet anlayışı ile zamana ve kültürlere göre değişebilen yasaya bağlı bir adalet anlayışı arasında ayırım yaptmaktadır. Dolayısıyla bir takım şeyler doğası gereği adilken, diğer bir takım şeylerin adil olup olmadıkları maslahata (expediency) ve diğerleriyle olan ilişkilere bağlıdır. Doğası gereği adil olan şeyler, evrenseldir. Bkz. Aristotle, *Nicomachaen Ethics*, **The Complete Works of Aristotle**, The Revised Oxford Translation, Ed. by Jonathan Barnes, Vol. Two, Bollingen Series LXXXI, Sixth Printing with Correction, Princeton University Press, USA 1995, ss. 1782–1783, 1791.

Eğer hakların isim listesinin dikkate değer bir uluslararası normatif evrenselliğe sahip olduğu söylenebilirse, biçim ve yorum bakımlarından değişen haklar yine de önemli bir anlamda "evrensel" olabilir[105].

Öte yandan, kültürel rölativizm iddialarına karşı koyabilecek bir evrensellik anlayışının savunulabilmesi için, yine de ahlak ilkelerinin objektif olarak belirlenebilir olması gerekir. Bu, Kantçı formalist-deontolojik bir ahlak anlayışına dayanabileceği gibi; aslında Locke'çu bir liberal deontolojik görüşe de dayanabilir.[106]

Donnelly'nin evrensellik anlayışı ne Kantçı formalizm ile ne de diğer liberal deontolojik görüşlerle bire bir ötüşmektedir. Zira onun savunduğu tez, ne formalist bir rasyonalizmin öngördüğü evrenselliğe ne de Locke ve Rousseau ve onları izlediği ileri sürülen Rawls'cı[107] bir rasyonalizmin[108] gereği olabilecek bir evrensellik anlayışına bağlıdır. Donnelly'nin evrensellik anlayışı, daha çok normatif bir mutabakata bağlı sayılabilecek yumuşatılmış bir evrenselliktir. Onun şu görüşleri bu değerlendirmeyi destekler mahiyettedir:

Ben, zayıf kültürel rölativizmde (yani, ölçülü bir güçlü rölativizmde) ısrar etmemizin haklı olacağına inanıyorum. Belirli bazı insan haklarının biçim ve yorumunda kültürlere bağlı olarak bazı sınırlı değişikliklere izin vermek zorunlu olabilir, ama insan haklarının temeldeki ahlaki evrenselliği üstündeki

---

[105] Donnelly, s. 128.

[106] Kant ve Locke, deontolojik doğal hukuk anlayışı içerisinde tasnif edilirlerken, Platon, Rousseau ve Hegel, organizmacı görüşler içerisinde sınıflandırılmaktadırlar. Bu konuda, bkz. Alan Gewirth, **Political Philosophy** (Sources in Philosophy), A Macmillan Series, New York 1965, s.14.

[107] Rawls'cı bir ahlaki mutlakçılık ile elbette Donnelly'nin savunduğu görece/güçlü evrensellik anlayışı birbiriyle bağdaşmamaktadır. Rawls'ın ahlaki mutlakçılar (moral absolutists) arasındaki sınıflandırılması konusunda bkz. **The Cambridge Dictionary of Philosophy**, 246.

[108] Locke, Roussea ve Rawls, sözleşmeci filozoflar olarak bilinmektedir. Bunun nedeni devletin kökenine ilişkin olarak savunmuş oldukları argümanları, devlet öncesi bir doğal yaşama dönemine dayalı olarak açıklamaya çalışmış olmalarıdır. Varmış oldukları sonuçlar farklılık gösterse de, üç düşünür de devletin kuruluşunu toplum sözleşmesine dayanarak açıklamaya çalışmışlardır. Hobbes, Locke ve Rousseau'nun doğal yaşama dönemi kurgusuna ait klasik kamu hukuku kitaplarında ayrıntılı bilgi mevcuttur. Örneğin bkz. R.Galip Okandan,., **Umumi Amme Hukuku**, İÜHF Yayınları, İstanbul 1976; Akın, **Kamu Hukuku**; Kapani, **Kamu Hürriyetleri**; Göze, **Siyasal Düşünceler**; Rawls, Kant'ta olduğu gibi, bireyin rasyonel ve özerkliği konusunda ısrar etmektedir. Bununla birlikte, onun bu ayırımı, Kant'ın *noumenal* ve aşkın (trancendantal) rasyonalitesinden farklıdır. O, insanın, örneğin, adalete ulaşmasında, ampirik arzularını dışlamamaktadır. Böylelikle Rawls, Neo-Kantçıların dogmatizminden uzaklaşmaktadır. Bkz. Morrison, **Jurisprucence**, ss., 392-397.

ısrarımızı sürdürmeliyiz. İnsan hakları, paradoksal bir ifadeyle, göreli olarak evrenseldir.[109]

Donnelly bir yandan insan haklarının kaynağını insanın ahlaki doğası olarak açıklarken, bunun, ihtiyaçlara dayanan insan doğası ile ilgisinin çok zayıf olduğunu belirtmektedir. Eşyanın bir doğası varsa, insanın da bir doğasının olduğunu kabul etmek gerekir. Ama bu, üzerinde kolay bir uzlaşının sağlanamadığı, oldukça karmaşık ve ihtilaflı bir konudur. 19. yüzyılda, eşyanın bir doğası olduğunu ileri süren görüşler hakimdi; ancak 20. yüzyılda Einstein'ın ünlü rölativite kuramıyla birlikte bu anlayış gücünü büyük ölçüde kaybetti.[110] Dolayısıyla, "*olan*"dan "*olması gereken*"e yönelinirken, insan hakları teorisyenleri, "*insan onuru*" gibi alternatif bir kaynak yarattılar. Böylece, Donnelly'ye göre, insan haklarına kişisel gereksinimlerimizi karşılamak için değil, onurlu bir yaşam için ihtiyaç duyarız[111].

Uluslararası insan hakları hukukunun dayandığı normatif evrensellik anlayışı, insan kişisinin özünden kaynaklanan bir insan onuru kavramıyla temellendirilmeye çalışılmıştır. Örneğin René Cassin'e göre insan hakları bilimi şöyle tanımlanabilir:

[B]ütünü her insanın kişiliğinin gelişmesi için vazgeçilmez olan hakları ve özgürlükleri belirleyerek, insan onurundan hareketle insanlar arasındaki ilişkileri inceleme konusu yapan sosyal bilimlerin bir dalıdır.[112]

İnsan haklarının bağımsız bir bilim dalı olmadığı tartışması, bu çalışmanın konusu dışındadır. Fakat burada Cassin'in insan haklarının temelini, *insan onuruna* bağlamış olması ve insan onuru ile insanın kişiliğinin gelişmesi arasında bir bağ kurmuş olması dikkat çekicidir. Modern insan haklarının temelinde doğal hukuk öğretisinin yattığı dikkate alınırsa, Cassin'in insan hakları yaklaşımının yenilikçi tarafı daha iyi anlaşılabilir. Cassin aslında bu ilişkiyi kurmak suretiyle bir anlamda insan haklarına ampirik, test edilebilir bir temel bulmak istemektedir. İnsan kişiliğinin gelişmesi, gözlemlenebilir ve test edilebilir bir niteliğe sahiptir. Yine de bu abartılmamalıdır; zira insan kişiliğinin gelişip gelişmediğini belirlemenin hangi

[109] Donnelly, s. 135.
[110] Bkz. John W. Carrol, **Laws of Nature**, Cambridge University Press, USA 1994, ss. 1–27.
[111] Donnelly, s. 27.
[112] Marc Agi, René Cassin Fantassin des Droits de L'homme, Plon Paris 1979, İbrahim Ö. Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, DÜHF Yayınları, Diyarbakır 1989, s. 19.

ölçütlere göre olacağı sorulabilir. Bu sorunun yanıtı, farklı insan hakları anlayışları tarafından farklı olarak verilecektir. Liberal insan hakları kuramı ile Marksist insan hakları kuramının birey, toplum ve özgürlük anlayışları farklı olduğundan, yanıt da bütünüyle farklılaşacaktır.

Doğal hukuk anlayışının etkisinde kaleme alınmış olan Evrensel Bildiride açıklanan insan hakları daha sonradan yukarıda sözü edildiği gibi biraz da pragmatik nedenlerle, insanın ahlaki doğasıyla ya da insan onuruyla temellendirilmeye çalışılmıştır. Gerçekten de, 1789 Bildirisinin öncesinde ve sonrasında, bu gün modern insan hakları dediğimiz kavramın gelişmesinde liberal düşünürlerin ve özellikle de onların savunmuş oldukları doğal hukuk görüşünün etkisi büyüktür. Liberal devletin toplum ve devlet anlayışı ise, bireye ve birey iradesine dayanmaktadır. Doğal hukuk anlayışının seküler temelleri ise büyük ölçüde, toplum sözleşmesiyle atılmıştır. Toplum sözleşmesi ise, siyasal toplum öncesi bir doğal yaşama dönemine dayanır ki; bu anlayışın temellendirilmesi; hem bilimsel açıdan ciddi sorunlara yol açmaktadır hem de İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan konjöktürde, uluslararası toplum tarafından kabul edilmeye elverişli değildir. Örneğin, Doğu Bloku ülkelerinin birey, toplum ve devlet anlayışı, liberalizmin bu konularda ileri sürdüğü düşüncelerle taban tabana karşıttır.[113] Hal böyle olunca insan haklarına doğal hukukun dışında bir temel bulunması gerekmiş ve bu temel de *insan onuru* üzerinde kurulmuştur.

Aslında Donnelly'nin paradoksal evrensellik anlayışı, 18 ve 19. yüzyılların ahlaki objektivistlerinden kendini bağımsızlaştırmış yeni bir kuram değildir. Ne var ki o, teorisinin, *normatif* veya tavsiye edici olmayıp *tahlili* ve *tasviri* olduğunu ileri sürmektedir.[114] Böylece o, objektif ahlak ilkelerinin kaynağını (akli ya da ilahi) araştırma peşinde değildir; fakat *olan*'dan yola çıkarak kuramını analitik bir yöntemle ispata çalışmaktadır. Ne var ki, onun ahlaki evrensellik iddiası, *deskriptif* ve *analitik* bir yöntemle başarılı bir şekilde ortaya konulamaz. Bu yöntem, daha çok

[113] Liberalizmin ve Marksizmin birey, toplum ve devlet anlayışı üzerine bkz. Ayferi Göze, **Liberal, Marksist, Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, ss. 3–13 ve 75–84 (Bundan sonra metinde "Devlet Sistemleri" olarak anılacaktır).
[114] Donnelly, s. 32.

liberal siyasal kuramların eleştirisini yapan *communitarian*/*cemaatçi* yaklaşımları desteklemektedir.[115]

Donnelly'inin bizzat kendisinin incelemeleri göstermektedir ki; insan onurunu hangi hakların uygulanmamasının, hangi biçimde ihlal edeceğine dair ampirik bir delillendirme mümkün değildir.[116] Dahası, faydacı (utilitarian) bir bakış açısı, maksimum mutluluk kavramının, ister tek tek bireyler açısından (egoistic) isterse de bütün insanlık bakımından (Benthamci), farklı kültür çevrelerinin insan haklarına verecekleri yanıtların farklılaşması yüzünden, görece de olsa bir evrensellik anlayışını ortaya koymamıza engeldir. Bu yüzden de, Donnelly'nin tutarlı olabilmesi, onun *ahlaki objektivizme* taraftar olmasıyla mümkün olabilir; ancak buradaki ahlaki objektivizmin -belirtildiği gibi- ahlaki mutlakçılık olması gerekmez.

Buradaki iddia aslında ahlaki objektivizmin insan haklarının evrenselliğini açıklamak bakımından tartışmasız kabul edilebileceğini söylemek değildir; fakat daha ziyade, insan haklarının kaynağını, insanın ahlaki doğası olarak kabul ettiğimiz takdirde, ahlaki objektivizme taraftar olmanın, ortaya konan tezin ve evrensellik iddiasının tutarlılığı açısından zorunlu olduğudur. Aksi takdirde, a posteriori gerekçelerle ortaya atılmış olan insan hakları anlayışının *a priori* ilklerini deskriptif (resmedici/salt betimleyici) bir yöntemle (*olan* açısından) temellendirmek başarılı olamayacaktır.

2) Ahlaki Evrenselliğin İfade Özgürlüğü Hakkı ile İlişkisi

Doğal olarak, ifade özgürlüğü hakkını destekleyen argümanlarla insan haklarının evrenselliği iddiasını temellendirirken kullanılacak olan argümanın uyumlu olması beklenir. Fakat bu her zaman mümkün olmayabilir. İfade özgürlüğü hakkı, bu çalışmanın üçüncü bölümünde incelenen tezlerle savunulabilmektedir; fakat bu tezler insan haklarının dayandırıldığı tezlerle kimi durumlarda çatışabilmektedir. Hatta bu tezler kendi içerisinde bile çatışabilmektedir. Bir tezin

[115] Liberal insan hakları teorisine en etkili eleştiriler, *communitarian/cemaatçi* düşünürler tarafından yöneltilmiştir. Bunlardan en önemlileri, Bernard Williams ve Charles Taylor'dır. Pozitif özgürlük taraftarı olan Taylor'ın görüşleri ise bu bölümde, *Pozitif/Negatif Özgürlük* başlığı altında incelenmiştir.

[116] Donnelly'nin Hindistan kültür çevresinden vermiş olduğu örnekler bunun kanıtıdır. Bkz. Donnelly, ss. 136–152.

diğer tezi güçlendirmediği; kimi durumlarda da çatışabildiği görülmektedir. Ahlaki objektivizm insan hakları savunusunu, kültürel rölativizm gibi evrensellik karşıtı argümanlara karşı güçlendirirken, ifade özgürlüğünü destekleyen önemli bir tezin gücünü zayıflatabilmektedir.[117]

Objektif ahlak ilkeleri ile desteklenebilecek olan *insan onuru* kavramı, bir insan hakkı olan ifade özgürlüğü hakkının da temellendirilmesine kuramsal olarak yardımcı olabilir. Ama belirtildiği gibi, bu tam anlamıyla kuramsal bir desteklemedir ve Holmes'ün sözünü yeniden hatırlamak gerekirse, somut vakaların çözümlenmesinde işe yaramayabilir; hatta *insan onuru* ile ifade özgürlüğü hakkı asimetrik bir yapıda karşımıza gelebilir. Burada sözünü ettiğimiz şey, ifade özgürlüğü hakkının kabul edilmesinin *insan onuruyla* çelişebileceği biçiminde bir iddia değildir; fakat insan onurunun, liberal bir ifade özgürlüğü hakkı ile çatışması ve bu çatışmanın neticesinde ifade özgürlüğü hakkının sınırı olarak tayin edilebilmesidir. Özellikle ırkçı ifadeler gibi kimi ifade kategorilerinin yasaklanmasının insan onurunun korunması ile açıklanması bunun tipik bir örneğini oluşturmaktadır.

İfade özgürlüğü hakkının temellendirilmesi ve bu hak ile evrensel insan hakları kuramı arasındaki ilişkinin belirlenmesi bakımından bir diğer nokta daha önemli gözükmektedir: Az yukarıda, kaynağını insanın ahlaki doğasından alan bir evrensellik anlayışının mantıksal bir zorunluluk olarak, objektif ahlak ilkeleri ile desteklenmesi gerektiği söylendi. Bununla birlikte, insan haklarını temellendiren tezle, ifade özgürlüğünü temellendiren tezlerin hepsinin uyumlu olması zorunlu değildir. Örneğin, İfade özgürlüğü hakkının dayandığı tezlerden biri olan demokrasiye dayanan tez hem bir fonksiyonalist tezdir hem de bu tezin ana yapısını oluşturan argümanların ahlaki objektivizmle uyumlu olmadıkları görülür. Ancak yine de bu tez, siyasal sonuçları itibariyle Kantçı formalist bir ahlak felsefesiyle demokrasiye karş olan kimi diğer tezlere göre daha çok bağdaşabilir.[118].

Demokrasiye dayanan epistemik bir tez ne idealist yansımacılığın akılcı argümanlarıyla ne de materyalist yansımacılığın maddi gerçekliğe dayalı

[117] "*Gerçekliğe dayanan tez*" olarak ifade edilen bu tez, üçüncü bölümde ayrıntılı olarak incelenmiştir.
[118] Sözkonusu felsefi akımların siyasal sonuçları hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Uygun, **Demokrasinin**, ss. 255–274.

argümanlarıyla bağdaşır. Bu bakımdan da liberal demokrasiyi destekleyen tezler, Kantçı bilgi felsefesine daha yakın durmaktadır.[119]

Diğer taraftan, ifade özgürlüğünü destekleyen temel tezlerden birisi olan "*kendi kendini gerçekleştirme*" tezi, insanı kendi kaderini tam anlamıyla tayin edebilecek akıl sahibi özerk bir varlık olarak tanımlayan Kant'ın ahlak felsefesiyle de uyumluluk gösterecektir.

Kant'ın deontolojik ahlaki mutlakçılığı ile evrensel fakat mutlakçı olmayan bilgi felsefesi aslında, genel olarak Evrensel Bildirinin ortaya koymuş olduğu, *ahlaki mutlakçılığa* dayanan *preskriptif* insan hakları anlayışı ile olduğu gibi; özel olarak da, *bireysel özerkliğe dayalı bir ifade özgürlüğü tezi* ile uyuşabilecektir. Böylece Donnelly'nin insan hakları teorisi de analitik ve deskriptif olmakla birlikte; aynı zamanda *a priori* bir insan onurunu temel aldığı için, insan hakları için araştırdığı kaynak ve vardığı sonuçlar bakımından, Kant-Rawls çizgisine yakın gözükmektedir. Bununla birlikte Donnelly, bir yandan insan haklarını *insan onurunu* korumanın ön koşulu ve aracı yaparken, öte yandan *insan onurunun* kültürlere göre farklılaşabileceğini ve böylece insan onuru kavramının, bir vakıa olarak rölatif/göreceli olabileceğini kabul etmektedir. Bu da onu Kant/Rawls çizgisinden uzaklaştırmaktadır. Donnelly'ye göre,

> *İnsan onuru anlayışları toplumdan topluma esaslı farklılıklar göstermekte olup, bu farklılıkların çoğu insan haklarının altında yatan eşitlik ve özerklik değerleriyle bağdaşmamaktadır. Çoğu rejimler ve bunların arkasındaki insan onuruna ilişkin toplumsal anlayışlar, insan hakları düşünce ve uygulamasını zorunlu olarak tahrip edicidir.*[120]

Donnelly, ampirik olarak belirlenebilir bir alternatif insan onuru kavramının rölatif/göreceli niteliğini reddetmemekte; aksine, çeşitli kültür çevreleri üzerinde yaptığı incelemelerin sonucunda bunu teyit etmektedir. İnsan onuru anlayışlarının çokluğu bizi son derece paradoksal bir tezi kabul etmeye götürecektir. Bu paradoksal durumun ilk problemi, hangi insan onuru kavramının tercihe şayan olduğu ve bu tercihi kimin, neye göre yapacağıdır?

---

[119] Uygun, **Demokrasinin**, ss. 255–274.
[120] Donnelly, s. 75.

Donnelly, bu soruların yanıtını doğrudan vermemektedir; fakat o, insan haklarıyla uyumlu olmayan alternatif insan onuru anlayışlarının kabul edilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Çünkü ona göre,

> *[K]omüniteryan (cemaatçi) olarak adlandırdığımız belli başlı dört çağdaş rejim tipinin alternatif insan onuru anlayışlarına bağlılıkları yüzünden insan haklarını (...) zorunlu olarak reddettikleri...* bir gerçektir.[121]

İkinci sorun daha ciddi görünmektedir: eğer insan hakları, insan kişisinin özündeki onuru korumaya yönelik bir araç ve insan onuru da insan haklarının kaynağı ise, insan haklarını reddetmeye kadar götürebilecek alternatif insan onuru anlayışlarını kabul etmek insan haklarının evrenselliği iddiasını ortadan kaldırır. Bunu bir örnekle somutlaştırmak buradaki sorunu ortaya koymamız bakımından yararlı olabilir. Örneğin, belirli bir kültür çevresinde kocası ölen kadının, onurunu kurtarmak için intihar etmesi gerektiğine ve bunu yapmadığında; bizzat kadınının kendisinin de inandığı üzere onursuz bir hayata katlanmak zorunda olduğunu varsayalım. Kadının kocasından bağımsız bir hayatı olamayacağını kabul eden böyle bir anlayış, kuşkusuz evrensel insan hakları öğretisiyle bağdaşmaz. Verilen bu uç örnek şunu göstermektedir: insan haklarıyla bağdaşmayan bir insan onuru anlayışı kabul edilemez; eğer kabul edilirse, evrensel bir insan hakları öğretisinden söz edilemez. Öyleyse insan hakları ile insan onuru her ne kadar birbirinden farklı kavramlar ise de, aralarından doğrusal bir ilişki vardır ve biri olmadan öteki tanımlanamaz. İnsan onurunu tanımlamak, insan haklarını tanımlamaktan daha güçtür; zira ikincisi birincisine göre daha soyut ve belirsiz bir kavramdır. Donnelly'nin yapmış olduğu şu tanımlama buradaki tartışma bakımından önemli gözükmektedir:

> *[İ]nsan hakları ve insan onuru tamamen farklı kavramlardır. İnsan onuru anlayışları, sosyal ve siyasal yönleri bakımından, insan kişiliğinin iç (ahlaki) doğası ve değeri hakkında olduğu kadar, kişinin toplumla olması-gereken (siyasi) ilişkileri hakkında da belli anlayışları ifade ederler. Oysa insan hakları, tersine, her bir kişinin sırf insan olmak itibariyle sahip olduğu*

[121] Donnelly, s. 75.

(devlete karşı güçlü iddialara dayanak oluşturan donanımlar anlamında) eşit ve vazgeçilmez haklardır.[122]

Donnelly'nin burada vermiş olduğu tanımlar, onun *"göreceli fakat evrensel"* insan hakları tezi gibi paradoksaldır; zira daha önce belirtildiği gibi, insanın ahlaki doğası objektif olarak belirlenebilir değilse, evrensel bir insan hakları tezinin kaynağını oluşturacak bir insan onuru kavramı da belirlenemez. Eğer insan onuru, kişinin toplumla siyasal ilişkileri hakkında belli anlayışlardan ibaret olarak tanımlanırsa; bu bizi yukarıdaki farazi örnekte olduğu gibi güçlü bir görecelilik anlayışı ile karşı karşıya bırakacaktır. Bu durumda da, insan haklarının evrenselliğini savunan tezin insan onurundan bağımsız ele alınması gerekecektir. İnsan hakları, kişinin sırf insan olması itibariyle sahip olduğu eşit ve vazgeçilmez haklar olarak tanımlanıyorsa[123]; bu hakların, belirli bir topluma bağlı olarak değil, bütün insanlara teşmil edilecek biçimde savunulabilir olması anlamına gelir ki; bu da göreceli bir insan onurunu, insan (ahlaki anlamda) doğasını ya da ona bağlı bir insan onuru anlayışını insan haklarına kaynak göstermeye engel olur.

Öte yandan modern insan hakları anlayışı, en azından belirli bazı haklar bakımından göreceliliği reddetmektedir. Örneğin, kölelik ya da işkence yasağına ilişkin haklar bu cümleden kabul edilmektedirler. Bu hakları ihlal etmek, uluslararası kamu düzenini ihlal etmek anlamına gelir. Ayrıca bu nitelikteki insan hakları, ancak ahlaki mutlakçı bir tezle savunulabilirler ve tam anlamıyla Kantçı deontolojik bir ahlak felsefesinin ifadesidirler. Bu durumda, *mutlak* nitelikte kabul edilen hakları başlı başına bir *amaç* saymak yanlış olmayacaktır. Başka türlü ifade etmek gerekirse, burada insan onurunu korumaya yönelmiş olan belirli bir insan hakkı (işkenceye maruz kalmama hakkı), aslında insan onuru anlayışıyla bütünleşmiş ve bu kavramın ayrılmaz tamamlayıcılarından biri olmuştur.

---

[122] Donnelly, ss. 74–75.

[123] Donnelly, her ne kadar kendi teorisinin doğal hukuk öğretisinden ayrı olduğunu savunuyorsa da; nihai noktada, yapmış olduğu insan hakları tanımlaması ve haklılaştırması, doğal hukuk anlayışının iddialarından farklı değildir. Öte yandan, doğal haklar gibi insan haklarını destekleyebilecek ve insan onurunu koruyabilecek alternatif mekanizmaların savunulması da evrensel insan hakları anlayışına zarar vermediği gibi birçok noktada tezi destekleme anlamında yararlı da olabilir. Nitekim, Hart gibi, pozitivizmin önde gelen savunucuları dahi bir takım doğal hakları kabul etmenin zorunluluğuna işaret etmişlerdir ki; bunlar Hart'a göre, eşitlik ve özgürlük haklarıdır. Bkz. H.L.A. Hart, "*Are There Any Natural Rights?",* **Political Philosophy**, ss. 53–67; Krş. Donnelly, s. 123.

Donnelly'nin, insanın ahlaki doğasıyla açıkladığı, deskriptif (salt betimleyici) insan hakları teorisi insan haklarına bir temel arayışı içinde olmadığı için sorunludur. Burada, tezin deskriptif; yani olanın resmi ya da betimlenmesi anlamına gelen temelinin, teze uygun kaynağı bulma noktasında yukarıda verilen Mc Donald's örneğinde olduğu gibi, yetersiz kaldığını söylemek gerekir. Bir düşünce sisteminin ya da inancın sırf yaygın oluşu, o düşünce ya da inancın doğruluğu (ya da haklılığı) konusunda bir hüküm çıkarmaya uygun olup olmadığı felsefenin temel tartışma konularından birisidir. Dünyanın düz olduğu konusundaki inanç, muhtemelen bin yıl önce dünyanın hemen her yerindeki bütün insanların paylaştıkları bir düşünce idi. Aynı biçimde bugün bütün dünyada moda halini alan bir giyim tarzının doğru ya da yanlış olduğu söylenemeyeceği gibi, bu resme bakarak bir *olması gereken* de çıkarılamaz. Mc.Donald's örneğine yeniden dönersek, bu çeşit bir yeme içme kültürünün bugün Moskova'da dahi asırlık geleneksel kültüre göre çok daha yaygın oluşu; bunun ne kadar bir *olması gereken* olduğu konusunda bir gerekçe (rationale) hazırlarsa, Evrensel Bildiri'nin İkinci Dünya Savaşı sonunda dünyada oluşan siyasal konjöktür içerisinde BM'ye üye ülkelerin neredeyse tamamı tarafından imzalanmış olması da o ölçüde bir gerekçe hazırlayabilir.

Burada yanlış anlamaya neden olmamak için, bir konunun pozitif hukuk açısından bağlayıcı hale gelmesi ile o konunun ahlaki açıdan temellendirilmesi arasında bir ayırım olduğundan söz etmek gerekir. Şimdi insan hakları, Evrensel Bildirinin uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçası olarak kabul edilmesi nedeniyle tüm ülkeler için bağlayıcı hale gelmiş olabilir; ancak bu, bir *uluslararası hukuk* sorunudur. Aslında bu durumu Kelsen gibi pozitivist hukukçular da kabul etmektedirler. Öyle ki Kelsen'e göre,

> *Bir norm, zaman ve mekan içerisinde yer alan gerçek bir insan davranışı tarafından uygulanır ve kendisine uyulur nitelikte olabilir de olmayabilir de…normlar ancak, geniş bir kesim tarafından uygulandıklarında, kendilerine uyulduğunda ve etkili olduklarında geçerli sayılabilirler. Etkililik, geçerliliğin sadece bir koşuludur ve onunla özdeşleştirilemez. Norm, etkili olmazdan önce geçerli olabilir.*[124]

[124] Hans Kelsen, "*Saf Hukuk Kuramı Nedir*?", Çev. Kasım Akbaş, **HFSA**, No: 15, İBD Yayını, İstanbul 2006, s. 59.

Ne var ki Kelsen, normun geçerliliğini egemenin iradesinin dışına çıkarmadığından, egemen irade edene kadar *normun* var olabileceği düşüncesini tümden reddetmektedir. İnsan haklarının içerisinde yer alabileceği bir normlar mecmuasının da ancak uluslararası metinlerde açıklandıkları andan itibaren geçerli hale geleceklerinde bir kuşku bulunmayacaktır. Pozitivist hukuk anlayışı bakımından insan hakları bu durumda hukuki açıdan talep edilebilir bir takım haklara dönüşürler. Bu anlayış, insan hakları için güçlü koruma mekanizmaları sağlayabilir; fakat yine de bizim savunduğumuz insan hakları modeli açısından sağlam bir temel oluşturamaz. Bu hakların pozitif hukuk tarafından tanınmış olmaları açısından bir resim sunar; ancak neden mutlaka pozitif hukuk tarafından tanınmaları gerektiği konusunda hiçbir şey söylemez. Buradaki kilit nokta aslında insan hakları anlayışı ile hukuki pozitivizmin temelde çelişmesidir. Sözkonusu hukuki pozitivizmin, uluslararası hukuka hiyerarşik olarak daha üstün bir konum (*grund norm* konumu) veren[125] bir anlamda idealist ve formalist modeli de sorunu halletmemektedir[126]. Pozitivist hukuk anlayışının özünde olduğu gibi, hukuk düzenin korumadığı bir hakkın devlete karşı ileri sürülebilmesi mümkün değildir[127]. Örneğin Kelsen'e göre, bir hakkın devlete karşı ileri sürülebilmesi için, sözkonusu hakkın yalnızca hukuken korunmuş bir menfaate dayanması gerekmektedir.[128] Bu noktada Kelsen, doğal hukukun, pozitif hukukun üstünde, onu meşrulaştıran ya da geçerli kılan bir niteliğe sahip olduğunu savunanları eleştirmekte ve doğal hukuk savunucularının, aslında kendi

[125] Normlar arası hiyerarşinin bu modeli, Hans Kelsen tarafından formüle edilmiştir. Kelsen'in, uluslararası örf ve adet hukukunu ya da uluslararası hukukun diğer bazı kaynaklarını *grund norm/temel norm* olarak nitelendirmiş olması ve bu kurallara devletlerin uyması gerektiğini söylemesi ne anlama gelmektedir? Bu konu gerçekten tartışmalıdır. Bugün insan haklarına ilişkin sözleşmelerin iç hukuktaki yerinin tartışmalı olduğu gibi, Kelsen'in teorisinde, uluslararası hukukun iç hukuktaki, sözgelimi anayasa karşısındaki yerinin ne olacağı sorusunun yanıtı çok açık değildir. Bununla birlikte Kelsen'in, monist olduğu ve bu anlamda uluslararası bir grund norm'un olması gerektiğini savunduğu belirtilmektedir. Bkz. H. McCoubrey / N. White, **Textbook on Jurisprudence**, 3rd Edition, Oxford University Press, UK 2002, ss. 149–155.

[126] Bkz. Vecdi Aral, **Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri**, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti, İstanbul 1978, ss. 1–4.

[127] Hukuki pozitivizme yönelik en sert eleştirilerden biri Hayek tarafında yöneltilmiştir. Hayek'e göre, "hukuki pozitivizm, klasik liberalizmi tahrip eden başlıca güçlerden biri olmuştur; çünkü klasik liberalizm, özgül amaçların bağımsız bir adalet anlayışı öngörür." Bkz. Friedrich A. Hayek, **Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük**, Çev. Mustafa Erdoğan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 1995, ss. 71–72 (Bundan sonra metinde "Kanun" olarak anılacaktır).

[128] Hans Kelsen, **General Theory of Law and State**, Translated by Anders Wedberg, Third Printing, Harvard University Press, USA 1945, s., 201 (Bundan sonra metinde "Law and State" olarak anılacaktır).

dönemlerindeki en önemli pozitif hukuk kurumlarını incelediklerini; her defasında da, krallıktan, özel mülkiyete, oradan evliliğe ve köleliğe kadar bütün bu kurumları doğal hukuk yoluyla meşrulaştırdıklarını belirtmektedir. "Eşit şeyler eşit muamele görür" ya da "haklı bir nedenin olmadan kimseyi incitme (kimseye zarar verme)" gibi bir takım doğal hukuk ilkelerinin pozitif hukuk tarafından tanınmaması halinde hiçbir anlamının olamayacağını ileri sürmektedir. Doğal hukukun devrimci bir karakterinin olduğunu ve savunucularının katı muhafazakârlar olduklarını ileri süren Kelsen'e göre, özetle, pozitif hukukun tanımadığı bir haktan söz edilemeyecektir.[129] Kelsenci bir hukuk anlayışı, hukuku salt bir iradeye indirgemektedir[130] ve hukuk haline gelmemiş olan hiç bir kural ve ilkenin hak yaratamayacağını savunmaktadır.

Evrensel Bildirinin uluslararası hukuk tarafından örf ve adet hukukunun bir parçası olarak tanımlanması olgusuna geri dönecek olursak; kuşkusuz bu durum, insan haklarına pozitif hukuk çerçevesinde güçlü koruma mekanizmaları sunabilir; fakat yine de bu, sözgelimi Bildiriye imza koymayan bir ülke halkı için ya da Bildiriye imza koymasına rağmen baştan itibaren insan haklarını gerek *de jure* gerekse *de facto* olarak ihlal etmiş olan bir devletin vatandaşları için herhangi bir talep hakkı vermeyecektir. Uluslararası hukukun, örf ve adet hukuku ile ilgili olarak vermiş olduğu tanımlama bu görüşü doğrulamaya yeterlidir.[131]

Hukuku egemenin iradesine indirgeyen ve egemenin tanımadığı hiç bir hak olamayacağını savunan faydacı pozitivizmin kölelikten işkenceye kadar en temel insan hakları ihlallerini meşrulaştırabileceği dikkate alınırsa,[132] böyle bir hukuk anlayışı ile insan haklarının bağdaşmayacağı kolaylıkla anlaşılır. Pozitif hukuk anlayışı, insan hakları için sağlam bir temel oluşturmamaktadır. İnsan hakları için pozitif hukuk dışında bir kaynağın araştırılması gerekir.

---

[129] Kelsen, **Law and State**, ss. 416–419.

[130] Hukukun içeriğini bu şekilde göz ardı eden pozitivistlerin bu yaklaşımı, Hayek tarafından ağır biçimde eleştirilmiş ve "adalet, yasal veya hukuki olanın başka bir adından ibarettir" diyen Hobbes'un görüşleriyle aynı kefeye konulmuştur. Bkz. Hayek, **Kanun,** s. 76.

[131] Uluslararası örf ve adet hukukunun (customary international law) ülkeler bakımından bağlayıcılık ve geçerlilik koşulları hakkında bkz. Ian Brownlie, **Principles of Public International Law**, Fifth Edition, Oxford University Press, UK 2002, ss. 4–11.

[132] Kelsen'in doğal hukukçular hakkında yapmış olduğu aynı eleştirinin, Hayek tarafından, hukuki pozitivistler ve özellikle de Kelsen hakkında yapılmış olması ilginçtir. Bkz. Hayek, **Kanun,** s. 85.

3) David Hume ve Olan /Olması Gereken Sorunu

İfade özgürlüğü hakkının dayandırılabileceği uygun insan hakları tezinin ne olması gerektiği noktasına gelirken, bir başka konunun daha açıklığa kavuşturulması gerekmektedir: İnsanın ahlaki doğasından kaynaklanan bir *olması gereken* ile genel olarak doğaya ait olarak tanımlanan *olan* arasındaki ilişki nasıl tanımlanabilir? *Akıl (reason)* ile *olması gereken* (ought-to) arasındaki ilişki nasıl tanımlanmalıdır? Başka bir ifade ile, akıl ile ahlaki yargılarımız arasında bir bağlantı kurulabilir mi ya da ahlaki yargılarımızın kaynağı akıl değilse başka ne olabilir? Hiç kuşkusuz burada, bu tartışmanın mimarı sayılan Hume'nin, *İnsan Doğası Üzerine Bir Deneme* adlı eserinde savunmuş olduğu görüşlerinin öncelikle incelenmesi gerekir. Hume, bu eserinin ahlaki yargılara ilişkin üçüncü bölümünde şu görüşleri dile getirir:

> *Akıl (reason), hakikatin (truth) ve yanlışlığın (falshood) keşfi(için)dir. Hakikat veya yanlışlık, ideaların gerçek (real) ilişkileri hakkında ya da olguların gerçek varlıklarıyla ilgili bir uyuşma veya uyuşmama halidir. Dolayısıyla, bu uyuşmaya ya da uyuşmamaya bağlı olmayan hiçbir şey, doğrulanabilirlik ve yanlışlanabilirlik niteliğinden yoksundur ve hiçbir zaman aklımızın bir nesnesi (object) olamazlar. Şimdi açıktır ki; tutkularımız, saikimizi oluşturan karar süreci (volitions) ve hareketlerimiz (actions) böyle bir uyuşma ya da uyuşmama sorunu ile bağlantılı değildir; ... bunların doğrulukları ya da yanlışlıkları sözkonusu edilemeyeceği gibi, akla uygun ya da aykırı gibi bir nitelendirme dahi yapılamaz. ... davranışlarımızın erdemli (merit) sayılması onların akla uygunluğunun bir sonucu olamayacağı gibi; bu davranışların ayıplanabilirliği (blame) de akla aykırı olduğunun bir sonucu olamaz. ... davranışlar övgüye değer ya da kınanabilir bir nitelikte olabilir; fakat hiçbir zaman akli (reasonable) ya da (akli) değil gibi nitelendirilemezler. ... dolayısıyla ahlaki ayırımlar (moral distinctions) aklın bir sonucu (offspring) değildir.*[133]

Hume buradan hareketle ahlaki yargıların ussal (akli) bir süreçten geçirilerek değerlendirilemeyeceğini ve '*olan'*dan akıl yoluyla çıkarsanamayacağını vurgulamaktadır. Burada bize meşe ağacı ve karaağaç örneğini vermekte; bu ağaçların tohumlarının (offspring) ağacın dibine düşerek yeşermesinin neticesinde kendisini meydana getirmiş olan ebeveynini yok ettiğini, doğada mevcut olan bu

[133] David Hume, **A Treatise of Human Nature**, Ed. with An Introduction by Ernest Mossner, Penguin Books, 1969 England, s. 510 (Bundan sonra metinde "Human Nature" olarak anılacaktır).

olayın (olanın) bizim anne ve babamıza karşı minnet borcumuzu ifade eden ahlak kuralı ile nasıl bağdaşabileceğini sormaktadır. Bir insanın ebeveynini öldürmesi irade ve tercih meselesidir; hâlbuki ağacın tohumunun bunu yapması bir doğa yasası olan devinimin ve maddenin yasalarıdır. Hume ayrıca hayvanlarda hiç bir ahlaki çöküntü yaratmayan ensest ilişkilerin neden insanlar tarafından suç olarak kabul edildiğini de sorarak tezini kanıtlamaya çalışmaktadır. Hume'nin örneklerine, neden ölülerimizi yemediğimiz, verdiğimiz sözleri tutmamız gerektiği ya da eşimizi aldatmamamız gerektiği gibi daha birçok örnek eklenebilir. Bütün bu örnekler, ahlaki değer yargılarının aslından birer *olması gereken* oldukları sonucuna götürür bizi.[134] Burada ortaya konulan argüman güçlüdür ve modern insan hakları anlayışının temellendirilmesi açısından da Hume'den ayrılmak için bir neden yoktur.[135]

Ampirist Hume, ahlak yasalarının (eğer böyle bir yasa varsa) akıldan ve doğadan çıkarılamayacağını savunarak hem rasyonalizmi hem de natüralizmi açıktan reddetmektedir. Peki, biz aklın üretmediği ve olgulardan çıkarsanamayan bir ahlaken *iyi* ve *kötü*yü nasıl belirleriz? Hume, bu sorunun yanıtını *III. Kitap'ının II. Bölümünde* verir: ahlaken iyinin ve kötünün ayırdımını ortaya koyan şey, "*birtakım izlenimlerimiz (impressions) ve duygularımızdır (sentiments)*". Erdemden (iyiden) kaynaklanan izlenimlerimizde anlaşır, kötüden kaynaklanan izlenimlerimizde ise rahatsızlık duyarız. İyiden kaynaklanan izlenimlerimiz bize haz, kötüden kaynaklananlar ise acı verirler. Böylece bu ayırımı gerçekleştiren izlenimler birtakım hazlardan ve acılardan başka bir şey değildir, Hume'e göre.[136]

Hume'ün aklı dışlayan ve değerlendirmelerimizi tümüyle bir takım gözlem ve izlenimlere indirgeyen bilgi ve ahlak felsefesi, İskoç filozof Thomas Reid tarafından haklı eleştirilere tabi tutulmuştur. Zihnimizin, geçmişte kalmış deneyimler üzerine ya

---

[134] Hume'cü bir "*olan*" ve "*olması gereken*" ayırımının, hukuki pozitivistler (özellikle Kelsen) tarafından yapılan ayırımla ötüştüğü söylenebilir. Ancak, bu uyuşma yalnızca, ayırımın biçimsel yönüyle ilgilidir ve ayırımın kaynağı konusunda Hume ve Kelsen arasında temel farklılıklar vardır. Bu farklılıklardan en başta geleni, Hume'de ayırımın kaynağını izlenimlerimiz oluştururken; Kelsen'de kaynak, insan aklının bir ürünü olan "*norm*"dur. Bir "*olması gereken*" olan "*norm*"un kaynağı, sosyolojik, biolojik ve psikolojik bütün "*olan*"dan bağımsızdır. Bu yüzden de "*norm*"un bilgisine soyut mantık ilkeleri çerçevesinde ulaşılır. Bu bakımdan da "*hukuk*" ile "*ahlak*" arasındaki fark, "*olan*" ve "*olması gereken*" ayırımından kaynaklanmaz. Zira her iki sistem de bu aynı biçimde bu ayırımdan kaynaklanır. Ne var ki, hukuku ahlaktan ayıran şey, onun "*zecri"* (yaptırım) yönüdür. Bkz. Muvaffak Akbay, "*Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi*", **HFSA**, İBD Yayını, No. 15, İstanbul 2006, ss. 41–55.

[135] Hume, **Human Nature**, ss.511–520.

[136] Hume, **Human Nature**, 522–527.

da hiç tecrübe etmediği şeyler üzerinde düşünsel faaliyet icra ettiğini söyleyen Reid, Hume'ün savunduğu tezin abes ve saçma olduğunda ısrar etmektedir.[137] Biz burada, Reid'in eleştirisinin ayrıntılarını bir kenara bırakarak Hume'ün savunmuş olduğu tezin insanın ahlaki doğasına dayandırılabilecek bir insan hakları tezi bakımından nasıl değerlendirilebileceği üzerinde duracağız. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki; Hume'ün haz ve acıyla kastettiği şey, biyolojik haz ya da acı değildir; fakat daha ziyade psikolojik haz ve acıdır[138]. Bu daha çok, Raskalnikov'un işlediği cinayetten sonra çekmiş olduğu acı türünden bir acıdır ve bazen biyolojik olanla karşıtlık da içerebilir. Mell Gibson'ın *Braveheart* (cesur yürek) filminin son sahnesinde, oynadığı William Wallace karakterinin[139], bir yandan biyolojik acıların en yükseğine katlanmaya çalışırken, aynı zamanda davasını yüksek sesle ilan etmekten duyduğu haz böyledir.

Ahlaki yargılarımızın akılla bağını tümden keserek kaynağını haz/acı eksenine indirgeyen Hume, haz/acı ile ahlak yargısı arasında kozal (neden/sonuç) bir ilişki kurmuş ve birinciyi ikinciye kaynak (neden); ikinciyi ise birincinin sonucu olarak kabul etmiştir. Hume, çok ciddi bir ikilemin içerisine düşmüştür. William Wallace örneğine dönelim, burada William Wallace'ın özgürlük uğrunda ölmenin çok yüksek bir ahlaki değeri olduğunu kabul etmeyen bir kimse olduğunu varsayalım, kendisine uygulanan işkence altında haz duyması hiçbir şekilde mümkün olamayacaktı. O, özgürlüğüne sahip çıkmanın yüksek bir değer olduğunu ve bu uğurda işkenceye katlanması gerektiğini ne haz ne de acı testiyle öğrenmiştir. Tam

---

[137] http://plato.stanford.edu/entries//reid/ ; Ayrıca Reid'in eserlerine şu adresten ulaşmak mümkündür: http://www.earlymoderntexts.com/f_reid.htm (01/15/2006).

[138] Haz ile acı arasındaki ilişkinin ortaya konulduğu şu esere bakılabilir: Sidney Zink, **The Concepts of Ethics**, MacMillan Press, New York 1962, ss., 86-123.

[139] Filmin yapımcılığını ve yönetmenliğini, aynı zamanda hikayedeki ana karakteri oynayan Mel Gibson üstlenmiştir. Senaryosu Randall Wallace tarafından yazılan film, 24 Mayıs 1995 tarihinde gösterime girmiştir. Film hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Braveheart (Çevrimiçi: 10/03/2008); Bu filmin kahramanı olan William Wallace, tarihte yaşamış gerçek bir kişidir ve filmde anlatılan hikaye büyük ölçüde tarihsel gerçeklere dayanmaktadır. William Wallace, Kral Edward I döneminde yaşamıştır ve Iskoçya'nın Ingiltere'den bağımsızlığı için mücadele etmiştir. İngilizler tarafından yakalandığında, kendisine vatana ihanet suçunu işleyenlere o gün uygulanan en ağır ceza verilmiştir. Kafası kesilerek idam edilmeden önce, halkın gözü önünde askıya çekilmiş, bağırsakları ustalıkta çıkarılıp alınmış ve ölmeden önce mahkumun gözleri önünde yakılmıştır. Bu dehşetli işkence karşısında dahi, Wallace'ın son sözlerinin özgürlük anlamına gelen freedom olduğu belirtilmektedir. Wallace'ın hikayesi için bkz. http://www.electricscotland.com/history/articles/william_wallace.htm (Çevrimiçi: 04/02/2005); İngiltere'de o dönemlerde bu tip işkencelerin yapıldığından Thomas Paine de sözetmektedir. Pain'in bu yöndeki ifadeleri için bkz. Gemalmaz, **Genel Teori,** s. 57.

aksine, kendisini izleyenlere bir mesaj vermek istemektedir; zira kendisini, özgürlük veya ölüm vaadettiği halkına karşı sorumlu hissetmektedir. Ona bu sorumluluğu hissettirenin haz olduğunu söylemek ne derece doğru olabilir? Başka bir deyişle nasıl bir özgürlük deneyimi ya da Hüme'ün ifadesiyle, *izlenimi* insana bu işkenceye katlanacak kadar haz ve bu hazzın karşılığında bir güç bahşetmiş olabilir? Bu soruların yanıtını Hume'ün vermesinin olanaksızlığı ortadadır. Aslında hazzın tetiklediği arzularımıza ve duyularımızın sağladığı izlenim ve algılarımaza göre ahlak yasalarını belirlemiş olsaydık, William Wallace'ın bu davranışını hiçbir zaman açıklayamazdık. Hâlbuki Kantçı ahlak anlayışının ortaya koyduğu gibi, eğilimlerimizin acı bir kasıntısını (constraint) tecrübe ederken ilkeye göre davrandığımızı ve kendi nedenimizin (cause) sahibi olduğumuzu fark ederiz; yoksa duyularımızın sağladığı algı ve hislerimizle koşullanmış olduğumuzu değil. Öyleyse duyularımızın belirlediği bir kurala/ilkeye göre değil, ahlak kuralının yaratmış olduğu ödeve göre davranırız. Örnekteki Wallace karakterinin davranış biçimi, ampirik *ben* ile ideal *ben* arasındaki köprüyü kurmaktan ibarettir.[140] İlkenin kaynağı, ampirik değildir. İnsan zihninin Locke'un iddiasının tersine bir *tabula rasa* (boş levha) olmaması gerekir. İnsan, Kant'ın belirttiği gibi zaman ve mekan gibi bir takım kategoriler olmadan ampirik veriler hakkında hiçbir yargıda bulunamamaktadır. 20. yüzyılda özellikle dil üzerine yapılan felsefi tartışmalar, insan zihninin bir *tabula rasa* olmadığını, bütün insanların doğuştan dil yeteneğine sahip olduklarını ortaya koymaktadır. Aynı biçimde insan zihni, en başta iyi/kötü gibi meta-etik sorunsala karşı duyarlıdır. Ahlaki yargılarımızın kaynağı ister Kant'ın deyimiyle pratik akıl (practical reason) olsun isterse ahlaki duyu (moral sense) olsun, objektif bir temeli olmak durumundadır. Bir ahlaki yargı (moral judgement) kuramı olmadan, bir evrensel insan hakları kuramı da olmayacaktır.[141]

Bütün ahlaki yargılar için tümdengelimsel bir yaklaşımı savunmak ister istemez sahip olduğumuz ahlaki yargıları anlamlı bir biçimde açıklamak bakımından yeterli olmayabilir. Fakat en azından değerlerin bilinebilir olmaları gerekir.

[140] Wallace örneği, Kantçı bir anlayışla açıklanabilecektir. Kant'ın, acı, haz ve duyuların ampirik ben ve ideal 'ben'le olan ilişkisi üzerine ayrıntılı bir inceleme için bkz. Harry Van Der Linden, **Kantian Ethics and Socialism**, Hackett Publishing Company USA 1988, ss. 43–53.

[141] İnsan hakları kuramının temelinin ahlaki yargılara ilişkin bir kuram olacağına ilişkin cognitivist bir argüman için bkz. Hubert Rottleuthner, **Foundations of Law: A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, Vol. 2, Springer Publishing, The Netherlands 2005, ss. 75–100.

Değerlerin bilinebilirliği ile onların her zaman aklın testine tabi tutulabilirliği aynı şey değildir.[142] Örneğin insanı diğer canlılardan ayrı tutar ve bu yüzden ensest ilişkiyi reddederiz. Bu türden bir ilişkinin zararları ya da faydaları üzerinde durmayız. Bunun gibi, tıbben çok faydalı olduğuna inansak dahi bir insanın etini yemeyiz. Fakat bütün ahlak yargıları aynı türden değildir. Örneğin çocuklara suçunu söyletmek için işkence edilmemesi gerektiğini sadece haz ve acı türünden izlenimlerimizle değil; fakat aynı zamanda akıl ve deney yoluyla da kavrayabiliriz. Çocuklar hakkında bir takım deneysel araştırmalar yaparak, çocukların işkence karşısında işlemedikleri suçları da çok hızlı bir biçimde kabul ettiklerini belirleyebiliriz. Dahası insan haklarına saygıyı sağlayacak sağlam mekanizmalar oluşturulmayan yerlerde, ağır insan hakları ihlallerinin insanlığı nasıl felaketlere sürüklemiş olduğunu tarihin sayfaları arasından çıkarır, sadece haz/acı hissi ile değil; fakat aklımızla yaptığımız değerlendirme ve çıkarsamalarımızla bilebiliriz. Bütün bunlar, ahlak ilkeleri bakımından sadece izlenimlerimizin (impressions) sonucunda otomatik olarak harekete geçen duygularımızla (sentiments) değil; aynı zamanda aklımızı da kullandığımız düşünsel bir faaliyetin sonucunda ortaya çıkar. Yalan söylemeyi adet edinmiş bir kimse, söylediği yalanlardan dolayı bir huzursuzluk duyuyorsa; bu, onun duyduğu rahatsızlığın meydana getirdiği bir ahlak yasasının sonucu olmayıp; acıdan bağımsız olarak var olan bir ahlak yasasının da sonucu olabilir.

Bu durum, ifade özgürlüğü hakkı bakımından irdelendiğinde nasıl bir sonuç doğurur? İnsanın ahlaki doğası gereği, görüşlerini ve düşüncelerini özgürce ifade etmesi gerekir. Hume'cü bir anlayışla, insanın düşüncelerini ve duygularını ifade etmesi gerekir şeklinde bir ahlaki yaklaşım, insanın görüş ve düşüncelerini ifade etmekten haz aldığı ve dolayısıyla da insanların böyle bir ahlaki yargıya varmalarının doğal olduğu sonucuna varılabilir. Fakat Hume'cı haz/acı anlayışı burada da hiçbir işlerliğe sahip değildir. Şimdi, (A) şahsının, düşüncelerini (B) şahsını eleştirecek, kınayacak biçimde ifade etmekten haz aldığını varsayalım. Hatta bir adım daha ileri giderek bunun bütün insanlar bakımında böyle olduğunu kabul edelim. Burada ciddi bir sorun ortaya çıkmaktadır; (B) şahsının konumunda olan herkes için (A) şahsının

[142] Bu konuda bkz. Vecdi Aral, "*Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi*", **İnsan Özgür mü?**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004, ss., 249-274.

konumundakilere tanınan bu özgürlük *acı* vericidir, Hume'nin kullandığı diğer bir ifade ile *rahatsız* edicidir. İnsan doğasının eleştirilmekten hoşlandığını Hume de savunmayacaktır. Bu durumda ifade özgürlüğü hakkının varlığı ahlaki açıdan nasıl savunulacaktır? Öyleyse Hume'ün yanıtı, başkasını eleştirecek ifadede bulunmaktan kaçın ve böylece bir ahlak kuralına uymak suretiyle bu sorunu çöz olabilir. Kuşkusuz böyle bir ahlak kuralı, *çuvaldızı kendine iğneyi başkasına batır*, biçiminde bir ilkeyle de sabit olabilir; ancak, bu aynı zamanda şu anlama gelecektir: ifade özgürlüğü hakkını savunmak *ahlaki* değildir. Başka bir deyişle, modern insan hakları anlayışının çekirdeğini oluşturan Fransız Bildirisinden itibaren, hemen herkes tarafından savunulan ifade özgürlüğü hakkının savunusu, ahlaka aykırı olacaktır. Zira haz/acı paradoksu bunu öngörmektedir. Arzunun ya da duyunun nesnesinin hazzı ya da daha genel anlamda "haz"la tanımlanan bir mutluluğu izlemek olduğu kabul edilir ve buna bağlı bir ahlak anlayışı tanımlanırsa, bu durumda ödevden kaynaklanan bir takım mutlak nitelikteki ilkeleri (ya da temel hak ve özgürlükleri) açıklamak olanaklı olmayacaktır. Tam aksine, ahlak yasasının Kantçı bir anlayışla böyle bir motivasyonu dışladığını kabul eder ve özerk ve akıl sahibi insanın bu yasaya uymasının bir ödevin sonucu oluğunu kabul edersek modern insan haklarına tutarlı ve mantıklı bir kuramsal temel oluşturmuş oluruz.[143]

Buraya kadar, Hume'ün *olan* ile *olması gereken* arasında yapmış olduğu ayırımın modern insan hakları kuramı bakımından da güçlü bir biçimde savunulabileceği söylendi; buna karşılık, Hume'ün ahlaki yargılarımızın kaynağını sadece haz/acı ikilemine bağlamasının ortaya çıkardığı sorunlar dile getirildi. Burada konuyu sonlandırırken çözülmesi gereken önemli ve son bir soruna daha işaret etmek gerekir: insan haklarının, yukarıda tartışılan hazcı ya da enstrümantalist teorilerden arındırılmış saf bir teorisinin kurulabilip kurulamayacağı; eğer kurulabilirse bu yöntemin ne olması gerektiği sorulabilir. Bu sorunun yanıtını ayrı bir başlık altında araştırmak yerinde olacaktır.

[143] Kantçı anlayşın özellikle burada belirtilen Humecü felsefeye karşı ortaya koymuş olduğu argümanlar için bkz. Linden, ss. 42 vd.

D) Fenomenolojik İndirgeme, İnsan Haklarının Özü ve İfade Özgürlüğü Tezleri Üzerindeki Etkisi

1) Fenomenolojik İndirgeme ve İnsan Haklarının Özü

İnsan haklarının biçimlendiği koşullardan ve meydana getirdiği sonuçlardan arındırılarak bir teorisinin kurulması olanaklı mıdır? Eğer mümkün ise, hangi yöntem böyle bir amacın gerçekleştirilmesine elverişli olabilir? Böyle bir indirgeme ve ayıklama faaliyeti bizi doğrudan fenomonolojinin alanına götürür. Başka bir anlatımla, insan hakları için sağlam ve değişmez bir çekirdek[144] oluşturmak, böylece onun özüne inmek istiyorsak, fenomenolojiyi kullanmak yararlı olabilir. Şunu belirtmek gerekir ki; burada fenomenolojinin bilgi felsefesi ve varlık felsefesi hakkında varmış olduğu sonuçlar incelenmeyecektir; fakat fenomenoloji kendisi, aynı zamanda bir yöntem olduğu için; onun kullanmış olduğu yöntem, fenomenolojik indirgeme, insan haklarının özünün araştırılması bakımından kullanılmaya çalışılacaktır. Başka bir deyişle, eidetik bir indirgeme (eidetic redution) yoluyla saf bir zihinsel sürecin işletilmesine çalışılacaktır.[145]

Fenomenolojik yöntem, belirtildiği gibi, bir indirgemedir. Fakat buradaki indirgeme bir *f(x)* fonksiyonundaki *ax+c* fonksiyonunda *a*'ya ulaşmak için yapılan bir türev işlemine benzemektedir. İnsan hakları uygulamaları, genellikle *f(x)* fonksiyonuna benzemektedir. Fonksiyondaki *a* insan haklarının özünü temsil

---

[144] Aslında modern insan haklarının temelinde yatan doğal hukuk öğretisinin böyle bir çekirdeği oluşturduğu söylenebilir. Bu anlamda bizim de doğal hukuk öğretisinden pek ayrı bir şey savunmadığımız ileri sürülebilir. Ne var ki, bizim burada savunmaya çalıştığımız şey hakların kaynağını sözleşmede ya da "rasyonel bireyin kendi çıkarını bulması gerekir" biçimindeki bir psikolojik egoizmde aramak değildir; fakat daha çok insanın bir araç değil; amaç olduğunu ortaya koyabilecek bir yöntem geliştirmektir. Bunun da fenomenolojiden yararlanmak suretiyle mümkün olabileceğini düşünüyoruz. Burada şunu belirtmek gerekir ki; Her hakkın, bir öz, bir çekirdek alan içerdiği varsayılmaktadır. Uygun'un, hakkın özüne ilişkin şu değerlendirmesi kayda değerdir: "Bir hak veya özgürlük, güvence altına aldığı yaşam alanının her kesitini aynı yoğunlukta korumaz. Birbiri içine geçmiş iki daire örneğiyle betimlemek gerekirse, içeride kalan daire sözkonusu hakkın vazgeçilmez ögelerini içerir. Bu ögelere dokunmak, o hakkı yok etmek demektir." Bkz. Oktay Uygun, "*Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi*", **Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet**, Edip Çelik'e Armağan, Engin Yayıncılık, İstanbul 1995, ss. 399–400.

[145] Matemakik gibi, saf zihinsel faaliyetin işletilmesinde rol oynayan bir takım a priori kabuller, fenomenoloji için de geçerlidir. Fenomenoloji ve pozitif bilimler arasındaki ilişkinin incelenmesi bakımından bkz. Richard M. Zaner / Don Ihde, **Phenomenology and Existentialism**, Capricorn Books, New York 1973, ss., 54 vd.

etmekte, yani *eidos*[146]'a karşılık gelmektedir; *x* değişkeni ise kültürlere ve rejimlere göre farklılaşan durumları anlatmaktadır. Buradaki *c'*nin konumu ise, insan haklarının hayata geçirilebilmesi, yani kullanılabilmesi için gerekli olan, -Isiah Berlin'nin ifadesi ile söylemek gerekirse[147]- *koşul (conditional*)'a işaret etmektedir.

Buradaki türev işlemi sonucunda a'ya, yani *eidos*'a ulaşmakla neyi anlatmak istiyoruz? Bu işlemin amacı, insan haklarını her türlü faydacı ve enstrümantalist unsurlardan ayıklayarak onun özüne ve kaynağına ulaşmaktır. Descartes'in yaptığı gibi, bilincimizi belirleyen tüm psikolojik, sınıfsal ve ırksal koşullandırmalardan, ideoloji ve doktrinel şartlanmalardan kendimizi arındırmamız ve öze ulaşmamız gerekir. Aynı yöntem hukukun idesi olan adalet değerine ulaşmak için fenomenolojiyi hukuka uygulayan yazarlar tarafından kullanılmaktadır.[148] Tıpkı bir matematik problemini çözer gibi konuya yaklaşmamız gerekir.

Bütün bu unsurlar ayıklandığında geriye, *insan haklarının öznesi olan insan*[149] kalmaktadır. Peki, bu insan kimdir, nasıl bir varlıktır? Bu soruya yanıt ararken şu soruyu soralım: Neden insan haklarından söz ettiğimiz biçimde bitki ya da hayvan haklarından söz etmiyoruz? İnsanı farklı kılan nedir?

İnsanı diğer varlıklardan ayıran temel özellik, onun rasyonel kapasitesi ve irade sahibi olmasıdır. Böylece insan, kendi yaşamına yön verir ve bilinçli tercihler yapar.[150] İnsanın, yapmış olduğu bir davranışından dolayı takdir edilmesi, ayıplanması ya da sorumlu tutulabilmesinin temelinde de bu özelliği, yani rasyonel oluşu ve özgür iradeye sahip olduğunun varsayılmasıdır.[151] İnsanın arzularından ve tutkularından bağımsız olarak, akıl yürütme (*reasoning*) yoluyla ahlak alanında (*olması gereken* alanda) evrensel ilkeler koyabileceğini savunan Kant'ın insan anlayışı, fenomenolojik bir indirgemeyle elde edilecek insan hakları tezini savunmaya götürür bizi. Bu düşüncenin arkasında formel olarak eşit rasyonel ve özerk birey anlayışı vardır. Hobbes'un, insanların birbirlerine eşit olduklarını ispat

---

[146] Niyazi Öktem, **Fenomenoloji ve Hukuk**, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1982, ss., 25 vd. (Bundan sonra metinde "Fenomenoloji" olarak anılacaktır).
[147] Berlin'in konu üzerine yapmış olduğu ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Berlin, "*Introduction*", **Four Essays**, ss. XXXVIII-LXIII.
[148] Öktem, **Fenomenoloji**, s. 56.
[149] Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 1514.
[150] Oktay Uygun, "*Küreselleşme ve Özgürlük"*, **Felsefe Tartışmaları**, 28. Kitap, Boğaziçi Üniversitesi Yayını, İstanbul 2001, s. 92.
[151] Berlin, "*Introduction"*, **Four Essays**, ss. X vd.

için ortaya koyduğu kanıtlama yönteminden çok farklıdır bu. İnsanların, yetenek, güç ve zeka bakımından eşit olmadıkları ortadadır[152]; fakat ahlaken özerk, rasyonel ve irade sahibi olmaları bakımından bütün insanların eşit oldukları söylenebilir[153]. Böyle bir eşitlik anlayışı Sartori'nin de belirttiği gibi, gerçek bir eşitlik değil, deontolojik bir eşitliktir.[154]

Bu tanımlama bizi, bazı anarşistlerin otoriteyi reddetmenin haklılığını ortaya koyabilmek için savundukları insan anlayışı ile paralel bir noktaya getirmektedir.

> *İnsanlar metafizik anlamda özgürdür veya nasıl davranacaklarını seçme anlamında özgür iradeye ve akıl yürütme kapasitesine sahiplerdir. ... Sorumlu bir kişi, kendi kendine birer buyruk biçimde ifade ettiği ahlaki kararlar aldığından, onun kendi için yasalar koyduğunu veya kendi yasalarını kendinin yaptığını (ya da kendi kendini belirlediğini) söyleyebiliriz. Kısacası o özerktir. ... Özerk insan bir başkasının iradesine tabi değildir. Bir başkasının söylediği şeyi yapabilir ama, öyle yapması istendiği için değil.*[155]

Burada anarşistlerin devlete karşı çıkış noktaları bakımından böyle bir argümanı kullanmalarının haklılığını ya da değerini tartışmak konumuzun dışındadır. Yalnız, insanın özerk ve rasyonel sayılması ile insan hakları arasında sıkı bir bağın

---

[152] Sartori'nin deontolojinin yanlış anlaşıldığına ilişkin olarak yapmış olduğu şu değerlendirmeler eşitlik konusundaki tartışmalar bakımından ikna edici görünmektedir: "İlk adım -yani idealin bir ideal olduğunun kabul edilmesi- insana önce, anlamsız, saçma görünür. Ama öyle değildir, nitekim eşitlik üzerinde süregelen tartışma bunu iyice göstermektedir. Jefferson'un klasik formülü, 'bütün insanlar eşit yaratılmıştır' formülüydü. ... Şimdi o apaçık gerçeklerin doğası ne olursa olsun, burada çok açık olan şey, Jefferson'un önermesinin sözdizimi yönünden bir gerçeği, bir olguyu anlatır tarzda kurulmuş olmasıdır. Bununla birlikte bu önerme ancak, ona normatif yönden yeni bir anlatım biçimi verildiği takdirde, şöyle savunulabilir: Bütün insanlara sanki eşit yaratılmışlar gibi bakacaksın. ... Bütün insanların eşit oldukları bir gerçek değildir. Tersine, onların eşit değil, çok farklı oldukları bir gerçektir. Giovanni Sartori, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu / Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s.64 (Bundan sonra metinde "Demokrasi Teorisine" diye anılacaktır).

[153] Kant-Rawls çizgisindeki liberal (egalitarian) gelenek, bireylerin özerk ve rasyonel oldukları ön kabülünden hareket ederek, siyasal toplum modelini açıklarlar. Bu model, sözleşmeci (contractarian) toplum kuramı olarak anılır. J. Rawls, adaletin iki ilkesinden birini şu şekilde formüle etmektedir: Herkes, temel hak ve özgürlükler tablosunda yer alan bütün haklar için eşit talep hakkına sahiptir. Tablo herkes için aynı biçimde oluşturulacaktır ve tabloda yer alan siyasal hak ve özgürlükler, gerçek değerleriyle güvence altına alınacaktır. Bkz. John Rawls, **Political Liberalism**, Columbia University Press, U.S.A. 1996, s. 5.

[154] Sartori'nin, deontolojik eşitlik anlayışını tanımladığı cümlesi şudur: "Meğerki eşitlik, önce ve en başta, bize kendimizi başkaları gibi görmemizi emreden davranış kurallarının bir değer ilkesi sayılsın veya başkalarını kendimizden aşağı değil, kendimizle eşit görmek, bizim için bir ödev olsun." Sartori, **Demokrasi Teorisine**, s. 64.

[155] Robert P. Wollf'un anarşizm savunusu içerisinde savunmuş olduğu bu görüşler için bkz. Robert A. Dahl, **Demokrasi ve Eleştirileri**, Çev. Levent Köker, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s., 50.

bulunduğu da aşikardır. İnsanın özerk ve rasyonel bir varlık oluşu, ona nasıl bir konum kazandırmaktadır? İnsanı, özerk ve rasyonel bir varlık olarak kabul etmenin, insan hakları savunusu ile ilişkisi nedir? Kuçuradi'nin ifadesi ile,

> *İnsan hakları, her insanla ilgili bazı gerekleri dile getirirler. Bu gerekler, insanın değerini tanıma ve koruma istemleri olarak, yani insanları yalnızca insan oldukları için koruma istemleri olarak ortaya çıkarlar. "İnsanın değeri" derken bundan insanın diğer canlılar arasındaki özel yerini anlıyorum. İnsana bu özel yeri sağlayan, onun özelliklerinin bütünüdür, onu diğer canlılardan ayıran olanaklarıdır. ... insanın diğer canlılarla ortaklaşa taşıdığı özelliklere ek özelliklerdir. İşte bu özellikler ya da olanaklar "insanın değerini" ya da "onurunu" oluşturur.*[156]

Kuçuradi'nin yorumu, insan haklarının özünü araştırmaya dönüktür. Zira insanı diğer canlılardan ayıran özellikler üzerinde yoğunlaşmaktadır. Kuçuradi, insanın ahlaki doğasından söz etmese de, insanı diğer canlılardan ayıran özelliklere dikkat çekmekte ve *insan onuruna* bağlı bir insan değeri ortaya koymaktadır. Böyle bir insan anlayışı, fenomenolojik bir yöntemin ortaya koyabileceği bir öz (eidos) kavramıyla ilişkilendirilebilir.

Başka türlü anlatmak gerekirse, fenomenolojik indirgeme neticesinde, insan haklarının kaynağının özerk, rasyonel ve irade sahibi olan insanın ahlaki doğası olduğunu görürüz. Buradan yola çıkarak, insan haklarının, toplumsal barışı sağlama aracı veya bir rejimin -ki bu demokrasi de olsa, işlemesinin aracı yahut insanlığın mutluluğunu temin aracı olamayacağı sonucuna varabiliriz. Dolayısıyla, burada sözü edilen yararlar ya da sonuçlarla insan haklarının temellendirilmesi arasında doğrudan bir ilişki söz konusu olmayacaktır.

Bu sonuç, Benthamist ya da Mill'ci bir insan ve ahlak anlayışından bizi tamamen uzaklaştıracak; fakat Kantçı meta-etik teoriyle buluşturacaktır. Kantçı ahlak anlayışında, ahlaki bir önermenin anlamı, belirli bir davranışın dış koşullardan bağımsız olarak yerine getirilmesi gerektiğidir.[157] Kantçı kategorik ahlak sistemi

---

[156] Ionna Kuçuradi, "*Felsefe ve İnsan Hakları*", **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Hacettepe Universitesi Yayını, Ankara 1982, s. 49.

[157] Kant'ın ahlak anlayışı ile ilgili olarak bkz. Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, ss. 186-193.

içerisinde, örneğin, cinayet işlemek hangi gerekçelerle olursa olsun yanlıştır[158]. Bu yukarıda incelediğimiz Hume'ün ahlak anlayışıyla da uyuşmaz; zira Hume'e göre, ahlaki bir önermenin yanlışlığı ve doğruluğu söz konusu edilemez. Kant geleneğine bağlı olanların Hume'e verdiği yanıt ise insan hakları kuramı açısından güçlü bir gerekçe oluşturabilir. Örneğin, "*çocuklara işkence edilmemesi gerekir*", biçiminde bir ahlaki önermenin doğruluğu ve geçerliliği fizik yasalarının bize verdiği kesinlikten daha mı zayıftır? Dolayısıyla, ahlak alanında neden fizik yasaları kadar kesin ve geçerli bilgilere ulaşamayalım ve bunları evrensel olarak savunamayalım? Bu argümanlar, Hume'e karşı olduğu kadar emotivistlere, septiklere, komüniteryanlara ve varoluşçu ahlak anlayışını savunan bütün düşünürlere karşı insan haklarının evrenselliği lehinde ileri sürülebilecek güçtedirler.

İnsan hakları temelde Kantçı bir ahlak felsefesine uygun olarak kavramlaştırılabilir ise de, ahlak ilkelerinin fizik yasalarında olduğu gibi deneysel bir sağlamasını yapmak mümkün olmayabilir; ahlak yasalarını mutlaka aşkın (trancendantal) bir temele bağlamak da gerekmeyecektir. İradenin varlığını bilebiliriz fakat kanıtlayamayız. Ahlak yasaları da bilinebilirler, fakat kanıtlanamazlar. Değerlerin bilinebilirliğini fakat kanıtlanamayacağını belirten düşünce sisteminin (aksiyoloji) ileri sürmüş olduğu gerekçeler[159] bu bakımdan insan hakları öğretisiyle örtüşürler. İnsan haklarını araç olarak kabul eden görüşlerin hemen hepsi, modern insan hakları öğretisine terstir. Örneğin, eşitliği ahlaki anlamda kavramak durumundayız. Eğer bütün insanların eşit olduğu argümanını ya da ilkesini ampirik alana taşıyarak yanıtlamaya çalışırsak, insanların ne fizik olarak ne de zeka, yetenek vs gibi pek çok özellikleri bakımından eşit olmadıkları yönündeki ciddi argümanları yanıtlamak durumunda kalırız. Bu bakımdan ahlaki eşitlik anlayışının kategorik olduğunu ve ampirik alanın dışında kaldığını kabul etmek zorundayız.[160]

İnsan hakları eğer bir şeyin aracı olarak görülecekse, o da insanın ahlaki doğasından kaynaklanan *insan onurunu* korumanın aracı olarak görülebilir. Burada,

---

[158] Kantçı kategorik emparatifin sonuçları ve formulasyonu üzerine bkz. Wikipedia, the free encylopedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Categorical_Imperative; Allen W. Wood, **Kant's Ethical Thought**, Cambridge University Press, UK 1999, ss. 70–75.

[159] Zink, ss. 20–23.

[160] Ahlak yasalarının kategorik olduğu ve ampirik alanın dışında kaldığına ilişkin Kant'ın argümanları için bkz. Kant, **Groundwork**, ss. 22 vd.

elbette insan haklarının gerçekleştirildiği bir toplumda demokrasinin daha iyi işleyebileceği, toplumsal barışın daha etkin sağlanabileceği ya da kamusal çıkarların daha adil paylaştırılabileceği veyahut da bütün insanlar bakımından maksimum mutluluğun elde edilebileceği gibi sonuçlar dışlanmamaktadır. Ancak, burada insan haklarının bu sonuçlardan bağımsız bir öze sahip olduğunun kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu öz doğrudan doğruya '*insan*'dan ya da onun ayrılmaz bir parçası olan *bilinebilir* bir *insan onuru* kavramından çıkarılabilir.[161] Buradan Kant'ın deontolojik ahlak felsefesine ulaşmak mümkündür. Bunu Kant çok özlü biçimde şöylece formüle etmiştir:

> *Gerek kendin gerekse tüm insanların şahsında ortaya çıkan insanlık şerefine her zaman saygı duy ve insanın asla bir araç olarak değil, daima bir amaç olarak anlaşılacağı biçimde davran.*[162]

Bunun dışındaki, yukarıda sözü edilen diğer gerekçeler insan haklarının benimsenmesi noktasında etkili de olabilirler; ama yine insan haklarının haklılaştırılması bu gibi arızi (contingent) nedenlere bağlı tutulamaz; fakat en azından bir kısım haklar bakımından, yukarıda belirtildiği gibi kategorik olarak tanımlanabilir.

Bu çalışmanın amacı, insan hakları bakımından enstrümantalist (araççı), consequentialist (sonuççu)[163]; hatta komüniteryan (cemaatçi) bir tezin savunulamayacağını kanıtlamak değildir; fakat daha ziyade modern insan hakları anlayışının bu tezlerle savunulmasının güç olduğundan, insan haklarının kaynağını başka bir temele bağlamanın gerekli olduğunu göstermektir.[164] En azından bazı

---

[161] Gemalmaz'ın belirtmiş olduğu gibi, 1948 Evrensel Bildirisinin taşıyıcı gücü olan insan onuru kavramı üzerinde, iki karşı kutupta yer alan Marksist ve Liberal doktrinler de uzlaşabilmiştir. Bkz. M. Semih Gemalmaz, "*Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları*", **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 7–8, 1985–1986, s. 63.

[162] Kant'a ait bu ifade için bkz. Yasemin Işıktaç, "*Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye'deki Yansımaları",* **HFSA**, No. 11, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2005, s. 138.

[163] Thomas Scanlon'ın, "deontolojik bir kavram olarak tasavvur olunan insan haklarının, ancak bu haklara sahip bulunmanın sonuçlarına atıfta bulunmak suretiyle haklılaştırılabileceği..."ni ileri sürmesi bu bağlamda bir örnek olarak verilebilir.
Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Consequentialism (11/02/2006)

[164] İnsan haklarının savunulmasında, diğer tezler de güçlü argümanlar sunabilirler. Ne var ki, modern insan hakları anlayışının temelinde, kategorik tanımlamalar bulunduğu dikkate alındığında, bu tezler büyük ölçüde yetersiz ve elverişsiz kalabilmektedir. Özellikle, işkence yasağı, kölelik yasağı ya da

haklar bakımından temellendirmenin arızi (contingent) ya da koşullu (conditional) olamayacağını; ancak kategorik olabileceğini göstermektir. Sözgelimi, Russell'ın,

> *Eğer eski zamanların teolojisi bütünüyle doğru olsaydı, sağ kalanların cennete gitmesi, bir kaç kişinin diri diri yakılmasına değerdi; ... ise, bu sonucu diktatörlükler, toplama kampları, ve dünya savaşları gibi araçlarla izlemek doğrudur; ...*[165]

biçimindeki argümanı modern insan hakları anlayışı ile bağdaşır olabilirdi. Halbuki Oktay Uygun'un, Russell'a yönelttiği şu eleştiri, bizim burada kaynağını araştırdığımız insan hakları tezinin zorunlu bir sonucudur:

> *Yazarın görüşünden, bir şekilde mutlak doğruya ulaşmak ya da çok soylu bir amaca hizmet etmek söz konusuysa, yaşam hakkının ihlali, kitlesel katliamlar, ağır insan hakları ihlalleri gibi eylemlerin tolere edilebileceği izlenimi doğmaktadır. Yeter ki, kullandığımız araçların soylu amacı gerçekleştireceğinden emin olalım. Oysa bu tür araçlar, günümüz insan hakları ve demokrasi anlayışında kesin olarak yasaklanmıştır. ... İnsanı insan olmaktan çıkaran bu tür yöntemler kategorik olarak reddedilmiştir.*[166]

Zira insan hakları, soylu olduğu düşünülen bir takım amaçlar için bir araç değil doğrudan *insan onurunu* korumaya yönelmiş temel ahlaki kategorilerdir. Kant'ın belirttiği gibi, *insan onuru* da başka bir takım şeyler için bir araç değil, insanlığın kendisidir.[167]

İnsan haklarını, belirsiz ve göreceli bir *insan onuru* kavramına bağlamak da, onun evrensellik iddiasını bütünüyle desteksiz hale getirebilir. Bununla birlikte, insan haklarıyla bağdaşan; başka bir ifadeyle, insan haklarının benimsenmesinin doğal sonucu olarak ortaya çıktığı kabul edilen *evrensel bir insan onuru kavramı*, insan haklarını enstrümantalist ve sonuççu/consequentialist teorilerle de savunabilmeyi olanaklı kılabilir. Fakat yine de, sırf *insan* olmanın ötesinde, başka bir kaynağa

---

yaşam hakkının mutlak bir hak olarak tanındığı ve ayrıca insan haklarının korunmasında Devletlerin pozitif edim yükümlülükleri göz önüne alınırsa, diğer tezlerin modern insan haklarını başarılı biçimde savunamayacakları görülür. İnsan haklarını temellendiren tezler üzerine bir inceleme için bkz. Jerome J. Shestack, "*The Jurisprudence of Human Rights*", **Human Rights in International Law: Legal and Policy Iss.**, Ed. by Theodor Meron, Clarendon Press-Oxford, Great Britain 1984, ss. 69-107.

[165] Uygun, **Demokrasinin** s. 253.

[166] Uygun, **Demokrasinin**, s. 254.

[167] Immanuel Kant'ın *The Metaphysics of Morals* eserine yapılan bu gönderme için bkz. Steiner/Alston, s. 263.

gereksinimi olmayan insan haklarının evrenselliği daha güçlü olarak savunulabilir. Böylece insan haklarını temeli olmayan, sırf bir takım siyasal taleplerden (political claims) ibaret görme tehlikesinden de kurtulmuş oluruz. Dahası, kategorik olarak tanımlanan insan hakları, *insan onurunun* korunması temeline dayandığında, iktidarın insan haklarını bir takım yarar hesapları karşısından feda etmesinin önüne geçilebilir.

Ayrıca denilebilir ki; insan hakları, insanın toplum içerisinde yaşaması nedeniyle bir takım sınırlamalara tabi tutulsa bile; bu sınırlamalar onun özünü ihlal etmeyecek biçimde formüle edilebilirler; zira insan haklarının kaynağı, bir takım pozitivistlerin iddia ettikleri gibi siyasal toplum değil, insanın ahlaken özerk olan (*olması gereken*) doğasıdır[168]. İnsan hakları zaten bireysel değildir; Alan Gewirth'ın da belirttiği gibi, birey talep ettiği bu hakları, aynen kendisinin de talep ettiği biçimde insanlık ailesinin diğer fertleri tarafından talep edilebileceğini kabul etmeden rasyonel bir biçimde irade edemez[169]. Gwirth'ın bu görüşü, insan haklarını Kantçı deontolojik bir temele oturtmaktadır. Kategorik olarak tanımlanan kimi temel haklar bakımından böyle bir preskriptif savununun zorunlu olduğu belirtilmelidir.[170]

Öyleyse toplum içerisinde yaşayan bütün bireylerin hakları, diğerleriyle eşit bir düzlem içerisinde ne bir eksik ne de bir fazla olmayacak biçimde uzlaştırılmalıdır. Bu uzlaştırmada, devlet hiçbir biçimde taraf olamaz ancak hakem konumunda olabilir. Aksi halde bütünüyle yapay bir aygıt olan devletin de bir ahlaki doğasının bulunduğunu ve uzlaşıdan payına düşeni almak isteyebileceğini kabul etmek gibi mantıksız ve saçma bir sonuca varırız. Kamu düzeni, genel sağlık ya da ulusal güvenlik gibi genel çıkarlar ancak toplumu oluşturan bireylerin hak ve özgürlükleri ile doğrudan bağlantı kurulabildiği ölçüde insan haklarının uzlaşısından payını alabilir. Merkezden, diğer bir deyişle, *eidos*'tan (özden) dışa doğru bir uçta anarşizm,

---

[168] Kişinin *ahlaken özerk olan doğası* ile kastedilen *özerkliğın*, dışsal değil içsel, bir şeyi yapma iktidarı ile değil, iseteme iktidarı ile ilgili olduğudur. Bu daha çok, Sartori'nin de belirttiği gibi, Kant'ın ahlaksal anlamda özgürlük olarak kullandığı bir özerkliktir; siyasal özerklikle bir ilişkisi yoktur. Bu konuda ayrıntılı bir tartışma için bkz. Sartori, **Demokrasi Teorisine**, ss. 342–349.

[169] Alan Gewirth, **Human Rights: Essays on Justification and Application**, Chicago University Press, USA 1982, s. 92.
http://www.iep.utm.edu/h/hum-rts.htm (Çevrimiçi: 09/02/2005).

[170] Shestack, preskriptif okulun insan hakları savunusunu bir tür saflaştırma (refinement) olarak tanımlamaktadır ki; bu yaklaşım burada benimsenen fenomenolojik (özcü) insan hakları temellendirmesiyle birebir örtüşmektedir. Bkz. Shestack, "*The Jurisprudence of Human Rights*", s. 75.

diğer uçta ise komüniteryan özgürlük anlayışı yer alır. Arada ise sırayla, klasik liberalizm, egalitarian liberalizm ya da sosyal devlet anlayışı vardır. Bu doktrinlerin özgürlük anlayışları, birey ve toplum anlayışlarını biçimlendirdiğinden, bireyle toplumun ilişkilerinin uzlaştırılması, insan haklarının bileşenleri olan her bir hak ve özgürlüğün dışındaki koruma çemberinin daraltılması ya da genişletilmesiyle ilgili bir konudur.

Kategorik olarak tanımlanan bazı temel hak ve özgürlükler ise, bu uzlaşının bütünüyle dışında tutulurlar ve hangi koşul altında olursa olsun, ihlal edilemezler. Başka bir deyişle, kategorik hak ve özgürlükler bakımından çemberin esnekliği sıfır olarak kabul edilir. Bu da ancak, burada savunulan *özcü* bir insan hakları teziyle desteklenebilir.

2) Özcü İnsan Hakları Yaklaşımının İfade Özgürlüğü Tezleri Üzerindeki Olası Yansımaları

Bu anlayış, bireyi sosyal bir hayvan olarak tanımlayan Aristoteles'ci anlayıştan ayrılır. Özcü insan hakları anlayışı, bireyi öncelikle, toplumdan ve başka diğer şeylerden ayrı ve bağımsız bir varlık olarak tanımlar. İnsanın toplum içerisinde yaşaması gerektiğini ve bunun bir takım ilke ve kurallara tabi olacağını söylemek başkadır; bireyin toplum dışında bir varlığı olmadığını söylemek başkadır. Bu anlamda, özcü insan hakları anlayışı, bireyin, diğer bireylerle kurmuş olduğu ilişkiler bakımından bir takım ilke ve kurallara ve hatta yükümlülüklere tabi tutulabileceği gerçeğini reddetmez. Özcü insan hakları anlayışı, hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesi ve maksimize edilebilmesi bakımından söz konusu uzlaştırmanın; dolayısıyla da uzlaştırmayı sağlayabilecek hakem konumunda bir otoritenin (Devlet) gerekli olduğunu yadsımaz. Bu yönüyle, anarşistlerin görüşlerinden ayrılır. Ne var ki, bu kural ve düzenlemelerin, insanı ahlaki doğasından kaynaklanan özerkliğini ve onurunu ihlal etmemesi gerektiğini ve bunun pratikte de mümkün olduğu bir sistemin kurulabileceğini savunur. Dolayısıyla da insan haklarının normatif düzlemdeki

yerinin, normatif düzeni yaratan siyasal ve hukuksal süreçten bağımsız olarak temellendiğinin kabul edilmesi gerekir.[171]

Ancak insan haklarının özüne inen bir tezle, kimi kategorik hak ve özgürlüklerin savunulabileceğini belirttikten sonra, kategorik olmayan haklar bakımından ve özellikle de ifade özgürlüğü tezleri bakımından böyle bir öz anlayışının nasıl bir etki yaratacağı konusuna değinmek gerekir. Bu bağlamda savunulacak ifade özgürlüğü tezinin, doğrudan *insanı* temel alması gerekir. Bu demek değildir ki; faydacı, fonksiyonalist ya da genel olarak sonuççu (consequentialist) tezler gereksizdir. Söz konusu tezler, ifade özgürlüğüne daha geniş bir koruma sağlayabilirler, ancak ifade özgürlüğü hakkının, insan haklarının içlemine uygun bir gerekçe ve temel oluşturmazlar.

Joseph Raz'ın belirttiği gibi, *demokrasiye dayanan bir tez*, kolektif iyiliğe ya da çıkara hizmet eder ve ancak dolaylı olarak bireyle ilgilidir. Demokrasiye dayanan tez, siyasal ifade özgürlüğü ilkesinin temelini oluşturabilir. Ancak siyasal ifade özgürlüğü ilkesi, bireyden çok bütünü ve sistemi ilgilendirmektedir. Siyasal ifade özgürlüğü ilkesinin merkezinde birey/insan yer almaz; siyasal sistem yer alır. Açık bir toplumda yaşamak kuşkusuz bireyin çıkarına olabilir; ancak yine de ifade özgürlüğünün bu yönü onun özerkliğine, ahlaki doğasına yönelmemekte, fakat dışa, topluma ya da rejime dönük olmaktadır.[172]

Öte yandan, sonuççu ya da fonksiyonalist ifade özgürlüğü tezleri, özcü insan hakları anlayışının dayandığı epistemolojik temele dayanmamaktadır. Özcü insan hakları tezi, en azından yukarıda açıklanmaya çalışılan ahlaki objektivizme dayanır ve bu tezin iddiası, insanın ahlaki doğası ile ilgili olarak sahip olduğumuz bir takım bilgilerin, *olan'a* ya da doğa bilimlerine ait ampirik olarak kanıtlanabilen; en azından

---

[171] Kelsen, norma uygunluğu, pozitif ve negatif değer olarak kabul etmekte ve normun kendisinin değil, norma uygun davranışın iyi/kötü ayırımına tabi tutulabileceğini ileri sürmektedir. Aslında bu düşünceyi, pozitivizmin normun kaynağına ilişkin görüşünden ayrı olarak ele aldığımızda, insan haklarının temellendirilmesi bakımından bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Bu durumda, *temel norm* olan (ve değer tesis eden) insan haklarına diğer normların ya da genel olarak normatif düzenin ve Devlet ve insan davranışlarının uyumlu olması gerektiği Kelsen'in argümanıyla savunulabilecektir. Ne var ki Kelsen gibi pozitivistlerin temel sorunu, normun kaynağını ve iyi/kötü değerlendirmesini egemenin iradesine indirgemek olmuştur. Kelsenin norm ve değer arasındaki ilişkiyi pozitivist bir bakış açısıyla açıkladığı şu çalışmasına bakılabilir. Hans Kelsen, "*Norm ve Değer*", Çev. Kasım Akbaş, **HFSA**, No: 15, İBD Yayını, İstanbul 2006, ss. 64–69.

[172] Bkz. Joseph Raz, **The Morality of Freedom,** Clarendon Press-Oxford, London/New York 1986, s. 253–254.

Popper'in belirttiği gibi *yanlışlanabilen*; başka bir deyişle doğrulu (bir ölçüde) test edilebilen bilgiler kadar sağlam olduğu iddiasına dayanır. Yukarıda belirtildiği gibi, Russell'ın, bir takım bilgilerin kesinliği karşısında insan haklarının gözden çıkarılabileceği sonucuna götüren sözlerine karşı çıkışın da nedeni, epistemolojik bir temellendirme çabasında aranmamalıdır. Tam tersine, insan haklarının dili, epistemolojik olarak "kimi doğruları kesin olarak biliyorum"a, "hiçbir şeyin kesin olduğundan emin olamam"dan daha yakındır. Bu bağlamda demokrasiye dayanan epistemolojik tez, ifade özgürlüğü için bir temel sağladığı kadar, özgürlüğün insan haklarına bakan temelini de sarsmaktadır. Thomas Emerson'un şu sözleri, ifade özgürlüğü hakkının özüne doğru yönelmektedir:

> *İfade özgürlüğü hakkı, her şeyden önce kişinin birey olarak safi kapasitesini gerçekleştirebilme hakkı ile haklılaştırılmalıdır (desteklenmelidir). İnsanlığın en önemli amacı bireyin, insan olarak kendi kapasitesini ve olanaklarını gerçekleştirebilmesini olanaklı kılmaktır.*[173]

Kişinin kendini geliştirmesi, kapasitesini kullanarak salt faydalı şeyler başarması ya da mutlu olması değildir; fakat aynı zamanda, kişinin kendi olanaklarının farkına varmasıdır. Seçme kapasitesinin farkına varmasıdır. Başka bir deyişle, kendisine sunulan alternatifler içerisinden, dilerse *yanlışı* da seçebilmesidir.[174] Acıyı, mutluluğa; kederi, sevince; inzivayı, topluluğa tercih edebilmesidir.[175] Böyle bir tercih hakkını güvence altına alabilecek bir insan hakları

---

[173] Thomas I. Emerson, **Toward A General Theory of The First Amendment**, Random House, New York 1963, s., 4 (Bundan sora metinde "General Theory" olarak anılacaktır).

[174] Burada *doğru-yanlış* ayırımı bakımından meta-etik sorunlar önemli değildir ya da '*doğru*'nun epistemik anlamda bilinebilirliği de tartışmanın konusu dışındadır. Burada önemli olan, bireyin bir insan olarak '*yanlış*'ı seçebilme hakkının bulunmasıdır. Elbette, yanlışı seçme özgürlüğünün sınırsız olduğu ileri sürülmemektedir; ancak, bireylerin yanlışı seçme özgürlüklerinin salt sosyal siyasalar açısından sınırlandırılmaması gerektiği belirtilmektedir. Bu nedenle de, Hocking, bir yandan sosyal siyasalarla ya da hakikat/gerçeklik argümanlarıyla hakların temellendirilemeyeceğini savunurken, diğer yandan bilerek ya da sorumsuzca yanlışı seçme durumunda hakkın temelinin ortadan kalkacağı çelişkisine düşmektedir. Bkz. William E. Hocking, **Freedom of The Press-A Framework of Principle**, University of Chicago Press, USA 1947, ss. 76–78, 87–99.

[175] Aslında bu yaklaşım R. Dworkin'in insan tanımlamasıyla örtüşmektedir. Dworkin, devletin insanlara (karşı tutumunda, insanın (human being) acı çekme, sinirlenme yetisine sahip olduğunu; nasıl bir yaşam sürmek istediği konusunda karar verebilecek bir yetide olduğunu dikkate alması ve insanın bu özelliklerine saygı göstermesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Ronald Dworkin, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, USA 1977, s. 272.

tezi ancak özcü olabilir. Özcü insan haklarının temelini de *insan onuru* oluşturmaktadır.

II) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKININ ÖZGÜRLÜK BOYUTU

A) Negatif/Pozitif Özgürlük Ayırımı

Genel olarak insan hakları ile olduğu gibi, özel olarak da bu hakların bileşenlerinden birisi olan ifade özgürlüğü hakkı ve bu haklara saygının sağlanması ile birey ya da toplum için bir özgürlük anlayışının araştırılması arasında yakın bir bağ vardır. Kuçuradi'nin ifadesi ile "bu haklara saygı gösterildiği yerde, ilgili özgürlükler vardır: kişiler yaşıyorlar bu özgürlükleri", demektir.[176]

Pozitif/negatif özgürlük kavramları, insan haklarının genel olarak medeni ve siyasal haklar ile sosyal ve ekonomik haklar biçiminde ikiye ayrılması suretiyle, birincisini negatif hak ve özgürlükler, ikincisini de pozitif hak ve özgürlükler olarak ayıran görüşlerle de çok yakın bir ilişki içerisindedir. Hayek ve Berlin gibi negatif özgürlük yanlıları, özgürlüğün pozitif yönünün bulunduğunu tamamen reddetmekte ve insan haklarını ya da özgürlüğü bütünüyle negatif bir konsept içerisinde değerlendirmektedirler.[177]

Öte yandan, Marksistlerde ya da komüniteryanlarda olduğu gibi, özgürlüğü bütünüyle pozitif bir anlayış çerçevesinde ele alan ve negatif özgürlük taraftarlarını biçimci olmakla suçlayan pozitif özgürlük yanlıları vardır. Bu iki özgürlük anlayışının özgürlüğü tanımlayamadığını ileri süren Gerald C. Maccallum gibi üçüncü bir grup da bulunmaktadır.[178]

İfade özgürlüğü hakkı için olduğu gibi; özgürlük kimi zaman hakkın doğrudan bileşeni ve negatif bir kavram, kimi zaman da belirli bir hakkın ya da diğer başka hakların yaşama geçirilmesi için bir koşul ya da pozitif bir konsept olabilmektedir. Henry Shue'nun temel insan hakları arasında tanımladığı, *"varlığını sürdürme hakları*" örnek olarak incelenebilir. Bu haklar, "*en düşük düzeyde*

[176] Kuçuradi, "*Felsefe ve İnsan Hakları*", s. 51.
[177] Bkz. Raymond Plant, **Modern Political Thought**, Basil Blackwell Publishing, U.K. 1991, ss. 221 vd.
[178] Plant, ss. 223, 250.

ekonomik güvenlik ya da varlığını sürdürme derken, kirlenmemiş hava, kirlenmemiş su, yeterli yiyecek, yeterli giyecek, yeterli barınak ve en düşük düzeyde koruyucu halk sağlığı hizmeti" gibi haklardır[179] ve özgürlük kavramı ile doğrudan bir ilişki içerisine girmezler. Bunlar kuşkusuz pozitif haklardır. Bu hakların korunması ve yaşama geçirilebilmesi, bir ülkede yapılan düzenlemelere ve alınan siyasal kararlara bağlıdır.[180] Ancak, bu haklar, Berlin'in belirttiği gibi, özgürlükle ilgisiz bir takım *koşul* (conditionelle) durumları mı[181] yoksa *gerçek* özgürlüklerin sağlanmasının temeli; *biçimci* özgürlük anlayışının karşıtı mıdır? Kuşkusuz, bu sorulara verilecek yanıt, benimsenen özgürlük anlayışıyla doğrudan bağlantılıdır. İfade özgürlüğü hakkının tanımlanması ve çerçevesinin çizilebilmesi de doğrudan doğruya nasıl bir özgürlük anlayışının benimsenmesi gerektiğine ilişkin bir konudur. Özgürlüğü tanımlamaya çalışmak, Arendt'in dediği gibi belki boşuna bir çabadır.[182] Burada özgürlük için genel bir tanımlama yapılmayacak; ama bazı özgürlük anlayışlarından söz edilecektir.

Frederick Schauer'in belirttiği gibi, ifade özgürlüğünün bir bileşeni olan *özgürlük* sözcüğünü tanımlamak üzere ciltler dolusu eserler yazılmıştır. Her farklı özgürlük anlayışı için paralel bir ifade özgürlüğü anlayışı olduğuna göre[183], belki de bütün bu özgürlük anlayışlarını tanımladıktan sonra, sözkonusu bu anlayışların nasıl bir ifade özgürlüğü anlayışını gerektirdiğini belirtmek yerinde olurdu. Ne var ki; bu kadar çok kapsamlı olan özgürlük anlayışlarını incelemek, bu çalışmanın üstesinden gelebileceği bir iş değildir. Bununla birlikte, bu konuda bazı temel yaklaşımları daha önce yapılmış olan bir takım sınıflandırmalar içerisinde sunmak mümkün olabilir.

İşte bu amaçla, Isiah Berlin'nin, *Özgürlük Üstüne Dört Deneme'*sinde yapmış olduğu sınıflandırmaya bağlı olarak konunun, pozitif/negatif özgürlük ayırımı çerçevesinde öncelikle incelenmesi uygun görülmüştür. Çalışmanın konusu içerisinde ağırlığı, irade özgürlüğünden ziyade Mill'in *On Liberty* (Hürriyet Üstüne)

---

[179] Henry Shue, "*Temel Hakların Evrenselliği*", **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara 1982, s., 33.
[180] Kuçuradi, "*Felsefe ve İnsan Hakları*", s. 52.
[181] Berlin, "*Introduction",* **Four Essays**, ss. XXXVIII vd.
[182] Hannah Arendt, **Between Past and Future: Six Exercises**, Political Thought, Meridian Books, The World Publishing Company, Fifth Printing, Cleveland/NY 1969, s. 143 (Bundan sonra metinde "Between Past" olarak anılacaktır).
[183] Frederick Schauer, **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, LDT Ankara 2002, s. 159.

eserinin[184] daha girişinde belirttiği gibi medeni (civil) ve siyasal özgürlük oluşturacaktır. Bununla birlikte, bir hakkın pozitif/negatif özelliğinin anlaşılması bakımından irade özgürlüğünün çok önemli bir yerinin olduğu, bütün özgürlük tartışmalarının yapıldığı eserlerden anlaşılmaktadır. İrade özgürlüğü, Hıristiyan teolojisinin ortaya koyduğu temel tezlerden biridir ve bu özgürlük anlayışı pozitif özgürlük olarak tanımlanmaktadır.[185]

İlk olarak bu iki ayrı özgürlük anlayışının genel birer tanımlamasını vererek işe başlamak ve daha sonra da bu iki özgürlük anlayışının insan hakları ve ifade özgürlüğü hakkı açısından bir değerlendirmesini yapmak yararlı olabilir.

Siyaset felsefesi tarihinde, modern özgürlük kavramı, genellikle bireyin özel hareket alanının siyasal iktidarın sınırlamalarına karşı korunması olarak anlaşılmaktadır ki; bu anlamda bir özgürlük anlayışı negatif özgürlük olarak tanımlanabilir. Aslında aşağıda kısaca değinileceği üzere, bu özgürlük anlayışı modern özgürlük anlayışı ya da başka bir tasnife göre de liberal özgürlük anlayışı olarak sunulmaktadır. Modern özgürlük anlayışının liberal özgürlük anlayışı ile sınırlı tutulmaması gerektiği ise başka bir konudur ve bu daha çok liberal özgürlük anlayışının karşısında yer alan pozitif özgürlük anlayışıdır. Ancak modern özgürlük anlayışının karşıtı olarak Eski Yunandaki özgürlük anlayışının anlatıldığını söylemek gerekir. Bu itibarla da ilk olarak eski ve modern özgürlük anlayışlarına göre yapılan sınıflandırmanın incelenmesi yerinde olacaktır.

Modern özgürlük anlayışı ile ilk çağın özgürlük anlayışı arasında bir karşılaştırma yaparak, bu ikisinin arasındaki farkları sistemli bir biçimde açıklayan ilk düşünür Benjamin Constant de Rebecque olmuştur. Constant'a göre, "Atina'nın özgürlük anlayışı, toplumun siyasal yaşamına katılım olarak algılanmaktaydı" ve bu anlamda, David Boaz'ın deyimi ile, "Socrates özgürdü; zira o, toplumun yerleşik kabullerine aykırı olarak savunmuş olduğu düşüncelerinden dolayı kendisini ölüme götüren toplu yargılama sürecine katılabilmiştir."[186]

---

[184] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 29.
[185] Arendt, **Between Past**, ss. 157 vd.
[186] David Miller, "*Introduction"*, **Oxford Readings in Politics and Government**, Oxford University Press, UK 1991, s. 7 (Ana metin bundan sonra "Oxford Readings 1991" olarak anılacaktır); Kelley L. Ross, "*Liberties in Three Dimensions*", http://www.friesian.com/quiz.htm, (21/02/2006).

Hâlbuki modern özgürlük anlayışı, kişinin düşüncelerinden, inançlarından ya da bunları ifade etmesinden dolayı idam edilememesini gerektirir.[187] Sırf yargılama sürecine; daha da genişletmek gerekirse, alınacak bütün kararlara siyasal katılımın mevcut olmasından dolayı kişinin özgür olduğu varsayılamaz. Toplumda kişinin kendisi dışındaki herkesin böyle bir kararı onaylamış olması koşulunun, kararın oluşumunun bir koşulu bile olsa, bu tamamıyla bir usul meselesi olacak ve kişinin özgürlüğünün tanımlanması ve sınırlarının tayini adına geçerli bir yöntem olarak görülemeyecektir.[188] Bu anlamda, sözü edilen eski Yunandaki özgürlük anlayışı, modern özgürlük anlayışından oldukça farklıdır. Antik çağda özgürlük insanın bir vasfı olmayıp, vatandaşa ait bir kavram olarak görülmektedir.[189] Siyasal sürece katılan vatandaştır ve böylece o özgür sayılmaktadır. Bu ise özgürlüğü insana (her bir insana; yani bireye) ait bir unsur olarak gören modern özgürlük kavramından uzak bir anlayıştır.

Eski Yunan'ın siyasal katılım anlayışına dayalı özgürlük modeli, David Miller'in nitelendirmesi ile söylemek gerekirse, *cumhuriyetçi* (republican) özgürlük anlayışıdır. Bu, özgürlüğün siyasal katılım ile özdeşleştirildiği bir anlayıştır. Özgür kişi, özgür siyasal toplumun *vatandaşıdır*. Özgür siyasal toplum ise, kendi kendisini yöneten toplum demektir. Özgürlüğün karşıtı, despotizmdir; yani toplumun kaderinin keyfi bir yönetici (arbitrary tyrant) tarafından tayin edilmesidir. Böyle bir yönetimde despotun almış olduğu kararlara halkın karşı koyabilmesi sözkonusu değildir.[190]

---

187 Bu ifade, James Madison'ın özgürlük tanımlamasına atfen kullanılmıştır. Bkz. Kelley, "*Liberties in Three Dimensions*".

188 Buradaki ifadenin, özgürlük ile siyaset arasındaki bağı kesmiş gibi görünmesinden dolayı abartılı olduğu düşünülebilir. Burada ileri sürülen görüş, Epiktetos'un savunduğu biçimde ya da erken dönem Hıristiyan düşüncesinde olduğu gibi siyaset ile özgürlük arasında bir ilişkinin olmadığını söylemek değildir ya da siyasal katılımın, dış faktörlere ve özellikle de siyasal topluma karşı kişinin özgürleşmesinde destekleyici bir rol oynayabileceği gerçeğini reddetmek de değildir; fakat bunun tek başına bireyin özgürlüğünü temin edebileceği iddiasını; yani özgürlüğün belki koşullarından biri olabilecek bir unsuru, özgürlüğün gerçekleşebilmesinin tek ve yeter koşulu olarak gören bir anlayışı reddetmektir. Özgürlük ile siyaset arasındaki ilişkinin temellendirilmesi konusunda bkz. Hannah Arendt, "*Freedom and Politics*", **Oxford Readings 1991**, ss. 58–80.

189 Bauman'nın şu sözleri konuyu özetler mahiyettedir: "Belki de en eski özgürlük düşüncesi koşuldan çok eyleme başvurmuştur: güçlülerin iktidarına tabi birini kölelikten azat etme -kölelikten azat etme, tam anlamıyla elden çekarmak- gerçekte bir 'insanlaştırma' eylemiydi .... Özgürleştirmenin kendisi bir özgürlük eylemi değildi." Bkz. Zygmunt Bauman, **Özgürlük**, Çev. Vasıf Erenus, Sarmal Yayınevi, İstanbul 1997, ss., 46-47.

190 Miller, "*Introduction"*, **Oxford Readings 1991**, ss., 2-3.

İkinci grup özgürlük anlayışı, *liberal* özgürlük olarak tanımlanmaktadır. Liberal özgürlük anlayışına göre özgürlük kabaca, bireyin faaliyetlerine başkalarının müdahale etmemesi biçimde tanımlanabilir.[191] Liberal özgürlük anlayışının savunusu, *negatif özgürlük* kavramı çerçevesinde, eleştirisi de pozitif özgürlük başlığı altında tartışılacaktır.

Son olarak, Miller, üçüncü bir özgürlük anlayışından, *idealist* özgürlük anlayışından söz etmektedir. İdealist özgürlük anlayışının içeriğinin ve kapsamının, birbiriyle çakışan ve çatışan görüşlerin çeşitliliği nedeniyle tam bir tanımını vermek güçtür. Bununla birlikte idealist özgürlüğün, kişinin maruz kaldığı bir takım dışsal unsurlarla ilgili olmadığı ve böylece liberal özgürlük anlayışından farklı olduğu söylenebilir. Miller'in şu tanımlaması bu sonucu doğrular niteliktedir:

> *Bir kişi özerkse ve kendi otantik arzularını takip edebiliyor ya da nasıl yaşaması gerektiği konusunda kendi rasyonel inançlarını izleyebiliyorsa, bu kişi özgürdür. Özgürlük savaşımı artık dışsal/harici bir çevre ile ilgili olmayıp, kişinin iç dünyasında, zayıflık, fizyolojik veya ruhsal dengenin değişmesi sonucu ortaya çıkan ve kişiyi birtakım tepkilere sürükleyebilen içsel gerilimler/dürtüler ya da irrasyonel inançlar gibi onun gerçek/doğru doğasında var olan özelliklerin farkına varabilmesi için arzularını denetim altına almasını sağlayan bir takım unsurlarla ilgilidir.*[192]

Miller'in yapmış olduğu bu tanımlama çerçevesinde ideal özgürlüğün pozitif özgürlük olduğu söylenebilir. Pozitif özgürlük anlayışı, liberal yani negatif özgürlük anlayışının karşıtıdır ve liberal özgürlük anlayışının eleştirisi üzerine kurulmuştur, denilebilir. Bu bakımdan negatif ve pozitif özgürlük anlayışlarının ayrı ayrı incelenmesi, kapsamları dikkate alındığında bir zorunluluk olmaktadır. Zira bu iki özgürlük anlayışının savundukları insan hakları anlayışı ve bu bağlamda ifade özgürlüğü tezleri de birbirlerinden oldukça farklılaşmaktadır.

---

[191] Miller'in, liberal özgürlük olarak tanımladığı özgürlük kavramının, Berlin'deki tanımı negatif özgürlüktür. Bkz. Miller, "*Introduction",* **Oxford Readings 1991**, s. 3; Berlin, "*Two Concepts*...", **Four Essays**, s. 122.

[192] Miller, "*Introduction",* **Oxford Readings 1991**, s. 4.

B) Negatif Özgürlük Anlayışı

Negatif özgürlük anlayışı, felsefi doktrinler içerisinde, Ockam, Erasmus, Hobbes, Locke, Bentham, Constant, J.S. Mill, Tocqueville, Jefferson, Burke, Paine Isiah Berlin ve F.A. Hayek tarafından savunulmuştur.[193] Genel olarak negatif özgürlük, bireyin her türlü dışsal kısıtlama ve sınırlandırmalara karşı özgür olması biçiminde tanımlanmaktadır. Negatif özgürlük anlayışının temeli, klasik cumhuriyetçi (republican) özgürlük anlayışına dayanmaktadır.[194]

Jeremy Bentham gibi pozitivist liberaller, özgürlüğün bu biçimini, egemenin iradesi olarak kabul ettikleri hukukun sınırlamalarıyla özdeşleştirerek tanımlarlar. Örneğin Bentham'in şu sözleri bunu açıkça ortaya koyar niteliktedir:

> *Her yasa (law), özgürlük üzerine bir kısıtlamadır.[195] Yasa (law), her zaman bir prangadır; hatta sizi zincire vurulmaktan korusa bile; kimi daha baskıcı yasalardan, adetlerden, keyfi diktatörlüklerden ya da kaostan daha ağır kimi yasaların zincirlerinden korusa bile.[196]*

Bentham'ın bu yaklaşımı ile Montesquieu'nun, "*özgürlük*, *yasaların izin verdiği her şeyi yapabilmektir"*[197], biçimindeki tanımı örtüşmektedir. Aslında bu tanımlamadan, yasaların, özgürlüğün sınırlarını genişletmediği; aksine daralttığı anlamı çıkmaktadır. Yasalar bir takım özgürlüklerin güvencesi olabilirler; ancak yine de özgürlük üzerine bir sınırlama olma niteliğini kaybetmezler. Hırsızlığı yasaklayan bir yasa, mal sahibinin mülkiyet hakkını korurken, diğer yandan başka bir kişinin belirli bir hareketi gerçekleştirmesini; yani hırsızın özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Hırsızın özgürlüğü ile mal sahibinin hakkı arasındaki bir seçimdir bu.[198] Dolayısıyla

---

[193] Gerald C. Jr. Maccallum, "*Negative and Positive Freedom*", **Oxford Readings in Politics and Government**, Oxford University Press, UK 1991, s. 109, (Dipnot 7'de.).

[194] Negatif özgürlük anlayışının kökleri ile ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz. Skinner, Quentin, "*The Paradoxes of Political Liberty*", **Taner Lectures on Human Values VII**, Cambridge University Pres, UK 1986, reprinted in **Oxford Readings in Politics and Government**, Oxford University Press, UK 1991, ss. 183–205.

[195] Bkz. http://www.class.uidaho.edu/ngier/liberty.htm; (11/02/2006)

[196] Berlin, "*Two Concepts…*", **Four Essays**, s. 123 (Dipnot 2'den).

[197] Montesquieu'nun özgürlük tanımı için bkz. Akın, **Kamu Hukuku**, s. 261.

[198] Benzeri bir yaklaşım, R. Dworkin tarafından da getirilmiştir. Dworkin'e göre bir kişiyi başkalarını öldürmekten ya da tahkir etmekten alıkoymak, o kişinin özgürlüğünü sınırlandırmak anlamına gelmektedir; ne var ki böyle bir sınırlama, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla meşru kabul edilecektir. Ancak Dworkin'in genel bir özgürlük hakkının (temel bir insan hakkı olarak)

yasalar, olabildiğince dar bir alanla sınırlandırılmalıdır ki, bireye yeterince özgür alan kalabilsin. Bu koşula uygun olarak yapılmayan yasalar, meşru olarak kabul edilemezler. Bunu Berlin, *"turna balığı için özgürlük, golyan balığı için ölüm demektir",* biçiminde bir deyişle ifade etmektedir.[199]

Bentham'a benzer biçimde, Hobbes da özgürlük için bir negatif özgürlük kavramı tanımlaması yapmakta ve *özgür insanı, dilemiş olduğu şeyi yapmaktan alıkonulmayan kişi* olarak tanımlamaktadır[200]. Hobbes, herkesin azami/maximal bir negatif özgürlüğünün bulunduğunu fakat bunun yine özgürlük adına sınırlandırılması gerektiğini iddia etmektedir. Maksimum negatif özgürlük alanının sınırlandırılmasıyla bireye, devletçe güvenceye alınmış, minimumdan daha fazla bir negatif özgürlük alanı yaratılabilecektir.[201]

Negatif özgürlük anlayışının, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde, *başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmek* biçiminde formüle edildiği görülmektedir. Söz konusu formülasyon, yasaların üzerinde genel bir ilke olarak tasarlanmıştır. Bu prensip, *bir insanın doğal haklarının sınırını diğer insanların doğal haklarının sınırları belirler*[202], biçiminde başka bir doğal hukuk ilkesiyle açıklanmıştır. Burada kişinin, yasalarla (ya da başka türlü pozitif herhangi bir müdahale) ile özgürleştirilmesi söz konusu değildir; fakat kişinin özgürlüğüne, sözü edilen *başkalarına zarar* ölçütünün dışında, siyasal toplumun müdahale etmemesi gerektiği deyimlenmek istenmiştir.

Negatif özgürlük, hukukun sessiz kaldığı bir alanı ifade ettiğine göre, negatif özgürlüğün tanımladığı özgürlük sınırı, başka kişi ya da kişilerin koymuş olduğu sınırlamalarla biçimlenir ki; burada sözü edilen kişi ya da kişiler aslında siyasal bir

---

varlığını reddettiğini; buna karşılık ayrı ayrı temel hakların bulunabileceğini ileri sürdüğünü belirtmek gerekir. Bu bakımdan da Bentham ve Berlin tarafından verilen örneklerin, felsefi özgürlük sorununa ilişkin bir konu olduğunun ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla doğrudan bir ilgisinin bulunmadığının altını çizmek gerekir. Bkz. Ronald Dworkin, **Taking Rights Seriously**, ss. 266 vd.

[199] Berlin, "*Two Concepts…*", **Four Essays**, s. 124.

[200] http://plato.stanford.edu/entries/liberty-positive-negative/ (10/01/2006)

[201] Bentham gibi Hobbes da sınırları yasalarla tayin edilen negatif özgürlük anlayışını savunmaktadır. Hobbes'a göre devletin denetiminin dışında kişinin sahip olduğu özgürlük negatif özgürlüktür. Bu özgürlükler üzerinde devletin mutlak takdir hakkının bulunması ayrı bir konudur. Hobbes'a göre, tebanın sahip olabileceği azami özgürlüğün alanı, yasaların sessiz kaldığı ölçülere göre tayin edilir. Hobbes'un felsefesinde özgürlük ile hak birbirine karşıt kavramlardır. Bu yüzden mutlak özgürlüğün bulunduğu bir yerde *haktan* da bahsedilemeyecektir. Burada önemli olan nokta, Hobbes'un özgürlük anlayışının pozitif özgürlük değil negatif özgürlük olduğudur. Bireyler Devletin müdahale etmediği kendilerine bırakılan alanda özgürce yaşayabileceklerdir. Bkz. Hobbes, **Leviathan**, s. 143.

[202] Akın, **Kamu Hukuku**, s. 261.

toplumda egemen güç, yani siyasal erktir. Doğadan kaynaklanan, bir şeyin yokluğundan ya da kapasite eksikliğinden kaynaklanan bir yapamama negatif özgürlük kavramının içeriğinde bulunmamaktadır. Helvetius'un özgür insan tanımı bu konuya açıklık getirir niteliktedir. Helvetius'a göre,

> *Özgür kişi (insan), ne zincire vurulmuş, bir amaç içerisinde hapsolunmuş birisi ne de ceza korkusu içindeki bir köle gibi dehşete maruz kalmış bir insandır. ... bu bir kartal gibi uçamama ya da bir balina gibi yüzememe özgürlüğünün eksikliği değildir.*[203]

Berlin'e göre kişinin belirli bir amacı ya da faaliyeti gerçekleştirmek için gereken materyale zihinsel ya da fiziksel kapasitesinden dolayı sahip bulunmaması, özgürlükle ilişkilendirilmemelidir.[204] Başka bir deyişle özgürlük, kişinin istediği şeyi yapabilmesi için fiziksel kapasitesinin bulunup bulunmamasıyla ilgili bir konu değildir. Hayek, pek çok insanın rüyalarında olduğu gibi uçma arzusunun bulunduğunu; yerçekiminin ortadan kaldırılmasıyla insanların bir kuş gibi özgür olacaklarını düşündüklerini, böyle bir mutlak özgürlük anlayışının ise hiçbir sosyal düzenin gerçekleştiremeyeceği hayalî bir özgürlük anlayışı olduğunu belirtmektedir.[205] Özgür olmak, başkaları tarafından müdahaleye maruz kalmamak, sınırlandırılmamak ya da genel olarak birey üzerinde böyle bir baskının/zorlamanın (coercion) bulunmaması demektir.[206] Müdahale alanı ne kadar dar ise benim özgürlüğüm de o kadar geniş olacaktır.[207]

---

[203] http://plato.stanford.edu/entries/liberty-positive-negative/ (10/01/2006)

[204] Böyle bir özgürlük anlayışının kabul edilmesi zorunlu olarak belirli bir ekonomik modelin benimsenmesini de gerektirmektedir. Bu ise en iyi biçimde Marksistlerin ileri sürmüş oldukları sosyal yasalar kavramı ile açıklanmaktadır; fakat kimi Hristiyan teologlarının, faydacıların ve bütün sosyalistlerin böyle bir özgürlük anlayışına sahip olduklarını belirtmektedir Berlin, "*Two Concepts…*", **Four Essays**, s. 123 ve dipnot 1'de.

[205] Hayek'e göre bu, sosyalistler tarafından iddia edilen özgürlük anlayışının bir yansımasıdır. İnsanın özgürleştirilmesi adına ileri sürülen bu argüman, bireysel özgürlüğü yok etmek için kullanılan bir aldatmacadan başka bir şey değildir. Bkz. Friedrich A. Hayek, "*Freedom and Coercion*", **Oxford Readings in Politics and Government**, Oxford University Press, UK 1991, s. 85.

[206] Hayek, "*Freedom and Coercion*" s. 88.

[207] Berlin'e ait bu ifade aynı anlama gelecek biçimde kavramın aksinden çevrilmiştir. Cümlenin orijinalinde, "*The wider the area of non-interference the wider my freedom"*, ifadesi yer almaktadır. Bu da, "*Müdahalenin olmadığı alan ne kadar geniş ise, benim özgürlüğüm de o denli geniştir*", biçiminde Türkçe'ye bire bir aktarılabilir. Bu cümle Berlin'in, özgürlük anlayışının özetidir denilse abartılmış olmaz. Bkz. Berlin, s. 123; Negatif özgürlük anlayışının siyasetle (politics) özdeşleştiğini söylemek yanlış olmaz. Başka bir anlatımla, "siyasetin kapladığı alan ne kadar az ise özgürlük alanı o kadar çok olacaktır." Bkz. Arendt, **Between Past**, s. 149.

İnsan(lar)ın toplum içinde yaşamaları nedeniyle birbirlerine bağlı oldukları; dolayısıyla da hiç kimsenin faaliyetinin, diğerlerinin yaşamını hiç bir biçimde etkilemeyecek kadar özel (private) olamayacağı için özgürlüklerin sınırlandırılması doğaldır. Fakat yine de bireye, müdahale alanının dışında azami bir *özel alanın* bırakılması gerekir. Bu özel alanın bırakılmaması, bireyin doğal fakültelerindeki gelişiminin yanı sıra, kendisini gerçekleştirmesini olanaksız hale getirecektir. Berlin, insanın iyi ya da doğru/right veyahut kutsal saydığı bir takım değerleri gerçekleştirebilmesinin tek güvencesinin negatif özgürlük anlayışı çerçevesinde mümkün olabileceğini ileri sürmektedir.[208]

Başkalarının özgürlüğünü kısıtlamadığı sürece kişinin, tutkularına ya da ruhunun bir takım tuhaflıklarına (eccentricities) göre davranmasına ve yaşamasına izin verilmelidir. Hatta bu tutkuların ya da tuhaflıkların yarattığı davranış ve yaşam biçiminin etkilediği kişinin bu "*günahı*" paylaşmaya rıza göstermesi durumunda, *etkilenme* nedeniyle kişinin özgürlüğü sınırlandırılmamalıdır. Kısacası, kişi kendisini özgürce köle yapabilir; ancak bunu başkası yapamaz.[209]

Kişinin kendisini özgürce köleleştirebileceği olgusu aslında bir paradokstur ve bu paradokstan çıkışın tek bir yolu vardır. Bu da, köleleştirmenin olumsal/arızi (contingent) olduğunu ve kişinin yine kendi kararıyla; başka bir deyişle başkasının kararına ihtiyaç duymadan bu köleliğe son verebileceğinin kabul edilmesidir. J.S. Mill'in şu sözleri negatif özgürlük anlayışının bu yönüne dikkat çekmektedir:

> *Özgürlük ilkesi, bir kişinin özgür olmamakta özgür olmasını gerektiremez. Bir kişinin kendi özgürlüğünü başkasına devretmesine izin vermek özgürlük değildir. ... Bununla birlikte kişilere sadece kendilerini ilgilendiren hususlarda kontrolsüz hareket serbestliğini emreden ilkenin bir gereği de, üçüncü kişileri ilgilendirmeyen konularda, birbirlerine karşı bağlanmış olanların birbirlerini temize çıkarabilmeleridir.*[210]

Özgürlükten vazgeçme de onu geriye alma da bireyin iradesi çerçevesinde gerçekleşmelidir. Bu noktada Berlin, şu görüşleri dile getirmektedir:

---

[208] Berlin, "*Two Concepts…*", **Four Essays**, s. 124.
[209] http://plato.stanford.edu/entries/liberty-positive-negative/ (10/01/2006)
[210] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 169.

Özgürlük, özgürlüktür; eşitlik, hakkaniyet ya da adalet olmadığı gibi; kültür, insan mutluluğu ya da huzurlu bir vicdan da değildir. Alevlenen eşitsizlik ya da her yana yayılmış fukaralık ve sefalet karşısında [bunlardan kurtulmak amacıyla], özgürlüğümün bir kısmını ya da tamamını kurban etmeye hazırım; ancak bu benim özgürlüğümü artırmayacaktır. ... Adaletin gerçekleşmesi için özgürlüğümü feda edebilirim, ama yine de kayıp kayıptır; bu başkalarının özgürlüğünde bir artış meydana getirmeyeceği gibi, benim açımdan tam bir özgürlük kaybı durumudur. ... dolayısıyla da benim bu fedakarlığımın karşılığında, sosyal ya da ekonomik adı altında başka bir takım özgürlüklerin artacağını iddia etmek değerleri birbirine karıştırmaktır.[211]

Berlin, bazı durumlarda, başkalarının özgürlüklerini güvenceye alabilmek için, özgürlüklerin sınırlandırılabileceğini kabul etmektedir.[212] Benzeri bir değerlendirmeyi Mill de yapmaktadır. Mill' göre,

Haklı bir neden olmaksızın başkalarına zarar veren eylemler, hangi türden olursa olsun, bunları benimsemeyen diğer insanlar tarafından reddedilebilir ve fiili müdahale ile denetim altına alınabilirler. ... Bireysel özgürlüğün bir derece kısılması, bireyin başkalarına zarar vermemesi için normal karşılanmalıdır.[213]

Fakat eğer özgürlük, kutsal ve dokunulmaz bir değer ise bu sınırlama, hangi ilkeye dayalı olarak yapılacaktır? Böyle bir ilke bulunabilir mi? Bulunabilir ise, evrensel bir maksim olarak sunulabilir mi? Berlin, filozofların bu konu üzerinde çokça tartıştıklarını ve bir takım çözüm önerileri sunduklarını belirtmektedir. İnsan doğası üzerine iyimser görüşlere sahip olan Locke, Adam Smith ve Mill, insan çıkarlarının pratik olarak uyuşabileceğini ileri sürmüşlerdir. Sosyal uyum ve ilerleme toplum içerisinde mümkündür. Bu uyumlulaştırma süreci sonucunda birey için yeterince geniş bir özel alan kalabilir. Burada önemli olan nokta, birey için mümkün olan, yani sosyal denetimin dışında kalan özel bir alanın bırakılmasıdır. Jacobin diktatörlük deneyimini yaşamış bir düşünür olan Constant, bu özel alana tecavüzün despotizm olduğunu belirtmiştir. Jefferson, Burke, Paine ve Mill de, bireye korunmuş bir özgürlük alanı bırakılmaması halinde, insan doğasının aşağılanmış ya da inkar edilmiş olacağını ileri sürmüşlerdir. Bu minimum alan nedir? Bu soruya

[211] Berlin, "*Two Concepts…*", **Four Essays**, s. 125.
[212] Berlin, "*Two Concepts…*", **Four Essays**, s. 126.
[213] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 104.

Berlin'nin yanıtı, sözünü ettiği düşünürlerin yanıtıyla aynıdır. Bu, kişinin kendi doğasının özünü ihlal etmeden vazgeçemeyeceği bir alandır. Bu öz ne demektir? Bu sorunun yanıtının sınırsız bir tartışmanın konusunu oluşturabileceğini belirten Berlin, bu alanın sınırlarının çizilirken kullanılacak olan argümanın çok önemli olmadığını; bunun doğal hukukla, doğal haklar kuramıyla, faydacı teorilerle veya kategorik emperatifle çizilebileceğini, ama önemli olan şeyin, mutlak olarak korunmuş minimum bir alanın oluşturulması gereği olduğunu ileri sürmektedir.[214]

Berlin, Mill'e atfen, "*özgürlük olarak adlandırılmayı hak eden tek özgürlüğün, kişinin kendi iyiliğini kendi bildiği yolla araması*" olarak tanımlamaktadır. Peki, Mill için özgürlüğü bu kadar kutsal yapan şey nedir? Berlin, bu sorunun yanıtını yine Mill'in ağzından vermektedir:

> *Eğer insan(lar)a, kendi arzu ettiği bir yoldan dilediği hayatı yaşaması fırsatı verilmezse, medeniyetin ilerlemesi mümkün olamayacak, fikirlerin serbestçe pazarlandığı bir piyasa olmayacağı için hakikat ortaya çıkmayacak, ... orijinallik, zihinsel enerji, ahlaki cesaret (teşvik) söz konusu olmayacak; toplum, kolektif vasatlığın altında ezilip kalacaktır.*[215]

Berlin'nin Mill'in ağzından vermiş olduğu bu yanıt, kuşkusuz faydacı/utilatarian bir tezin yansımasıdır. Özgürlük nihayetinde Mill'in düşüncesinde, elde edilen bir fayda ile ölçülebilecek bir şeydir. Örneğin, medeniyetin ilerleyebilmesi ya da hakikatin ortaya çıkarılabilmesi için gereklidir. Mill eserinin başka bir yerinde bunu daha açık bir biçimde ortaya koymaktadır:

> *Bireyin kendi üzerindeki hakimiyetinin sınırı nedir? Toplumun otoritesi nerede başlar? İnsan hayatının ne kadarı bireyin kendisine ne kadarı topluma ayrılmalıdır. ... Her ne kadar toplum, bir sözleşmeye dayanmasa ve bir sözleşmeye göre hak ve yükümlülükleri net biçimde tanımlanmasa da, toplumsal korumaya kavuşmuş olan her birey elde ettiği bu faydaya karşılık bir borç altına girmekte ve toplum halinde yaşamanın bir gereği olarak o toplumdaki diğer bireylere karşı belli bir yükümlülük altına girmektedir. ... toplumu veya üyelerini zarardan ve hırpalanmaktan korumak için tercih edilen çalışmalardan ve fedakarlıklardan her şahıs kendi payına düşene katlanmalıdır. ... Bir kimsenin gerçekleştirdiği en küçük bir davranış,*

[214] Berlin, "*Two Concepts...*", **Four Essays**, ss. 126–127.
[215] Berlin, "*Two Concepts...*", **Four Essays**, s. 127.

başkalarının çıkarına zarar vermişse toplumun buna müdahaleye hakkı vardır.[216]

Mill'in sözü edilen, toplumun kökeninin sözleşme kuramıyla açıklanamayacağına ilişkin argümanı, açıkça onun Bentham'ci doğal hukuk karşıtlığı *utilitarian* geleneğe bağlılığını göstermektedir. Böylece Mill, *sözleşmeci (contractarian)* özgürlük temellendirmesini benimsemediğini ima etmekte; özgürlüğün meşru temelinin bireyin toplumla kurmuş olduğu ilişkiye dayalı bir yarar/zarar temelinde aranması gerektiğini ileri sürmektedir.[217]

Mill'in özgürlük anlayışı, *deontolojik* liberal özgürlük anlayışıyla uyuşmamaktadır. Mill'e göre özgürlük bir kendinden iyi değildir. Özgürlük yukarıda belirtildiği gibi, medeniyetin ilerlemesi ve hakikatin ortaya çıkarılması gibi başka iyilerin gerçekleşmesi için bir araç olabildiği için iyidir. Denilebilir ki; Berlin'nin ve de Mill'in özgürlük anlayışı negatif özgürlüktür; bunun aynı zamanda, bir kaç istisna dışında[218], konunun başında belirtildiği gibi, liberal özgürlük anlayışının hakim olduğu bir düşünce geleneğiyle birlikte anılması gerekir. Berlin'nin Mill'e yöneltmiş olduğu eleştiriler dikkate alındığında görülecektir ki, Berlin, kendisiyle çelişmek pahasına deontolojik bir özgürlük anlayışından yanadır. Berlin, yukarıda alıntılanan sözlerinde, bireye bırakılan minimum özgürlük anlayışının nasıl temellendirilmesi gerektiğinin bir önemi olmadığını; önemli olanın böyle bir alanın bireyin kendi doğasını inkâr etmemek için bırakılması gerektiği olduğunu söylemektedir. Halbuki böyle bir anlayış Mill'in faydacı anlayışı ile savunulamaz. Bunu Berlin, kendisi de itiraf etmektedir. Bu bağlamda Berlin şöyle demektedir:

İlk olarak Mill, iki ayrı kavramı birbirine karıştırmaktadır: Birincisi, insanın arzularını söndüren her türlü baskı, daha büyük bir kötülüğü önlemek için kullanılsa bile, bizatihi kötüdür. Öte yandan, baskının tersi olan müdahale etmeme (non-interference), tek iyi olmasa bile, kendinden/bizatihi iyidir. Bu,

---

[216] Mill, **Hürriyet Üstüne**, ss. 129–130.

[217] Berlin de, Mill'in ortaya koymuş olduğu özgürlük anlayışının, Erasmus'tan, hatta Ockam'dan bu yana modern dünyanın benimsemiş olduğu liberal özgürlük olduğunu ifade etmektedir. "Medeni özgürlükler ve birey hakları için her bir talep; sömürüye ve aşağılanmaya ya da kamu otoritelerinin tecavüzüne karşı her protesto... işte bu bireyci insan kavrayışının/anlayışının bir sonucudur", Berlin'e göre. Bkz. Berlin, "*Two Concepts*...", **Four Essays**, ss. 127–128.

[218] Burada Hıristiyan teolojisinin özgürlük anlayışı ile yine negatif özgürlük anlayışını savunan Hobbes'u istisna etmek gerekir.

klasik biçimiyle negatif özgürlük kavramıdır. İkincisi, Mill'in ileri sürmüş olduğu, insan(lar)ın hakikati ortaya çıkarma gayretinin (hakikati arama gereğinin) ya da Mill'in savunmuş olduğu, orijinalliğin, yaratıcılığın... vs gibi bir takım hasletlerin (characteristics) gerçekleştirilebilmesinin özgürlükle koşullandırılması veyahut hakikatin ortaya çıkarılabilmesinin özgürlük koşullarında olanaklı olabileceğidir. Sözü edilen her iki özgürlük anlayışı da liberaldir; ancak bunlar özdeş (identical) değildir ve aralarındaki bağıntı en iyisinde ampiriktir. Hiç kimse, dogmaların bütün düşünceleri ezip geçtiği bir yerde hakikatin ya da kendini ifade özgürlüğünün filizlenip boy atabileceğini iddia etmemektedir.[219]

Berlin, James Stephen'e referans vererek, Mill'in bu faydacı yaklaşımını eleştirmektedir. Hakikat aşkının ya da ateşli bireyciliğin, vasat ve daha toleranslı toplumlarda olduğu kadar, İskoçya'nın Püriten Kalvinistlerinde (Puritan Calvinists) ya da Yeni İngiltere'de (New England) askeri disiplin altında gelişebildiğine tarihin tanıklık ettiğini söylemektedir. Öyleyse Mill'in bu argümanı, suya bırakılan bir iz kadar zayıf hale gelmektedir.[220]

Berlin'in yapmış olduğu negatif özgürlük/pozitif özgürlük incelemesi içerisinde taraftar olduğu özgürlük anlayışı genel olarak liberal negatif özgürlük değil daha çok bir pozitif özgürlük savunucusu olarak sınıflandırılan Kant'çı deontolojik özgürlüktür. Bu paradoksa pozitif özgürlük anlayışı içerisinde değinilecektir. Öyle ki, bu anlamda bir negatif özgürlük anlayışı, Berlin'in düşüncesinde, *yüksek medeniyetin bir nişanıdır* ve *bu anlayışın çöküşü de medeniyetin ölümü olacaktır*.

Nihayet, negatif özgürlüğü, aşağıda incelenecek olan pozitif özgürlükten ayıran temel unsur olarak, özgürlüğü sınırlandıran dışsal engellerin belirlenebilir ve sayılabilir olduğunun; yani pozitif özgürlük durumunun tersine, negatif özgürlük için ampirik bir testin var olabileceğinin ileri sürülmesidir.[221] Gerçekten de pozitif özgürlüğün içeriği negatif özgürlüğe göre çok kapsamlıdır. Örneğin, kişinin tutkuları, arzuları, inançları gibi gerek psikolojik, fizyolojik gerekse toplumsal pek çok faktör pozitif özgürlüğün konusunu oluşturabilirken, negatif özgürlüğü, insan hakları bağlamında bireyi kısıtlayan bir takım hukuksal düzenlemelere ya da devlet tasarruflarına indirgemek olanaklı olabilmektedir. Bireyi kısıtlayan bu engeller

[219] Berlin, "*Two Concepts…*", **Four Essays**, s. 128.
[220] Berlin, "*Two Concepts…*", **Four Essays**, s. 128.
[221] http://plato.stanford.edu/entries/liberty-positive-negative/ (10/01/2006)

ampirik olarak test edilebilir ve sayma yoluyla belirlenebilirken, pozitif özgürlüğün sınırlarını tayin etmek (şayet olanaklı ise) çok zor olacaktır.

C) Pozitif Özgürlük Anlayışı ve Negatif Özgürlük Anlayışına Yöneltilen Eleştiriler

Pozitif özgürlük anlayışı, felsefi doktrinler içerisinde, Platon, Epictetus, Hıristiyan teologları, Kant, Montesquieu, Spinoza, Herder, Rousseau, Hegel, Fichte, Marx, Bukharin, Comte, Carlyle, T.H. Green, Bradley, Bosanquent (ve Taylor, Sandel)[222] gibi farklı yelpazeler içerisinde kategorize edilebilecek düşünürler tarafından savunulmuştur[223]. Genel olarak, pozitif özgürlük, kişinin özgürlüğünü sınırlayan, açgözlülük, şehvet ya da cehalet gibi içsel engellerden (internal restraints) kurtulması, özgür olması anlamına gelmektedir.

Berlin, pozitif özgürlük kavramının bireyin kendi kendisinin efendisi olma arzusundan çıkarsanmış olduğunu ileri sürmektedir. Pozitif özgürlük anlayışının felsefi başlangıcına ilişkin olarak Berlin şöyle konuşmaktadır:

> *Yaşamım hakkında kendim karar vermek istiyorum, kararlarımı tamamen ben almak istiyorum; yoksa her ne olursa olsun kendimin haricinde başka dışsal güçlere bağlı olarak değil. Başkalarının değil; bizzat kendi irade faaliyetimin enstrümanı (aracı) olmayı diliyorum. Hareketlerimi, bilinçli amaçlarla yönlendiren nedenlerin bizzat kendiminkiler olacağı bir süje (özne) olmak istiyorum; dışarıdan beni etkileyen sebeplere bağlı davranan bir obje (nesne) değil. ... insan rolü oynayabilen bir hayvan ya da bir köle olmak istemiyorum; gerçekleştirmeyi istediğim (farkında olduğum) amaçlarım ve siyasalarımın olmasını istiyorum. Bu en azından, ben rasyonel bir bireyim ve beni, dünyanın geri kalanından ayıran şeyin aklım olduğunu söylediğim zaman, bundan anlaşılması gerekenin bir parçasıdır.*[224]

Burada pozitif özgürlük olarak ortaya konulan anlayış ile negatif özgürlük anlayışı arasında önemli benzerlikler olmakla birlikte, insanın kendi iç alemine

---

[222] Maccalum, Charles Taylor ve Michael Sandel'den söz etmemektedir. Çünkü Maccalum'un makalesinin orijinal basım yılı 1967'dir. The Philosophical Review'de basılan makale, daha sonra 1991 yılında Oxford Readings içerisinde yeniden ve aynen basılmıştır. Maccallum, "*Negative…*", **Oxford Readings in Politics and Government**, Oxford University Press, UK 1991.
[223] Maccallum, "*Negative…*", **Oxford Readings 1991**, s. 109, (Dipnot 7'de).
[224] Berlin, "*Two Concepts…*", **Four Essays**, s. 131.

dönük bir özgürleşme faaliyeti ön plana çıktığı için bu anlayış, pozitif özgürlük anlayışının felsefi temeli olarak sunulmuştur. Berlin'in de belirtmiş olduğu gibi, bu iki özgürlük anlayışı tarihsel olarak çok farklı açılardan gelişmiştir ve çoğunlukla bu açıların mantıksal olarak belirlenebilir ya da hesaplanabilir olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Ne var ki; bu iki özgürlük anlayışı, tarihin belirli döneminden itibaren karşı karşıya gelmiştir ve birbiriyle çatışır olmuştur.

Pozitif özgürlük anlayışının da çok çeşitli biçimleri olmakla birlikte, temelde üç ayrı pozitif özgürlük anlayışını incelemek konuyu sınırlandırma açısından yerinde olacaktır. Bunlar kısaca, Marksist özgürlük anlayışı, Sosyal Eksenli Sınırlı Pozitif Özgürlük Anlayışı ve diğeri de Komüniteryan/Cemaatçi özgürlük anlayışıdır.

1) Marksist Özgürlük Anlayışı

Pozitif özgürlük anlayışının en belirgin örneklerinden birisi, Marksist özgürlük anlayışıdır. Marksizm, özgürlüğü soyut bir kavram olarak ele almamıştır. Marksizm, burjuva düzeninin sunmuş olduğu özgürlüklerin *gerçek* özgürlük değil, *biçimsel* özgürlük olduğunu ileri sürmektedir. Bu bakımdan da gerçek özgürlük/biçimsel özgürlük ayırımı Marksist özgürlük anlayışı için önemlidir. Özgürlük, somut ve ulaşılabilir bir nitelikte olmalıdır. Marksist anlayış çerçevesinde özgürlülüğün tarihsel ve yapısal koşullarının araştırılması gerekir.

Özgürlük, tarihsel gelişim içerisinde, sosyal ve ekonomik koşullar bağlamında değerlendirilmiştir.[225] İnsanlık, tarihin başlangıç dönemlerinde doğanın kölesi olduğu içindir ki; tarihin ilerleyen aşamalarında doğaya hakim olan yasaları öğrendikçe, bu kölelikten kurtulacaktır. Ne var ki; insanın doğanın kölesi olmaktan kurtulması yetmemektedir; çünkü insan, doğanın kölesi olmaktan kurtulduğunda, bu defa da sosyal alanda meydana gelen bir köleliğin içerisine düşmüştür. Özel mülkiyetin ortaya çıkışıyla birlikte toplum sınıflara bölünmüş ve insanlar kendi

[225] Göze, Ayferi, **Devlet Sistemleri**, s. 78.

sosyal koşullarının kölesi olmuşlardır.[226] Bireyi köleliğe götüren, emeğine, üretim faaliyetine, başkalarına ve bizzat kendi (insani) doğasına yabancılaşmasıdır.[227]

Yabancılaşma ve praxis, Marksizmin özgürlük anlayışının tanımlanması bakımından iki önemli kavramdır. Marksizmin merkezi kavramlarından biri olan yabancılaşma, Marx'tan önce, Hegel ve Feuerbach tarafından felsefi bir kavram olarak geliştirilmişti. Marx ise, bu kavramı felsefe ötesi, başka bir anlatımla, devrimci bir konsept içerisinde tanımlamıştır.[228]

Yabancılaşma düşüncesini işlemiş olan bütün filozofların aynı zamanda pozitif özgürlük yanlısı olmaları doğaldır. Zira mevcut durumda insanın kendisine ya da emeğine yabancılaşmış olduğunu savunan bütün düşünce sistemleri, insanın bu yabancılaşmadan kurtarılması gerektiğini de ileri sürmüşlerdir. Örneğin Rousseau'nun, doğal insan ile toplumsal insan arasında, yabancılaşmamış insan ile kendine yabancılaşmış insan arasında kurmuş olduğu zıtlık ve bu yabancılaşmanın ortadan kaldırılması için önermiş olduğu yöntem *özel iradeye* karşılık *genel irade* olmuştur. Bununla birlikte, yabancılaşmanın gerçek tarihinin Hegel ile başladığı belirtilmektedir.[229]

---

[226] Göze, **Devlet Sistemleri**, s. 75.

[227] R.G. Peffer, **Marksizm, Ahlak ve Toplumsal Adalet**, Çev. Yavuz Alagon, Ayrıntı Yayınları, Birinci Basım, İstanbul 2001, ss. 71 vd, özellikle s. 74.

[228] Bottomore ve diğerlerinin Marksist Düşünce Sözlüğü'nde vermiş oldukları tanıma göre yabancılaşma (alineation, fr. Alinéation, Alm. Entfremdung), "*Marx'ın kullandığı anlamda, bir eylem (veya içinde bulunulan bir durum) aracılığıyla, bir kişi, grup, kurum veya toplum, (1) kendi özgün etkinliğinin sonuçlarına ya da ürünlerine (yahut etkinliğin kendisine), ve/veya (2) içinde yaşadığı doğaya ve/veya (3) diğer insanlara ve - buna ek olarak (1) ve (3) arasında belirtilenlere ve bu belirtilenler yoluyla - aynı zamanda (4) kendi kendisine (kendi özgün tarihsel olarak oluşturulmuş insani kapasitelerine) yabancı duruma gelir (veya böyle bir durumda kalır). Böyle kavrandığında yabancılaşma, her zaman kendine yabancılaşmadır, yani insanın (öz benliğinin) kendisinden (kendi özgün etkinliği aracılığıyla) yabancılaşmasıdır. Ve kendine yabancılaşma, yabancılaşma biçimlerinden biri değil, fakat yabancılaşmanın esas özü ve temel yapısıdır. Diğer yandan kendine yabancılaşma sadece (betimleyici) bir kavram değildir; aynı zamanda dünyanın devrimci biçimde değiştirilmesi (yabancılaşmanın ortadan kaldırılması) için bir başvuru, bir çağrıdır".* Tom Bottomore / Laurence Haris / V.G. Kiernan / Ralp Miliband, **Marksist Düşünce Sözlüğü**, Çev. Mete Tunçay, İletişim Yayınları, İstanbul 2001, s. 621.

[229] Bottomore ve diğer yazarlar bunu şöyle ifade etmektedir: "*Kendine yabancılaşma kavramı, temel bir anlamda, Hegel'de Mutlak'a uygulanmıştır. Hegel için tek gerçeklik olan Mutlak İdea (Mutlak Zihin), yabancılaşma ve yabancılaşmadan kurtulma süreci içinde etkinlik gösteren dinamik bir Benliktir. Bu, (Mutlak İdea'nın kendine yabancılaşmış biçimi olan) doğada kendinden yabancılaşır ve Bitimli Zihin'de veya (yabancılaşmadan kurtulma sürecindeki Mutlak'ı ifade eden) insanda kendine yabancılaşmasından geriye döner. Kendine yabancılaşma ve yabancılaşmadan kurtulma, böylelikle, Mutlak Varlık'ının biçimi olurlar."* Bottomore ve Diğerleri, **Marksist Düşünce Sözlüğü,** s. 622.

Hegel'in etkisindeki genç Marx, özgürlüğü *anlaşılabilir zorunluluk* olarak tanımlamıştır.[230] İnsanın evrene yabancılaşmaması için evrendeki zorunluluğu kavraması gerekir. Doğa yasalarını bilmek ve doğayla uyumlu biçimde yaşamak Hegelci özgürlük anlayışı bakımından yeterlidir. Marx daha sonra bu özgürlük anlayışına karşı çıkacak ve salt zorunluluk yasalarının anlaşılmasının insanı yabancılaşmadan kurtaramayacağını ileri sürecektir.

Marx, özgürlük ve yabancılaşma sorunlarını tarihsel bir kimlik içerisinde ele almıştır.[231] Bu gelişme dışında somut bir özgürlükten söz edilemez.[232] Tarihin başlangıç dönemlerinde doğanın kölesi olan insan, doğaya hakim olan yasaları anladıkça ve bilinçli bir biçimde bu yasaları kullandıkça doğanın köleliğinden kurtulmayı başarmıştır. Ancak, yabancılaşma yalnızca doğayla ve doğa yasalarıyla ilgili bir konu değildir. Yabancılaşmanın ayrıca ekonomik, sosyal ve siyasal yönleri vardır. Özel mülkiyetin ortaya çıkışıyla birlikte sınıflara bölünen toplumlar içerisinde insan bu defa da kendi yarattığı sosyal koşulların kölesi olmuştur. İnsanın yabancılaşmasının kökü ve nedeni ekonomiktir. Kapitalist sistem, insanın kendi emeğine yabancılaşmasını sağlamıştır. Siyasal ekonomik model, işçi ile ürün arasındaki doğrudan bağı görmezden gelmek suretiyle, işin (labor) doğasındaki yabancılaşmayı gizlemiştir. Bu durum, işçinin diğer işçilerle olan ilişkilerini zayıflatmış, hatta ortadan kaldırmıştır denilebilir. İşçi daha çok ürettikçe daha çok fakirleşmiş, ailesi ve arkadaşlarıyla sosyal ilişki kuramaz hale gelmiştir.[233]

Ekonomik yabancılaşmayı sosyal yabancılaşma izlemektedir. Kişinin emeğine yabancılaşmasının doğal sonucu olarak toplum sınıflara bölünür. Bir yanda üretim araçlarının sahibi konumundaki burjuvazi vardır, diğer yanda emeğinin

---

[230] Niyazi Öktem, **Özgürlük Sorunu ve Hukuk**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1977, s. 89 (Bundan sonra metinde "Özgürlük" olarak anılacaktır).
[231] Öktem, **Özgürlük**, s. 91; Göze, s. 78.
[232] Akın, **Kamu Hukuku**, s. 233.
[233] Bu konuda özellikle bkz. Karl Marx, **Alienated Labor in Classics of Moral and Political Philosophy** Ed. by Michael L. Morgan, Hackett Publishing, Indianapolis 2001, ss. 108 vd; Marx'a göre, Burjuvazinin özgürlük diye sunduğu hak gerçekte, "insanın insana bağlılığına değil, insanın insandan tecrit edilmesine dayanmaktadır. Bu, tecrit edilme hakkıdır; sınırlanmış, kendi kendisini sınırlamış bireyin hakkıdır… Birey ancak topluluk içinde başkalarıyla bir araya gelmek suretiyle, yeteneklerini her yönde geliştirme olanağını bulur. Yalnız topluluk içinde bireysel özgürlük olanaklıdır." Marx'ın çeşitli eserlerinde yapılan derlemeler için bkz. Gemalmaz, **Genel Teori**, ss. 153–158.

ürününe sahip olmadan çalışan işçi sınıfı bulunmaktadır. Her iki sınıf da insanı insan yapan, emeğinin ürününe sahip olma özelliğinden yoksun kalmaktadır.[234]

Sosyal yabancılaşmayı siyasal yabancılaşma izler. Biri diğerinin emeğini sömürdüğü bir düzende sınıflar arasında bir düşmanlığın ve çatışmanın meydana gelmesi de doğaldır. Bu mücadelede devlet, hakim sınıf olan burjuvazinin çıkarlarını koruma aracı olmaktan öteye geçemez. Zira devlet ekonomik bakımdan güçlü olan sınıfın hizmetindedir ve sınıflar arasında hakem rolü oynar görünmesi, onu aslında bir baskı ve zorlama aracı olmaktan öte bir şey yapmamaktadır.[235]

Son olarak, insanın kendine yabancılaşma biçimlerinin bir diğerinden, dinsel yozlaşmadan ya da yabancılaşmadan söz etmek gerekir. Dini yaratan insandır; yoksa dinin insanı yaratması sözkonusu değildir. Kişi/insan, devletin, toplumun ve insanlık aleminin bütününe aittir. Devlet ve siyasal toplum kendileri saptırılmış kavramlar oldukları içindir ki, yine saptırılmış bir dünya bilinci olan dini yaratmışlardır. Din aslında, tarihsel gelişimini tamamlayamamış, tam olarak olgunlaşamamış, gerçek gücünün bilincine varamamış bir toplum insanının, isteklerini mükemmel ve güçlü bir Tanrı tasvirinde canlandırmasından ibarettir.[236]

Peki, insan, yabancılaşmadan nasıl kurtulacaktır? Yukarıda sözü edilen yabancılaşma biçimlerine maruz kalmış bir insanın özgür olması söz konusu olmayacaktır. Bu yasaların bilinmesiyle yetinilmemeli, aynı zamanda bu yasalar etkili hale getirilmelidir. Özgürlük soyut bir kavram olmaktan öte somut bir kavramdır.[237] Doğaya, kendine ve özellikle de emeğine yabancılaşmış olan insan, tümüyle insana özgü bir etkinliğe, yani praxise yönelerek bu yabancılaşmadan kurtulmalıdır. Marksist Düşünce sözlüğüne göre praxis,

> *genel anlamda eylemi, etkinliği ve Marx'ın kullandığı anlamda insanın kendi tarihsel, insani dünyasını yarattığı (yaptığı, ürettiği) ve değiştirdiği (biçimlendirdiği) özgür, evrensel, yaratıcı ve özyaratıcı etkinliği... anlatır.*[238]

---

[234] Göze, **Devlet Sistemleri**, s. 76; ayrıca bkz. Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, ss. 269–270.
[235] Göze, **Devlet Sistemleri**, s. 77; Akın, **Kamu Hukuku**, s. 233.
[236] Marx, Karl, **Contribution to a Critique of Political Economy**, Vol. III, s. 175'ten aktaran Smith, Cyril, **Karl Marx and the Future of the Human**, Lexington Books, Ankara 2005, ss. 192–193.
[237] Öktem, **Özgürlük,** s. 91.
[238] Bottomore ve Diğerleri, s. 468.

Özgürlüğün elde edilebilmesinin yolu yabancılaşmanın praxis yoluyla aşılmasından geçer. Bilimdeki ilerlemeler sayesinde doğanın sırları aydınlanacak ve insan doğanın kölesi değil efendisi durumuna geçecektir. Salt dünyayı yorumlamak yeterli değildir, aynı zamanda onu değiştirmeye çalışmak gerekir. Bu bir anlamda siyasal teorinin, siyasal eylemin bir parçası olarak algılanmasıdır.[239] Bu kuru bir determinizm/gerekircilik değildir. Kaldı ki insan, determinizmi aşabilecek güç ve donanıma da sahiptir. Buğday ekince buğday biçilmesi bir zorunluluk olabilir; ancak, üretimi arttırmak da olanaklıdır. İnsanın katkısı diyalektiktir, somuttur. Öyleyse insanın doğadaki zorunluluğu anlayıp ona göre davranabilmesi, doğa olaylarını yönlendirebilmesi ve böylece rastlantının tutsağı olmaktan kurtulması gibi, sosyal zorunluluğu anlayıp onu dönüştürebilmesi de mümkündür.[240]

Bu bağlamda, işçi sınıfı kendisini köle haline getiren koşulların bilincine vardığı zaman, onları ortadan kaldırmak için harekete geçecektir. Sınıflara bölünmüş, benliğine, kişiliğine ve topluma yabancılaşmış olan toplumların özgür olduklarından söz edilemez. Ancak sınıfsız bir toplumda özgürlük mümkün olabilir.[241] Sınıfsal çelişkiler, sonuçta birbirine düşman iki kampta yerini alacak olan burjuva ve işçi sınıfının doğmasına yol açmıştır. Gerçek özgürlüğü elde edebilmek için işçi sınıfının bir devrimle (proletarya devrimi ile) geçmişin kötü alışkanlıklarından insanlığı arındırması gerekir. Başka bir anlatımla bu, insanın, doğayla, diğerlerinin ve bizzat kendisinin üretim faaliyetiyle ilişkilerinde köklü bir değişimin gerçekleştirilmesi hedefidir.[242] Böylece Marx, kendisini izleyenlere dünyayı yalnızca yorumlamakla yetinmemelerini, fakat aynı zamanda onu değiştirmek için çabalamalarını tavsiye etmiştir.[243]

Devrim, öncelikle siyasal baskıların aracı olan devletin ele geçirilmesiyle gerçekleştirilecek ve proletarya diktatörlüğü olarak tanımlanan bu dönemde, kapitalist mülkiyet ortadan kaldırılacak ve yerine kolektivist mülkiyet getirilecektir. Bu dönemde, işçi sınıfı için demokratik haklar, basın ve toplanma özgürlüğü hakları

---

[239] Skirbekk/Gilje, ss. 411 vd.
[240] Öktem, **Özgürlük**, ss. 92–103.
[241] Göze, **Devlet Sistemleri**, ss. 77–80; Akın, **Kamu Hukuku**, ss. 234–235.
[242] Graeme Duncan, **Marx and Mill: Two Views of Social Conflict and Social Harmaony**, Cambridge University Press, Great Britain 1973, ss. 182 vd.
[243] David McLellan, **Marxism After Marxism: An Introduction**, Third Edition, Macmillan Press, Great Britain 1998, s. 2.

sadece kâğıt üzerinde tanınmakla kalmayacak, aynı zamanda bu hak ve özgürlüklerin kullanılabilir somut haklar haline getirilmeleri de sağlanmış olacaktır. Bundan sonraki aşamalarda da insanların sınıfsız topluma hazırlanmaları için gereken her şey yapılacaktır.[244] Komünizmin bir önceki safhası olan sosyalist aşamada, özgürlükler güvenlik altına alınmış olacaktır.[245]

Devrim, hem insanın hem de toplumun radikal değişmesi olarak kavranır. Devrimin amacı, kendine yabancılaşmayı ortadan kaldırmak, yeni bir insan kişiliği ve yeni bir toplum yaratmaktır.[246] Sınıflı ve sınıf çelişkilerinin yer aldığı eski burjuva toplumunun yerine, içerisinde bütün bireylerin özgür gelişimlerini sağlayacak yeni bir toplum doğacaktır.[247] Burada insan, soyut yurttaşı kendi içinde eritmiş ve bir birey olarak günlük yaşayışında, işinde, ilişkilerinde artık toplumsal bir varlık olmuştur.[248] Burjuva toplumunda kişi, sadece kendi özel ihtiyaç ve arzularıyla özdeşebildiği halde, komünist toplumda kişi, öteki bireylerin çeşitli deneyimleri, amaçları ve etkinlikleriyle özdeşebilecek, bunları paylaşabilecek; böylece, gerçek özgürlüğe ulaşabilecektir.[249]

2) Komüniteryan Özgürlük Anlayışı

Komüniteryanizm (communitarianism) ya da cemaatçilik, liberalizm, sosyalizm gibi mevcut öğretilere alternatif bir felsefi akım olarak 20. yüzyılın sonlarında ortaya çıkmıştır. Komüniteryan (communitarian) kavramı, ilk olarak Goodwyn Barmby tarafından, komünalist (cemaatçi) toplumun bireyini ya da

---

[244] Proletarya devrimi sırasında alınabilecek tedbirler, Marx ve Engels tarafından Komünist Partisi Manifestosu'nde özetlenmiştir. Bkz. Karl Marx - Friedreich Engels, **Komünist Partisi Manifestosu**, Sosyal Yayınları, İstanbul 1998, ss. 75–76.

[245]Göze bunu şöyle özetlemektedir: Sosyalizm aşamasında, *"[i]nsanın baskılardan kurtulmuş olarak olanaklarını, yeteneklerini ortaya koyması mümkün olabilecektir, ancak özgürlükler sınırsız olmayacaktır, sosyalizm ilkelerine aykırı olarak kullanılamayacaktır. İnsanların bilinçlerinde kalmış kapitalizm kalıntılarını kazıyıp atabilmek için, insanların sabırla inançla sürekli olarak eğitilmeleri gerekecektir. Ancak komünizmin son aşamasında sınıfsız bir toplum düzeni içinde tüm yozlaşmalardan arınmış olarak insan doğa ve toplum güçlerine hakim olarak gerçek anlamda özgür olabilecektir. İnsanlar arasında aynı zamanda eşitlik de gerçekleşecektir."* Bkz. Göze, **Devlet Sistemleri**, ss. 79–80.

[246] Bottomore ve Diğerleri, **Marksist Düşünce Sözlüğü**, s. 473.

[247] Marx-Engels, **Komünist Partisi Manifestosu**, s. 77.

[248] Marx-Engels'in Seçme Yapıtlarından yapılan alıntı için bkz. Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 155.

[249] George G. Brenkert, **Marx'ın Özgürlük Etiği**, Çev. Yavuz Alagon, Ayrıntı Yayınları, Birinci Basım, İstanbul 1998, ss. 163 vd.

komünalist toplumu ifade etmek üzere 1840'lı yıllarda kullanılmıştır. Kavram bugün 20. yüzyılın sonlarına doğru gelişen bir felsefi akımı ve bu akımın ortaya koymuş olduğu görüşleri anlatmak üzere daha geniş bir içerikte kullanılmaya başlanmıştır.[250]

Komüniteryanizm, ne liberalizme ne de sosyalizme karşı bir felsefi akım olarak kendisini tanımlamaz; kendisini sağ ve sol kanat arasında üçüncü bir yol olarak tanımlar.[251] Ancak yine de, her ki felsefi yaklaşımdan farklıdır. Marksizmin yabancılaşma ve praxis eksenli özgürlük anlayışına uzaktır. Marksist özgürlük anlayışındaki yabancılaşma, özellikle de sosyal ve dinsel yabancılaşma komüniteryan anlayışta doğal bir veri olarak kabul edilir. Böylece birey, içinde yaşadığı toplumun bir parçası olarak görülür. Bireyi, Marksizmin kurtarmaya çalıştığı yabancı unsurlardan temizlemek gibi bir çabası olmadığı gibi, bu unsurlara saygı gösterilmesi gerektiğini savunur. Bireyin toplumdan ayrı bir varlığı yoktur. Bireyi belirleyen, içinde büyüyüp geliştiği çevredir. Bireyle toplum arasındaki bağları güçlü bir biçimde belirlemek suretiyle, liberalizmin bireyci anlayışından kalın çizgilerle ayrılır. Başka bir anlatımla, liberalizm, toplumla birey arasındaki çatışkıda bireye öncelik verirken, komüniteryan anlayış toplumu öne çıkarmaktadır.[252]

Komüniteryan filozoflar, ontolojik ve epistemolojik sorunların siyasalardan (policy issues) ayrı tutulmaları gerektiğini belirtmektedirler. Bu akım, insanları atomistik bireyler olarak tanımlayan John Rawls'ın liberal adalet kuramını reddetmektedir. Komüniteryanlar, liberal adalet kuramlarının toplumun önem ve değerini yeterince dikkate almadığını, bu yönüyle de eksik ve tutarsız olduklarını savunmaktadırlar. Çağdaş liberal felsefenin temelinde Kantçı deontolojik ahlak felsefesinin bulunduğunu belirten komüniteryan anlayış, liberal görüşün insanın doğası gereği bir takım arzularının (desires) ve eğilimlerinin (inclinations), bencil ya da toplumcu bir karakterinin olabileceğine ilişkin belirli bir insan doğası kuramını benimsemekten özellikle kaçındığını; ne var ki, liberallerin insan arzularının

---

[250] Başlıca komüniteryan filozoflar şunlardır: Michael Sandel Liberalism and the Limits of Justice), Charles Taylor (Sources of the Self), Alasdair Macintyre (After Virtue), Michael Walzer (Spheres of Justice), Christos Yannaras. Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Communitarianism (Çevrimiçi: 12/10/2005).

[251] Amita Etzioni, **The New Golden Rule**: **Community and Morality in A Democratic Society**, Basic Books, USA 1996, ss. 7 vd. (Bundan sonra metinde "Golden Rule" olarak anılacaktır).

[252] Michael Sandel, **Liberalism and the Limits of Justice,** Cambridge University Press, U.S.A. 1982, ss. 10–11 (Bundan sonra metinde "Liberalism" olarak anılacaktır).

nesnesini reddetmelerine karşın, arzuların öznesini kabul etmek zorunda kaldıklarını, bunun ise "*ben*"in bağımsız bütünlüğünü parçaladığını ileri sürmektedir.[253]

Komüniteryan özgürlük ve insan hakları anlayışı, negatif eksenli liberal özgürlük anlayışına yönelik eleştirilerle biçimlenmiştir. Bu eleştiriler genellikle iki temel tartışma üzerinden yapılmaktadır. Bunlardan ilki, özgürlük tartışmalarının temelini oluşturan "*ben/self*" üzerine olanıdır. Liberalizmin tümüyle soyut ve rasyonel birey temelli "*ben*" anlayışına karşı Michael Sandel ve Charles Taylor gibi komüniteryanlar, "*ben*"in biçimlenmesinde yalnızca rasyonel ve otonom seçimlerin yer almadığını; ayrıca bireyin toplum içerisinde yetişmesinin bir sonucu olarak birey tarafından belirlenmeyen, bireyin dışında toplum tarafından belirlenen bir takım sosyal unsurların rol oynadığını ileri sürmektedirler.[254]

Komüniteryanlar, liberal siyaset felsefesinin, bireyi toplumdan bağımsız soyut bir varlık olarak tanımladığını ve bu anlayışa uygun olarak bireyin bir takım soyut haklarının güvence altına alınmasıyla yetindiğini ileri sürmektedirler. Atomizm olarak nitelendirilen liberal felsefe, insanın sosyal ve siyasal bir varlık olduğu gerçeğini gözden uzak tutmaktadır. Özgürlük ve çoğulculuk gibi bir takım değerler birey tarafından değil, toplum tarafından yaratılabilirler. İnsan tek başına kendine yeterli bir varlık olmadığına göre atomist bireycilik bizatihi liberal toplumun ileri sürdüğü değerlerin de altını oymaktadır.[255] Bu durum aslında Robert Nozic gibi liberal düşünürlerin içine düştükleri çelişkiden başka bir şey değildir. Bireyin özerkliği ve bireysel seçim hakkı önemli olsa bile, sözkonusu özerkliğin ve seçim hakkının arka planını birey değil toplum oluşturmaktadır. Zira meta-etik bir sorun

---

[253] Komüniteryanizm, felsefi, ideolojik ve hukuksal olmak üzere genellikle üç biçimde tanımlanmaktadır. Felsefi komüniteryanizm, klasik liberalizmi ontolojik ve epistemolojik olarak tutarsız olmakla eleştirmektedir. Liberalizmin, toplumun kökenini, toplum öncesi bireylerin iradeleriyle (bir sözleşmeyle) kurduklarına ilişkin tezini destekten yoksun olarak görürler ve toplumu bireylerin yaratmadığını, tam aksine bireyleri toplumun biçimlendirdiğini savunurlar. İdeolojik komüniteryanizm, komüniteryanizmin radikal biçimde orta ideolojiyi temsil ettiği savunusudur. Başka bir deyişle, bu felsefi akım kendisini ne sağda ne de solda tanımlamaktadır. Öyle ki, komüniteryanların ekonomik konularda sola, sosyal meselelerde ise sağa yakın durdukları belirtilmektedir. Son olarak, hukuksal komüniteryanizm, Avrupa Birliği gibi uluslararası örgütlerin hukuk birikimlerini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Buradaki inceleme daha çok felsefi komüniteryanizmin görüşleri üzerinde yoğunlaşacaktır. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**'deki açıklamalar için bkz. http://plato.stanford.edu/entries/communitarianism/ (Çevrimiçi: 12/10/2005).

[254] Örneğin bkz. Charles Taylor, **Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers II**, Cambridge University Press, U.K. 1985, ss. 190 vd (Bundan sonra metinde "Philosophy" olarak anılacaktır); Sandel, **Liberalism**, ss. 15–24.

[255] Taylor, **Philosophy**, s. 190.

olan, "iyi"nin ne anlama geldiğinden tutun da şeylerin iyi ya da kötü olarak belirlenmesine varıncaya kadar ahlaka ilişkin bütün tercihlerin arka planı birey tarafından yaratılmamıştır. Komüniteryanlara göre birey, kendisini içinde yetiştiği aileden, sosyal çevreden, ulustan ya da halktan, belirli bir tarihin mirasçılığından ya da dinin mensubu olmaktan ayrı olarak tanımlayamamaktadır.[256]

Birey, kimlik tanımlamasını nasıl yapmaktadır? Taylor'ın ifadesiyle, bu öncelikle "kimim ben?" sorusuyla başlamaktadır ve bu soruya verilecek yanıt yukarıda belirtilen bağlara göre olmaktadır. Kişi kendisini ahlaken ya da spiritual/manevi açıdan anarşist ya da bir Katolik olarak tanımlayabilir. Ahlaki alana ait bir oryantasyon size neyin "iyi" ya da "kötü" olduğunu veya nelerin yapmaya değer olup olmadığını söyleyecektir. Yaşamınızda sizin için önemli olanla önemsiz olanı, ahlaki alana ilişkin yargılarınız belirleyecektir.[257]

Böylece, bireyin seçimi bütün sosyal bağların dışında gerçekleşememektedir. En azından bu, sosyal bağların güçlü olduğu doğu toplumları bir yana, liberal toplumlar içerisinde yaşayan büyük oranlar için bile doğruluğu şüphe götürmez bir gerçektir. Evlilikten adalete, oradan hayırseverlik ve kahramanlık gibi toplumsal pek çok kavram bireyler için de belirleyici olmaktadır.[258] Başka bir anlatımla, "ben", kendisini kuşatan unsurlar dışlanarak tanımlanamaz.[259]

Komüniteryanların liberalizme yönelttikleri bir başka eleştiri ise, liberalizmin evrensellik vurgusuna olmuştur. İnsan hakları bakımından görecelilikle ilgili yapılan tartışmaların bir yanında komüniteryanların bulunduğunu belirtmek gerekir. Bunlar genellikle, kültürel faktörlerin, hakların önceliğini tayin bakımından etkin bir rol oynadığına dikkat çekmektedirler. Başka bir deyişle, farklı toplumlar farklı hakları ön plana çıkarabilmekte ya da bir hakkı *insan hakkı* olarak belirlemede birbirlerinden ayrılabilmektedirler. Komüniteryanlar, insan hakları olarak verilen listenin aslında liberal batı toplumları tarafından kendi kültürel, sosyal ve tarihsel koşulları içerisinde belirlendiğini ileri sürmektedirler. Batı kültür çevrelerinde birey öne çıkarıldığı gibi birçok doğu kültür çevresinde de aile ve toplum ön plana çıkabilmektedir. Örneğin,

---

[256] Sandel, **Liberalism**, s. 179.
[257] Taylor, **Sources of the Self: The Making of the Modern Identity**, Cambridge Univesity Press, UK 1989, s. 28.
[258] **Stanford Encyclopedia of Philosophy**.
[259] Taylor, **Sources of the Self**, s. 35.

Konfüçyüz geleneğinde çocukların anne babalarına ya da diğer büyüklerine bakma görevi son derece önemli bir ödev olmaktadır. Kişinin bu ödevi yerine getirmemesi son derece istisnai durumlarda izin verilen bir durum olmaktadır. Bu da gösteriyor ki, batıda hak olarak ön plana çıkan bir takım ayrıcalıklar, doğuda ödevler biçiminde yer değiştirmektedirler.[260]

Taylor, insan haklarının evrensel olarak geçerliliğini iddia etmek yerine, farklı gelenekleri kuşatacak biçimde kültürler arası bir diyalogun başlatılmasını önermektedir. Bu diyaloga herkes kendi inanış ve düşüncelerinin yanlış olabileceğini kabul ederek adım atmalıdır. Belirli norm ya da hakların mutlak olarak doğru, başka bir deyişle evrensel doğrular olduklarını ileri sürmek faydasız ve boşuna bir çabadır. Onun yerine, öncelikle nelerin norm oldukları konusunda bir fikir birliğine varmalıyız. Bunu yaparken belirlediğimiz normların doğru (right) normlar olduğu konusunda anlaşmayabiliriz. Taylor, böyle bir konsensüs/oydaşma içerisinde insanlığın uzlaşı içerisinde memnun ve mutlu yaşayabileceğini ileri sürmektedir.[261]

Komüniteryanların savundukları bu görüşler, onların modern insan haklarına karşı çıktıkları anlamına gelmemektedir. Ancak onlar bu hakların toplum tarafından tarihsel süreç içerisinde yaratılan bir takım haklar olduklarını ve ortaya çıktıkları kültür ve toplum çevresinden ayrı düşünülmemeleri gerektiğini ileri sürmektedirler. Asgari birtakım medeni ve siyasal hakların kabul edilmesinin totalitarizme giden yolları tıkamak için gerekli olduğunu kabul etmektedirler. Bununla birlikte liberalizmin ortaya koyduğu toplumsal, siyasal ve ekonomik modelin, sosyal sorumlulukları ve pek çok değeri zayıflattığını ileri süren komüniteryanlar, çözüm olarak birey yerine ailenin ön plana çıkarılması, sosyal dayanışmanın uyandırılması gerektiğini; eğitime büyük önem verilmesi ve komşuluk gibi modern yaşamın unutturduğu değerlerin yeniden yaşatılmaya çalışılması gerektiğini ileri sürmektedirler.[262]

A. Etzioni'ye göre kimi düşünürler, özgürlüğün maksimize edildiği yerde en iyi sosyal düzenin kurulmuş olacağını ileri sürerlerken, kimi diğerleri, sağlam (firm) bir sosyal düzenin olduğu yerde ancak özürlükten söz edilebileceğini ileri

[260] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**.
[261] Charles Taylor, "*Conditions of an Unforced Concensus on Human Rights*", **East Asian Challenge for Human Rights**, Ed. by J. R. Bauer and D. Bell, Cambridge University Press, NY 1999.
[262] **Stanford Encyclopedia of Philosophy**.

sürmektedirler. Her iki düşünce de özgürlük ve sosyal düzen arasıdaki ilişkiyi doğru koymamaktadır. Komüniteryan anlayışa göre iyi toplum, bireysel özgürlüklerle sosyal değerleri birlikte sunabilen bir düzenin kurulması için altın kuralı vermektedir. Liberalizmin bireysel özgürlük adına yok ettiği bu değerleri hayata geçirebilmek için, özgürlükle sosyal düzen arasında yeni bir dengenin kurulması gerekmektedir. Komüniteryanların, liberalizmin bağımsız birey tanımlamasına karşı ileri sürmüş oldukları itirazlar, yanlıca faydacı ya da pragmatist temellere dayanmamaktadır. Onlar, itirazlarını aynı zamanda yapmış oldukları farklı bir "*ben*" tanımlaması üzerinden desteklemeye çalışmışlardır. Toplumla birey arasındaki ilişkiyi, neden-sonuç ilişkisini yok sayan ne fonksiyonalist ne de normatif kuramlarla temellendirmek doğrudur; bu daha çok, sosyolojik, dolayısıyla da ampirik olarak açıklanabilecek bir ilişkidir. [263]

Michael J. Sandel, çağdaş liberal felsefenin "*ben*" tanımlamasının doğru olmadığını ileri sürmektedir. Kantçı geleneği sürdüren Rawls ve Dworkin gibi liberaller, "ben"in duyular dünyasında gerçekleşen nedensellik zincirinden bağımsız hareket ettiğini ileri sürmekte, dolayısıyla da "*ampirik ben*" (deneye dayalı ben) ile "*ideal ben*"in ayrılığına vurgu yapan deontolojik ahlak felsefesini savunmaktadırlar. İnsan eğer ampirik bir varlık ise onun ne özerkliğinden ne de özgür bir varlık olduğundan söz edilemez. Özgür olduğumuz içindir ki, kendimizi, üyesi bulunduğumuz kavranabilir/anlaşılabilir (intelligible) dünyaya transfer eder ve irademizin özerk (autonomy) olduğunu anlarız. Olabilecek en iyi toplum modeli, belirli bir iyi kavramının ön tanımlamasını yapmayan ilkelerle idare edilen model olacaktır. Bunun dışındaki modeller, bireylerin seçim yetilerine saygı göstermeyen (bu yetileri tanımayan) ve böylece onları birer özne değil de nesne olarak tanımlayan modeller olacaktır.[264]

Sandel'e göre, böyle bir "ben" tanımlaması gerçeği yansıtmamaktadır. Bu noktada Sandel liberalizmin ben anlayışına karşı genellikle ileri sürülen iki itirazı gündeme getirmektedir. Öncelikle, nötralite/tarafsızlık diye bir şey olanaklı değildir; çünkü biz ne kadar çabalarsak çabalayalım benliğimizi koşullandıran etkenlerden kaçamayız. Her şeyden önce, bütün siyasal düzenlerin birtakım değerleri barındırdığı

[263] Etzioni, **Golden Rule**, ss. 3–34.
[264] Sandel, **Liberalism,** s. 9.

gerçeğini inkâr edemeyiz. Soru şudur, hangisinin değerleri diğerlerinkine üstün gelecek? Liberalizmin yaptığı, bir yandan tarafsızlık iddiasında bulunurken, diğer yandan kendi bireyci (individualistic) değerlerini topluma onaylatmaktan ibarettir. İmgesel bir noumenal mekânda, aşkın bir özne tasavvurundan başka bir şey öngörmeyen liberalizm, insanın sosyal doğasını gözardı ederek, hiçbir zaman olanaklı olmayan bir tarafsızlık yanılsaması / illüzyonu sunmaktadır.[265]

Sosyolojik itirazın çağdaş liberalizm bakımından yeterince güçlü olmadığını Sandel de itiraf etmektedir. Sosyolojik itiraz, liberalizmin tarafsızlık iddiasını yanlış anlamaktadır. Buradaki tarafsızlık, "*ben*"in bir takım kanaatlerden, önyargılardan arınmış olması değildir; ancak, bu yargıları yaratan değerlerin ve amaçların "*ben*"in kimliğini (identity) belirlememesidir. Kısaca, kendimi, sahip olduğum bir takım değerlerden ve amaçlardan ayrı olan bir "ben" ile tanımlayabilirim. Dahası Kant'ın *"aşkın ben*"i, Rawls'ın "*orijinal durum*"daki ben"i ile yer değiştirmiştir. Bu durumda yukarıdaki eleştiri yeterince güçlü olmayacaktır.[266]

Ne var ki, liberalizmin "*ben*" anlayışına yöneltilen ikinci itiraz da oldukça sorunlu gözükmektedir Sandel'e göre. Bu itirazın kaynağında, Kantçı deontolojinin, David Hume'ün ampirist "*ben*" ve "*toplum*" anlayışıyla yeniden formüle edilmesi yatmaktadır. Bunlar da, hakların kategorik olarak tanımlanmasından ve "iyi" düşüncesine öngelmesinden yanadırlar. Bu nedenle Sandel, bu anlayışı savunan yazarları, revizyonist Kantçılar olarak nitelendirmektedir. Revizyonistlerin, en önemli temsilcilerinden biri olan Rawls'un, Kantçı "aşkın ben" anlayışını Hume'ün ampirist ben anlayışı ile revize etmesi, liberalizmin deontolojik "ben" anlayışıyla kurguladığı adalet kuramını tutarlı hale getirmemiştir. Revizyonistlerin aşkın ben anlayışına yöneltmiş oldukları eleştiriler, kendilerinin kurguladığı aşkın olmayan fakat halen deontolojik karakterinden hiçbir şey kaybetmemiş ben anlayışları için de geçerliliğini sürdürmektedir.[267]

Öyleyse sorun, "ben"in aşkın ya da ampirist karakterinin olup olmamasından kaynaklanmamaktadır. Eğer ampirist bir anlayışla deontolojik "ben" yorumlanırsa, Rawls'ın, adaletin birincil önceliğinin (priority of justice) bütün toplumlar tarafından

[265] Sandel, **Liberalism,** ss. 11–12.
[266] Sandel, **Liberalism,** ss. 12–13.
[267] Sandel, **Liberalism,** s. 13–14.

geçerli olduğu yönündeki savını ispat etmesi gerekecektir. Bunun yalnızca organize olmuş siyasal toplumlar bakımından araştırılması da yetmeyecektir. Ayrıca, aileden, mahallelere, köylere, kasabalara, şehirlere, oradan üniversitelere ve sendikalara varıncaya kadar pek çok alanda bu araştırmanın yapılması gerekmektedir. Bu ise daha çok sosyolojik bir temellendirme çabası olacaktır. Adaletin, bütün toplumlarda ve topluluklarda en yüksek değer olarak kabul edildiğine ilişkin bir genellemenin ise sosyolojik olarak desteklenmesi pek olanaklı gözükmemektedir. Örneğin, ilişkilerin şefkat çerçevesinde yürütüldüğü bir aile için adalet düşüncesi pek çok değer karşısında gerilerde bir yerde duracaktır. İlişkilerin bu şekilde yürütülmediği daha bireyci bir aile modelinde ise adalet düşüncesi daha ön sıralarda bir yer işgal edebilir.[268] Değerlerin evrenselliği ve adaletin birincil bir değer olduğu iddiasının ampirik açıdan temellendirilmesi çabası başarılı olamamıştır. Başka bir deyişle, deontolojik ahlak felsefesi, ahlak yasalarının ampirik değil, aşkın ve kategorik temellendirilmesini öngörebilir. Ne var ki, ahlak yasalarını kategorik olarak tanımlayan Kant, adaletin evrensel olarak birincil bir değer olduğuna ilişkin bir iddiada bulunmamıştır. Bu nedenledir ki Rawls, deontolojik ben anlayışını Hume'ün ampirist ben anlayışıyla kaynaştırarak yeniden yorumlamaya girişmiştir.[269]

Rawls'un, kuramsal ve varsayımsal *başlangıç durumu* (original position) kurgusunda, bireylerin adalete yönelmelerini sağlayan motif/saik Hume'cü bir anlayışla ampirik koşullanmalardan bağımsız olarak yorumlanamaz. Ayrıca, böyle bir motifin sözkonusu genellemeyi yapmamızı sağlayacak kadar bireylerin büyük çoğunluğu tarafından paylaşıldığını söylemek olanağımız da bulunmamaktadır. Böyle bir sav, a priori bir kabulün ötesine geçemez. Özetle, varsayımsal bir başlangıç durumu ampirik verilerle desteklenemez.[270]

O halde yapılması gereken, söz konusu aşkın ve soyutlanmış "*ben*"in olanaklılığını tartışmak yerine, liberalizmin kurguladığı adalet teorisinin deontolojik bir "*ben*" düşüncesiyle bağdaşıp bağdaşmadığını araştırmak olmalıdır. Deontoloji bizi, ahlaki deneyimlerimizin vazgeçilmez birtakım unsurlarından ayırmaktadır. Bireyi sahip olduğu amaçlardan ve onu belirleyen özelliklerden soyutlamaktadır.

[268] Sandel, aile örneğini Hume'ün *A Treatise of Human Nature* (İnsan Doğası Üzerine Bir Deneme) adlı yapıtından almıştır. Bkz. Sandel, **Liberalism,** s. 169.
[269] Sandel, **Liberalism,** s. 28–40.
[270] Sandel, **Liberalism,** ss. 45–50.

Bireyi bütün bu unsurlardan soyutlanmış bir kimlikle tanımlamaktadır. Halbuki birey, belirli bir ailenin, toplumun, ulusun ya da halkın üyesidir. Kendimizi, belirli bir tarihin taşıyıcısı, bir devrimin çocukları ya da bir cumhuriyetin vatandaşları olarak tanımlarız. Bir kişinin bütün bu özelliklerinden arındırıldığını, hiçbir ahlaki yargısının bulunmadığını, yalnızca ideal bir özgürlük ve rasyonalite ile tanımlandığını düşünün; böyle bir kimse nasıl oluyor da ahlaki alanda kendi özbilgisine (self-knowledge) sahip olabiliyor? Ahlaki zemini bulunmayan bir kişinin amaçlarını belirleme yönünde vereceği karar tesadüfi bir keyfilikten (arbitrariness) başka bir şey olmayacaktır. Birey, bir seçim (tercih) yapıyorsa, bunu belirli bir karakteristiği olan bir "ben"e uygun olarak yapabilir. Sözkonusu niteliklerden soyutlanmış bir "*ben*"in *tercihinden* söz etmek çelişkidir. Kısacası, Sandel'e göre *"deontolojik ben*" tanımlaması, adaleti toplumda birincil değer olarak benimseyen bir teoriyle bağdaşmamaktadır.[271]

Charles Taylor, "*Negatif Özgürlük Anlayışında Yanlış Olan Nedir*" isimli makalesinde pozitif özgürlüğe Isiah Berlin gibi liberaller tarafından yöneltilen eleştirileri yanıtlamaya çalışmış ve negatif özgürlük anlayışının gerçek özgürlüğü tanımlamakta yetersiz olduğunu ileri sürmüştür. Taylor'a göre negatif özgürlük yanlıları, özgürlüğü Hobbes'çu bir yaklaşımla tanımlamaktadırlar. Hobbes'çu negatif özgürlük anlayışı ise kısaca, bireyin diğerlerinin müdahalesinden bağımsız olması demektir. Özgürlüğe müdahale edebilecek olan "diğerleri" ise yönetimler, şirketler ya da özel kişiler olabilir. Fakat bunlar münhasıran dışsal aktörlerdir. Böylece negatif özgürlük yanlıları, pozitif özgürlük tarafından tanınan "içsel unsurları" tamamen özgürlük tanımlamasının dışında tutmaktadır. Yine negatif özgürlük yanlıları, özgürlüğü, "ortak yaşam üzerinde kolektif denetim" olarak tanımlayan Rousseau ve Marx gibi pozitif özgürlük savunucularının argümanlarını tamamen reddetmektedirler.[272]

Taylor'a göre negatif özgürlük taraftarlarının pozitif özgürlük anlayışını tümden reddetmelerinin temelinde, bu anlayışın resmi komünizm gibi bir takım totaliter rejimler tarafından savunuluyor olması yatmaktadır ki, bu köktenci yaklaşım

[271] Sandel, **Liberalism,** ss. 59–65 (özellikle bkz. s. 65), ss. 179 vd.
[272] Charles Taylor, "*What is Wrong with Negative Liberty",* **Oxford Readings in Politics and Government**, Oxford University Press, UK 1991.

doğru değildir. Negatif özgürlük yanlıları, kişinin özgürlüğü gerçekleştirebilme kapasitesine sahip bulunup bulunmadığı sorununu tümüyle dışlayarak, totalitarizmle aralarına bir hendek kazma yolunu tercih etmişlerdir. Bununla birlikte pozitif özgürlük, totaliter anlayışlarla kendi alanında mücadeleyi göze alabilmektedir. Negatif özgürlük yanlılarını, pozitif özgürlüğe karşı çıkmaya yönelten bir diğer neden ise, batı toplumları içerisinde önemli yer tutan ve özellikle de Hobbes ve Bentham gibi düşünürler tarafından biçimlendirilmiş olan metafizik karşıtı, doğa bilimleri eksenli materyalist düşünce biçimleri olmuştur.[273]

Özgürlüğün bütünüyle, ortak yaşam üzerinde kolektif denetimden ibaret olarak tanımlanması ve kolektif denetimin dışında bir özgürlükten söz edilemeyeceğini söylemek, kuşkusuz makul bir yaklaşım olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla, kişinin özgürlüğe zorlanması gerektiğini ileri süren Rousseau'cu bir özgürlük anlayışı da kabul edilemez.[274]

Öte yandan, özgürlüğü fiziksel ya da hukuksal yalnızca bir takım dışsal engellerin ortadan kaldırılması olarak tanımlamak, liberalizmin savunmuş olduğu özgürlük anlayışı bakımından dahi tutarsız olacaktır. Eğer biz bireyin özgürlüğünü tanımlarken, onun özerk ve bağımsız bir kimliği olduğuna dikkat çekmek suretiyle, kişinin kendi kendisini gerçekleştirmesinden (self-fulfilment) ya da varlığının bilincine varmasından (self-realization) söz ediyorsak, dışsal nedenler kadar içsel nedenler yüzünden de bunun başarısızlığa uğrayabileceği gerçeğini göz önünde tutmalıyız.[275]

Negatif özgürlük teorileri, fırsat özgürlüğü kavramına (opportunity-concept) dayanmaktadırlar. Kişinin kendisine izin verilen özgürlüklerden hangilerini kullanabilip kullanamadığına bakılmaksızın vitrinde kendisine sunulan bir takım özgürlük seçenekleri çerçevesinde özgür olduğu kabul edilir. Kişinin özgürlük alanı, bu özgürlükleri kullanma bakımından yolu üzerinde dışsal engellerin bulunmamasıyla ölçülmektedir.[276] Halbuki pozitif özgürlük anlayışını savunan öğretiler, bireyin yaşamı üzerinde gerçek bir denetim icra edebilmesini esas almaktadırlar. Buna göre bir kimsenin özgür olup olmadığı, o kişinin yaşamına

[273] Taylor, "*What is Wrong*...", ss. 145, 148, 149.
[274] Taylor, *"What is Wrong…",* ss. 141–142.
[275] Taylor, *"What is Wrong…",* s. 143.
[276] Taylor, *"What is Wrong…",* s. 144.

gerçek anlamda yön verebilmesi ve yaşamı hakkında belirleyici olan kararları alabilmesi bakımından değerlendirilmelidir. Buradaki özgürlük anlayışının soyut bir özgürlük olmadığı, uygulamalı özgürlük (exercise-concept) olduğu belirtilmektedir.[277]

Kişinin sahip olduğu birtakım kapasiteleri gerçekleştirebilmesi için, öncelikle bu kapasiteleri algılayabilmesi, sahip olduğu kapasitelerin farkında olması gerekmektedir. Eğer kişi, yaşamında gerçekleştirmeyi düşündüğü hedefleri doğru düzgün belirleyemiyor, ahlaki alanda tercihlerini ortaya koyamıyorsa, kişinin yaşamını biçimlendirmesi ve taleplerini belirleyebilmesi de mümkün olamayacaktır. Bütün bu sorunlar, dışsal bir takım faktörlere bağlı olduğu kadar içsel pek çok faktörle de doğrudan ilintilidir. Bu demektir ki, J.S. Mill, Thomas Emerson gibi negatif özgürlük yanlılarının da savunmuş oldukları kendi kendini gerçekleştirme tezi, Hobbes'çu salt bir negatif özgürlük anlayışı ile uyuşmamaktadır.[278]

Taylor, kişinin motivasyonları, arzuları ve talepleri arasından doğal olarak bir derecelendirme yaptığı gibi, kişinin özgürlüğünü sınırlandıran engeller arasında da bir derecelendirme yapmaktadır. Örneğin, trafik ışıklarının da kişinin hareket özgürlüğünü sınırlandırdığını, ancak kimsenin bunu ibadet özgürlüğüne getirilen sınırlama gibi algılamadığını belirtmektedir. İnanç özgürlüğü, dindar bir Katolik için olduğu kadar, bir ateist için de çok önemlidir. Kişi, ahlaken iyi olan ile olmayanın araştırmasını yapıyor, yaşamında bir takım amaçlar ediniyor ve bunlar arasında bir önem sıralaması yapıyorsa bu, onun ahlaki bir varlık olması nedeniyledir.[279]

İnsan toplum içerisinde büyüyüp yetiştiğine göre, bu amaçları belirleyebilecek kapasiteye ulaşması ve motivasyonları arasında belirlemiş olduğu amaç doğrultusunda tercihlerini yapabilmesi, negatif bir özgürlük anlayışı çerçevesinde mümkün olabilir mi? Taylor'a göre bu pek de olanaklı değildir. O, sorunu bir adım daha ileriye götürmekte ve kişinin bütün bu amaçları belirleyebildiği varsayılsa bile, onları gerçekleştirebilmesinin pek çok içsel nedene bağlı olduğunu belirtmektedir. Örneğin, toplum önünde konuşma korkusu olan bir kimse, bunu aşmanın kariyeri için çok önemli olduğunun bilincinde olsa bile bu korkuyu

[277] Taylor, *"What is Wrong…",* s. 143.
[278] Taylor, *"What is Wrong…",* ss. 147–148.
[279] Taylor, *"What is Wrong…",* ss. 151–152.

yenemeyebilir. Poker tutkunu olan bir kimse, bunun evliliğini sona erdireceğinin gayet farkında olabilir; yine de bu tutkusunu denetim altına alamayarak hiç istemediği bir sona sürüklenebilir. Bazı toplumlarda, kan davası güdüsüyle başka bir kişinin ölümünü arzulamak, aşağılanan bir duygu olmanın ötesinde onurlu bir görev olarak hissedilebilmektedir. Devletin, yeni bir etik anlayışla bu durumu çözümleme yoluna gitmesi, huzur ve barış için insanların kişisel intikam almalarını engellemesi gerekir; değilse insana ait bir özellik olan öç alma duygusunu tümüyle ortadan kaldırabilmek amacıyla insanın yeniden koşullandırılmasını önermek, onu insanlıktan çıkarmakla aynı anlama gelecektir. Denetim altına alamadığımız intikam duygularımız ya da rahata olan aşırı düşkünlüğümüz, yaşamımızda amaç edinecek kadar önemsediğimiz birtakım şeyleri yok edebilir. Kısacası, kişi pek çok durumda, yaşamsal önem atfettiği değerleri yok eden davranışları karşısında eli kolu bağlı bir seyirci durumuna düşebilmektedir.[280]

Taylor, bu örnekler karşısından negatif özgürlük teorisinin savunulamayacağını; zira kişinin kendi kendisini gerçekleştirebilmesi için dışsal engellerin ortadan kaldırılmasının yetmeyeceğini, aynı zamanda tümüyle içsel olan dürtüsel (motivational) engellerin de ortadan kaldırılması gerektiğini savunmaktadır.

Komüniteryan özgürlük anlayışı kimi açılardan Marksist özgürlük anlayışı ile benzerlik içerisindedir. Her iki özgürlük anlayışı da liberalizmin negatif özgürlük anlayışının yetersizliğini vurgulamakta ve kişinin özgürleşmesinin sadece dışsal engellerin kaldırılması ile mümkün olamayacağını savunmaktadır. Kişinin bir takım korkuları ya da arzuları, özgürlüğünün önünde engel olarak görülebilmektedir. Bu durum, Marksizmde insanın yabancılaşmasının sonucudur ve belirli bir topluma özgüdür. Komünist aşamada gerçekleşecek olan toplum düzeninde kişinin arzuları dengesini bulmuş, bu toplumun ulaştığı bilgi düzeyi sayesinde kişinin kendisine yabancılaşması da ortadan kaldırılmış olacaktır. Halbuki komüniteryan anlayış, bu gibi içsel nedenleri verili birer vakıa olarak kabul etmekte, bunları ortadan kaldırmak için devrimci bir anlayışla toplumsal yapıyı değiştirmek gerektiğini ileri sürmemektedir. Kişilere, yaşamları hakkında gerçek seçimleri yapabilmeleri ve

[280] Taylor, *"What is Wrong…",* ss. 153–159.

yapmış oldukları bu seçimleri gerçekleştirebilmeleri için gerekli olanakları sağlamak gerekir.

3) Sosyal Eksenli Sınırlı Pozitif Özgürlük Anlayışı

T.H. Green ve Johan Galtung gibi temelde sosyal devlet anlayışına yakın olan, pozitif özgürlüğü, özgürlüğün olmazsa olmaz biçimi olarak tanımlayan, gerek Marksizmin gerekse komüniteryan anlayışın liberalizme yöneltmiş oldukları bazı eleştirilere destek veren yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarları, Marksist ya da komüniteryan olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu bakımdan, onları sosyal eksenli sınırlı pozitif özgürlük yanlıları olarak gruplandırmak daha yerinde gözükmektedir. Tarihsel sıra dikkate alınarak Green'in görüşlerinin incelenmesine öncelik verilecektir.

Green, Leicester Liberal Topluluğunda vermiş olduğu bir konferansında, özgürlüğün sahip olduğumuz en kutsal değer olduğunu ve vatandaş olarak ona ulaşmanın en yüksek hedef olması gerektiğini belirtmektedir. Green'e göre özgürlük, sırf baskı ve kısıtlamalardan masun/korunmuş olmak anlamına gelmez. Özgürlük, bir kişinin ya da toplumun bir kesiminin, diğerlerinin özgürlüklerinin azaltılması pahasına özgürlükten yararlanması demek de değildir.[281] Özgürlük, diğerleri ile ortak biçimde, yapılmaya değer olan şeyleri yapabilme kapasitesine ve erkine (power) sahip olabilmek demektir. Bu da özgürlüğün pozitif bir niteliğinin bulunması anlamına gelmektedir. Bireyler birbirlerine karşılıklı olarak gerekli güven ve yardımı sağlamalıdırlar. Ortak iyiliğin (common good) gerçekleştirilmesine maksimum katkının sağlanabilmesi amacıyla herkesin kapasitesinin eşit biçimde özgürleştirilmesi gerekmektedir. Hiç kimsenin, bu amaca aykırı olarak davranmaya hakkı bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, toplum tarafından herkese bir ödev olarak verilmiş olan ortak iyiliğin gerçekleştirilmesi hedefi, kişinin haklarının sınırını oluşturmaktadır.[282] Bir toplumda özgürlüğün ölçütü, her bir bireyin yararına olan

[281] Thomas H. Green, "*Liberal Legislation and Freedom of Contract"*, **Oxford Readings in Politics and Government**, Oxford University Press, UK 1991, s. 21.
[282] Green, konuyu özellikle sözleşme özgürlüğü ve mülkiyet hakkı açısından özgürlüğü ele almaktadır. Bkz. Green, "*Liberal Legislation ..."*, s. 23.

toplumsal iyinin gerçekleştirilebilmesi için yapılan katkıların değeri ve bu alandaki gelişmelerle belirlenebilir.[283]

Öte yandan, kişinin kendi iradesiyle değil de zorlama ve baskı altında hareket etmesi durumunda özgür olduğundan söz edilemez. Ancak, sadece bu dışsal zorlama ve baskıların ortadan kaldırılması da kişinin özgür sayılması için yeterli değildir. Başında bir efendisi olmayan vahşinin özgür olduğunu söyleyebilir miyiz? Bu kişi, toplum içerisinde yaşamadığından davranışlarını sınırlayan hiçbir kural bulunmamaktadır; bununla birlikte vahşi, insanın kölesi değilse de doğanın kölesi durumundadır. İnsan kendisine lütfedilen fakülteleri tam kapasite ile kullanabilmelidir. Bu, bir kişinin ya da sınıfın diğerlerinin dezavantajına olacak biçimde bir kullanıma hakkını olduğunu göstermez. Zira önemli olan, toplumsal iyinin azami ölçüde gerçekleşebilmesine olanak sağlamaktır.[284]

Belirtmek gerekir ki Green, hem Hegelci hem de Marksist özgürlük anlayışına karşıdır. Devleti birey ve toplum karşısından yücelten Hegelci anlayışı eleştirmektedir. Bu anlayışın gerçekte, bir avuç insanı, toplumun geriye kalanını aşağılamak pahasına yüceltmekten başka bir şey olmadığını söylemektedir.[285]

Aynı eleştiriyi Marksistlere de yöneltmektedir. Özgürlük, toplumda belirli bir sınıfın diğerlerinin aleyhine olacak biçimde özgürleştirilmesi anlamına gelemez. Özgürlük sosyal amaçlı olarak tanımlansa da temelinde birey vardır. Kendisi, mülkiyet hakkına karşı değildir, fakat onun kullanımının toplum yararıyla sınırlı tutulmasını istemektedir. Ekonomik sisteme, toplumda olumsuz konumda bulunanların haklarını korumak ve onlara gerçek özgürlüğü verebilmek amacıyla, devletin müdahale etmesinden yanadır. Ancak, söz konusu müdahale, Marksizmde olduğu gibi devrimci bir karakter taşımamaktadır. İngiltere'de mevcut siyasal sistemi kökten değiştirmeye yönelik bir müdahale talebi de içermemektedir. Sistemin, sosyal devlet anlayışı çerçevesinde revize edilmesinden yanadır. O, işçilerin daha iyi koşullarda çalışabilmeleri için devletin gerekli müdahaleleri yapmasını istemektedir. Liberalizmin, yönetimin merkezileşmesine ve daha çok müdahaleci bir tavır

[283] Green, "*Liberal Legislation…"*, s. 22.
[284] Green, "*Liberal Legislation…"*, s. 22.
[285] Green, "*Liberal Legislation…"*, s. 23.

almasına da karşıdır. Bu müdahalenin yerel düzeyde yapılabileceğini savunmaktadır.[286]

Ne var ki Green, özellikle J.S. Mill ve onun yolundan giden liberallerin bireyci özgürlük anlayışına da karşı çıkmaktadır. Green için, toplum yararına olan aynı zamanda bireyin de yararına demektir. Bu ikisinin çıkarlarının çatışması diye bir şey olamaz. Toplumsal iyiyi gerçekleştirmek için bireylere yönelik bazı kısıtlamalar meşrudur ve bu aynı zamanda bireyin de özgürleştirilmesi için gereklidir. Kişinin kendi iradesiyle kendisini köleleştiren bir sözleşmeye imza atması durumunda, bu sözleşmeyi geçerli sayabilir miyiz? Aynı biçimde, çocukların ve kadınların çalışmalarıyla ilgili konularda devlet doğrudan müdahaleci bir tavır almalıdır. Böyle bir müdahale, aile reisi konumundaki kişileri de gerçekte rahatlatacaktır. Bu onların olduğu kadar tüm toplumun da yararına olacaktır. Devletin böyle bir sınırlandırmayı yapmaması halinde bu kişiler, çocuklarını ve eşlerini yoğun çalışma ortamına iteceklerdir. Bunu her zaman isteyerek yaptıklarını söylemek doğru değildir.[287]

Benzeri bir durum, alkol tüketimi için de geçerlidir. Alkol tüketiminin engellenmesi için devlet harekete geçmelidir. Alkolün topluma verdiği zararlar açıktır. Bireylerin kendilerini kontrol etmelerini beklemek boşuna bir iştir. Alkol, bağımlılık yapmaktadır ve kişinin iradesi bu noktada çözülmektedir. Öyleyse bu kişilerin alkol tutsaklığından kurtarılmaları ve böylece özgürlüklerinin iade edilmesi gerekmektedir. Nihai olarak toplumsal iyinin gerçekleşmesi de bu noktada ancak devletin getireceği yasaklarla mümkün olabilir. Kısacası, devlet bireylerin özgürleştirilmesinde aktif rol oynamalı, kimi konular bireyin iradesine bırakılmamalıdır.[288]

Green'in alkollü içeceklerle ilgili olarak ileri sürmüş olduğu bu görüşler, 20. yüzyılın başlarında ABD'de bir süreliğine uygulanmış, ancak bu yasak, toplum tarafından benimsenmemiş ve dolayısıyla da etkili olamamıştır. Nihayet bu yasak bir anayasa değişikliği ile ortadan kaldırılmıştır.[289] Green'in ileri sürdüğü biçimde alkolün toplum üzerinde birey iradesini ortadan kaldıracak biçimde olumsuz

[286] Green, "*Liberal Legislation…"*, ss. 24–25.
[287] Green, "*Liberal Legislation…"*, ss. 25–28.
[288] Green, "*Liberal Legislation…"*, ss. 28–32.
[289] Bu yasak, 1919 yılında ABD Anayasasının 18. Değişikliği ile getirilmiş ve 1933 yılında Anayasaya yapılan 21. Değişiklikle kaldırılmıştır.

etkilerinin bulunduğu konusunda ne ulusal düzeyde ne de uluslararası düzeyde bir konsensüsün oluşmadığını belirtmek gerekir. Ne var ki, Green'in savunmuş olduğu bu görüşler, alkol konusunda değil ama diğer başka konularda geçerli hale gelebilmiştir. Örneğin, uyuşturucu maddelerin bireyler üzerindeki etkileri nedeniyle, bireysel bir tercih konusu olmaları dikkate alınmaksızın uluslararası toplum tarafından yasaklanması böyledir. Bugün sigara ile ilgili olarak uygulanan politikaların da aslında sigara içenlere yönelik önemli yaptırımlar içerdiğini söylemek gerekir. Sigaranın zararları konusunda da uluslararası bir konsensüs oluştuğunu söylemek yanlış olmaz. Sigara üzerindeki yüksek vergilendirmenin Hart'ın tanımlamasıyla sigara içenlere yönelik bir nevi caydırıcı yaptırım olduğunu söylemek yanlış olmaz.[290] İnsan sağlığına zararları açısından, üzerinde uluslararası mutabakat olan konularda, uluslararası toplumun pozitif özgürlük anlayışına sıcak baktığını söylemek yanlış olmayacaktır.[291]

Green'in savunmuş olduğu bu görüşler, Berlin tarafından pozitif özgürlük olarak nitelendirilmiş ve o, totalitarizme çanak tutmakla eleştirilmiştir. Ne var ki, bu görüşler, bu gün de bazı temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminde geçerliliğini belirli ölçüde de olsa korumaktadır. Örneğin, gerek görsel gerekse yazılı basında yukarıda sözü edilen maddelerin her türlü teşvik edilmesine karşı pek çok ülkede sınırlamalar getirilmiştir. Üstelik bu sınırlamalar, yalnızca çocukları korumaya yönelik olmayıp yetişkinler için de öngörülmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, eğer liberalizm bireyci bir ideoloji olarak tanımlanırsa, Green liberal sayılmaz. Bununla birlikte onun özgürlükçü, insancıl ve hoşgörülü bir bilgin olarak tanımlandığı görülmektedir. Green'in özgürlükçü çizgisi, kimi yönlerden muhafazakârlığa kaymakta, kimi zaman da sosyal demokrasiye uzanmaktadır. Onun felsefesi, sınıf mücadelesine dayanmayan bir sosyal reform temeline dayanmaktadır. Bu bağlamda, özgürlüğün gerçekleşmesi için devletin olumlu edimi vazgeçilmez bir unsur olmaktadır. Başka bir deyişle özgürlük *laissez-*

[290] Hart'ın bir takım vergilerin gelir elde etmek amacı dışında, bireyleri bir takım etkinliklerden caydırmak amacıyla uygulanabildiğine ve böylece bu tip vergilendirmelerle ceza hukuku anlamında uygulanan diğer bir takım yaptırımlar arasındaki ayırımın bulanıklaştığına ilişkin görüşleri için bkz. H.L.A. Hart, **The Concept of Law**, Clarendon Law Series, Oxford University Press, UK 1961, s. 39.

[291] Örneğin, uyuşturucu madde bağımlılarının tedavi olma yükümlülükleri vardır. Bunun nedeni bireylerin kendiliklerinden bu bağımlılıktan kurtulamıyor olmalarıdır. Dolayısıyla bireylerin uyuşturucudan özgürleştirilmeleri devlet eliyle gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.

faire doktrinin tanımladığı biçimde olumsuz/negatif bir kavram olmaktan çok olumlu/pozitif bir kavram olmaktadır.[292]

Green'den yaklaşık yüz yıl sonra Johan Galtung, hem Marksizmin hem de komüniteryanların liberalizme yöneltmiş oldukları eleştirileri dikkate alarak insan haklarını farklı bir açıdan yorumlamıştır. Ona göre insan hakları Batılıdır, ama bu hakları en fazla ihlal etmiş olan yine Batının kendisidir. İnsan haklarını, insan ihtiyaçlarına bağlı olarak inceleyen Galtung, evrenselliği ileri sürülebilecek üç temel hak tanımıştır. Bunlar, kişinin bedensel ve manevi dokunulmazlığı, yasa önünde herkesin eşit sayılmasıdır. Bu hakların dışında kalan hakların yorumlanması, kültürlerin farklılığı ilkesine göre olacaktır. Bu bakımdan da Batı, söz konusu hakların belirlenmesinde ve yorumunda diğer kültür çevrelerinden yararlanmalıdır.

Galtung, insan haklarını salt bireyin hakları olarak yorumlayan liberal anlayışa karşı çıkmaktadır. Öte yandan birey haklarını, grup hakları ya da kolektif haklar olarak yorumlayan Marksist ve komüniteryan anlayışlara da karşıdır. Ona göre kimi haklar niteliği gereği belirli bir topluluğa aittir ve bu türden hakların bireysel haklar biçiminde karşılıkları bulunmamaktadır. Örneğin, ulusun kendi kaderini tayin hakkının hiçbir bireysel karşılığı bulunmamaktadır. Benzeri biçimde ifade özgürlüğü hakkı, açık bir biçimde bireysel özgürlüklerin bir toplamıdır; çünkü yalnızca bireyler kendilerini ifade ederler.[293]

Marksizmde olduğu gibi, yabancılaşma kavramı Galtung için de önemlidir. Kişinin emeğine yabancılaşmasıyla ilgili olarak verdiği, fabrikada çalışan mavi yakalı emekçilerin ürettikleri ürünlere imza atamamaları ve bir anlamda mavi yakalının kendi emeği ile özdeşleşememesi örneği, Marksist yaklaşımla örtüşmektedir. Ancak, Galtung'un yabancılaşmaya yaptığı atıf daha dar ve sınırlı bir alana karşılık gelmektedir. Onun talebi, burada bir iyileştirmeyle sınırlıdır.[294] Kapitalist toplumun ya da geçmişin pisliklerini temizlemek gibi köktenci bir önerisi yoktur. Yeryüzünde mevcut kültürlerin bir zenginlik olduğunu kabul eder ve Batının bunlardan yararlanmıyor olmasını eleştirir.[295]

---

[292] Bkz. Skirbekk/Gilje, ss. 347–348.
[293] Galtung, **Başka Açıdan,** s. 36.
[294] Galtung, **Başka Açıdan,** ss. 94–95.
[295] Galtung, **Başka Açıdan,** s. 33; Yine O'nun şu sözleri, komüniteryan anlayışa da yakınlığını ortaya koymaktadır: "*Peki, başkalarıyla birlikte bir cemaat olarak tanımlanma hakkı ne olacaktır? Kültürel*

Galtung, özgürlük ve kimlik ihtiyaçlarını manevi ihtiyaçlar olarak nitelendirmekle birlikte, onun ayırımında, özgürlüğün tek bir yönü vardır; o da pozitif özgürlüktür. Bu anlamda, devletin ya da siyasal toplumun (ve belki uluslararası toplumun), bu özgürlüklerin yaşama geçirilmesinde somut yükümlülükleri vardır. Zira bütün temel hak ve özgürlüklerin toplum ve devlet içerisinde birer kurumsal karşılığı vardır.[296] Örneğin, kimlik ihtiyaçları (yabancılaşmayı önlemek için), kendini ifade etme, yaratıcılık, praxis ve işlerin karşılığında, çalışma, tatil, eğlence, medya ve doğal parklara kadar uzanan bir dizi liste bulunmaktadır.[297]

İfade özgürlüğü, toplanma ve dernek kurma özgürlüğü gibi bir takım hakların tanınması yeterli değildir. Batıda bu gibi hakların tanınmış olmasının eksik kalan tarafı, sözkonusu hakların siyasal süreci Batı tarzı bir kurumsallaşmaya itmeleri anlamına gelmektedir. Bu hakların salt ifade edilmiş olmaları, bireylere alternatif toplumsal oluşumları deneme özgürlüğü ile hayat tarzlarında daha zengin seçeneklere sahip olma özgürlüğünü veremeyebilir.[298]

---

kimlik olarak yorumlandığında, bu hak insan hakları geleneği tarafından kapsanmaktadır. Ancak, bu durumda "ötekiler"in cinsiyet ve yaş grupları ya da sınıflar ve ırklar gibi diğer büyük gruplardan çok uluslar olarak yorumlandığına işaret edilmelidir. [Klasik insan hakları anlayışında] uluslar dışındaki gruplar hukuki olarak tanımlanmamışlardır. Üstelik bunlardan bazıları uluslar kadar, [hatta] onlardan bile önemli olabilir." Galtung, **Başka Açıdan**, s. 95.

[296] Galtung için barışın elde edilmesi ve yeryüzünde şiddetin son bulabilmesi için *praxis* önemlidir. İnsanlığın yeniden bir araya gelebilmesinin ve barışın kurulabilmesinin yolu, devletlerin ve bireylerin pozitif edim yükümlülüklerinin farkına vararak bu konuda etkin bir çaba içerisinde olmalarına bağlıdır. Praxis, onun *positive peace* (olumlu barış) olarak nitelendirdiği ve eserlerinin temelini oluşturan bir kavrama dönüşmüştür. Bu konuda özellikle onun şu eserine bakılabilir: Galtung, **Peace: Research, Education, Action: Essays in Peace Research**, Vol. I, Published by Christian Ejlers, Copenhagen 1975, ss. 251–262.

[297] "*Dolayısıyla"*, diye ekliyor Galtung, "*burada güç kullanma ihtiyacı, özellikle de sistemi diğer ihtiyaçları daha iyi doyuracak biçimde değiştirme gücünü kazanma ihtiyacı sözkonusudur. Bunun olması için, toplum ve dünyanın nasıl işlediği ile ilgili bilinç, bütün taraflarca kabul edilmiş eylem ve değişim için şiddet barındırmayan bir karşı çıkış yeterli değilse de, en azından gerekli malzemelerdir… Belki de en önemli açılım, alternatif toplumsal oluşumları deneme özgürlüğü ile hayat tarzlarında daha zengin seçeneklere sahip olma özgürlüğü olacaktır… Bir toplumun vatandaşlarına gerçek seçenekler sağlayacak fırsatlar aralığı ne olacaktır? Ayrıca, eğer alternatif hayat biçimlerini deneme hakkı daha iyi kurumsallaştırılmış olsaydı bunun toplumlar üzerindeki etkisi ne olurdu? Bu etkilerin son derece önemli olacağı, deneylerden elde edilen deneyimlerle zenginleşen bir toplumun, krizlerle başa çıkma açısından hiç bu tür deneyleri olmamış, bir günden diğerine yalnızca kendini tekrar eden, mekânın her noktasında homojen olan ve bu yüzden de doğal ve toplumsal felaketlere uğradığında başvurabileceği hiçbir alternatifi olmayan bir toplumdan çok daha iyi konumda olacağı iddia edilebilir."* Galtung, **Başka Açıdan,** s. 86.

[298] Galtung, **Başka Açıdan,** s. 91–92. Galtung, **Peace**... s. 262.

Bireylerin, kendileri için gerekli olan şeyleri belirleyebilmeleri, başka bir deyişle doğru bir ihtiyaç analizi yapabilmeleri için dünyanın nasıl işlediği ile ilgili bir bilince ulaşmaları gerekmektedir. Böyle bir bilinç piyasası nasıl oluşacaktır? Batı liberalizminin yarattığı ve savunduğu kurumlar bunun için yeterli olmayabilir. Örneğin, siyasal partilerin ve seçimlerin, böyle bir bilinç piyasasının oluşumu için gerekli oldukları söylenebilirse de yeterli oldukları söylenemez. Partiler, insanları seferber etmenin ve örgütlemenin yollarıdır ama onları disiplin altına almanın ya da seferberlikten alıkoymanın yolları da olabilirler. Kuşkusuz böyle bir bilinç kendiliğinden oluşamaz; bu bilinci oluşturacak ortamın hazırlanması gerekir. Galtung ayrıca, insanlara sunulan seçeneklerin *gerçek*[299] seçenekler olması gerektiğinden söz etmektedir. Bu daha çok Marksizmin, liberalizmin hak ve özgürlük anlayışına yöneltmiş olduğu eleştirileri çağrıştırmaktadır. Özgürlük, bireyin kullanabileceği, ulaşabileceği bir yerde olmalıdır. Bireylerin temel etkinlikleri, farklı yaşam alternatiflerine gerçekten sahip olmalarına elverecek şekilde düzenlenmelidir.[300]

Yeryüzünde tek düzelik değil, çeşitlilik egemendir. Çeşitliliğe ulaşılabilecek kanalların açık tutulması önemli bir konudur. İnsanlara sunulan seçeneklerin ulaşılabilir bir yerde ve gerçekçi olması gerekmektedir. Bütün bunlar siyasal toplumun, özgürlüklerin sözde kalmaması için gerekli müdahaleleri yapmasıyla olanaklıdır. Bireylere bir takım özgürlüklerin soyut olarak tanınmış olması, bu özgürlüklerin amaçları doğrultusunda kullanılabilir oldukları anlamına gelmemektedir. Başka bir deyişle, *gerçek* özgürlük, negatif özgürlük anlayışını yadsımakta, pozitif bir nitelik taşımaktadır.

D) Pozitif Özgürlük Anlayışına Yöneltilen Eleştiriler

Pozitif özgürlük anlayışına yöneltilen temel eleştiri şudur: Bu özgürlük anlayışının sonucu olarak devletin (bir takım yasalar yoluyla) kişiyi bu gibi sınırlamalardan kurtarmak amacıyla kişinin yaşamına müdahil olması gerektiği savunulmaktadır. Örneğin, Batıda ve Doğuda ortadoks teoloji anlayışlarının önemli

[299] İtalik vurgu, yazarın kitabında bulunmamaktadır. Bu sözcüğe yapılan vurgu, özellikle Marksist geleneğin gerçek/sahte özgürlük ayırımıyla, liberalizmin özgürlük anlayışına yönelttiği eleştiriye dikkat çekmek amacıyla yapılmıştır.
[300] Galtung, **Başka Açıdan,** s. 92.

bir ilkesi şudur: *Hakikati bilmen/öğrenmen gerekir; hakikat seni özgürleştirecektir.* [301]

Ne var ki Marksist, İslamcı fundamantalist rejim anlayışları ve militan demokrasi de dâhil olmak üzere her siyasal sistem[302], belirli *doğruları* kabul eder ve bunun sonucu olarak da *iyi yaşamı* ya da *gerçek özgürlüğü* insana getirdiğini iddia eder. Bütün siyasal sistemler aynı zamanda, bizim insan doğasına ilişkin ahlaki kavrayışımızla çok yakından ilişkilidirler. Pozitif özgürlük savunusu, birçok bakımdan insan haklarının yöneldiği insan onuru açısından tamamlayıcı bir rol oynayabilirken; uygulamada ve teoride birçok tehlikeyi de beraberinde getirebilmektedir. George Bush'un, Irak halkını özgürleştirmek amacıyla Irak'ı işgal etmesinin temellendirilmesinde, en azından bu yönetimin iddia ettiği biçimde, pozitif özgürlük anlayışının yansıdığı bir gerekçe görünmektedir. Bu anlayışın neticesinde, (gayri tabi/unnatural bir davranış sayıldığı için) homoseksüaliteye karşı ya da (açgözlülük sayıldığı için) kumara karşı bir takım yasalar veyahut (gayri tabi şehvet sayıldığı için) zinaya karşı yaptırımlar içeren yasalar olması gerekmektedir. Pozitif özgürlük, bu yönleri itibariyle ahlaki bir içeriğe sahip olmakta ve preskriptif olarak tanımlanmaktadır.[303]

Pozitif özgürlük anlayışının en keskin eleştirmenlerinden biri olan Berlin'e göre, başlangıçta "*kimsenin kölesi değilim, kendimin efendisiyim*", biçimde ortaya konulan pozitif özgürlük anlayışı, daha sonra, Platoncuların ya da Hegelcilerin ifade ettikleri gibi, "*Doğanın ya da gemlenmemiş arzularımın kölesi olmayabilir miyim?*", biçiminde sorulan bir sorunun yanıtıyla biçimlendirilmektedir. Öyleyse, insanın içindeki *gerçek* '*ben*'i (real self) ortaya çıkarabilmek için, mevcut olan bütün engellerin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Peki, bu *gerçek ben*'in ortaya çıkmasının önündeki engeller nelerdir? Bunlar, insanın hazlarıdır, tutkularıdır, denetim dışı arzularıdır, irrasyonel dürtüleridir; kısacası ideal *ben*'in, yüksek *ben*'in

[301] http://www.class.uidaho.edu/ngier/liberty.htm (16.01.2006)
[302] Klasik demokrasi anlayışına alternatif olarak savunulan militan demokrasi anlayışı üzerine yapılan tartışmalar, Türk doktrininde de önemli bir yer işgal etmektedir. Bu tartışmalar, özellikle ifade özgürlüğü hakkı üzerinde yapılmaktadır. Öyle olunca bu konu ifade özgürlüğü hakkının varlığını haklılaştıran tezlere alternatif bir tez olarak savunulmaktadır. Konu bu bağlamda bağımsız bir incelemeyi gerektirecek öneme sahip olduğundan, çalışmanın üçüncü bölümünde incelenmiştir.
[303] Bkz. http://examinedlife.typepad.com/redtutor/Berlin.doc (24.02.2006)

gerçekleşebilmesinin önündeki, insanın *aşağı doğasından* (lower nature) kaynaklanan engellerdir.[304]

İdeal ya da gerçek ben, pozitif özgürlük anlayışı içerisinde bireyden daha geniş bir şey haline gelmekte; bireyin, içerisinde bir unsur (element) ya da görünüş (aspect) olarak algılandığı; bir kabilenin, ırkın, kilisenin, devletin; içerisinde geçmişin, şimdinin ve geleceğin yer aldığı yüksek bir sosyal bütünün parçası olarak algılanmaktadır. Öyleyse bu kollektif ya da organik bütün, daha yüksek bir özgürlüğü gerçekleştirmesi için bireyi zorlama hakkına sahip olacaktır. Bir anlamda, benim diğerlerini belirli bir biçimde davranmaya zorlamam, onların çıkarlarını kendilerinden daha iyi bildiğim iddiasına dayanmaktadır.[305] Böylece pozitif özgürlük anlayışının "*ben kendi kendimin efendisiyim"* iddiası, aşkın, baskın ve denetleyici bir ideal *ben* ile disipline edilmesi gereken bir takım arzular ve tutkular manzumesinden ibaret olan ampirik *ben* ayırımına dayanmaktadır. Aşkın *ben*, ampirik *ben*'in irrasyonel taleplerini denetlemek ve yönlendirmek suretiyle kişiyi *gerçek* özgürlüğe ulaştırmaktadır.[306]

Epictetus'un, Stoiklerin ve St. Ambrose'nin, *akıl ve hikmet sahibi kişinin, köle bile olsa özgür olabileceğini* (gerçek özgürlüğe sahip olabileceğini), *buna karşılık, aptal bir kişinin kral bile olsa gerçekte köle olabileceğini* savundukları bilinmektedir. Dahası kişinin iç aleminde inşa ettiği bu güvenli yere hiçbir yetkenin uzanması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla da hiçbir iktidar (power) bu anlamda mutlak değildir.[307]

Bu, aslında bir çeşit (Hegelci) hokkabazlıktan başka bir şey değildir; zira bacağımda bir ağrı varsa, iki seçeneğim vardır: ya bacağı iyileştirmek ya da kökünden kesip atmak; pozitif özgürlük yanlıları aslında bu ikinci çözümü önermektedirler.[308] Epicurus, bilginin insanı irrasyonel korku ve arzularından arındıracağını savunmuştu. Aynı biçimde 18. yüzyılın bilimsel deterministleri de doğa bilimlerindeki araştırma yöntemlerinin, doğadaki nedenselliği açıklığa kavuşturduğu gibi, sosyal bilimler alanında da bu yöntemin kullanılması suretiyle,

---

[304] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, s. 132.
[305] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, s. 133.
[306] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, s. 134.
[307] Arendt, **Between Past**, s. 148.
[308] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, ss. 134–135.

bireylerin de içinde yaşadıkları rasyonel dünyadaki rollerini tanıyabileceklerini ileri sürmüşlerdir. Onlara göre, insanların yılgınlığa düşmelerinin nedeni, doğadaki ve sosyal olaylar arasındaki nedenselliği doğru olarak anlayamamış olmalarıdır.[309]

Herder, Hegel ve Marx, eskinin bu mekanist evren ve sosyal yaşam anlayışlarının yerine kendi yaşamsal, diyalektik yöntemlerini ikame etmişlerdir; ancak onların özgürlük hakkında ortaya koymuş oldukları görüşler de muhaliflerinin görüşlerinden farklı olmamıştır. Onlara göre de, *"dünyayı anlamak özgürleşmek demektir."*[310] Yarattıkları bu görüş aslında, siyasal özgürlüğün karşı tezinden başka bir şey değildir[311] ve akıl (reason) yoluyla özgürleşmenin bu pozitif doktrini, günümüzün otoriter, totaliter, komünist ve nasyonalist rejimlerinin felsefelerinin kalbinde yer almaktadır.[312] Doktrin, kendisini bilimsel olarak tanımlar ve sözkonusu bilimsellik ona biyoloji, resim, müzik ve hayatın başka pek çok alanında zorlama hakkını verir. Doktrin, Raymond Aron'un ifadesiyle, "insanın doğaya karşı utkusunun başat koşulu olan bilimsel kültürü yaymayı amaç edinmiş bir çeşit ideokrasidir."[313]

Berlin, aynı biçimde Kant'ı da, özgürlüğü, *arzuları ortadan kaldırmakla olmasa da; onlara direnmek ve onları kontrol altına almakla* özdeşleştirdiği için[314], pozitif özgürlük yanlısı olarak sınıflandırmaktadır. Kant'ın bireyi, özerk (autonomous) ve aşkın bir varlıktır (transcendent being). Bu aşkın varlığın özgür faaliyeti, doğanın nedensellik yasalarına tabi değildir. Halbuki hipnoz tekniklerindeki ilerlemelerle, insanların zihinsel dünyalarına da müdahale edilebilmektedir. Bugün, çeşitli yöntemler kullanılmak suretiyle insanların beyinlerin etkilenebildiğini; dolayısıyla da en azından ampirik olarak da olsa Kant'ın ve ötekilerin görüşlerinin geçerliliğinin tartışılabilir hale geldiğini belirtmek gerekir.[315] Kant'ın, "*kimse beni kendi istediği tarzda mutlu olmaya zorlayamaz; ataerkilcilik, düşünülebilecek en kötü despotizmdir"*[316] şeklindeki ifadeleri, aslında negatif özgürlük anlayışıyla

[309] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, s. 142.
[310] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, s. 142.
[311] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, s. 140.
[312] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, s. 144.
[313] Raymond Aron, **Özgürlükler Üzerine Deneme**, Çev. Turhan Ilgaz, 2. Bası, Lotus Yayınevi, Ankara 2005, s. 87.
[314] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, s. 136.
[315] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, s. 138.
[316] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, s. 137.

özdeşleşebilecek bir niteliğe sahiptir. Ne var ki, insanın maniple edilmemesi gerektiğini, bunun insanın özünü inkâr anlamına geleceğini belirten Kant'ın, "*Bireyi, onun istemediği veya rıza göstermediği bir şeyi yapmaya zorlayabilmemi haklı kılabilecek tek şey nedir?"* sorusuna vermiş olduğu yanıt, "*onlardan daha yüksek değerler olabilir*" biçiminde olmuştur.[317]

Berlin'e göre bu, Kant'ın çelişkisidir. Kant eğer bütün değerlerin insanların özgür aktiviteleriyle oluşturulduğunu kabul ediyorsa, bireyden daha yüksek bir değerin olmaması gerekir.[318] Böylece bireyi, kendinden daha az değerli olan bir şey adına bir şeyi yapmaya zorluyorsam, bu benim savunduğum, bizatihi amaç olan insan anlayışımla[319] bir çelişki olacaktır.[320] Kant'ın tanımlamış olduğu birey, her ne kadar kategorik emperatife kendi iç dünyasının komutlarıyla itaat edecek olsa da; bunu yapamaması durumunda Kant'ın yargıcı, kişiye kendi iç aklının (inner reason) komutlarına uymadığı için bir çocuk, vahşi ya da aptal gibi muamele edecektir. Bu anlayış, despotizme açık kapı bırakmaktadır.[321]

Özgürlüğü rasyonel olarak kendi kendini yönlendirme/idare etme (rational self-direction) olarak tanımlayanlar, bu anlayışlarını yalnızca insanın iç dünyasına (inner life) tatbik etmekle kalmayacaklar; sonunda bireyin, toplumun diğer üyeleriyle ilişkilerine de uygulamak durumunda kalacaklardır. Öyle ki; Rousseau, Kant ve Fichte gibi bireyci düşünürler bile, başlangıçta birey için tasavvur ettikleri rasyonel yaşamı, nihayet bireyin toplumla olan ilişkisi için de düşünmüşlerdir. Fakat toplumda benim rasyonel irademin dışında ötekilerin de rasyonel iradeleri olduğuna göre, bu iradelerin birbirleriyle çatışması nasıl önlenecektir?[322]

Rasyonalist düşünürler için, bunun yanıtı kolay görünmektedir. Bütün hakikatler, rasyonel bir düşünür tarafından keşfedilebilir olduklarına göre, toplumdaki bu tip çatışmalar için tek doğru yanıt bulunabilecektir. Zira iki hakikatin birbiriyle çatışması mantıksal olarak olanaklı değildir.[323] Fichte'e göre, nasıl ki çocukların okula gitmeleri gerektiğini anlamalarını bekleyemeyiz, aynı biçimde

---

[317] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, s. 137.
[318] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, s. 137.
[319] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, s. 136.
[320] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, s. 137.
[321] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, ss. 153–154.
[322] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, s. 145.
[323] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays**, s. 145.

yeterince eğitilmemiş kalabalıkların da yasalarla rasyonel olmaya zorlanmaları gerekir. İnsanların çoğunluğu, tutkularının ve arzularının kölesi olduğu için kendileri için gerçek amaçların bilgisini kavrayamazlar; dolayısıyla bilge kişilerin onları yönlendirmesi gerekir. Hegel, Fichte ve Bradley gibi rasyonalistler için insanlık, kendi yaratıcı iradelerini üzerinde uygulayacakları ham materyalden başka bir şey değildir. Auguste Comte gibi pozitivistler, Carlyle gibi romantik otoriteryanlar için de durum pek farklı değildir. Pozitivistler, biyoloji ve kimya gibi doğa bilimlerinde geçerli olan düşünce biçiminin ahlaki ve siyasal alanda da geçerli olması gerektiğini savunacak kadar ileri gitmişlerdir. Bu düşünürler için (mutlak) *olması gereken* bir yaşam biçimi vardır. Halk, hakikatin bilgisine ulaşamaz, halbuki hakikat onları özgürleştirecektir. Berlin, bu anlayışın bütün diktatörler tarafından despotizmlerini meşrulaştırmak amacıyla kullanıldığını belirtmektedir.[324]

Burada ampirik *ben* ile ideal *ben* arasında, dolayısıyla da akla uygun olanla olmayan arasında bir çatışmanın olduğu kabul edilmektedir. Öncelikle bu, rasyonel olanla olmayan arasındaki ayırımı ortaya koyabilecek bir bilgi felsefesiyle, yani epistemolojik bir çözümlemenin sonucunda ileri sürülebilecek bir argümandır. Bizi gerçeğe götüren ister saf akla dayalı bir felsefi yaklaşım olsun, isterse bütünüyle deneye dayalı pozitivist bir insan ve doğa anlayışı olsun; burada sonuç değişmeyecektir. Önemli olan, yöntem değil, tek doğru yanıtın verilebilmesidir.[325] Eğer tek doğru yanıt verilebiliyorsa, neden insanları bu tek doğru yanıta uygun şekilde yaşamaya zorlamayalım? İnsanların biçimsel olarak değil de gerçekten özgürleşmesini istiyorsak ve açıkça bu zorlama onların lehine ise, neden onları özgürleşmeye zorlamayalım?[326] İnsanlar arasında bilginin nitelik yönünden farklılaşabileceğinin ileri sürülmesinin, siyasal sistem açısından önemli sonuçları ortaya çıkabilmektedir. Uygun, bunu şöyle ifade etmektedir:

> *Mutlak doğru ile yanlış ya da eksik bilginin karşılaştığı her yerde, birincisine sahip olanların doğal bir önderlik talebiyle ortaya çıkmaları kaçınılmazdır. Mutlak ya da kesin bilgi, kendisini bu bilgiye sahip olmayanlara kabul*

[324] Berlin, *"Two Concepts…",* **Four Essays***,* ss. 149–154.
[325] Uygun, **Demokrasinin**, ss. 230 vd.
[326] Mahçupyan, Yüzyılımızda yaşadığımız faşizm ve komünizm gibi totaliter rejimlerin, "otoriter zihniyet ve materyalist yansımacı bir epistemolojik anlayışa dayanmış" olduklarını ileri sürmektedir. Bkz. Etyen Mahçupyan, **İdeolojiler ve Modernite**, 3. basım, Patika Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 34.

ettirmek bakımından alınabilecek zorlayıcı önlemleri meşrulaştırıcı bir özelliğe sahiptir.[327]

Ne var ki epistemolojik çözümleme, özgürlük ve insan hakları kavramları bakımından paradoksal bir durum ortaya çıkarmaktadır. İnsanın akla uygun olarak yaşaması gerektiğini; başka bir anlatımla, insanın *olana* göre değil de aklın belirlediği *olması gerekene* göre davranması gerektiğini savunan bir ahlak felsefesi, nasıl oluyor da modern insan haklarının temelini oluşturabiliyor? İnsan haklarını dayandırdığımız bir tez nasıl oluyor da, demokrasiyi haklılaştıran tezin karşıtı olabiliyor? Bir yandan, epistemolojik açıdan insanın ahlaki doğasına ilişkin ilkelerin rasyonel olarak belirlenebilir olduğunu ve bu ilkelerin evrensel olarak savunulabilir olduklarını ileri sürerken, diğer yandan, insan hakları kavramının kaplamını (extension) oluşturan ifade özgürlüğü hakkını destekleyen kimi tezlerin (örneğin, demokrasiye dayanan tez), insan hakları ile demokrasi arasında kurulan ilişkiyi sarsacak biçimde, hakikatin bilinemeyeceğini ya da tek doğru yanıtın olanaklı olmadığını savunmaktadır.

Epistemolojik çözümlemenin yaratmış olduğu paradokstan iki türlü bir çıkış mümkün olabilir. Paradokstan çıkışın birinci yolu, özgürlük felsefesi üzerinden üçüncü bir yolun araştırılmasıyla olanaklı olabilir. Berlin gibi düşünürlerin "negatif özgürlük" tanımlamalarının eksikliklerinin tamamlayacak bir üçüncü yolun bulunması gerekecektir. Paradokstan çıkışın ikinci yolu ise demokrasi ve insan hakları arasındaki ilişkinin yapısının epistemik olarak çözümlenemeyeceğinin kabul edilmesidir. Başka bir deyişle, insan hakları ve demokrasi arasındaki epistemik ilişkide paradokstan kurtuluş yoktur; ancak bu durum insan hakları ve ifade özgürlüğü arasında da aynı paradoksun bulunmak zorunda olacağı anlamına gelmez. İfade özgürlüğü tezleri ayrılabilir olduklarına göre, insan haklarını ve ifade özgürlüğünü aynı epistemik düzlemde savunan tezin bireysel özerklik (ve kendi kendini gerçekleştirmeye dayanan) bir tez olduğu söylenebilir. Zira bu tezin temelinde, rasyonel ve özerk bireyler bulunur.[328]

[327] Uygun, **Demokrasinin**, s. 251.
[328] Epistemoloji açısından ifade özgürlüğü tezleri Üçüncü Bölümde incelenmiştir.

19 ve 20. yüzyılların pozitif özgürlük yanlısı ideolojileri (özellikle Marksizm), liberalizmin negatif özgürlük anlayışının *gerçek* özgürlük olmadığını, fakat bir göz boyamacılık / illüzyon olduğunu ileri sürmüşlerdir. Öte yandan, Isiah Berlin gibi negatif özgürlük yanlıları, pozitif özgürlük anlayışının ya doğrudan totaliter ideolojiler tarafından savunulan bir anlayış olduğunu veya en iyisinden, totalitarizme açık kapı bıraktığını iddia etmişlerdir. Böylece de pozitif özgürlük anlayışı, köktenci bir yaklaşımla reddedilmiştir. Günümüz uluslararası insan hakları anlayışı çerçevesinde her iki özgürlük anlayışı da marjinal kalmaktadır. Yalnızca sosyal ve ekonomik hakları değil, medeni ve siyasal hakların kimilerinin dahi pozitif nitelikli hak ve özgürlükler oldukları düşünülürse, negatif özgürlük anlayışının günümüz insan hakları anlayışıyla örtüşmeyeceği anlaşılabilir. Özgürlük ile insan hakları arasında bir uzlaşının sağlanabilmesi için bir üçün yolun araştırılması gerekmektedir. Bu üçüncü yolun, felsefi yaklaşımlar içerisinde mümkün olup olmadığının, insan hakları ve özgürlük ilişkisi ortaya konulmadan önce incelenmesi gerekmektedir.

III) İNSAN HAKLARIYLA İLİŞKİSİ AÇISINDAN ÖZGÜRLÜK İÇİN ÜÇÜNCÜ BİR YOLUN OLANAKLILIĞI

Buradaki inceleme, bu iki özgürlük anlayışı içerisinde insan onuruna dayanan bir insan hakları tezini savunmanın olanaklı olamayacağının gerekçeleri üzerine olacaktır. Bu araştırmayı yapabilmek için, öncelikle söz konusu felsefi yaklaşımlar içerisinde bir üçüncü yolun var olup olmadığı araştırılacaktır. Felsefi yaklaşımlar içerisinde böyle bir üçüncü yol, diğer iki özgürlük anlayışına alternatif olarak sunulmuştur. Üçüncü görüşün ortaya koymuş olduğu argümanlar incelendikten sonra, bu yaklaşımın sağladığı argümanların evrensel insan hakları tezi açısından iyi bir temel sağlayıp sağlamadığı ve bu bağlamda da diğer iki özgürlük anlayışının savunulan tezle uyuşup uyuşmadığı incelenecektir.

A) Felsefi Yaklaşım İçerisinde Özgürlüğün Üçlü İlişki Boyutu

Gerald Maccallum'a göre, özgürlüğü negatif ve pozitif olarak ikiye ayıranlar, özgürlük kavramının üçlü ilişki (triadic relations) boyutunu ihmal etmektedirler. Özgürlük x, y ve z değişkenlerine sahiptir. Örneğin bir kimsenin (x) bir şeyi (y) yapabilmek ya da yapmamak konusunda bir şey(ler)den (z) özgür/serbest olduğundan söz edilir. Burada (x), özgürlüğün öznesi olan ajana (agent), (y) davranışın niteliği ve gerçekleşme koşullarına; nihayet (z) ise engelleyici koşullara, kısıtlayıcı ya da sınırlandırıcı müdahale ve engellere karşılık gelmektedir. Her iki özgürlük yanlılarının da yapmış oldukları özgürlük tanımlamalarında bu referanslardan biri eksik bulunmaktadır.[329]

Negatif Özgürlük yanlıları, özgürlüğü yalnızca dışsal herhangi bir müdahalenin yokluğu (*free of* ya da *free from*) olarak düşünmektedirler. Bu tanımda özgürlüğün ajanı eksik kalmaktadır ve daha çok, *havanın bulutsuz olduğunu söylemek* gibi bir şeydir. Halbuki özgürlüğü, onun referansı olan ajanından ayrı düşünmek olanaklı değildir.[330]

Diğer yandan, pozitif özgürlük savunucuları, özgürlüğü ya bir irade özgürlüğü sorunu yapmışlar ya da özgürlükle bağlantısı olan bir takım koşulların ne kadar ilgili olduklarını dikkate almaksızın, özgürlüğün yapısal unsurları arasında değerlendirmişlerdir. Maccallum'un örneği ile açıklamak gerekirse, açlıktan özgür olma durumu (freedom from hunger), kişilerin açlığa maruz kalmamaları için yeterli ölçüde besini bulabilmeleri anlamına gelir. Değilse Gandi tarzı açlık grevine gidenlerin bu bağlamda özgürleştirilmeleri anlamına gelmez. Başka bir örnekle belirtmek gerekirse, din özgürlüğü, ibadet etme özgürlüğünü kapsadığı kadar, ibadet etmeme özgürlüğünü de içerir.[331]

Dahası pozitif özgürlük savunucuları, kişinin bir takım irrasyonel tutku, arzu ve inançlarını özgürlüğün gerçekleşmesinin önünde bir engel olarak görürler. Bu koşulların uygun hale getirilmesi amacıyla çeşitli sosyal, ekonomik ve eğitsel faaliyetleri kişinin yaşamının her alanına egemen kılacak şekilde tasarlarlar. Bu

[329] Maccallum, "*Negative*…", **Oxford Readings 1991**, s. 102.
[330] Maccallum, "*Negative*…", **Oxford Readings 1991**, s. 103.
[331] Örnekler için bkz. Maccallum, "*Negative* …", **Oxford Readings 1991**, s. 105–106.

müdahalenin gerekçesi, büyük ölçüde kişinin gerçekten istediği şeyin görünüşte istediği şeyden farklı olabileceği iddiasında yatmaktadır. Başka bir ifade ile kişi gerçekten neyi istediğinin bilincinde olmadığı için onu gerçekten istediği şey doğrultusunda zorlamak ve böylece *özgürleştirmek* gerekir.[332]

Özgürlüğün üçlü ilişki yapısını kavrayabilmek ve diğer iki özgürlük anlayışlarından farklarını ortaya koyabilmek için, özgürlüğün karakter koşulları (conditions of character) ile hareketle ilgili nesnel koşulları arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Pozitif özgürlük savunucuları, özgürlükle bağlantılı *karakter koşullarını* birer özgürlük engeli kabul ederlerken, negatif özgürlük taraftarları da bu koşullarla birlikte özgürlüğün yapısal unsurları içerisinde görülmesi gereken diğer *nesnel koşulları* özgürlük konseptinin dışına itmektedirler.[333]

Hangi koşulların özgürlüğün varlığı ya da yokluğunun incelenmesinde dikkate alınması gerektiği noktasında Maccallum da genel bir kriterin belirlenebilir olduğunu ileri sürmemektedir. Böyle bir genel kriterin ileri sürülememesi, özgürlüğün üçlü ilişki boyutuna ilişkin bir iddiayı zayıflatmakta mıdır? Genel bir kriterin bulunamayışı, böyle bir ayırımın yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Özgürlüğün varlığını ya da yokluğunu araştırmak, onun spesifikasyonu (her bir özgürlük sorunu için ayrı bir araştırmanın yapılması gereği) ile ilgili bir konu olmalıdır. Neyin müdahale sayılıp sayılmaması, neyin meşru müdahale sayılıp sayılmamasıyla bağlantılı olarak açıklanabilir. Belirli durumlarda, müdahalenin kısıtlayıcı (restraint) değil, özgürlüğü arttırıcı olduğu gerçeği, Locke gibi kimi negatif özgürlük savunucuları tarafından da kabul edilmiştir. Örneğin, yaya geçidi olmayan trafiği yoğun bir caddede, yayaların karşıdan karşıya geçmelerinin önünde hiçbir yasal sınırlamanın bulunmadığını düşünelim. Bu durumda yayalar istedikleri yerden caddeyi geçmekte özgür olacaklardır. Belediyenin, caddenin belirli yerlerine yaya geçitleri yaptığını ve yayaların yalnızca bu geçitlerden karşıdan karşıya geçebileceklerine ilişkin bir düzenleme yaptığını düşünelim. Bu durumda, açıktır ki yayaların istedikleri yerden caddeyi geçme özgürlükleri engellenmiş olacaktır. Fakat üst geçitler ya da yaya geçitleri, aslında bu spesifik durumda yayaların karşıdan

[332] Maccallum, Berlin'in bu örnekle Marksistleri işaret ettiğini belirtmektedir. Bkz. Maccallum, "*Negative…*", **Oxford Readings 1991**, ss. 109–112; (Metindeki italik vurgu bize aittir.)
[333] Maccallum, "*Negative…*", **Oxford Readings 1991**, ss. 114–115; (Metindeki italik vurgular bize aittir.)

karşıya geçme özgürlüklerini kısıtlamamış, hatta arttırmış olacaktır. Özgürlüğün bu şekilde artmış olduğunu söylemek, Locke'un yasaların getirmiş olduğu sınırlamalar hakkındaki değerlendirmesine uygun gözükmektedir.[334]

Özgürlüğü, ikili bir ilişki boyutunda ele alan diğer özgürlük savunucularının varmış oldukları sonuçların yerinde olmadığı ve çoğu zaman ideolojik bir tutum olduğu söylenebilir. Onlar, özgürlüğü belirli bir siyasal sistemin (libertaryan ya da Marksist gibi) temelini oluşturan öğretinin gereklerine uygun olarak açıklamaktadırlar. Bu bağlamda, her iki özgürlük yanlıları da gerçek özgürlüğün kendi savunmuş oldukları anlayış çerçevesinde olanaklı olabileceğini savunmaktadırlar. Her iki (negatif/pozitif) özgürlük yanlıları da argümanlarını *gerçek özgürlük* ya da *en değerli özgürlük* gibi değer yargılarının üzerinde biçimlendirmeye çalışmaktadırlar. Bunu yaparlarken de siyasal alandaki özgürlükleri negatif olarak, sosyal alana ilişkin olanını da pozitif olarak ayırıma tabi tutmuşlardır. Özgürlüğü bu şekilde ikili bir ilişki yumağı olarak görmek pek çok nedenle yerinde değildir.[335]

Bu ayırıma sıkı sıkıya bağlı kalan negatif özgürlük yanlıları, bütün kategorik tanımlamaları reddetmişler, bunu yaparken de kendileri kategorik tanımlama yapmak durumunda kalmışlardır. Belirli kamplara bölünen düşünürlerin özgürlük anlayışları içinde yer aldıkları kamplara göre özgürlükçü ya da özgürlük düşmanı biçiminde kategorize edilmiştir. Bu sınıflandırma iki açıdan yerinde değildir. İlk olarak, pozitif özgürlük yanlısı olarak sınıflandırılan Kant gibi kimi düşünürler genel sınıflandırma çerçevesinde özgürlük düşmanı olarak tanımlanmıştır. Kant'ın, Rousseau'nun özgürlük anlayışları ile Platon'un, Marksistlerin özgürlük anlayışları aynı terazinin aynı kefesine konulmuştur. Öte yandan, Hobbes'un özgürlük anlayışı ile Constant, Jefferson, Pain ve J.S. Mill gibi düşünürlerin özgürlük anlayışları aynı çatı altında toplanmıştır. Bu bağlamda, negatif özgürlük yanlılarının yapmış oldukları sınıflandırma kendi savlarıyla çelişmektedir. İkinci olarak, söz konusu düşünürlerin özgürlük anlayışlarını negatif özgürlük yanlılarının kriterleri doğrultusunda net çizgilerle ayırmak her zaman olanaklı olmayabilir. Örneğin, negatif özgürlük

[334] Maccallum'un vermiş olduğu trafikle ilgili düzenleme biraz daha karışıktır. Örnek buraya basitleştirilerek aktarılmıştır. Bkz. Maccallum, "*Negative*...", ss. 117-119; Locke'un özgürlük anlayışını buradaki örnek bakımından ortaya koyan sözleri ise şöyledir: *"[Yasanın yapmış olduğu] sınırlandırma diye addedilen şey, bizi bataklıklardan ve uçurumlardan uzak tutan koruyucu çitlerdir."* Bkz. Maccallum, "*Negative*...", **Oxford Readings 1991**, s. 119.
[335] Maccallum, "*Negative*...", **Oxford Readings 1991**, s. 106.

kampına ayrılmış olan Locke'un yapmış olduğu özgürlük tanımlaması bu durumun açık bir göstergesidir. Locke'a göre "*Özgürlük, bir kimsenin (sahip olduğu) istediği/irade ettiği bir şeyi yapma gücü/kudreti (power) ya da istemediği bir şeyi yapmaktan kaçınabilme gücüdür;*[336] *yasanın (hukukun/law) amacı* [ise], *özgürlüğü yok etmek ya da sınırlandırmak değildir; tam aksine, onu korumak ve* [alanını] *genişletmektir.*[337] Negatif özgürlük yanlıları tarafından Locke ile aynı kampta tutulan Bentham'in, *"her yasa*[nın] *bir pranga"* ya da "*bir kısıtlama*" olduğuna ilişkin tanımlaması, en azından bu iki düşünürün özgürlüğe bakış açısının ne denli farklı olduğunu ortaya koymak için yeterlidir. Maccallum, Locke'un özgürlük anlayışının Marksistlere daha yakın olacağını ileri sürmektedir.[338]

Özgürlüğün ne zaman var ne zaman yok olduğu ile ilgili tartışmalar şu dört temel soru üzerinden yapılmaktadır. İlki, özgürlüğün doğasının ne olduğu sorusudur. İkinci soru, özgürlüğün kendisine ulaşılması ile mümkün olan diğer sosyal yararlara ulaşılması arasındaki ilişki hakkındadır. Üçüncüsü, özgürlüğün söz konusu yararlar arasındaki değerlilik derecesinin ne olduğudur. Sonuncusu, özgürlüğe ulaşma ve özgürlüğün gerçekleştirilmesi siyasetinin sonuçlarının ne olabileceği üzerine sorulan sorudur.[339]

Özgürlüğü bir yarar olarak görenler, onun yalnızca toplum tarafından, üyeleri için güvence altına alınması gereken bir yarar olduğunu düşünmemektedirler. Toplumun aynı biçimde güvence altına alması gereken ekonomik ve askeri güvenlik, teknolojik etkililik, çeşitli estetik ve manevi değerler gibi başka yararlar da bulunmaktadır. Bu görüş bir kez benimsendiğinde, ikinci ve üçüncü sorular tartışma konusu yapılacaktır. Bir kimse, söz konusu diğer değerlerin aleyhine olacak biçimde

---

[336] John Locke, **Essay Concerning Human Understanding**, **Book II,** Chapter, XXI, s. 15 (Bundan sonra ECHU olarak kısaltılacaktır) için bkz. Maccallum, "*Negative…*", **Oxford Readings 1991**, s. 110 (dipnot 9); Locke, kitabının başka bir bölümünde de özgürlüğü, "seçim yetimiz ya da irade gücümüz doğrultusunda bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya muktedir olmak" biçiminde tanımlamaktadır ki; bu da yukarıdaki tanımlamayla örtüşmektedir. Bkz. Locke, **ECHU, Book II**, Chapter XXI, Of Power, s. 8, http://www.rbjones.com/rbjpub/philos/classics/locke/ctb2cb21.htm (19.05.2006).

[337] Locke, John, **Second Treatise of Government**, s. 57 için bkz. Maccallum, "*Negative*…", **Oxford Readings 1991**, s. 110 (Dipnot 9).

[338] Maccallum, "*Negative…*", **Oxford Readings 1991**, s. 110.

[339] Maccallum, "*Negative…*", **Oxford Readings 1991**, s. 100.

kendi özgürlüğü üzerine vurgu yapabilir mi? Bu soruyu yanıtlayabilmek için "Ö*zgürlük nedir?"* sorusuna yeniden dönülmesi gerekmektedir.[340]

Maccallum'a göre, bu sorunun yanıtını her iki özgürlük savunucuları da partizanca vermektedirler. Gerçekte her iki özgürlük anlayışı arasındaki ayırım hiçbir zaman belirgin ve berrak olmamıştır. Fakat konuya tarihsel açıdan bakıldığında görülecektir ki, her iki özgürlük anlayışı da özgürlüğün varlığını ya da yokluğunu bir takım sosyal yararların varlığı ya da yokluğu; söz konusu yararların kimi sosyal organizasyonlar tarafından gerçekleştirilmesinin gerekliliği ya da gereksizliği ile bağlantılı olarak açıklamaya çalışmışlardır.[341] Bu çeşit sosyal yararlar, bireyin belirli bir özgürlüğe sahip olup olmadığının somut koşulları araştırılırken önemli olabilmektedirler.

Özgürlüğü insan onuruna dayalı bir insan hakları tezi açısından ele almak, onu belirli bir ideolojinin aygıtı olarak yorumlanmaktan kurtarabilir. Zira insan hakları, en azından 20. yüzyılın ikinci yarısından bu yana, her iki özgürlük yanlılarının temelini oluşturan ideolojilerin dışlamadıkları bir alandır ve böylece ortak bir noktada buluşulabilecek zemini sağlayabilecek bir güce de sahiptir. Özgürlüğü insan haklarıyla ilişkisi açsından incelemek, Maccallum'un, özgürlüğün spesifikasyonu ile ilgili olarak yapmış olduğu vurguya da uygun olacaktır. Bu bağlamda özgürlük, her bir hak ya da özgürlükle ilişkisi açısından siyasal alanda somutlaştırılabilecek, her bir özgürlük sorunu genel sınıflandırılmaların ötesinde bağımsız olarak değerlendirilebilecektir.

Son olarak, Maccallum'un savunmuş olduğu bu özgürlük anlayışı, pozitif özgürlüğü tümden dışlamamakla birlikte, özgürlüğün koşulları arasında niteliksel bir değerlendirme yapmak suretiyle bir ayrıştırma öngörmüş olması nedeniyle, sınırlı ölçüde izin verilebilir bir pozitif özgürlük yaklaşımıdır denilebilir.

[340] Maccallum, "*Negative*...", **Oxford Readings 1991**, s. 101.
[341] Maccallum, "*Negative*...", **Oxford Readings 1991**, ss. 101–102.

B) İnsan Haklarıyla İlişkisi Açısından Özgürlüğün Sınırlı Pozitif Özgürlük Olarak Kavranması

1) Özgürlüğün İnsan Haklarıyla İlişkisi

Wesley N. Hohfeld'in yapmış olduğu analiz çerçevesinde söylemek gerekirse, bütün insan hakları birer talep haklarıdır (claim-rights). Bunun nedeni, bütün insan haklarının, korelatif olarak bir ödev (duty) öngörüyor olmasıdır. Bireylerin sahip oldukları bu haklar, devlete bu haklara saygılı olma, müdahale etmeme (refrain from) ödevini yüklemektedir. Bu anlamda, bir hakka müdahale (invade/tecavüz), korelatif olarak bir ödevin ihlali demektir.[342]

Bununla birlikte Hohfeld'in özgürlük (liberty, freedom) tanımlaması, bizim bu çalışmada tartıştığımız özgürlük tanımlamasından farklıdır. Hohfeld, özgürlüğü ayrıcalık (privilege) olarak tanımlamaktadır. Ayrıcalık ise sahibi bakımında söz konusu bağlamda herhangi bir ödevin bulunmaması anlamına gelmektedir. Ayrıcalığın (privilege) korelatifi bir ödev olmayıp, bir hak yokluğu (no-right) durumudur.[343] Bizim incelememiz, özgürlüğün felsefi ve siyasal anlamıyla ilgilidir. Hohfeld'in tanımlaması ise dar hukuki kalıplar içerisinde bir tanımlamadır; dolayısıyla, bu çalışmada ele alınan özgürlükten farklıdır.

Özgürlükle hak arasındaki ilişki son derece karmaşıktır. Her bir özgürlük sorununun çözümlenmesi ve özgürlüğün üçlü ilişki boyutuyla kavranması, aynı zamanda söz konusu özgürlüğün ilintili olduğu hakkın bütün yönleriyle incelenmesini gerektirmektedir.

H. N. Kubalı'nın belirttiği gibi, *"hak ve hürriyet aslında bir tek hukuki gerçeğin iki yönüdür. Hürriyet bir haktır ve hak hürriyetle gerçekleşebilir.*

---

[342] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions**, ss. 38–42.

[343] Hohfeld, ss. 38–50; Hohfeld'in, insan hakları kavramına yabancı olduğu söylenebilir. Hohfeld'in yaşadığı dönemde, "kişinin kendi aleyhinde tanıklığa zorlanamayacağı"na ilişkin bir hak, "ayrıcalık/privilege" olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla da bu hakkın korelatifi bir ödev değildir, Hohfeld'e göre. Kısacası, insan haklarının talep hakları (claim-rights) olarak tanımlanması, Hohfeld'in kendisinin öngördüğü çerçevede yapılmamaktadır. Bu daha çok, Hohfeld'in yapmış olduğu, hak/ayrıcalık/yetki/bağışıklık gibi ayırımlar çerçevesinde bugünkü insan hakları anlayışının nitelendirilmesi anlamına gelmektedir.

Bunlardan biri olmadan diğeri olmaz."[344] Laski'ye göre, "*özgürlük… hakların bir ürünüdür. Haklar olmadan özgürlük olamaz."*[345] Özgürlük, yaşayan bir organizma ise, haklar bu organizmaya hayat veren organlardır denilebilir. Bu hakların eksikliği, organizmanın yaşamını doğrudan etkiler. Kimi organların eksikliği organizmanın ölümü anlamına gelebilir.

Kısacası, belirli hakların (basic liberties) toplamı, ancak bu hakların ilintili olduğu özgürlük alanı çerçevesinde bizi genel bir özgürlük hakkının varlığı sonucuna ulaştırabilir.[346] Dolayısıyla, özgürlüğü negatif, hakları pozitif bir konsept içerisinde ele almak insan hakları ile özgürlük kavramı arasındaki ilişkinin niteliğini görmezden gelmek demektir.[347]

Özgürlük her zaman bir hakka karşılık gelmektedir. Bir hakkın ihlali her zaman bir özgürlük alanının ihlali anlamına gelir. Ne var ki hakkın ihlali, özgürlük açsından bir derece meselesidir. Bir hakkın kullanımıyla ilgili olarak bir özgürlük alanının daralması her zaman hakkın ihlal edildiği anlamını taşımamaktadır. Kimi durumlarda bir talep-hakkının (claim-right) gerçekleşebilirlik derecesi, söz konusu hakkın ilintili olduğu soyut özgürlük alanı üzerinde doğrudan bir etkiye sahip olsa da bu durum, *hak* ve *özgürlüğün* aynı düzlemde yer aldığı anlamına gelmemektedir.[348] Başka bir anlatımla, özgürlükle hak arasındaki bu sıkı ilişkiye rağmen, ikisinin kapladığı alan her zaman bire bir örtüşmeyebilir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, belirli bir hakkın ihlal edilip edilmediğinin tayini ile bu hakkın sağladığı somut özgürlük alanının birey tarafından kullanılabilir olup olmadığının belirlenmesinin farklı ölçütlere bağlı olduğudur. Hakkın ihlal edilip edilmediği araştırılırken, söz konusu ihlalin, hakkın konusu içerisinde olup olmadığının öncelikle belirlenmesi gerekmektedir. Hakkın içeriği belirlendikten sonra son olarak hakkın norm alanı belirlenmek suretiyle ihlalin var olup olmadığı araştırılır. Kimi

---

[344] Kubalı, Hüseyin Nail, **Anayasa Hukuku: Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler**, Ersa Matbaacılık, İstanbul 1965, s. 252'de özgürlük ve hak arasındaki ilişkinin yukarıdaki yorumu ve alıntı için bkz. Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 1444.

[345] Harold Laski, **Grammer of Politics**, London 1948, s. 142 vd.'dan aktaran Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 1445.

[346] Demokratik bir toplumda bireylerin, ifade özgürlüğü hakkı ya da din ve vicdan özgürlüğü hakkı gibi bir takım temel haklara sahip olmasının genel bir özgürlük hakkının varlığı anlamına gelmeyeceğine ilişkin Dworkin'in savları için bkz. Dworkin, **Taking Rights Seriously**, ss. 266–272.

[347] Rawls, **A Theory of Justice**, s. 204; Rawls'ın bu ayırımı için ayrıca bkz. Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 522.

[348] Bkz. Dworkin, **Taking Rights Seriously**, s. 308.

durumlarda özgürlüğün ilintili olduğu hak ihlal edilmeden, kişi söz konusu hakkın konusunu oluşturan özgürlüğü kullanamayabilir. Burada, söz konusu kişi için özgürlüğün olanaklı olmadığından söz etmek gerekir. Özgürlüğün özgül bir durumda olanaksız olması, belirtildiği gibi, özgürlüğün ilintili olduğu hak çerçevesinde engellenmiş olduğu anlamına gelmez.[349]

Bu ayırımın nasıl yapılabileceğini açıklayabilmek için seyahat özgürlüğü hakkı örneği üzerinde duralım. Bu hak, Evrensel Bildirinin 13.maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre herkes seyahat özgürlüğü hakkına sahiptir. Negatif özgürlük anlayışı çerçevesinde bu, bir kimsenin seyahat etmesinin önünde herhangi bir yasal/hukuksal engelin bulunmaması anlamına gelir. Ancak, bir kimsenin ülke sınırları içerisinde seyahat edebilmesinin başka bir takım koşulları da bulunabilir. Rize'de oturan bir kimsenin Antalya'ya seyahat edebilmesi için yeterli ekonomik güce sahip olması gerekmektedir. Söz konusu ekonomik gücün varlığı, seyahat özgürlüğünün bir parçası mıdır? Yoksa *özgürlükten* bağımsız bir başka *koşul (conditionelle)* mudur? Ya da özgürlüğün bir koşulu olmasına karşın, sözkonusu koşul, özgürlük engeli sayılamayacak nitelikte bir *karakter koşul* mudur? Negatif özgürlük anlayışını savunanlar, gerekli ekonomik koşulun varlığının özgürlüğe eklemlenemeyeceğini, ondan tamamen ayrı bir koşul durumu olduğunu söyleyeceklerdir. Bu yüzden de hakkın kullanılmasıyla ilgili bu çeşit koşullar haktan tamamen bağımsız görülmelidir. Öte yandan Marksistler, söz konusu koşulun özgürlüğün ayrılmaz bir parçası olduğunu; tersi yorumun bu özgürlüğü *biçimsel* olmaktan kurtaramayacağını ve kâğıt üzerinde kalmaya mahkûm edeceğini söylerler. Bir üçüncü yorum da şöyle olabilir: Özgürlükle ilgili kimi koşullar, özgürlüğün gerçekleşmesi bakımından önemli olabilirler, ancak bu koşulların özgürlükle yapısal bir bağlantısının bulunmaması durumunda (karakter koşul) bir özgürlük engeli olarak yorumlanamazlar.

Bu örnek, özgürlük ve hak ilişkisi bakımından şu şekilde çözümlenebilir: (I) Kişinin Antalya'ya seyahatini engelleyen hiçbir dışsal müdahale bulunmamaktadır;

[349] Hakkın "*konusu"* deyimi ile "*hakkın norm alanı*" deyimi birbirine karıştırılmamalıdır. Hakkın konusu, hakkın norm alanından daha geniş bir alanda kendisini gösterir. Hakkın konusu içerisinde yer alan bir olgunun, hakkın norm alanı içerisinde olması gerekmez. Çünkü *hakkın norm alanı,* hakkın koruduğu alanla özdeş biçimde kullanılmaktadır. İfade özgürlüğü hakkı bağlamında özgürlüğün olanaklılığı ile hakkın konusu, hakkın konusuyla da hakkın norm alanı arasındaki ilişki, çalışmanın ikinci ve dördüncü bölümlerinde incelenmiştir.

dolayısıyla kişinin seyahat özgürlüğü tamdır ve seyahat hakkı ihlalinden söz edilemez (negatif özgürlük). (II) Kişinin seyahatinin dışsal bir müdahale ile engellenmemiş olması kişinin seyahat özgürlüğüne sahip olduğu anlamına gelmez. Somut olayda, kişi bu seyahati yapmaya muktedir değildir. Bu engelin hukuksal olması şart değildir, ekonomik engeller de toplum tarafından yaratılmıştır; dolayısıyla kişinin var olduğu ileri sürülen seyahat özgürlüğü hakkı, biçimsel olarak vardır ve gerçek değildir (pozitif özgürlük: Marksizm). (III) Söz konusu engelin (ekonomik olanaksızlık), kişinin seyahat özgürlüğünü engellediği doğrudur. Fakat bu engelin nitelik olarak karakter koşullardan olduğu söylenmelidir. Çünkü somut durumda kişiyi söz konusu özgürlüğü gerçekleştirmekten alıkoyan engelin özgürlükle ilişkisi doğrudan değil, dolaylıdır. Özgürlüğün bütün koşullarını özgürlük engeli olarak kabul etmeye imkan olmadığına göre, bu koşullar arasından bir ayırım yapmak zorunludur. Bu ayırım yukarıda sınırlı pozitif özgürlük anlayışı olarak nitelendirilen, özgürlüğün üçlü ilişki boyutuyla kavranışının bir sonucu ve gereği olmaktadır.

2) İnsan Haklarının Sınırlı Pozitif Özgürlük Anlayışı Açısından Kavranması

Negatif özgürlük savunucuları, Hohfeld'ci bir analiz çerçevesinde, insan haklarını negatif talep hakları olarak nitelendirmektedirler. Zira talep hakkının karşılığı (correlative), bu hakka saygılı olma ve tecavüz etmeme ödevinden ibaret ise bu kavrayışta bir sorun yoktur. Ne var ki, insan haklarının korunması açısından devletin olumlu edim yükümlülüğünden söz edildiğinde, bu nitelendirme geçerli olamayacaktır. Bu durumda, insan haklarının pozitif talep hakları olduğundan söz edilecektir.

Özgürlüğün iki boyutlu olabileceğini, böylece gerçek ve arzulanabilir özgürlüğün negatif özgürlük olduğunu savunan düşünürler, sosyal, ekonomik ve kültürel hakları reddetmekte; insan haklarını, medeni ve siyasal haklarla sınırlı tutmaktadırlar. Hayek, ve Nozick gibi libertaryanlar için çoğu sosyal ve ekonomik

nitelikli haklar aslında insan hakları ihlalidirler.[350] Bu düşünürlere göre insan hakları, kişinin sırf insan olması dolayısıyla doğuştan sahip oldukları haklardır. Kişinin bu haklara sahip olması için devletin herhangi bir olumlu ediminin bulunması gerektiğini söylemek temelsiz olacaktır. Halbuki sosyal ve ekonomik haklar olarak sunulan haklar, devletin olumlu bir edimde bulunmasını zorunlu kılar. Bu hakların gerçekleşme koşulları doğrudan devletin olumlu edimine bağlıdırlar; dolayısıyla da bu haklar kişinin doğuştan sahip bulunduğu haklar değildir.[351]

İnsan hakları olarak yalnızca medeni ve siyasal hakları benimsemek, ancak sosyal, ekonomik ve kültürel hakları reddetmek, özgürlüğü ikili bir boyutta ele alabilmek için yeterli midir? Bu sorunun yanıtı üç ayrı açıdan verilmeye çalışılacaktır. İlk olarak, medeni ve siyasal haklar listesinde yer alan hak ve özgürlüklerin pozitif/negatif niteliği araştırılacaktır. İkinci olarak, pozitif bir niteliğe sahip oldukları gerekçesiyle reddedilen, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, klasik haklarla bağlantısının derecesi araştırılacaktır. Son olarak, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları reddedenlerin gerekçeleri üzerinde durulacaktır.

İlk olarak, negatif özgürlük konsepti içerisinde ele alınan medeni ve siyasal hakların kurumsallaşabilmesi ya da hak sahipleri tarafından kullanılabilir hale getirilmeleri açısından devletin olumlu ediminin gerekli olup olmadığının araştırılması gerekir. Bu konuda M. S. Gemalmaz'ın şu tespitleri, hakların negatif/pozitif ayırımının incelenmesi açısından önemlidir:

> *Ne var ki, bu sınıflamanın* [hakları negatif/pozitif olarak sınıflandırmanın] *geçerliliği, bir bakıma, yapaylığına göz yumulduğu ölçüde söz konusu*

[350] Nozick, Rawls'un egaliteryan adalet kuramına şiddetle karşı çıkmış ve bu kuramın insanları diğerlerinin refah aracı haline getirdiğini; böylece de insanların doğal olarak sahip oldukları varlıklarının yağmalandığını ileri sürmüştür. Bkz. Robert Nozick, **Anarchy, State, and Utopia**, New York 1974, ss. 226–228 (Bundan sonra metinde "Anarchy" olarak anılacaktır); Hayek'in şu sözleri bu bağlamdaki görüşlerini yansıtması bakımından önemlidir: "Yine de kanun önünde eşit muamele ilkesini hayır için olsa dahi ihlal etmek keyfilik kapılarını açmıştır. Bunu saklamak için 'sosyal adalet' formülü hilesine başvuruldu; kimse bunun tam olarak ne anlama geldiğini bilmiyor, ama o tam da bu sebeple tarafgir tedbirlere karşı bütün engelleri yıkan sihirli değnek olarak hizmet etti." Bkz. Friedrich A. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük: Özgür Bir Toplumun Siyasi Düzeni**, Çev. Mehmet Öz, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 1996, Cilt III, s. 154 (Bundan sonra metinde "Hukuk" olarak anılacaktır); Ayrıca bkz. Friedrich A. Hayek, **The Road to Serfdom**, (The Reader's Digest Condensed Version) April version of 1945, Printed by Hobbs için bkz. http://www.iea.org.uk/files/upld-publication43pdf?.pdf (Çevrimiçi: 11/09/2005).

[351] Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Uygun, "*İnsan Hakları Kuramı*", (özellikle) ss. 22–36.

*olabilir. Çünkü kamusal otoritelerin "müdahale etmemesi" nitelendirmesiyle belirlenmeye çalışılan negatif haklar listesi içindeki haklar da, aslında, kurumsallaşabilmesi, hak sahiplerinin onları kullanıp yararlanabilmesi için devletin çeşitli biçimlerdeki müdahale ve katkısını gereksinirler. Örneğin bu kategoride sayılan adil ve usulüne uygun yargılanma hakkını ele alalım. Bu hakkın var olabilmesi için, devletin mahkemeler kurması, yargıç ve savcılar görevlendirmesi, savunma hakkı için koşulları oluşturması [*adli yardım kurumu vs.*], yargıya başvuru olanaklarını sağlaması, gerekli araç ve donanımı temim etmesi, vb. gibi çok sayıda edimi gerektiği biçimde kurumsallaştırması gerekir. Bu hak ekseninde belki devletin biricik negatif edimi, yargının bağımsız, tarafsız ve nesnel karar vermesini etkileyebilecek tür ve kapsamdaki olası müdahalelerden sakınmaktan ibarettir.*[352]

İnsan haklarını kurumsallaştırmak, hangi tür hak söz konusu olursa olsun, devletin belirli bir düzeyde pozitif edim yükümlülüğüne yol açmaktadır. Örneğin, hırsızlık gibi doğrudan mülkiyet hakkını tehdit eden bir suçla mücadele etmeyen (söz gelimi, hırsızlık oluşturan eyleme yönelik hiçbir yaptırım öngörmeyen) bir devletin, mülkiyet hakkını güvence altına almış olduğu söylenemez. Medeni ve siyasal haklar listesi içinde yer alan bir hakkın kurumsallaşabilmesi, sosyal ve ekonomik hak kategorisi içinde yer alan bir hakkın kurumsallaşabilmesine göre devletin daha fazla pozitif edim yükümlülüğünü gerektirebilir. Gemalmaz'ın değinmiş olduğu adil yargılanma hakkı ile ücretli izin ve tatil hakkının bu bağlamda karşılaştırılması bunun bir örneği olabilir. Adil yargılanma hakkına ilişkin olumlu edimde bulunma yükümlülüğünün açık bir biçimi, AİHS'nin 6. maddesinde yer almaktadır.[353]

AİHM'nin çeşitli kararlarında, özellikle kimi hakların niteliğine ilişkin yapmış olduğu yorumlar, Gemalmaz'ın yukarıda sözü edilen yaklaşımını desteklemektedir. Adil yargılanma hakkının dışında, Mahkeme, negatif hak olarak sunulan üç diğer hak bakımından da devletin olumlu edim yükümlülüğüne vurgu

[352] Gemalmaz, **Genel Teori**, ss. 1448–1449.

[353] Örneğin, bir ceza yargılamasında sanığın avukat tutabilecek ekonomik gücünün bulunmaması durumunda, sanığa söz konusu hukuki yardımın ücretsiz olarak sağlanması gerekir. Devletin, sanığa sağlamak zorunda olduğu bu hizmet, adaletin gerçekleştirilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla, adli yardım kurumu, AİHS'nin 6.maddesinin 3. fıkrasının (c) bendinde kurumsallaştırılmıştır. Böyle bir yükümlülüğün, olumlu edim yükümlülüğü olduğunda ise kuşku yoktur. AİHM'nin bu yükümlülüğü öngörmüş olduğu şu kararlara bakılabilir: **Benham v. United Kingdom** (App. 19380/92), Judgment of 10 June 1996, özellikle pr. 61, 63, 64; **Poitrimol v. France** (App. 14032/88), Judgment of 23 November 1993, özellikle pr. 34, 38, 39.

yapmaktadır. Bu haklar, yaşam hakkı[354], işkenceye maruz kalmama hakkı (işkence yasağı)[355], özel hayatın gizliliği (ve korunması) hakkı[356] ve mülkiyet hakkı[357] olarak

[354] **L. C. B. v. United Kingdom** kararında Mahkeme ilk defa, yaşam hakkı çerçevesinde, devletin negatif edim yükümlülüğünün yanında pozitif edim yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna varmıştır. Bu olayda başvurucu, Birleşik Krallık'ın Christmas adasında yapmış olduğu nükleer denemeler sırasında İngiliz Hava Kuvvetlerinde çalışan bir kişinin kızıdır. Başvurucu, babasının bu süre içerisinde maruz kaldığı radyasyondan dolayı kendisinin çocukluğunun ilk dönemlerinde (babasının) kemik kanserine yakalandığını ileri sürmüştür. Nükleer denemelerin, Birleşik Krallık'ın, Mahkemenin yetkisini kabul etmesinden önceki bir dönemde gerçekleştirilmiş olması nedeniyle, bu denemelerden dolayı başvurucunun ya da babasının maruz kaldığı risk başvuru konusu edilememiştir. Bununla birlikte İngiltere'nin, Mahkemenin yargı yetkisini kabul ettiği dönemden sonra, söz konusu riskle ilgili olarak başvurucunun ailesini uyarma ya da alınabilecek diğer önlemleri alma konusunda devletin gerekli özeni göstermiş olup olmadığı araştırılmıştır. Burada söz konusu olan riskin devlet tarafından yaratılmış olması dolayısıyla, sorunun negatif özgürlük boyutu açısından incelenmiş olduğu söylenebilir. Ne var ki, Mahkeme'nin yaklaşımı, devletin sorumluluk alanını salt bir negatif edim yükümlülüğünün ötesinde genişletme eğilimi göstermektedir. Bu alanın, sağlık politikalarından tarım politikalarına, oradan da ekonomik politikalara kadar uzanıp uzanmayacağı konusunda Mahkeme'nin bu kararından kesin bir sonuca varmak mümkün gözükmemektedir. Karar için bkz. **L.C.B. v. United Kingdom** (App. 23413/94), Judgment of 9 June 1998, özellikle pr. 36–41; Mahkeme, devlet dışı kişi ya da organizasyonlar tarafından kişilerin öldürülmesi durumunda devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün sınırlarını belirleme açısından bir takım ölçütler koymuştur. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, Mahkeme, olayın aydınlatılmasından yargılamanın her aşamasına kadar devletin yaşam hakkını koruma noktasında etkin bir hukuk sistemine sahip olup olmadığını, bu sistemin somut olay bakımından nasıl işletilmiş olduğunu araştırmaktadır. İkinci olarak, Mahkeme, somut olayın koşulları içerisinde, kişinin yaşamına yönelik bir tehdidin bulunup bulunmadığını, eğer var ise devletin kişiyi korumak için gerekli önlemleri alıp almadığını da araştırmaktadır. **X and Y v. Netherlands** (App. 8978/80), Judgment of 26 March 1985, özellikle pr. 27, 30; **Kılıç v. Turkey** (App. 22492/93), Judgment of 28 March 2000, özellikle pr. 62–83; **Mahmut Kaya v. Turkey** (App. 22535/93), Judgment of 28 March 2000, özellikle pr. 85, 86, 101, 108, 109, 115, 117; Bu inceleme elbette, öngörülemeyen olaylar bakımından söz konusu değildir. **Osman v. United Kingdom** (23452/94), Judgment of 28 October 1998, özellikle pr. 115, 116; AİHS'nin 2. maddesi açısından pozitif yükümlülük örnekleri için bkz. M. Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi**, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2006 ss. 226–231 (Bundan sonra metinde "İşkence Yasağı Analizi" olarak anılacaktır).

[355] Bir önceki dipnotta yaşam hakkı bakımından devletin pozitif edim yükümlülüğüne yapılan vurgular, işkence yasağı açısından da geçerlidir. Mahkeme çeşitli kararlarında, işkence olaylarını araştırmanın ve işkenceyi önlemek için gerekli bütün önlemleri almanın devletin görevi olduğunu vurgulamıştır. Bu kararlardan bazıları için bkz. **Sevtap Veznedaroğlu v. Turkey** (App. 32357/96), Judgment of 11 April 2000; **Aksoy v. Turkey** (App. 21987/93), Judgment of 18 December 1996; **Aydın v. Turkey** (App. 23178/94), Judgment of 25 September 1997; **Assenov v. Bulgaria** (App. 24760/94), Judgment of 28 October 1998; **Selmouni v. France** (App. 25803/94), Judgment of 28 July 1999; Mahkeme, aşağılayıcı ve kötü muameleyi özellikle bedensel ceza bakımından, özel kişi ve kurumlar tarafından uygulanmış olup olmamasına bakılmaksızın devletin pozitif edim yükümlülüğünün sınırları içerisinde değerlendirmiştir. Bu konuda genel olarak bkz. H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, Legal Yayınları, İstanbul 2005.

[356] Burada da kişilerin özel yaşamlarına müdahalenin devlet tarafından gerçekleştirilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, devletin bu hakkı koruma noktasında pozitif edim yükümlülüğü bulunduğu sonucuna vardığı kimi kararlar mevcuttur. Bu kararlardan bazıları için bkz. **X and Y v. Netherlands** (App. 8978/80), Judgment of 26 March 1885; **Marckx v. Belgium** (App. 6833/74), Judgment of 13 June 1979; **Hatton and Others v. United Kingdom** (App. 36022/97), Judgment of 2 October 2001; AİHS'nin 8. maddesi ile 2. maddesi arasındaki ilişki açısından Taraf Devletlerin pozitif edim yükümlülüğü için bkz. Gemalmaz, **İşkence Yasağı Analizi**, ss. 231 vd.

sayılabilir. Sözleşmede düzenlenen diğer haklar bakımından devletin pozitif edim yükümlülüğünün olmadığı sonucuna varılmamalıdır.[358] Diğer haklar için de, en azından bu haklardan yararlanılabilecek bir ortamın yaratılması bakımından devletin bir kurumsallaştırma yükümlülüğünün bulunduğu söylenebilecektir. Sözleşmede yazılı bütün hakların burada, devletin pozitif edim yükümlülüğü açısından bir incelemesinin yapılması çalışmanın kapsamını aşacaktır. İfade özgürlüğü hakkının niteliği açısından ise bağımsız bir inceleme yapılacaktır.

AİHM'nin konuya yaklaşımı da göstermektedir ki, özgürlüğü ve bu bağlamda insan haklarını pozitif/negatif olarak ayırmak yerinde değildir. Kuşkusuz *ulusalüstü* insan hakları hukukunda devletin pozitif edim yükümlülüğünü gerektiren vaka örnekleri AİHS organlarıyla sınırlı değildir. Uluslararası insan hakları hukukunda artık mutlak bir hak olarak kabul edilen işkence ve kötü muameleye maruz kalmama ya da tüm hakların varlık koşulunu oluşturan yaşam hakkı konusunda gerek BM ölçeğinde gerekse bölgesel ölçekte devletin pozitif edim yükümlülüğüne işaret eden belgeler ve bu belgelerin yaratmış olduğu organların vermiş oldukları kararlar bulunmaktadır.[359]

İnsan haklarının uluslararası korunmasında devletin iki tip yükümlülüğünün bulunduğu görülmektedir. Devletin negatif edim yükümlülüğü, "kendi yargı yetki alanında bulunan kişiler üzerinde zarar doğurucu tasarruflardan kaçınması" anlamına gelir. Negatif edim yükümlülüğü, M.S. Gemalmaz'ın deyimiyle, *dikey ilişki* olarak anılan *kamusal otorite-birey* ilişkisi üzerinde yükselmektedir.[360] Ancak bu

---

[357] Mahkeme kimi kararlarında, kişinin mülkiyet hakkından yararlanabilmesi için devletin uygun düzenlemeleri yapması ve gerekli tedbirleri alması gerektiğine hükmetmiştir. Örneğin bkz. **Cyprus v. Turkey** (App. 25781/94), Judgment of 10 May 2001, özellikle pr. 269–272; Mahkemeye göre, kişinin Sözleşmede güvence altına alınmış olan haklardan gereği gibi yararlanabilmesi için, devletin negatif edim yükümlülüğünün yanında pozitif edim yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu yükümlülük, Devletin gerektiğinde bütünüyle özel kişiler arasındaki ilişkiler bakımından da mevcut olabilmektedir. Mahkemenin Sözleşmenin 11. maddesi ve Protokol 1/1 bağlamında yapmış olduğu bu yorum için bkz. **Gustafsson v. Sweden** (App. 15573/89), Judgment of 25 April 1996, özellikle pr. 45, 60.

[358] Buradaki inceleme, Ovey/White'ın bu konudaki incelemesine dayanmaktadır. Bu yazarlar, Mahkeme'nin hangi haklar bakımından pozitif edim yükümlülüğü öngörmüş oldukları konusunda bir sınıflandırma yapmışlardır. Bu konuda bkz. Ovey/White, **European Convention on Human Rights**, Third Edition, Oxford University Press, USA 2002, ss. 51–53, 66–67, 218–220, 302–303.

[359] İşkence yasağı ve yaşam hakkının ulusalüstü insan hakları hukukundaki görünümleri ile ilgili olarak şu eserlere bakılabilir: Gemalmaz, **İşkence Yasağı Analizi**, ss. 224 vd.; M. Semih Gemalmaz, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, 2. Baskı, Kavram Yayınları, İstanbul 1994; M. Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi**, Amaç Yayıncılık, İstanbul 1990.

[360] Gemalmaz, **İşkence Yasağı Analizi**, s. 224.

yükümlülük insan haklarının korunması bakımından yeterli değildir. İnsan haklarının korunmasında, bireyle toplum ya da bireyle yine birey arasındaki ilişkinin de önemli olduğu dikkate alınmalıdır. Bu alanda devletin negatif edim yükümlülüğü dışında bir sorumluluğunun bulunup bulunmadığını ve bu sorumluluğun hangi ölçüde kabul edileceğine ilişkin olarak M.S. Gemalmaz şu görüşleri dile getirmektedir:

> *İşte, yaşamın dinamikleri ve gelişen hukuk, sözü edilen özel ilişkiler arasındaki ilişkilerle bağlantılı olarak da Devletin "Sözleşmesel sorumluluğu" konusunu ortaya çıkarmıştır ve o Devletin Taraf olduğu Sözleşme ile öngörülen denetim sisteminin bu vesileyle de işletilebilmesi gündeme gelmiştir. Buna "yatay ilişki", "Sözleşmesel etki alanının yatay genişlemesi" denilebilir.*[361]

Öte yandan, bir takım sosyal ve ekonomik haklar, kimi diğer medeni ve siyasal hakların gerçekleşme koşulunu oluşturabilir. Örneğin, asgari düzeyde beslenme ya da barınma hakkının (özellikle ısının sıfırın altına düştüğü kış mevsiminde pek çok evsizin sokakta donarak öldüğü düşünülürse) bulunmadığı bir yerde yaşam hakkının güvence altına alınmış olduğunu söylemek zor olacaktır.[362] Ayrıca şunu belirtmek gerekir ki, açlıktan ya da sokakta soğuktan donarak ölmek uygulanan ekonomik politikaların bir sonucu olarak bir toplum içerisinde olumsal bir durum olmaktan çıkmış ve devletin ihmali sonucu gerçekleşen bir hal almışsa, devletin ihmal suretiyle eylemde bulunduğu söylenebilir. Eğer yaşam hakkı, salt bir müdahale etmeme anlayışı içerisinde negatif bir hak olarak değerlendirilirse, açlıktan ya da soğuktan ölen insanlar açısından devletin yaşam hakkını ihlal etmediğini söylemek gerekir. Aksine, yaşam hakkı devlet tarafından kurumsallaştırılması gereken ve bu kurumsallaştırmanın, hakkı güvence altına almayı içerdiği durumlarda, bu hakkın pozitif niteliğinin bulunduğu; böylece yukarıdaki örnekte, devletin bu

---

[361] Gemalmaz, **İşkence Yasağı Analizi**, s. 225.

[362] Örneğin Uygun bu noktada şu değerlendirmeyi yapmaktadır: "Sağlık, insanca yaşayabilmemiz için önemli bir hak; eğer bir kişi parası olmadığı için hastane kapılarında ölüyor ya da hiç hastaneye gidemiyorsa, o kişinin yaşam hakkı da güvencede değil demektir." Bkz. Oktay Uygun, "*Türkiye'de Küreselleşme ve Sosyal Haklar*", **Hikayemi Dinler misin? Tanıklıklarla Türkiye'de İnsan Hakları ve Sivil Toplum**, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayını, İstanbul 2004, s. 122.

edimini gerçekleştirmemesi nedeniyle insanların bu haktan yoksun bırakıldıkları söylenebilecektir.[363]

Asgari düzeyde beslenme hakkının yokluğu pozitif özgürlüğü dışlamayan bir anlayış içerisinde yaşam hakkının varlığını tehlikeye sokabilirken, diğer yandan, bu hakkın varlığı yaşam hakkından bağımsız olarak savunulabilir.[364] Zira asgari düzeyde beslenmek, tıbbi olarak yaşamı sürdürecek kadar bir besin almaktan daha öte bir şeydir. Bu, daha çok insan onuru kavramı etrafında çözümlenmesi gereken bir konudur. Böyle bir yorum, insan haklarının özüne daha uygun olacaktır.[365]

Libertaryan yorumun hakim olduğu bir yerde, insan haklarının bu biçimde bir yorumuna izin verilmeyecektir.[366] Böyle bir yaklaşımın, insan haklarının

---

[363] Yaşam hakkı ile ilgili olarak AİHM'nin vermiş olduğu kararlardan, asgari düzeyde beslenme hakkının, yaşam hakkı bağlamında ele alınabileceğinin söylemek, biraz zorlayıcı bir yorumla da olsa mümkündür. Ne var ki, Mahkeme'nin yorumunun yeni bir hak ihdas edecek derece geniş olmayacağını söylemek kehanet olmayacaktır. Sözleşmenin kurmuş olduğu sistem, böyle genişletici bir yoruma uygun değildir. Bununla birlikte, yaşam hakkını doğrudan ortadan kaldıracak bir beslenme eksikliğinin, bu çerçevede yorumlanabilmesi için bir engel bulunmamaktadır. Mahkeme'nin böyle bir yorumda bulunabileceği öngörülebilir.

[364] Burada sözü edilen durum, açlıktan ölebilecek durumda olan insanların bulunduğu bir yer bakımından söz konusudur. Böyle bir yerde devletin olumlu müdahale yoluyla buna engel olmaması, insan onurunu zedeleyecek bir ortamın doğmasına ve devam etmesine neden olabilecektir. Asgari düzeyde beslenme hakkı, bazı durumlarda devletin karışmaması, pasif bir tutum sergilemesiyle daha iyi de gerçekleşebilir. Uygun'un vermiş olduğu örnek bu durumu ortaya koymaktadır: "Örneğin, gıda ürünlerinin bol olduğu bir yerde, devletin bu ürünlerin iç tüketimini kısıtlayacak şekilde ihracatı teşvik eden politika izlemekten vazgeçmesi durumunda, söz konusu hak daha iyi gerçekleşmiş olur." Bkz. Oktay Uygun, "*Küreselleşme ve Özgürlük*", **Felsefe Tartışmaları**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2001, ss. 96–97; Ayrıca bkz. Uygun, "*Türkiye'de Küreselleşme ve Sosyal Haklar*", ss. 120 vd.

[365] Akad'ın, İtalyan Anayasası'nın, "bütün yurttaşların aynı sosyal onura" sahip olduğunu belirten hükmünün ve genel olarak insan onuru ve hak, özgürlük kavramları arasındaki ilişkinin yorumuyla ilgili şu tespitleri konumuz açısında önemli gözükmektedir: *"İnsanın özgürleştirilmesi, bu çerçevede insan onuruna bağlanırken, beraberinde önemli bir değer yargısını da getiriyor. Soyut insan anlayışı terk ediliyor, insan gerçek kişiliğiyle ve ona bağlı haklar sistemiyle birlikte ele alınıyor. ... temelde insanın dokunulmaz haklarının tanınması ve güvenceye bağlanmasının devletin görevi olduğunu biliriz. Böylece insan teriminin, tıpkı hak kavramında olduğu gibi, (hak da kendi içinde hem özgürlük, hem de ödev-görev ilişkisini taşımaktadır) ikili bir ayırımı; bireyci ve kişici unsurları taşıdığı ortaya çıkıyor. ... Böylece insan haysiyetinin sağlanması ve korunup geliştirilmesi ile devletin görev alanı arasında çok sıkı ilişki bulunduğunu, bu yoldan geçerek de (sosyo-ekonomik şartların sağlanması, hukuksal düzenlemelerin ve yargısal güvencenin gerçekleştirilmesiyle) kişinin özgürleştirilmesine ulaşılabileceği, açık seçik ortaya çıkıyor. ... Hakların iktidarı zorlayıcı gücü, kaynağını buradan alıyor. ... Anayasalar ve İnsan Hakları Bildirileri, bu alanın somut belgeleridir, iktidara insan onurunun gerçekleştirilmesi doğrultusunda direktifler verirler. ... insan onuru kavramının da, böyle bir çoğulcu toplum içinde işlerlik kazandığı, içte klasik ve sosyal haklar arasında bağlayıcı nitelikte; dışta, uluslar arası planda ise sözleşmeler ve bildirilerle farklı ülkeleri, haklar ve ödevler doğrultusunda birleştirici özellikte olduğu bir gerçektir."* Bkz. Mehmet Akad, **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984, ss. 30–44 (Bundan sonra metinde "Teori ve Uygulama" olarak anılacaktır).

[366] Bu konuda bkz. Steiner/Alston, ss. 249–254.

evrenselliğinin temelini oluşturan *insan onuru* kavramının, insan haklarının temellendirilmesinde gücünü epeyce zayıflatacağında kuşku yoktur. Donnelly gibi liberallerin de onayladığı gibi, insan hakları *insan onurunu* korumaya yönelik haklardır. Asgari düzeyde beslenme ve barınma haklarının insan onurunun korunması açısından önemlilik derecesi araştırılmalıdır. Eğer çok önemli olduğu sonucuna varılıyorsa, temel insan hakları arasında sayılmalıdır.[367] İnsan onurunun korunması açısından ekonomik ve sosyal hakların da en az klasik haklar kadar önemli olduğu sonucuna varılırsa ve bu sonuca uygun olarak ekonomik ve sosyal haklar güvence altına alınırsa, negatif özgürlük anlayışının savunmuş olduğu klasik hakların, bir takım sosyal ve ekonomik koşullar nedeniyle gerçekleşememe durumları da ortadan kalkmış olacaktır.

Böylece yukarıda ele aldığımız pozitif özgürlük savunucuları tarafından ileri sürülen, soyut haklar/somut haklar ya da gerçek haklar/biçimci haklar gibi ayırımlar önemini yitirecektir. Sözü edilen özgürlük anlayışlarından ayrı olarak hakların konularının tayin edilmesinin uygulanabilirlikleri açısından büyük önemi vardır. Ne var ki, her bir hakkın ilintili olduğu özgürlüğün ideal biçimde sağlanabilmesi için gerekli bütün koşulların uygun hale getirilmesi, devletten bir hak olarak talep edilemez. Siyasal iktidarın bütün bu koşulları sağlaması pek çok durumda bir ütopya ya da fantastik bir kurgu olabilir. Bu durum, ifade özgürlüğü hakkının ilintili olduğu somut özgürlük alanı için de geçerlidir.

Hakkın konusu ile hakkın ideal düzeyde gerçekleşmesini sağlayan koşullar arasında bir ayırım yapmak zorunludur. Diğer bir anlatımla bu, özgürlük engeli sayılamayacak karakter koşullarıyla özgürlüğün nesnel koşulları arasında bir ayırımın yapılmasıdır. Hakların korunması ve güvenceye alınmaları bakımından, devletin pozitif edim yükümlülüğünün sınırlarını belirlemek oldukça zor görünmektedir. Özgürlüğün koşulları arasında bir ayıklama yapmak ve ona göre bir sonuca varmak, özellikle teknik anayasa hukuku bakımından daha karmaşık ve zor bir iştir.

Bu hakların gerçekleşmesi, sosyal ve ekonomik haklarla birlikte güvenceye alınmaları, sosyal devlet anlayışını benimsemiş olan bir sistemde, devletin temel

[367] Donnelly, 34–37, 43–51.

görevlerinden biridir. Fakat bu tür ilkeler genellikle birer ölçü norm görevi ifa ettiklerinden, genel siyasaların yürütülmesi bakımından uygulanabilirler.[368] Buradaki sorun, devletin söz konusu olumlu edimini gerçekleştirme noktasındaki eylemsizliğinin, temel hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilebilmeleri bakımından eyleme dönüştürülebilmesini sağlayacak bir mekanizmanın bulunmayışıdır.[369] Böyle bir mekanizmanın bulunmamasının yarattığı boşluk, uluslararası insan hakları hukukunda, devletin pozitif edim yükümlülüğü kapsamında doldurulmaya çalışılmaktadır.[370]

Özgürlüğün gerçekleşmesi ile hakkın uygulanabilirliği arasındaki hassas dengenin kurulması ve aynı zamanda insan onuruyla temellendirilen insan haklarına dayalı bir sistemin yaratılabilmesi için sosyal, ekonomik ve kültürel hakların kabul edilmesi ve bu hakları gerçekleştirmeye yönelik en uygun siyasaların yürürlüğe konulması gerekir.[371] Aksi durumda, yalnızca sosyal ve ekonomik hakların değil, klasik hakların da gerçekleşebilme olanağı ortadan kalkabilecektir.[372]

---

[368] Bu konuda bkz. Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul 1978, ss. 191–195; (Bundan sonra metinde "Sosyal Haklar" olarak anılacaktır);Yüzbaşıoğlu, Necmi, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İ.Ü.Basımevi, İstanbul 1993, ss. 182–187.

[369] Tanör, bu konuda dokrin ve uygulama (Anayasa Mahkemesinin tutumu) arasında önemli farklılıklar olduğunu ortaya koymaktadır. Bkz. Tanör, **Sosyal Haklar**, ss. 363–381; yasama organın eylemsizliği açısından ise, yasama organını zorlayıcı bir mekanizma bulunmamaktadır. Bkz. Oktay Uygun, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992, ss. 46–47 (Bundan sonra metinde "1982 Anayasası" olarak anılacaktır).

[370] Özellikle toplum-birey ya da birey-birey ilişkisinde, güçsüz tarafın korunması için devletin pozitif edim yükümlülüğü çerçevesinde davranmasını sağlayacak hukuksal düzenlemelerin bulunmayışı ya da gerektiği gibi uygulanmamaları nedeniyle uluslararası insan hakları hukukunda, -M.Semih Gemalmaz'ın belirttiği- *yatay ilişkinin* devreye girmesi ya da *Sözleşmesel etki alanının genişlemesi* söz konusu olmaktadır. Bkz. Gemalmaz, **İşkence Yasağı Analizi**, s. 225.

[371] Klasik haklar ile sosyal ve ekonomik nitelikli haklar arasındaki ilişkinin anlaşılabilmesi açısından Uygun'un şu yaklaşımı açıklayıcı olabilir: "Klasik hak ve özgürlükler, insanı soyut kişiliği ile evrensel bir düzeyde tanımlarken, sosyal haklar insanı somut yaşam koşulları içinde, belirli bir yer ve zamanda ele alır. Sosyal haklar, kişinin insan niteliği ile değil, onunla gerçek yaşam içinde bulunduğu ortamla ilgilenir." Bu yaklaşım, sosyal ve ekonomik hakların ilintili olduğu özgürlük alanıyla ilgili olarak geçerli bir yaklaşımdır. Ancak burada bir noktayı gözden kaçırmamak da gerekir: Sosyal haklar, klasik hakların uygulanabilirlikleri açısından toplumsal koşulların uygun hale getirilmesinde etkili olabilmektedirler. Fakat sosyal ve ekonomik hakların, insan hakları kuramı içerisindeki bütün işlevi ve amacı bu doğrultuda açıklanamaz. Asgari düzeyde beslenme ve barınma hakkını destekleyen sosyal ve ekonomik haklar, *insan onurunun* korunmasıyla doğrudan bağlantılı olan haklardır. Bu yönüyle de sosyal ve ekonomik haklar da kişinin *insan* niteliğiyle doğrudan bağlantılı haklardır. Uygun'un bu konudaki görüşleri için bkz. Uygun, **1982 Anayasası**, ss. 18–21 (ve alıntı için s. 20).

[372] BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, insan haklarının gerçekleşebilirliği ile yoksulluk arasındaki ilişkiye dikkat çekerek, yoksulluk durumunun yalnızca uygun bir yaşam standardından yoksunluk nedeni olmadığını, aynı zamanda sosyal, ekonomik, kültürel ve medeni hakların gerçekleşmesini engelleyici bir durum olduğunu dile getirmiştir. Dolayısıyla yoksullukla savaşımın, insan hakları perspektifiyle yapılması bir zorunluluk olmaktadır. Yüksek Komiserliğin görüşleri ve yoksulluk ile

İnsan haklarını negatif bir konseptte ele alarak sosyal, ekonomik ve kültürel hakları reddedenlerin temel argümanlarından birisi, sosyal ve ekonomik hakların uygulanabilirliğinin olmadığı, diğeri ise bu hakların kabul edilmesinin klasik hakları tahrip edeceğidir. Bu hakların uygulanmasını devletten talep etmek, devletin serbest piyasa ekonomisine gereğinden fazla müdahalesine yol açacaktır. Bu da bireysel girişim özgürlüğünü ortadan kaldıracaktır.[373] Serbest piyasa ekonomisine müdahale, aşırı vergi oranlarıyla karşımıza çıkacaktır; bu ise Hayek'in dilinde, köleliğe giden yol demektir. Hayek, Almanya'da Nazilerin iktidara gelmelerinden çok önce, liberal demokrasinin sosyalistler ya da genel olarak ekonominin devlet tarafından planlanması gerektiğini savunanlar tarafından öldürülmüş olduğunu belirtmekte ve totalitarizme giden yolların böylece açılmış olduğunu ileri sürmektedir. Hayek'e göre Almanya'da Hitler, İtalya'da Mussolini iktidara gelmeden çok önce, sosyalistler tarafından liberalizm ve demokrasi fiiliyatta yürürlükten kaldırılmıştı. Demokratik sosyalizm, bir ütopya olmanın dışında, demokrasinin yok edicisidir. Demokrasiyle sosyalizm arasındaki tek ortak nokta eşitliktir; ancak demokrasideki eşitlik, özgürlük bakımındandır, sosyalizmin eşitliği ise, kölelikte ve kısıtlanmışlıkta eşitliktir.[374] Hayek için devletin görevi, üç büyük negatif değeri gerçekleştirmekten ibarettir. Bunlar, barış, özgürlük ve adalettir.[375]

Nozick için devletin görevi, ulusal güvenlik ve bireylerin doğal olarak sahip olduklarının (natural assets) korunması amacıyla sınırlıdır. Bunun ötesinde, bireyin doğal haklarının başkalarının *refahı* uğruna feda edilmesi düşünülemez.[376] Libertaryanlara göre, sosyal ve ekonomik hakların uygulanmasının bedeli, daha

---

insan hakları arasındaki ilişki üzerine bir çalışma için bkz. Naz Çavuşoğlu, "*Realisation of Social Rights*", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, Vol. 34, No. 51, 2002, ss. 120–123.

[373] Bkz. Cass Sunstein, "*Against Positive Rights*", 2/1 east Eur. Constita'al Rev. 35 (1995)'de aktarılan görüşler için bkz. Steiner/Alston, ss. 280–282.

[374] Hayek, **The Road to Serfdom**, ss. 34–49.

[375] Hayek'e göre, "Üç büyük negatif değer (Barış, Özgürlük ve Adalet) gerçekte hükümetin temin etmesi gereken uygarlığın biricik vazgeçilmez temelleridir… Cebir, amaçlarını takipte hür insanlara yalnızca onları muayyen amaçlara değil, fakat kendileri için –hükümet kuruluşları dahil- öteki insanlar tarafından sebebiyet verilen tahmin edilemez rahatsızlığa karşı korunan bir alan yaratmaya muktedir kılarak kendi amaçlarını takip etme[sine]…yardım eder… böyle korunmuş bir alanın hükümet dahil başkalarınca ihlaline karşı…gereken en yüksek otorite başkalarına sadece "hayır" diyebilen ama kendisi de hiçbir pozitif yetkiyi haiz olmayan otoritedir." Hayek, toplum dışı güçler tarafından her hangi bir tehdidin bulunmadığı zamanlarda böyle bir otoritenin bulunabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Hayek, **Hukuk**, ss. 197–198.

[376] Nozick, **Anarchy,** s. 32–33.

temel bir hak olan (diğerlerinin) özgürlük hakkını (right to freedom) ortadan kaldırmak olacaktır.[377]

Birilerinin *refahını* korumak için başkalarının hangi hakları ihlal edilmektedir? Aslında Nozick'in, *refah* (welfare) ifadesiyle birlikte kullanmış olduğu *başkalarının doğal hakları* (natural assets) ifadesinin üzerinde durmak gerekir. Her iki ifade de abartılıdır, durumu trajik kılma çabasıdır. Sosyal ve ekonomik hakları olanaklı kılmak üzere devletin bir takım sosyal faaliyetleri yürütmesi toplumdaki bir takım kişilerin durumunu iyileştirici olabilir. Örneğin, iş ve çalışma koşullarının devlet tarafından denetlenmesi ve işçiler için insani bir çalışma ortamının yaratılması çabaları işçilerin menfaatine olabilir, ama bunu başkalarının *refahı* (welfare) olarak gereksiz görmek mümkün müdür? Öte yandan işsizlik, yaşlılık ya da başka nedenlerle açlığa mahkum olan kimselere devlet eliyle bir takım sosyal yardımlarda bulunmak başkalarının doğal haklarını ihlal pahasına da olsa yapılmaması gereken bir faaliyet midir? Nozick'in başkalarının doğal haklarıyla kastettiği gerçekte *mülkiyet hakkıdır*. Onun ve onun gibi libertaryanların kaygısı, sosyal ve ekonomik hakların maliyetinin yüksek oluşunun vergi oranlarını artırmasıdır. Artan vergi oranları ise mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Aslında ulusal güvenlik adına yapılan askeri harcamaları, sosyal ve ekonomik haklara yeğlemek onlar için sorun olmamaktadır. Onların görmek istemedikleri nokta, evsiz olduğu için soğuktan ya da aşırı yoksulluk yüzünden açlıktan ölen insanların varlığının, insan haklarının temelini sarsmasıdır (insan onurunu zedelemesidir).

Özgürlüğü, dolayısıyla da insan haklarını negatif bir konsept içinde ele alanlar, insan haklarının özünü, başka bir deyişle *insan onuru* kavramını dikkate almamaktadırlar. Onların daha çok, insan haklarını belirli bir sistemin (liberal demokratik vs.) aracı ya da araçları olarak gördüklerini söylemek abartılı olmasa gerekir. Halbuki konuya tersinden yaklaşmak daha doğru gözükmektedir. Söz konusu siyasal ve ekonomik sistemlerin, insan haklarına dayalı bir toplum düzeni için araç olmaları gerekir. İnsan haklarının gerçekleştirilmesi bakımından en uygun

[377] David Beetham, "*What Future for Economic and Social Rights*?", 43 **Political Studies** 41 (1995)'den aktarılan görüşler için bkz. Steiner/Alston, ss. 255–256.

rejimin hangi model olduğu sorulmalıdır[378]; değilse, insan haklarını liberalizmin piyasa ekonomisi gibi bir takım kurum ve ilkelerine kıyaslayarak belirlemeye çalışmak, insan haklarını, *insan onuru* kavramından koparacak ve değersizleştirecektir. Aslında bu, liberalizmin savunmuş olduğu bireysel özgürlük, kendi kendini gerçekleştirme ve bireysel özerklik gibi temel değerleriyle de ters düşmektedir. Bu değerlerin gerçekleştirilmesinin önündeki en büyük engeli kapitalizm olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır.[379]

Siyasal iktidarın pozitif edim yükümlülüğü, libertaryanların ileri sürmüş oldukları gibi, özgürlüğü daraltıcı nitelikte değildir.[380] İnsan haklarının kurumsallaşabilmesi ya da ulusal güvenliğin sağlanabilmesi için kaçınılmaz olan vergilendirme, kuşkusuz mülkiyet hakkı üzerinde bir sınırlandırmaya yol açacaktır. Ancak bunun yapılmaması, varsayımsal doğal yaşama dönemine geri dönmek anlamına gelir. Siyasal toplumda bu, doğal yaşama döneminde olabileceğinden daha kötü bir sonuç da doğurabilir. Öyle ki, pek çok kişinin özgürlüğü doğa döneminde bulunmayan devlet eliyle ortadan kaldırılmış ya da insan onurunu zedeleyecek ölçüde azaltılmış olabilir.[381]

Bunun tipik örneği, 19. yüzyılın sonlarından T.H. Green'in dikkat çekmiş olduğu, İngiltere'de işçilerin durumuyla ilgili olarak devlet tarafından yapılması gereken düzenlemelerdir. Devletin asgari ücreti düzenlemesi libertaryan bir anlayışta sözleşme özgürlüğünün ortadan kaldırılması demektir. Ne var ki böyle bir düzenlemenin yokluğu, tarihin tanıklığıyla toplumun büyük bir kesiminin sefaletiyle

---

[378] Demokrasinin bulunmadığı bir yerde insan haklarının önemli bir kısmının olamayacağı söylenebilir. Medeni ve siyasal hakların, ekonomik ve sosyal hakların gerçekleştirilmesinin insan onurunun korunması ve kişinin potansiyelini ortaya çıkarabilmesi açısından vazgeçilmez bir önemi bulunduğu kadar; bu hakların gerçekleştirilmesi aynı zamanda demokratik toplumun yapısal bir unsurudur. Bu konuda bkz. Roman Wieruszewski, "*Seminar on the Interdepence Between Democracy and Human Rights*", **United Nations Office of the High Comissioner for Human Rights**, Geneva 25–26 November 2002.

[379] Victoria S. Holden, "*Effective Voice Rights in The Workplace*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995, s. 127.

[380] Burada özellikle egaliteryan liberaller ile libertaryan düşünürler arasında yapılan bir ayırıma göre bir sınıflandırma yapılmaktadır. Libertaryan ifadesi altında minimal devleti savunan Nozick ve Hayek gibi düşünürlerin görüşleri kastedilmektedir. Libertaryan ve liberal arasındaki ayırım bakımından bkz. G. A. Cohen, "*Capitalism, Freedom, and The Proleteriat*", **Oxford Readings in Politics and Government**, Oxford University Press, UK 1991, özellikle ss. 165–169.

[381] D. Miller, insan haklarının insan onurunun korunduğu asgari bir yaşam standardıyla doğrudan bağlantılı olduğunu; dolayısıyla da pozitif niteliğinin yadsınamayacağını belirtmektedir. Miller'ın özellikle insan hakları ve adalet arasındaki ilişki ve hakların pozitif niteliği konusundaki görüşleri için bkz. Miller, David, **Social Justice**, Clarendon/Oxford University Press, Great Britain 1976, ss. 71-82.

sonuçlanmaktadır. Başka bir anlatımla, işverenin özgürlüğü belki daraltılmış olacaktır, ama aynı zamanda toplumun büyük bir kesimini oluşturan işçilerin özgürlüğü genişletilmiş olacaktır. Hırsızın çalma özgürlüğünün sınırlandırılması, başkalarının mülkiyet haklarının korunması amacıyla nasıl meşru ise bu ve benzeri düzenlemeler de özgür bir toplumda meşru sayılmalıdır.[382]

3) Özgürlüğün Olanaklılığı ve Özgürlüğe Zorlamak Ayırımı

Sınırlı pozitif özgürlük yaklaşımı içerisinde söz konusu olan, özgürlüğün olanaklılığıdır; yoksa kişinin özgürlüğe zorlanması ve böylece *özgürleştirilmesi* değildir. Gandi tarzı açlık grevi yapanların ya da dini inançları gereği oruç tutanların açlığa mahkum olduklarını söylemek ve böylece onları açlığa karşı özgürleştirmeye çalışmaktan (free from hunger) söz etmek konuyu çarpıtmak demektir. Seyahat örneğinde olduğu gibi, seyahatin birey için olanaklılığı ile kişinin seyahat özgürlüğünü gerçekleştirmek için seyahate zorlanması farklı şeylerdir. Aynı biçimde, kişinin özerk bir birey olarak kendi seçimiyle açlık grevinde bulunması ile yiyecek bulamaması dolayısıyla aç kalması arasındaki fark yoruma yer bırakmayacak kadar açıktır.[383]

---

[382] Hayek ve Nozick gibi libertaryanların argümanlarını değerlendiren Uygun bu bağlamda şu değerlendirmeleri yapmaktadır: "*Birinci kuşak hakların arkasındaki liberal zihniyetin devlete yüklediği pasif tutum, gece bekçisi rolü, yoksul kitlelerin çaresizlik içinde kendi hallerine bırakılmaları anlamına geliyordu. Güçlü ile zayıfın karşılaştığı yerde, özgürlük zayıf kesimin ezilmesine hizmet ediyor; kuramsal olarak bütün insanların sahip olduğu kabul edilen haklardan yalnızca maddi bakımdan varlıklı küçük bir zümre, bir mutlu azınlık yararlanabiliyordu. İşte ikinci kuşak haklar, geniş yoksul kitlelerin temel gereksinimlerini karşılayarak, herkesin insan haklarından yararlanabilmesini amaçlayan ve insan haklarının mutlu bir azınlığın "ayrıcalıkları olmasını önleyen araçlar olarak tasarlanmıştır. İnsan haklarını asıl tahrip edici olan tutum, toplumsal yapıdaki büyük eşitsizliklerin insan haklarından eşit ölçüde yararlanmayı engellediğini görememektir. İnsan haklarını birinci kuşak haklarla sınırlı tutmak, devletin refahın sağlanması gibi bir görevi olamayacağını söylemek, günümüz koşullarında toplumun varlıklı kesimleri lehine ayrıcalık talep etmektir. Ayrıcalık isteği, bugüne kadar hiç kimsenin ahlaki açıdan meşrulaştırmayı başaramadığı bir tutumdur."* Uygun, "*Küreselleşme ve Değişen…"*, ss. 271–272; Y. Özdek ise bu konuda daha radikal bir tutum almakta ve yoksulların insan haklarından yararlanmalarını sağlamanın, insan haklarını ayrıcalıklara indirgenmekten kurtarmanın yolunun, insan haklarını özel mülkiyet hakkının egemenliğinden kurtarmaktan geçtiğini ileri sürmektedir. Özdek'in yoksulluk ve insan hakları üzerine yapmış olduğu değerlendirmeler için bkz. Yasemin Özdek, "*Küresel Yoksulluk ve Küresel Şiddet Kıskacında İnsan Hakları*", Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları, Editör Yasemin Özdek, **TODAİ** İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, No. 59, 2004 Ankara, ss. 33 vd. (özellikle s. 39).

[383] Gandi örneği ile ilgili olarak bkz. Maccallum, *"Negative…"*, **Oxford Readings 1991**, ss. 105–106.

Otomobille seyahat etmek isteyen bir kimsenin öncelikle bir otomobile, otomobile sahip olduğunda onu kullanabilecek bir eğitim alt yapısına ve nihayet otomobili kullanabileceği yollara ihtiyacı olacaktır. Bütün bu koşullar, otomobil kullanmanın nesnel koşullarını oluşturmaktadır ve denilebilir ki, bu koşulların varlığı halinde söz konusu kimse için otomobil kullanmak olanaklıdır. Bu kişinin ölüm korkusu nedeniyle ya da dinsel inancı dolayısıyla (Amish'lerde olduğu gibi teknolojiye karşı olması nedeniyle) otomobilini kullanmaması, bu kişi bakımından otomobil kullanma özgürlüğünün olanaklı olmadığı anlamına gelmez. Zira burada söz konusu engel, otomobil kullanmanın nesnel koşullarından bağımsız, tamamen subjektif bir durumdur. Başka bir anlatımla bu, özgürlük engeli sayılamayacak bir *karakter koşuludur.*

Kişileri bir takım irrasyonel arzu ve tutkulardan kurtarmak adına belirli bir disiplin içerisinde eğitime tabi tutmaktan ve böylece onları özgürleştirmeye çalışmaktan söz etmek de insanın özerkliğini inkâr etmektir. Örneğin, insanları *doğru yolu* bulmaları ya da onlara dinin *doğru öğretisini* anlatmak üzere devlet eliyle eğitim vermek[384]; insanların dinin *doğru öğretisinden* sapabilecekleri kaygısıyla bir dinin belirli bir mezhebinin ibadethanelerde eğitim ve uygulamasının yine bir devlet kurumu tarafından yaptırılması aslında pozitif özgürlük anlayışının bir yansımasıdır.[385] İnsanı, belirli bir dinin ya da ideolojinin öğretileri doğrultusunda disipline etmek, onun özgürleşmesi değil, köleleştirilmesi anlamına gelecektir. Bireyi insan kılan en önemli özelliği, onun yaşamı hakkında seçim yapabilme yetisidir. Bireyin böyle bir seçimden yoksun kılınması, onun *rasyonel* olmadığını ve böylece onun yerine *rasyonel* ya da *ehil* kişilerin doğru seçimi yapmasının gerekli olduğunu savunmak anlamına gelecektir ki; bu durumda birey, *insan* kimliğinden sıyrılmış olacaktır.

Özgürlüğün olanaklılığı, pozitif özgürlük savunucularının kişiyi özgürleştirmek için önermiş oldukları yöntemlerden çok farklıdır. Birincisinde, kategorik olarak tanımlanmış olan özgürlüklerin birey için kullanılabilirliği söz

[384] Türkiye'de zorunlu din dersleri bunun tipik bir örneğini oluşturmaktadır.
[385] Türkiye'de diyanet işleri başkanlığının bir devlet kurumu olarak böyle bir faaliyeti yürütmesi de bunun örneklerinden biridir. Diyanet İşleri Başkanlığının laik bir toplum düzeni içerisindeki tartışmalı konumu hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. İştar B. Tarhanlı, **Müslüman Toplum, Laik Devlet: Türkiye'de Diyanet İşleri Başkanlığı**, Afa Yayınları, İstanbul 1993.

konusudur. İkincisinde ise bireyin tercihi söz konusu olmayıp, bireyin belirli bir anlayış doğrultusunda özgürleştirilmesi ya da özgürlüğe zorlanması söz konusudur. Örneğin, birey ya Tanrı'nın isteklerini yerine getirmeye zorlanacaktır veya Tanrı'ya inanan birey kendisine yabancılaşmış kabul edilecek ve bu inançtan kurtarılarak özgürlüğe zorlanacaktır. Aslında, burada uygulanacak her iki yöntem de pozitif özgürlük anlayışının bir sonucudur. Böyle bir anlayışla oluşturulacak siyasal düzenin totaliter bir yapıya dönüşeceği de açıktır. Özgür bir siyasal düzende özgürlük, bu örnekte, bireye Tanrı'ya inanma ya da inanmama konusunda bir seçim hakkının bırakılması anlamına gelir.

Peki, totalitarizme açık kapı bıraktığı gerekçesiyle pozitif özgürlük anlayışı tümden dışlanmalı mıdır? İnsan haklarına dayalı modern demokrasilerde pozitif özgürlüğü tamamen dışlamak için bir neden yoktur. Tam aksine, özgürlüklerin gerçekleştirilebilmeleri bakımından bu özgürlük anlayışının savlarına kulak vermek gerekir. Sosyal devlet ve sosyal adalet ilkeleri uyarınca, temel hak ve özgürlüklerin olanaklı kılınması mümkündür. Ancak, J. Rawls gibi liberallerin savunmuş oldukları adalet ve eşitlik kuramları, sosyal ve ekonomik nitelikli hakların gerçekleştirilebilmesi açısından elverişlidir. Aslında Rawls özgürlüğü negatif bir konsept içerisinde tanımlamış olmasına karşın; savunmuş olduğu adalet kuramı, toplam özgürlük üzerinde gerçekleşecek olan artışın özgürlüğe yapılacak müdahaleyi haklılaştıracağını öngörmektedir. Özgürlük değeri (worth of liberty) herkes bakımından eşit olarak gerçekleşmeyecek ise de, (adaletin temel ilkesi) toplumun temel yapısının, toplumda en az avantajlı konumdaki kişilerin durumunu maksimize edecek biçimde oluşturulması gerektiğini belirtmektedir.[386] Bu durumda, Rawls gibi egalitarian-liberal düşünürlerin adalet kuramlarının özgürlüğü üçlü ilişki boyutuyla kavramaya elverişli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.[387]

Bu ilkeler sayesinde kişilerin onurlu bir hayat sürdürmesi ve maddi ve manevi varlığını geliştirmesi olanaklı hale gelecektir. Belirli bir özgürlüğün olanaklı kılınabilmesi için devletin pozitif edimine gerek olabilir. Böyle bir pozitif edimin

[386] Rawls, **A Theory of Justice**, ss. 201–205.
[387] Rawls, toplumdaki hem ekonomik hem de fırsat eşitliği bağlamındaki farklılıkları meşrulaştırmaya çalışan Keynes gibi ekonomistlere ve Hegel gibi rasyonalistlere karşı çıkmakta ve en az avantajlı konumda bulunanları koruyacak biçimde fırsat eşitliğinin sağlanmasının hakkaniyete dayalı adaletin gereği olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Rawls, **A Theory of Justice**, ss. 298–303.

gerçekleştirilmesi, diğer hak ve özgürlükleri ihlal etmediği ölçüde savunulmalıdır.[388] Türk Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, sosyal adaletin Anayasada yer alan özgürlükleri sınırladığı kabul edilmiş; ancak temel hak ve özgürlüklerin sosyal adalet ilkesine bir sınır çizeceği belirtilmiştir.[389] Temel hak ve özgürlükleri, bir iskambil oyunundaki koz, sosyal politikaları da diğer kartlar olarak düşünmek gerekecektir. Uygulanan bir sosyal siyasa ile bir temel hak ya da özgürlüğün çatışması durumunda, bireysel hakkın ya da özgürlüğün üstün tutulduğu ve böylece korunduğu sistemde, özgürlükler açısından bir tehlike bulunmamaktadır. Böyle bir sistem içerisinde, insan hakları bir takım kolektif amaçların gerçekleştirilmesi adına feda edilmeyecek, böylece totalitarizme giden yollar da büyük ölçüde tıkanmış olacaktır.[390]

[388] İnsan haklarının kurumsallaşabilmesi, özgürlüklerin olanaklı kılınabilmesi için devlete pozitif edimde bulunma yükümlülüğünün getirilmesi, aynı zamanda mali bir külfet oluşturacaktır. Bu külfetin, mülkiyet hakkının özünü ortadan kaldıracak boyutta bir vergilendirmeyi beraberinde getireceği iddiası abartılıdır. Bu gün pek çok AB ülkesinde uygulanan işsizlik parası, genel sağlık sigortası gibi sosyal içerikli yardımların mülkiyet hakkının özünü ortadan kaldıracak bir müdahale olduğunu söylemek ne kadar gerçekçi bir yaklaşımdır? Bu çeşit sosyal yardımlara karşı çıkanların genel gerekçesi, işverenler üzerinde yoğunlaşan vergi yükünün onların dünyanın geriye kalan ülkeleriyle rekabet gücünü zayıflattığı temeline dayanmaktadır. Bu iddiaların pratiğe dönük haklı gerekçeleri olabilir, ama insan haklarının evrenselliğini savunan bir tez, kuramsal olarak, bu hakların bütün dünya ölçeğinde gerçekleşebileceği temeline dayanmaktadır. Globalleşen bir dünyada, bu hakları gerçekleştirebilmek için bütün devletlerin ortak bir ülküde iyi niyetli olarak çaba sarf etmesi gerekmektedir. Bu çalışmada savunulan tez, konuya soyut ve kuramsal olarak yaklaştığından, bu tip olumsal/arızi itirazları dikkate alınmayacaktır. Globalleşmenin insan haklarının korunması stratejileri üzerinde yarattığı etkiler için bkz. Uygun, "*Küreselleşme ve Değişen…",* ss. 266 vd.

[389] Sosyal devlet ve sosyal adalet ilkesinin doktrinde ve AYMK'larındaki yorumu üzerine bkz. Uygun, **1982 Anayasası**, ss. 29–31 (Buradaki yorum için özellikle bkz. s. 29).

[390] Burada kısaca ele alınan Ronald Dworkin'in haklara dayalı tezi insan haklarının korunması açısından önemli bir argümandır. Devlete karşı temel bir ahlaki hak olan ifade özgürlüğü hakkını yönetimin ortadan kaldırmaya hakkı bulunmamaktadır. Bu hak somut nitelikte bir haktır ve diğer bütün siyasalar karşısında üstün bir konuma sahiptir. Burada Dworkin bir gazetenin, devletin gizli savunma planlarını deşifre etmek istemesi durumunda hükümetin savunma politikasıyla, gazetenin ifade özgürlüğü hakkının çakıştığını, burada askerlerin yaşamlarına yönelik bir tehdidin bulunmaması koşuluyla, somut bir hak olan ifade özgürlüğü hakkının üstün tutulması gerektiğini ileri sürmektedir. Dworkin'in tezi haklar içi güçlü bir koruma sistemi sağlamaktadır. Bkz. Dworkin, **Taking Rights Seriously**, ss. 90–96 (örnek için bkz. s. 93).

İkinci Bölüm
Sınırlı Pozitif Özgürlük Anlayışı Çerçevesinde İfade Özgürlüğü Hakkının Norm Alanının Belirlenmesi

I) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN OLANAKLILIĞI VE POZİTİF NİTELİĞİ

A) İfade Özgürlülüğünün Olanaklılığı Üzerine Kurgusal Bir İnceleme

Bir önceki bölümde, pozitif/negatif özgürlük anlayışı ayırımı çeşitli özgürlük anlayışları açısından incelenmeye çalışıldı. Burada ise söz konusu ayırıma bağlı olarak ifade özgürlüğünün olanaklılığı araştırılacaktır. Yapılacak analiz, ifade özgürlüğü hakkının bileşenlerinden "özgürlük" üzerine olacaktır. Bu nedenle de bu başlığın konusu "*ifade özgürlüğü hakkı"* değil fakat yalnızca *"ifade özgürlüğü"* olacaktır. *İfade özgürlüğü hakkı* ise bundan sonraki başlık altında ele alınacaktır. Özgürlük, Constant'ın ya da Berlin'in anladığı biçimde negatif bir konseptte kabul edilseydi böyle bir ayırım gereksiz olurdu. Ancak bu çalışmada, özgürlüğün negatif ya da pozitif olarak nitelendirilmemesi gerektiği, onun üçlü bir ilişkiyi içerdiği benimsenmiş olduğundan, bu ayırım önemli hale gelmektedir. Frederick Schauer tarafından verilen şu örnek, bu ayırımın gerekçelerini ortaya koyma açısından elverişli görünmektedir:

> *Londra Hyde Park'taki Konuşmacılar Köşesinde, ifade özgürlüğü konusuna örnek oluşturacak bir forum düşünün. Farz edin ki, Majesteleri'nin Hükümeti'nin vergi politikalarını ele alıyorum ve bu konuları halkın dikkatine sunmak istiyorum. Bunun için Cambridge'deki istasyona gidiyorum ve Londra'ya gitmek için 5.35 pounda bir günlük gidiş-dönüş bileti satın alıyorum. Londra'ya ulaştığımda, yolumu Konuşmacılar Köşesine düşürüyorum ve orada podyumun üzerine tırmanıp, yüksek bir sesle vergiler hakkında konuşmak istediğimi ilan ediyorum. Derhal toplumun tüm katmanlarını temsil eden iki yüz kişi, sözlerimi dinlemek üzere etrafımda toplanıyor. Sözlerim, tezlerimi akılcı, açık seçik ve ikna edici bir tarzda ortaya koyan, güzel sözler. Dinleyiciler, dikkatli bir şekilde dinliyorlar ve*

konuşmamı bitirdiğimde sorular soruyorlar, konular üzerinde düşünüyor ve kendi aralarında, sunduğum fikirleri tartışıyorlar. Bazıları ikna olmuş, bazıları olmamış, ama en azından hepsi dinlemişler. Kamusal tartışmaya, demokrasiye ve siyasi gerçekliğin araştırılmasına katkıda bulunmuş olmanın verdiği mutluluk içinde, akşam treniyle Cambridge'e geri dönüyorum.[391]

Schauer, yukarıdaki örnekte ortaya konulan olgunun, ideal bir ifade özgürlüğü durumu olduğunu belirttikten sonra, ifade özgürlüğünün engellenebileceği bir dizi senaryo ortaya koymaktadır. Bu senaryoları incelemeye geçmeden önce, *ifade özgürlüğü* bakımından Schauer'in idealize ettiği unsurların bu önekte nasıl ele alındığı üzerinde durulmasında yarar vardır.

Örnekte öncelikle kişinin kendisini serbestçe ifade edebileceği bir mekânın varlığından söz edilmektedir. İkinci olarak, kişi bu mekâna ulaşabilmek için gerekli (ekonomik) olanaklara sahiptir. Kişi, fiziksel olarak podyuma tırmanabilecek kapasitededir. Ayrıca kişinin, sözlerini dinleyicilerine duyurabileceği bir ses gücüne sahip olduğu anlaşılmaktadır. Dahası kişi, kendisini ifade edebilecek alt yapıya, bilgi donanımına sahiptir. Toplumun her kesimini temsil eden hatırı sayılır miktarda bir dinleyici kitlesi bulunmaktadır. Nihayet bu dinleyiciler, konuşmacıyı dinleme konusunda istekli ve konuyu anlama noktasında yeterli donanıma sahip kimselerdir.

Bu örnek, ideal bir ifade özgürlüğü durumunu betimlemek üzere kurgulanmıştır. Buradaki senaryoyu iki farklı özgürlük anlayışı açısından şu şekilde ele almak konuyu aydınlatmak bakımından önemlidir. İlk olarak, kurgu içerisinde, kişinin ifade özgürlüğüne yönelik dışsal hiçbir engele yer verilmemiştir. Örneğin, kişi yapmış olduğu konuşmasından dolayı ne bir kovuşturmaya uğramış (siyasal iktidar tarafından herhangi bir müdahalenin olmayışı) ne de (Devlet dışı) diğer herhangi özel bir aktörün engellemesiyle karşılaşmıştır. Bu bağlamda, kişinin ifade özgürlüğüne yönelik olarak dışsal hiçbir engelin bulunmaması, negatif özgürlük anlayışı savunucuları tarafından kişinin tam anlamıyla özgür sayılması için yeterli olacaktır.

Kurguda kişinin, ifade özgürlüğünü gerçekleştirmesinin, bu özgürlükten tam anlamıyla yararlanmasının önünde hiçbir engelin bulunmadığı görülmektedir. Sayılan koşullardan birinin eksikliği, kişinin kendisini ifade etme özgürlüğü üzerinde

[391] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 160–161.

olumsuz bir etkiye sahip olabilecektir. Örneğin, Schauer'in cebinde tren bileti alabilecek kadar parasının olmadığı durumda bu özgürlüğü kullanabilmesi mümkün olmayacaktı. Kısık bir sese sahip olması durumunda sesini yükseltebilecek gerekli alet ve edevatın bulunmaması ya da ifade etmek istediği konuyu açık seçik dinleyicilere sunabilecek bir donanıma sahip olmaması hallerinde de kişinin ifade özgürlüğü tam olarak gerçekleşemeyecektir. Berlin'in yapmış olduğu analiz çerçevesinde söylemek gerekirse, belirtilen koşulların (conditionelles) herhangi birinin eksikliği kurgudaki Schauer'in ifade özgürlüğünü gerçekleştirmesini engelleyecek, en azından özgürlükte bir azalmaya neden olacaktı. Ne var ki, Berlin'in (ve bütün negatif özgürlük savunucularının) özgürlük anlayışları çerçevesinde konuya yaklaşıldığında, söz konusu koşulların eksikliği özgürlüğün var ya da yok sayılması için tamamen değerlendirme dışı tutulmalıdır. Zira özgürlük, dışsal bir müdahalenin yokluğu olarak tanımlanmaktadır.

Aynı değerlendirmenin pozitif özgürlük savunucuları listesinin başlarında yer alan Marksistler tarafından yapılacağını söylemek pek mümkün gözükmemektedir. Ancak Marksistlerin ne kadar ileriye gidebilecekleri bir spekülasyon konusu yapılabilir. Örneğin, kurgudaki kişinin ekonomik olanaksızlık nedeniyle bu özgürlükten yararlanamaması Marksistler tarafından pekâlâ özgürlüğün engellenmiş olduğu biçiminde yorumlanabilir. Marksizm'in bu türden ekonomik olanaksızlıklara gerçekçi çözümler üreteceği yönündeki iddiaları göz önüne alındığında, böyle bir sonuca varacaklarını söylemek zor bir öngörü olmayacaktır. Fakat Marksistlerin kişinin sesinin kısıklığı nedeniyle bu konuşmayı yapamaması dolayısıyla kişinin özgürlüğünün engellenmiş olacağını ileri süreceklerini düşünmek fazla ileri gitmek olacaktır. Bu noktada, söz konusu kişiye bir mikrofon sağlanabilir. Marksistlerin, böyle bir olanağın, Marksist toplumda, burjuva düzeninden daha iyi biçimde sağlanabileceğini ileri sürebilecekleri iması, yine de onların doğadan kaynaklanan nedenlerle özgürlüğün gerçekleşememesi durumlarını özgürlüğün siyasal anlamda yok olduğu anlamında kabul edecekleri anlamına gelmez. Marksistlerin burjuva hak ve özgürlüklerinin biçimsel olduğunu gerçek özgürlüğün ise ancak Marksist toplumda olanaklı olabileceği iddiasının temelinde, burjuva siyasal düzeninin özgürlükler bakımından yaratmış olduğu olumsuzluklar vardır. Başka bir deyişle, toplumsal düzenin ürünü olan özgürlük engelleri onların gündemindedir. Kurguda,

Schauer'in parasızlık nedeniyle seyahat edememesinden kaynaklanan özgürlük engeli toplum tarafından yaratılmıştır. Marksistlere göre burjuva toplumunda özgürlüğün olanaklılığı, ekonomik koşulların eşitsizliği üzerine bina edilmektedir. Schauer'in (yeterli ekonomik gücü olan bir kimse (burjuva) olması durumunda bu özgürlük olanaklı iken, parasız biri olması halinde özgürlük olanaksız hale gelmektedir.

Marksistlerin, liberal düzenin tanımış olduğu hak ve özgürlükleri burjuva için olmasa bile, en azından toplumun büyük bir kesimini oluşturan işçiler bakımından *biçimsel* olarak nitelendirmelerinin temelinde bu gibi toplumsal eşitsizlikler yatmaktadır. Kısacası, burjuva toplum düzeninin çarpık üretim ilişkilerinin yarattığı *koşullar* (conditionelles), özgürlükten bağımsız eklentiler olarak görülmeyecek, bizzat özgürlüğün yapısal unsurları olarak değerlendirilecektir. Negatif özgürlük konsepti içerisinde özgürlüğün varlığı ya da yokluğunun araştırılmasında değerlendirme dışı bırakılan bu *koşullar*, Marksizm'de özgürlük testinin elamanları durumundadır.[392]

Bu bakımdan, SSCB Anayasasında, işçi sınıfının ifade ve basın özgürlüğünü somut bir hak niteliğine kavuşturmanın devletin görevi olduğuna yapılan vurgu anlamlıdır.[393]

Kurguyu biraz değiştirmek suretiyle Marksistlerin ifade özgürlüğünün pozitif niteliğine yönelik yapabilecekleri bir değerlendirmenin ne olabileceği konusunda başka bir spekülasyon yapılabilir. Kurguda, Schauer'in yerinde Müslümanlığın katı bir yorumuna sıkı sıkıya bağlı bir bayanın olduğunu ve bu bayanın dini inançları gereği erkeklere karşı konuşma yapmanın günah olduğuna inandığını düşünelim. Günah korkusu, bu kişinin kendini ifade etmesinin önünde bir engel oluşturacaktır. İnançları onun bu özgürlüğü tam anlamıyla kullanabilmesini engellemektedir. Kurgu bakımından söylemek gerekirse, dinleyiciler arasında erkek olduğunu gören bu kişi ifade özgürlüğünü kullanamayacaktır.

---

[392] Marksizmin özgürlük anlayışı bu çalışmanın birinci bölümünde incelenmiş olduğu için burada yinelenmeyecektir.

[393] SSCB Anayasasının 50/1 maddesinde şu düzenleme yer almaktadır: "Halkın çıkarlarına uygun olarak ve sosyalist sistemi güçlendirip geliştirmek amacıyla SSCB vatandaşlarının söz, basın, toplantı, sokakta gösteri ve yürüyüş yapma hakları güvence altına alınmıştır." Uygun, bu türden düzenlemelerin hakkın norm alanını doğrudan daraltan bir nitelik taşıdıklarını belirtmektedir. Bkz. Uygun, **1982 Anayasası**, s. 56.

Negatif özgürlük anlayışı çerçevesinde bu kişinin ifade özgürlüğünün engellenmiş olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Bunun temel gerekçesi şudur: Kişi, neye inanıp neye inanmayacağını kendisi seçer. Kişinin iradesiyle belirlediği bu tercihine dışardan müdahale etmek, kişinin özerkliğini inkâr etmek, kelimenin tam anlamıyla despotizm demektir. Kişinin batıl bir şeye inanıp inanmama konusu kendi bileceği bir şeydir. Dolayısıyla, dinleyicileri arasında erkek olması nedeniyle bunu günah sayan bir kimsenin konuşmasını yapmaması onun ifade özgürlüğünün yok olduğu ya da eksilmiş olduğu anlamına gelmez.

Hâlbuki Marksistler, böyle bir durumda yukarıdakinden çok farklı bir sonuca varacaklardır. Zira kişinin böyle *batıl* bir inanca inanması kendisine yabancılaşmasının bir ürünüdür. İşçinin emeğine yabancılaşmasıyla bunun arasında bir fark bulunmamaktadır. Her ikisi de yabancılaşmadır ve yabancılaşmanın her türlüsünün *praxis* yoluyla ortadan kaldırılması gerekmektedir. Kısacası, Marksist toplumda yabancılaşmanın hiçbir biçimi olmayacaktır. Bu evreye gelinceye kadar, zor kullanmanın da dâhil olduğu bir dizi geçiş süreci önlemleriyle yabancılaşmanın her türlüsünden kurtulunacaktır. Bu bağlamda, yabacılaşma ile özgürlük iki karşıt kavram olarak özdeşleşmiştir; biri diğerinin yerini alabilmektedir.

Kurgusal örneğimizde, ifade özgürlüğüne ilişkin belirtilen koşulların eksikliğinin kişinin ifade özgürlüğünün olanaklılığı açısından belirleyici olduğunda kuşku yoktur. Her bir koşulun varlığı, ifade özgürlüğünün kullanılabilmesi açısından etkili olmaktadır.[394] Ne var ki, bu koşulları (ya da en azından kimilerini) pozitif özgürlük savunucularının ileri sürmüş oldukları gibi, ifade özgürlüğü hakkının konusu içinde düşünmenin, bu koşulların varlığını ifade özgürlüğü hakkının varlığı açısından bir ölçüt olarak almanın birçok sakıncaları vardır. Öncelikle, her bir spesifik durum için ayrı bir ifade özgürlüğü hakkı konsepti ortaya çıkmaktadır. Bu olasılıkların sayısız olduğu düşünülürse, ifade özgürlüğü hakkının ne zaman var olup olmadığının tayini imkânsızlaşacaktır. Bir yandan ifadede özgürlüğünün gerçekleştirilmesi adına devlete oldukça geniş bir düzenleme alanı bırakılırken, diğer yandan bireylere ifade özgürlüğü hakkını talep adına uygulanması olanaksız pek çok şeyi talep hakkının verilmesi gerekecektir. Ekonomi üzerine konuşmak isteyen bir

[394] Bkz. Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 163.

inşaat mühendisinin, uzmanlık alanı ekonomi olan bir kimseye göre ifade özgürlüğünün daha az olduğu ileri sürülebilecektir. Bu halde, mühendisin ekonomi üzerine kendisine en azından bir brifing verilmesini devletten talep edebileceğini düşünmek gibi tuhaf bir durum ortaya çıkacaktır.[395]

Bütün bu koşulların, ifade özgürlüğünün olgusal olanaklılığı bakımından etkili olduğunu kabul etmek, hukuksal bir kavram olan ifade özgürlüğü hakkının olanaklılığı açısından etkili olması gerektiğinin kabul edilmesi anlamına gelmemektedir. Aşağıda üzerinde durulacak olan birkaç örnek dışında ifade özgürlüğü hakkının konusunun negatif bir konseptinin olduğunun belirtilmesi gerekir. Bu bağlamda M.S. Gemalmaz'ın, "bir kimse, ifade özgürlüğünü kullanmak istediğinde, devlete düşen görev, bu kullanıma müdahale etmemektir"[396] biçimde yapmış olduğu değerlendirme devletin negatif edim yükümlülüğü açısından geçerli olmaktadır. Hohfeld'ci bir hak analizi çerçevesinde söylemek gerekirse, konusu ve norm alanı açısından ifade özgürlüğü hakkının, devletin negatif edim yükümlülüğü açısından *negatif bir talep hakkı* olduğu söylenebilir. Bu bağlamda ifade özgürlüğü hakkının, bir serbestlik/liberty olduğu da söylenebilir. Örneğin bir kişinin kamusal bir alanda (cadde, meydan vs) kendini ifade etme hakkı, bir serbestlik/liberty olarak tanımlanabilir. Burada kişinin konuşmak için bir ödevi bulunmadığı gibi, konuşmaması için de korelatif bir ödevi yoktur. Örnek yalın haliyle bir *serbestlik/liberty* durumunu betimlemektedir. Benzeri biçimde, ifade özgürlüğü hakkının Anayasa tarafından güvence altına alınmış olmasının anlamı, bu hakkı adi yasama faaliyetiyle yasama organının sınırlandıramayacağı anlamına gelir. Bu durum da Hohfeldci bir analiz çerçevesinde *bağışıklık/immunity* olarak nitelendirilir. Her iki örnekteki durumda da kişinin bu konuşmasını yapmasına devletin müdahale etmeme edimi söz konusudur ve bu durum, daha genel biçimde *negatif talep-hakkı* olarak nitelenir.[397]

---

[395] Schauer benzeri biçimde şöyle demektedir: "Eğer bir gazete çıkarmak için ekonomik kaynakların eksikliği bile bir özgür ifade hakkının varolduğunu gösterirse, bu aynı zamanda neredeyse bütün giderilebilir sorunlar için de geçerli olur. Mesela eğitim, haberleşmenin daha etkin biçimde yapılmasını mümkün kıldığına göre, bu tür bir ifade özgürlüğü eğitim hakkını da destekleyecektir." Bkz. Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 177.

[396] Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 1448.

[397] Buradaki örnekler, Miller'dan alınmıştır. Bkz. Miller, David, **Social Justice**, s. 59.

Bununla birlikte ifade özgürlüğü hakkının kurumsallaşabilmesi ve T.I. Emerson'un deyişi ile *etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin* oluşturulabilmesi, devletin pozitif edim yükümlülüğünü gerektirebilmektedir.[398] Hakkın kurumsallaşabilmesi ve belirli durumlarda uygulanabilirliğinin sağlanmasına yönelik pozitif edimde bulunma yükümlülüğü istisnai bir durumdur. Özgürlüğün kullanımı açısından özgürlüğün özneleri arasında bir dengenin oluşturulması ve bu denge oluşturulurken devletin müdahalesinin nereye kadar gidebileceği konusu son derece karmaşık ve hassas bir konudur. Günümüzde ifade özgürlüğü hakkının, sosyal bir nitelik kazandığı ve devletin müdahale ediminin özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemleri içinde giderek arttığı gözlemlenmektedir.[399] Bu bağlamda ifade özgürlüğü hakkının yine Hohfeld'in analizi çerçevesinde söylemek gerekirse, *pozitif bir talep hakkı* olduğu söylenebilir. İfade özgürlüğünün pozitif niteliğinin araştırılması bakımından, bundan sonraki aşamada gerek ulusal hukukların gerekse uluslararası insan hakları hukukunun tanıdığı kimi örneklerin incelenmesi gerekecektir.

B) Devletin Pozitif/Olumlu Edim Yükümlülüğünün Anayasa Hukukundaki Sınırının Değerlendirilmesi

Yukarıda, ifade özgürlüğü hakkının, temel hak ve özgürlükler rejimi içerisinde pozitif bir hak niteliğine sahip olabildiği kimi istisnaların var olduğundan söz edildi. Bu istisnaların neler olduğuna değinmeden önce, 1961 Anayasası'nın "Temel Haklar ve Ödevler" ana başlığı altında, 10. maddenin 2. fıkrasında; 1982 Anayasası'nın "Genel Esaslar" kısmında, 5. maddede yer alan ve temel hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesiyle ilgili devletin pozitif edim yükümlülüğünü düzenleyen hükümlerin konumuz bakımından nasıl yorumlanabileceği üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır.[400]

1961 Anayasası, m. 10, fıkra 2'de şu hüküm yer almaktadır:

---

[398] Thomas I. Emerson, **The System of Freedom of Expression**, Vintage Books Edition, U.S.A. 1971 (Bundan sonra metinde "The System" olarak anılacaktır).

[399] İfade özgürlüğünün sosyal bir hak niteliği kazandığına ilişkin argümanın gerekçeleri, devletin pozitif edim yükümlülüğünün ifade özgürlüğü hakkı üzerindeki görünümlerinin incelendiği yerde ele alınacaktır.

[400] 1961 Anayasası'nda yer alan bu hükümle ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz. Akad, **Teori ve Uygulama**.

Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.

1982 Anayasası'nda hükmün yeri ve başlığı değiştirilmiştir. Devletin temel amaç ve görevlerinin sayıldığı 5. maddede hüküm şu şekilde düzenlenmiştir:

Devletin temel amaç ve görevleri, ... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

Her iki Anayasa metinleri arasındaki üç farklılık dikkat çekicidir. Bunlardan birisi, metnin düzenlendiği yer; ikincisi, "*hazırlar*" ifadesinin sonraki Anayasa metninde *"hazırlamaya çalışmaktır*" biçiminde değiştirilmiş olması; nihayet önceki metinde yer alan "*bütün*" ifadesine sonraki metinde yer verilmemiş olmasıdır. 1982 Anayasası'nı hazırlayanların, bu maddenin yerinin tasarlanması ve içeriğinin farklılaştırılması noktasında 1961 Anayasası'nı hazırlayanlardan farklı düşünmüş oldukları açıktır. Bu nedenlerin neler olabileceği doktrinde ayrıntılı olarak incelenmiştir.[401] Burada onlar yinelenmeyecektir. Ancak, konumuz açısından sözünü ettiğimiz iki değişiklik önemlidir. Temel hak ve özgürlüklerin pozitif niteliğini vurgulamaya kuşkusuz 1961 Anayasası'nın metni daha elverişlidir. Uygun'un ifadesiyle söylemek gerekirse, 1961 Anayasasındaki kararlı ve kesin ifadeler, 1982 Anayasası'nda yerini yumuşak ve çekingen ifadelere bırakmıştır.[402]

1961 Anayasası'nda, devletin, kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, iktisadi ve sosyal engelleri kaldırmakla yükümlü olduğu açıkça belirtilmiştir.

Söz konusu bu hükmün, her bir temel hak ve özgürlüğün, söz gelimi, ifade özgürlüğü hakkının kullanılması bakımından pratik bir önemi var mıdır? Soru, bir başka açıdan şöyle de sorulabilir: Bir konuşmacının, konuşacağı yere gidebilmek için

[401] Söz konusu farklılıklara Uygun da dikkat çekmektedir. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Uygun, **1982 Anayasası,** ss. 22–33.
[402] Uygun, **1982 Anayasası**, s. 32.

ihtiyacı olan tren biletini almaya ekonomik gücünün bulunmaması bir iktisadi engel midir? Eğer öyleyse, bu madde kapsamında, devletin, konuşmacının biletini alması veya konuşmacıya biletini alabileceği bir yaşam standardı sağlaması gerekir mi? Daha da önemlisi, söz konusu iktisadi engelin kaldırılması, devletten başka bir sosyal ya da ekonomik hakka dayalı olarak değil de, doğrudan ifade özgürlüğü hakkı bağlamında talep edilebilir mi? Maddenin, ifade özgürlüğü hakkı bakımından uygulanabilirliğini araştırmadan önce, genel olarak temel hak ve özgürlükler rejimi açısından neyi ifade ettiğini kısaca incelemek uygun olacaktır.

Maddenin uygulanması ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Ancak bu görüşlerin, devletin pozitif edim yükümlülüğünü, ekonomik ve sosyal haklar açısından incelediklerini belirtmek gerekir. Bir görüşe göre (1961 AY) 10. maddedeki düzenleme program-kural olarak görülmelidir. Bu çeşit hükümler, kişilere sübjektif haklar tanımayan, anayasaların öteki kurallarının yorumlanmasına yardımcı olan ve böylece de yöneticileri yönlendiren hükümlerdir. Bu yaklaşım içerisinde, sosyal ve ekonomik hakların belirli bir yargısal korunmadan yararlanması da söz konusu olamaz.[403]

Başka bir görüşe göre ise, sosyal ve ekonomik haklar arasında bir ayırım yapmak gerekir. Sendika kurma hakkı, toplu sözleşme hakkı ya da tatil ve ücretsiz izin hakları gibi kimi haklar, devletin mali kaynakları ve ekonomik gelişimiyle ilgili değildir. Bu haklar, bağlayıcı temel hukuk kurallarıdır. Geriye kalan haklar, program kurallar olarak yorumlanmalıdır.[404]

Bir diğer görüş ise, haklar arasından bir ayırım yapılmaksızın, bütün hakların devlet tarafından gerçekleştirilmesinin devletin görevi olduğunu savunmaktadır. Eğer iktidarlar buna uymazsa ne olur? Bu sorunun yanıtını Akad şöyle veriyor:

> *Soruya cevabı gene İnsan Hakları Teorisinin "siyasi" unsuru veriyor; toplumdaki sosyal gruplarla iktidar arasındaki "consensus" bozulur. İktidarın özgürlükle dayanışma ve karşılıklı diyalog içinde düzeni sağladığını biliyoruz. Özgürlükten kaynaklanan haklar ve ödevler sistemine aykırılık, bu nedenle bir yandan hukuki yapıyı, öte yandan da siyasal uyumu bozmaya yol*

[403] Bu tartışmalarla ilgili olarak bkz. Tanör, **Sosyal Haklar**, ss. 191 vd; Akad, **Teori ve Uygulama**, ss. 109 vd; Uygun, **1982 Anayasası**, s. 30 vd.
[404] Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 124; ayrıca bkz. Akad, **Teori ve Uygulama,** ss. 113–114.

açar ki, o zaman da iktidar gene liberal yapının demokratik mekanizmasıyla değiştirilir.[405]

Ne var ki, 1961 Anayasası'nın 53. ve 1982 Anayasası'nın 65. maddesinde sosyal ve ekonomik hakların sınırı belirlenmiştir. 1982 Anayasası, m. 65'e göre,

Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda, Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.

Maddenin gerekçesinde ise şu düzenlemeye yer verilmiştir:

Madde hiç kimseye Devletten sosyal ve ekonomik hakların gerçekleştirmesini isteme hakkı vermediğini, bu hakların devlete yüklenen ödevlerden ibaret olduğunu belirtmektedir.

Anayasa'nın bu açık düzenlemesi karşısında, ekonomik ve sosyal hakların birey tarafından devletten talep edilebileceğini söylemek olanaklı değildir. Kuşkusuz bu hakları gerçekleştirmenin devletin görevi olduğu ifade edilmiştir. Ne var ki, bu alanda devletin pozitif edim yükümlülüğünü gerçekleştirmiş olup olmadığının denetimi, siyasal iktidarın seçimler gibi başka yollardan denetlenmesiyle olanaklı olabilecektir. Teknik anayasa hukuku açısından, devletin pozitif edim yükümlülüğünün sınırlarının son derece daraltılmış olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ekonomik ve sosyal koşul, hakkın ilintili olduğu özgürlüğün gerçekleşmesinin önünde nitelikli bir engel oluştursa bile, bu engelin kaldırılmasını birey devletten doğrudan talep hakkına sahip bulunmamaktadır.[406]

Teknik anayasa hukuku çerçevesinde, temel hak ve özgürlüklerin ekonomik ve sosyal alana ilişkin uygulanmaları noktasında devlet son derece geniş bir takdir yetkisine sahiptir.

---

[405] Akad, **Teori ve Uygulama,** ss. 115–116; Tanör de, eserinin daha başlangıcında, 1961 Anayasasının 10. maddesi ile ilgili olarak yapmış olduğu değerlendirmesinde, bu hükme kaynaklık etmiş olan İtalyan Anayasasının 3. maddesininin ikinci fıkrası hükmünün, devletin klasik demokrasinin ve klasıik özgürlüklerin geliştirilmesi konusundaki olumlu ödevlerine işaret ettiğini belirtmektedir. Tanör, **Sosyal Haklar**, s. 21.

[406] Böyle bir hükmün Anayasaya konuluş amacıyla ilgili olarak Kapani, Anayasayı hazırlayanların "idealizm ölçüsünü ütopyacılığa kadar vardırmayarak, makul bir realizm dozu ile dengelemiş" olmalarıyla açıklamaktadır. Madde gerekçesinde, devletin, "her şeyi yapmak isterken hiçbir şeyi yapamaz duruma düşmesini" önlemek hedefi güdülmüştür. Bkz. Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 123.

Devletin sahip olduğu bu takdir yetkisinin, hakların kurumsallaştırılmaları bakımından insan hakları kuramı çerçevesinde sınırlandırılmış olduğunu belirtmek gerekir.[407] İnsan onuruna dayalı bir insan hakları kuramı çerçevesinde devletin pozitif edim yükümlülüğünün ele alınması gerekir. Dahası, devletin pozitif edim yükümlülüğü yalnızca ekonomik ve sosyal haklar bakımından söz konusu olmayıp, klasik haklar bakımından da mevcuttur. Yürürlükteki Anayasa'nın 65. maddesinde yer alan bu hükmün, *insan onurunu* bu sınırlamaya bir sınır yapması yerinde olurdu.[408] Zira devletin, insan onurunun asgari düzeyde korunduğu bir sistemi kurmak ve yürütmekle yükümlü olduğunu söylemek gerekir.[409] Nitekim TBB'nin Anayasa önerisinde (10. madde gerekeçesinde) insan onurunun insan hakları kavramının temelini oluşturduğuna dikkat çekilmiştir. Öneride, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Düzeni" içerisinde,(m. 10) şu düzenlemeye yer verilmiştir:[410]

> *İnsan onuruna dokunulamaz. İnsan onuruna saygı, devlet ve toplum yaşamının temel ilkesidir.*

Anayasa Önerisinin 13. maddesinde yer alan hüküm ise, temel hak ve özgürlüklerin, insan onurunun korunması bağlamında pozitif niteliğine vurgu yapan önemli bir başka düzenlemedir. Madde gerekçesinde de, hak ve özgürlüklerden her birinin insan doğasından kaynaklandığı ve *insan onurunu* koruma amacına hizmet ettiği ifade edilmiştir.[411]

Bütün bu açıklamalar çerçevesinde, yukarıda ifade özgürlüğünün gerçekleştirilebilmesiyle ilgili olarak verilen örnekte, söz konusu ekonomik engelin

---

[407] Hak ve özgürlüklerin pozitif/negatif olarak ayrılmasının yersizliğine ilişkin tartışmalar birinci bölümde yapılmıştır. Ayrıca bkz. Tanör, **Sosyal Haklar**, ss. 17–23.

[408] Anayasanın 65. maddesine şöyle bir cümlenin eklenmesiyle insan onurunu temel alan insan hakları anlayışı daha etkin hale getirilmiş olacaktır: "*Devlet, insan onurunun ihlal edildiği durum ve uygulamalar karşısındaı mali kaynaklarının yetersizliğini gerekçe göstererek olumlu edim yükümlülüğünden kaçınamaz.*"

[409] Akad'ın bu konudaki yorumu şöyledir: "İnsan onurunun korunması, geliştirilmesi için gerekli ortamın maddi ve manevi şartlarını hazırlama direktifini getiren 10. madde şeklindeki düzenlemeler, toplumdaki bilinçle ve haklara sahip çıkmakla etkinliklerini korurlar, uygulamada işlerlik kazanabilirler. Aksi takdirde, Anayasa düzeninin hükümleri de, Anayasa yargısının içtihatı da kağıt üstünde kalır." Bkz. Akad**, Teori ve Uygulama**, s. 116.

[410] Türkiye Barolar Birliği, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi**, Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin, 2. Baskı, Kasım 2007, TBB Yayınları, Ankara 2007, s. 39.

[411] (Temel hak ve özgürlüklerin bütünlüğü) Madde 13: "Temel hak ve özgürlükler onurlu ve insanca bir yaşamın vazgeçilmez unsurları olarak bir bütün oluşturur. Devlet her bir temel hak ve özgürlüğün korunmasını ve gerçekleştirilmesini sağlamakla yükümlüdür." Bkz. **Anayasa Önerisi** s. 43.

bir ifade özgürlüğü engeli olup olmadığı konusu nasıl çözümlenecektir? İlk olarak, kişinin ekonomik bir yetersizlikten dolayı ifade özgürlüğünü kullanamaması durumunda, bu engeli devletten kaldırmasını talep etmesinin teknik anayasa hukuku açısından söz konusu olamayacağı ileri sürülebilir. Ne var ki ikinci yol, böyle bir engelin nitelikli bir özgürlük engeli olup olmadığının araştırılması gerektiğini söyleyecektir. Böyle bir araştırma, söz konusu engelin özgürlüğün gerçekleştirilmesiyle bağlantısının doğrudanlığı üzerinden yapılmalıdır.

Bir kimsenin, trenle yolculuk yapması, ifade özgürlüğünün bir unsuru değildir; niteliksiz bir özgürlük engelidir. Kişinin kendisini ifade etme noktasında ortaya çıkabilecek *karakter koşullar* çeşitli biçimlerde kendini gösterebilir. Kişinin özgürlüğünü ideal biçimde kullanabilmesi için sahip olması gereken araçlar sınırsız bir çeşitliliğe sahip olacaktır. Sözü edilen ekonomik koşulun özgül biçimi (trenle seyahat) dahi özgürlükle bağlantısı açısından pek çok biçimde ortaya çıkabilir. Mesafenin uzak olduğu durumda, seyahatin biçimi (uçak, tren, otomobil vs) de özgürlüğün ideal biçimde gerçekleşmesi açısından önemli olabilir. Sesi kısık olan ya da iyi eğitimli olmadığı için kendisini ifade edemeyen kişilerin de ifade özgürlüğü, koşullar arasında bir ayırım yapılmadığında, engellenmiş sayılacaktır. Bu engellerin birer karakter koşul olduğu kabul edildiğinde ise, kişinin ses tellerini tedavi ettirme (asgari düzeyde tıbbi yardım hakkı çerçevesinde talep edilmesi söz konusu olabilir) ya da kendisine bir mikrofon verilmesi gibi talepler, ifade özgürlüğü hakkı kapsamında söz konusu edilemeyecektir. Yine kişinin, düşüncelerini yeterli donanım eksikliği yüzünden iyi ifade edememesi, eğitim hakkı çerçevesinde belirli ölçüde çözümlenebilecek bir konu iken, ifade özgürlüğü kapsamında talep edilemez. Burada yinelenmelidir ki, bütün bu koşullar birer özgürlük engeli olabilirler. Nitekim Thomas I. Emerson'un, etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin kurulabilmesi ve işleyebilmesi için bütün bu koşulların sağlanması gerektiğini savunduğu görülmektedir. Emerson, kişi ve grupların, ifade özgürlüğünü gereği gibi kullanabilmelerini kolaylaştıracak bütün koşulların sağlanması konusunda devletin olumlu edimde bulunma yükümlülüğünün bulunduğunu ileri sürmektedir. Öyle ki, kişinin (ya da kişilerin) ifade özgürlüğü hakkını kullanabilmesi için gerekli olan materyal (fiziksel ya da ekonomik) koşulların bulunmadığı bir yerde, ifade özgürlüğünün kuramsal olarak tanınmış olmasının bir yararı yoktur. Emerson'un bu

görüşlerine katılmaya imkan yoktur. Emerson'un bu görüşleri, klasik hakların gerçekleşmesi bakımından, diğer sosyal ve ekonomik hakların sağlanmasının önemine dikkat çekmesi bakımından önemlidir. Bununla birlikte, ifade özgürlüğü hakkını bir torba hak niteliğine büründürerek, ekonomik ve sosyal hakları bu hak kapsamında talep etmek, bu tür hakların hak olarak kabul edilmediği bir yerde bir son çare gibi gözükse de yerinde görülemez. Özgürlüğün koşulları arasında bir ayırım yapmaksızın, bütün koşulların birer özgürlük engeli sayılarak ifade özgürlüğü hakkının kapsamında düşünülmesi, hakkın uygulanabilirliğini ortadan kaldırmakla kalmayacak; aynı zamanda devletin bireyin yaşamına müdahale alanını, negatif özgürlük savunucularını haklı çıkaracak ölçüde genişletecektir.[412]

Sorunun, insan onuruna dayalı bir insan hakları anlayışı çerçevesinde yorumlanması bakımından da sonuç değişmeyecektir. Bir kimseye, asgari düzeyde bir takım sosyal ve ekonomik hakların sağlandığı bir durumda dahi, kişinin bu olanakları farklı tercihler içerisinde kullanması söz konusu olabilir. Örneğin, kişi kendisine sağlanan ekonomik olanakları başka tercihler doğrultusunda tüketmiş ve böylece ifade özgürlüğünü, bu özgül durumda gerçekleştirmesi için gerekli olan ekonomik koşulu sağlayamamış olabilir. Bu durumda ifade özgürlüğü bağlamında kişinin (insan) onurunun ihlal edildiği söylenemeyecektir. Bunun nedeni, söz konusu koşulun özgürlükle bağlantısının zayıf ve dolaylı olmasıdır. Başka bir deyişle, söz konusu koşul bir karakter koşuldur; dolayısıyla da nitelikli bir özgürlük engeli olarak görülemez. İfade özgürlüğünün gerçekleşmesini engelleyen bu türden ekonomik ya da psikolojik koşullar, insan onuru bağlamında başka bir takım hak ve özgürlüklerin karşılığı olarak sağlanabilirler; ancak bunun ifade özgürlüğü hakkı bağlamında talep edilmesi bu çalışmada savunulan özgürlük anlayışı çerçevesinde olanaklı değildir.

[412] Emerson, bu bağlamda, posta hizmetlerinin ifade özgürlüğünün taşıyıcı araçlarından biri olarak kullanılabilmesinden, eğitim kalitesinin arttırılmasına varıncaya kadar, etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin yaratılabilmesi için gerekli olduğunu savunmaktadır. Bu gibi materyallerin sağlanmasında, kimi durumlarda devletin olumlu edim yükümlülüğünün bulunabileceğini ve Anayasanın Birinci Değişikliği çerçevesinde talep edilebileceğini ileri sürmektedir. Böyle bir yaklaşımın, gelecekte mahkemeler tarafından benimsenmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır. Emerson'un bu görüşleri, ekonomik ve sosyal hakları dışlayan bir devlette, ifade özgürlüğünün etkinleştirilmesi adına savunulabilir. Ancak, bu görüşlerin, özgürlüğün koşulları arasında hiçbir ayırım yapmaksızın, bütün koşulları birer nitelikli özgürlük engeli olarak düşünmek anlamına geleceğini söylemek gerekir. Emerson'un belirtmiş olduğu bu gibi materyal koşullar başka haklar bağlamında düşünülmelidir. İfade özgürlüğü hakkı ile bağlantısı zayıf ve dolaylı koşullardır; bu bakımdan da, ifade özgürlüğü hakkının konusu dışında kalırlar. Emerson'un görüşleri için bkz. Emerson, **The System**, ss. 645–673.

Aksinin kabul edilmesi halinde, özgürlüğü iki boyuta indirgemek, koşullar arasında bir ayırım yapmaksızın bütün koşulları birer özgürlük engeli olarak görmek gerekecektir. Nitelikli olmayan özgürlük engellerini (kimi karakter koşulları), özgürlüğün ilintili olduğu hakkın konusunun; dolayısıyla da norm alanının dışında düşünmek gerekir.

II) DEVLETİN POZİTİF/OLUMLU EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI ÜZERİNDEKİ GÖRÜNÜMLERİ

Çalışmanın Birinci Bölümünde incelendiği üzere, bütün temel hak ve özgürlüklerin kurumsallaştırılması devletin pozitif edim yükümlülüğünü gerektirmektedir. İfade özgürlüğü ile ilgili olarak devletin pozitif edim yükümlülüğü söz konusu kurumsallaştırma çerçevesinde iki biçimde ortaya çıkabilir. İlk olarak, bu özgürlüğün sınırlanmasıyla ilgili bir kurumsallaştırmadan söz edilebilir. Bu çalışmada benimsenen özgürlük anlayışı açısından sınırlamaya yönelik olarak uluslararası insan hakları hukuku tarafından devletler için öngörülen yükümlülük, özgürlüğün toplamı üzerinde bir artış sağlamadığı için buradaki konumuzla doğrudan bağlantılı değildir. 1966 tarihli *Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin* (International Convention on Civil and Political Rights) 20. ve 1966 tarihli *Her Türlü Irk Ayırımcılığının Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin* (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) 4. maddelerinde düzenlenen hükümler taraf devletlere, belirli kategorilerdeki ifadeleri yasaklamayı bir yükümlülük olarak öngörmektedirler.[413] Yine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Nefreti Körükleyen İfadeler Üzerine Tavsiye Kararının

[413] MSHS'nin 20. maddesinde, (1) savaş kışkırtıcılığının (propagandasının) yasaklanması, taraf devletler için bir yükümlülük olarak öngörülmüştür. Ayrıca, (2) toplum içerisinde ayrımcılığı, düşmanlığı ya da şiddeti tahrik ve teşvik edebilecek düzeye varan; ulus, ırk veya din farklılığı temelinde nefreti körükleyen ifadelerin savunusunun yasaklanması gerektiği de taraf devletler için bir yükümlülük olarak öngörülmüştür. *Her Türlü Irk Ayırımcılığının Yasaklanmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme*'nin 4 üncü maddesinin (a) bendinde, "ırkların üstünlüğünü, ırksal nefreti savunan, ırk ayırımcılığını tahrik eden, … görüş ve düşünceleri yaymanın" cezai yaptırıma bağlanması, Sözleşmeye taraf devletler için bir yükümlülük olarak öngörülmüştür. BM ölçeğinde hazırlanmış olan Sözleşme metinlerinin çevirileri için şu eserlere bakılabilir: M. Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments**, Cilt/Vol., IV,V,VI, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2004.

Ekinde[414], (2 No'lu ilkesinde) toplumda nefreti körükleyen ifadelere karşı ifade özgürlüğü ile insan onurunun her bir olayda uzlaştırılabilmesi için üye devletlerin hukuk sistemlerinde gereken hukuksal yapıyı/çerçeveyi oluşturmalarının bir yükümlülük olduğu belirtilmiştir. Burada ifade özgürlüğü hakkı bağlamında (özgürlüğü etkinleştiren bir *düzenlemeden* değil) bir *sınırlamadan* söz edilebileceğinden konunun bu yönlerinin incelenmesi son bölüme bırakılmıştır.[415] Tartışmanın konusu, ifade özgürlüğünün gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması için devletin pozitif edim yükümlülüğünün kapsam ve sınırları üzerine olacaktır.

İfade özgürlüğünün kimi karakter koşullarının (niteliksiz koşulların) sağlanmasının, bu hak bağlamında devletten talep edilemeyeceği bir önceki başlık altında belirtildi. Bunlar genellikle, Emerson'un diliyle söylemek gerekirse, etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin kurulabilmesi için gerekli fiziksel, ekonomik ya da sosyal koşullar, yani materyal/maddi koşullardır.[416] Bu demek değildir ki, etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin gerçekleşebilmesi için devletin pozitif edimde bulunmasına gerek yoktur. Aksine, pek çok karakter koşulun da, kişinin özgürlüğünü

---

[414] Appendix to Recommendation No. R (97) 20 of the Committee Ministers to Member States on "*hate speech*": Principle 2: "*The governments of the member states should establish or maintain a sound legal framework consisting of civil, criminal… provisions on hate speech which enable … authorities to reconcile in each case respect for freedom of expression with respect for human dignity*…"

[415] Burada F. Sağlam'ın olumlu/olumsuz (pozitif/negatif) özgürlük çerçevesinde yapmış olduğu inceleme doğrultusunda benimsemiş olduğu, düzenleme/sınırlama anlayışa uygun olarak, her düzenlemenin söz konusu hak bakımından bir sınırlama niteliğinde olmayabileceği; bunun ise özgürlüğün toplamı üzerinde bir artışın olup olmadığıyla belirlenebileceği görüşü benimsenmiştir. Anılan Sözleşmelerde belirli ifade kategorilerinin sınırlandırılmasının taraf devletler bakımından bir yükümlülük olarak öngörülmüş olmasının sonuçları itibariyle, ifade özgürlüğü açısından toplam özgürlükte bir artışa mı neden olduğu yoksa bir sınırlama niteliği mi taşıdığı tartışılabilir. Nitekim bu konuda, farklı görüşler bulunmaktadır. Irkçı ifadelerin, hedef kitleye karşı bir susturma edimi olduğunu savunanlar, bu ifadelerin yasaklanmasının ifade özgürlüğü üzerinde olumsuz bir etkiye değil, genel olarak olumlu ve özgürlüğü etkinleştirici bir etkiye sahip olacağını ileri sürmektedirler. Buna karşılık, liberal anlayış buna karşı çıkmakta ve yapılan sınırlamanın ifade özgürlüğü üzerindeki olumsuz etkilerini sıralamaktadırlar. Gerçekte söz konusu ifade kategorilerinin sınırlanmasının haklılaştırılması ayrı bir şeydir, bu sınırlamanın toplam özgürlük üzerinde bir sınırlama etkisinden çok düzenleme etkisi taşıdığını ileri sürmek başka bir şeydir. Belirli bir ifade kategorisi üzerinde içeriğe dayalı olarak yapılan her türlü sınırlandırma, gerçekte bir düzenleme olmayıp bir sınırlama niteliği taşır. Dolayısıyla bu çalışmada, söz konusu yükümlülüğün konusunun bir sınırlama edimi olduğu kabul edildiğinden, konunun bu yönlerinin tartışılması son bölüme bırakılmıştır. Sağlam'ın, olumlu/olumsuz özgürlük tartışması içerisinde ele aldığı sınırlama/düzenleme ilişkisi için bkz. Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, A.Ü.S.B.F. Yayını, Ankara 1982, ss. 18 vd. (Bundan sonra metinde "Hakların Sınırlanması" olarak anılacaktır).

[416] Bkz. Emerson, **The System**, ss. 645–646.

kullanabilmesinin önünde bir engel oluşturabileceği, özellikle kurgusal analiz çerçevesinde belirtildi.

Uygulamada devletin, ifade özgürlüğünün etkin olarak sağlanabilmesi amacıyla doğrudan müdahale ettiği, (hatta etmesi gerektiğinin savunulduğu), kimi ifade özgürlüğü alanları bulunmaktadır. Bu alanlar, çoğunlukla pozitif hukuk metinlerinde ifade özgürlüğü hakkı başlığı altında düzenlenmemekte; özellikle basın yayın hukuku bakımından ortaya çıkmaktadır. Basın özgürlüğünün norm alanını güçlendirmek ve pekiştirmek için basına sağlanan bir takım hakların (özellikle bu bağlamda ek güvencelerin) ve ayrıcalıkların ifade özgürlüğü hakkının norm alanına etkisinin araştırılması gerekmektedir.[417] Bu türden ek güvencelerin kurumsallaştırılması devletin pozitif edim yükümlülüğünü gerektirir. Bu yüzden de başka bir takım haklar (örneğin basın özgürlüğü) için sağlanan ek güvenceler ifade özgürlüğü hakkının norm alanını pekiştiren güvenceler olarak tanımlanabilir ve hakkın norm alanı içerisinde değerlendirilebilir. Bunlar genellikle basın özgürlüğü bağlamında devletin müdahale alanını sınırlayan bir takım anayasal yasaklar[418], anayasada tanımlanmamış olsa bile uluslararası insan hakları hukuku tarafından kurumsallaştırılan bir takım ayrıcalıklar[419] ya da ifade özgürlüğü sisteminin gereği gibi işleyebilmesi için kurumsallaştırılması gereken (ek güvenceler olarak ortaya çıkabilen) kimi haklar olabilir.[420] Bununla birlikte ifade özgürlüğü sistemine katkısı bakımından olumlu etkiye sahip bir pozitif edimin, ifade özgürlüğü hakkı tarafından korunmayabileceği kimi durumlar da söz konusu olabilir.[421] Bu türden edimler,

---

[417] *Ek güvenceler*, temel hak ve özgürlüklerin norm alanını pekiştiren ve sağlamlaştıran, Anayasa tarafından tanınmış bir takım güvenceler olmaktadır. Ek güvencelerin norm alanı ilişkisi bir sonraki başlık altında tartışılacaktır. Bu kavram F. Sağlam'dan alınmıştır. Bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, ss. 156 vd.

[418] Örneğin Anayasanın 28 inci maddesinde yer alan basımevi kurmak için önceden izne bağlama yasağı (süreli yayınlar için m. 29), sansür yasakları ya da 30 uncu maddede düzenlenen basın araçlarının korunmasına yönelik müsadere yasağı bu bağlamda sayılabilir. Bu konuda bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, ss. 156–158;

[419] Örneğin gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamaya zorlanmaması ilkesi böyle bir ayrıcalıktır.

[420] Anayasada bağımsız bir hak olarak düzenlenen, ancak AİHS'de yer almayan düzeltme ve cevap hakkı bu niteliktedir.

[421] Demokratik sistemlerde özgürlüklerin somutlaştırılmasının önemine dikkat çeken Özek, basın özgürlüğünün gerçekleştirilmesi noktasında devletin pozitif edim yükümlülüğüne dikkati çekmektedir. Bzk. Çetin Özek, **Türk Basın Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, ss. 33–34.

pozitif hukuk metinlerinde kendilerine yer bulmuş olsalar dahi evrensel ifade özgürlüğü hakkının norm alanı dışında kalırlar.[422]

İfade özgürlüğü alanları basın özgürlüğü bağlamında ortaya çıktığından, işe öncelikle ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğü arasındaki ilişkinin araştırılmasıyla başlanılmalıdır. Daha sonra söz konusu *ek güvencelerin* ve *ayrıcalıkların* ifade özgürlüğü hakkının norm alanıyla ilişkisi açıklığa kavuşturulacaktır.

Burada, "*ayrıcalık"* ve "*hak"* ifadeleri Hohfeld'ci bir ayırım içerisinde kullanılmaktadır.[423] "*Ayrıcalık*" ve "*hak"* arasında yapılan ayırımın önemli bir pratik değeri vardır. Öncelikle, ifade özgürlüğü hakkının belirli bir ajanına/süjesine sağlanmış olan bir ayrıcalık, yalnızca ayrıcalığın özgülendiği ajan/süje bakımından geçerli olabilmektedir. Örneğin, zapt ve müsadereye ilişkin özel işlem ayrıcalığı ya da gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanamayacağına ilişkin bir ilke yalnızca *kurumsal basın* için geçerli olacaktır. Başka bir deyişle bu ayrıcalıktan ifade özgürlüğünün diğer ajanları/süjeleri yararlanamayacak; ifade özgürlüğü hakkı kapsamında söz konusu ayrıcalığı devletten olumlu edim yükümlülüğü çerçevesinde de olsa talep edemeyeceklerdir.

İkinci olarak, bir ek güvence niteliğinde olmayan ayrıcalıklar, sahibi bakımından bir talep hakkı doğurmazlar. Hohfeld'in ifadesiyle bu bir *no-right* (hak yokluğu) durumudur ve korelatif olarak bir ödev yükümlülüğü getirmemektedir. Dolayısıyla, ayrıcalığı sağlayan (devlet), ayrıcalığın ilişkili olduğu (konusu içinde olduğu) temel hakkın özüne dokunmaksızın, ayrıcalık üzerinde tasarruf edebilir. Örneğin basına sağlanan kredi ya da vergi muafiyeti gibi ayrıcalıklar bu bağlamda düşünülmelidir. Bu ayırımın ne anlama geldiği, basının sahip olması gereken hak ve basına sunulması gereken ayrıcalıkların pozitif hukuktaki görünümleri üzerinden aşağıda incelenecektir.

Nihayet, ifade özgürlüğünün görsel işitsel medya aracılığıyla kullanılması ile ilgili olarak devletin pozitif edim yükümlülüğünün niteliği ele alınacaktır. Bu çerçevede bir diğer müdahale ise, (yazılı ya da görsel/işitsel) basın yayın hukukunun

[422] Basına sağlanan, kredi olanakları ya da vergi indirimi/muafiyeti gibi bir takım ayrıcalıkları böyle düşünmek gerekir.
[423] Hak ve ayrıcalık arasında Hohfeld'in yapmış olduğu analizlere çalışmanın Birinci Bölümünde değinilmiştir.

önemli kurumlarından biri olan düzeltme ve cevap hakkı kapsamında ifade özgürlüğü piyasasına yapılan pozitif müdahale olmaktadır.

A) İfade Özgürlüğü ve Basın Yayın Özgürlüğü İlişkisi

İfade özgürlüğü ile basın yayın özgürlüğü arasındaki ilişkinin niteliğinin incelenmesi, iki açıdan önem taşımaktadır. Birincisi, kimi temel hukuk metinlerinde (örneğin anayasalarda) ifade özgürlüğü ile basın yayın özgürlüğünün farklı yerlerde düzenlenmiş olmasının ne anlama geldiğini belirleme açısından önemli oluşudur. İkincisi ise, kimi uluslararası sözleşmelerde (örneğin AİHS), ifade özgürlüğünün düzenlendiği madde içerisinde basın özgürlüğünden açıkça söz edilmemiş olmasının anlamını ortaya koyma gereğinden kaynaklanmaktadır.[424]

1787 ABD Anayasası'nın Birinci Değişikliği, *"Kongre, ... ifade özgürlüğünü ya da basın özgürlüğünü, ... kısıtlayacak bir yasa çıkaramaz"* hükmüne yer vermektedir. Anayasa'nın, ifade özgürlüğünün yanında ayrıca basın özgürlüğüne yer vermiş olmasından dolayı ABD doktrininde ve Yüksek Mahkeme yargıçları arasında tartışmalar ortaya çıkmıştır. Maddenin yorumu ile ilgili görüşler iki gruba ayrılmaktadır: Bir görüşe göre, anayasayı hazırlayanların, genel bir ifade özgürlüğü hakkının yanında ayrıca basın özgürlüğünden söz etmelerinin nedeni, kurumsal medyanın ifade özgürlüğüne, diğerlerininkine nazaran daha yüksek bir önem atfetmiş olmalarıdır. Bunun anlamı, medyanın ifade özgürlüğünün daha geniş olarak yorumlanmasıdır. Eğer medyanın daha geniş bir korumayı hak etmediği söylenirse, burada basın özgürlüğünden ayrıca söz edilmiş olması yersiz ve anlamsız olacaktır. Bu bağlamda, basının yalnızca, tartışmalar için tarafsız bir forum, fikirlerin pazaryeri ya da bir çeşit Hyde Park köşesi olduğunu söylemek ve anayasal güvencenin basının bu işlevini korumak için verilmiş olduğunu ileri sürmek bir hata olacaktır. Yargıç Stewart tarafından savunulan bu görüş, basının kuvvetler ayrılığı sistemi içerisinde dördüncü kuvvet olduğunu, dolayısıyla da diğer üç erk üzerinde ekstra bir denetim

[424] AİHS'deki düzenlemeden farklı olarak Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin ifade özgürlüğü hakkını düzenleyen 19. maddesinde, ifade özgürlüğünün, sözlü, yazılı, basılı, sanatsal biçimlerde ya da kişinin seçimi doğrultusunda diğer herhangi bir medya aracılığıyla kullanılabileceğine yer verilmiştir.

işlevi ifa ettiğini ileri sürmektedir. Basının ifade özgürlüğü, herhangi bir konuşmacıya (speaker) göre daha yüksek düzeyde bir korumayı hak etmektedir.[425]

İkinci görüşe göre ise, basının ifade özgürlüğünün, diğer herhangi bir kişiye göre daha fazla güvenceye alınması için hiçbir anayasal dayanak yoktur. Başyargıç Burger, *First National Bank of Boston v. Belloti* kararında, Mahkeme'nin görüşlerini şu şekilde dile getirmiştir:

> *Anayasa'nın Birinci Değişikliği, düşüncelerin ifade edilmesini ve başkalarına iletilmesini (communicate) güvenceye almayı amaçlamıştır. Bu yüzden, düşüncelerini bir gazete aracılığıyla yaymak isteyenlerin haklarıyla, konferans verenlerin hakları arasında ya da onlarla yayın ve daha yaygın dağıtım yoluyla düşüncelerini daha geniş bir dinleyici kitlesine götürmek isteyenlerin hakları arasında hiçbir fark göremiyorum. Gerçekte, Anayasa'nın ilk yorumcuları, ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğünü eş anlamlı olarak kullanmışlardır.*[426]

İfade özgürlüğü ile basın özgürlüğü arasında bir ayırım yapmak ve dolayısıyla da basının ifade özgürlüğüne, geriye kalanların ifade özgürlüğüne göre daha yüksek düzeyde bir koruma sağlamak, ifade özgürlüğünün bir insan hakkı olmasıyla ilgili bir konu değildir. Daha ziyade, ifade özgürlüğünün kurumsal bir sistem olarak farklı yönlerinin dikkate alınmasıyla varılan bir sonuçtur. İfade özgürlüğünün bu yönü, özellikle demokrasiye dayanan bir tezin ifade özgürlüğü sistemine yaptığı göndermedir. ABD Yüksek Mahkemesi yargıçları, ifade özgürlüğünü bir sistem olarak değerlendirmek istememişler, böylece fonksiyonalizmin ifade özgürlüğüne yüklediği anlamı dışlamışlardır.[427] Onlara göre, ifade özgürlüğünü, kurumsal olarak kullanabilme olanağına sahip olanlarla bu imkânı elde edemeyenler arasında bir ayırım yapmak her şeyden önce adil bir durum

---

[425] Yargıç Stewart tarafından "*Or of the Press*", **26 Hast. L. J.** 631 (1975)'te savunulan görüşler için bkz. Gerald Günter / Kathleen M. Sullivan, **Constitutional Law**, Thirteenth Edition, The Foundation Press, USA 1997, ss. 1420–1421.

[426] **First National Bank of Boston v. Bellotti**, 435 U.S. 765 (1978).

[427] Fonksiyonalizm ya da yapısal fonksiyonalizm olarak bilinen bir kurama göre toplum bir sistem olarak ele alınır. Bu sistemin sürdürülebilmesi için, belirli kurumlar, kuruluşlar ya da oluşumların üstlenmiş olduğu roller, işlevler bulunmaktadır. Böylece, ifade özgürlüğü sisteminin temel unsurlarından biri olan basının demokrasinin işleyebilmesi için sahip olduğu rol dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Bir aracın motoru için karbürotör ne ise basın da demokrasi için aynı anlama gelmektedir. Fonksiyonalizm için bkz. Arthur A. Berger, **Cultural Critisizm**, USA 1995, ss. 146 vd.; Karbürotör örneği için bkz., **Routledge Encyclopedia of Philosophy**, s. 311.

olmayacaktır. Derdini, bir pankartla anlatan (ya da anlatabilen) bir kişinin, aynı içerikte bir ifadeyi gazete yoluyla anlatan bir kişiye göre daha az anayasal korumaya sahip olduğunu söylemek pek de savunulabilir bir durum değildir.

Basın özgürlüğünden ayrıca söz edilmiş olması, basının sansür edilmesine karşı bir ek güvence niteliği taşımaktadır. Düşüncelerin basın yoluyla ifade edilmesinin özel olarak güvenceye alınmış olduğuna vurgu yapmak içindir. Tudor ve Stuart yönetimlerinin İngiltere'de basına yönelik uygulamış oldukları ön izin (licensing) sistemine karşı bir tepkinin ifadesidir.[428]

ABD Yüksek Mahkemesinin basının diğer ifade özgürlüğü ajanlarından farklı bir konumunun olmadığı yönündeki bu değerlendirmesi, basına tanınması gereken bir takım ayrıcalıkların (örneğin, gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamayacaklarına ilişkin bir ilkenin) kabul edilmesi noktasında da süregelmiştir. Ne var ki, bu durum tam bir tutarlılık içerisinde sürdürülebilmiş de değildir. Yüksek Mahkemenin bu görüşüne rağmen, gerek Kongre tarafından gerekse federe yönetimlerin yasama organları tarafından basına bir takım ayrıcalıklar tanınmış ve Yüksek Mahkemedeki azınlık oyu doğrultusunda bir takım gelişmeler ortaya çıkmıştır. Gazetecilere yönelik bir takım ayrıcalıkların kurumsallaştırılması sorunu önemli tartışma konularından biri olagelmiştir. ABD doktrin ve uygulamasında, ifade özgürlüğünün bir sistem olarak kurumsal yönlerine dikkat çekilmiştir. Bu gelişmelere gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamayacakları ilkesi incelenirken değinilecektir.

AİHS organları, ABD ifade özgürlüğü rejiminden farklı bir yol izlemiş ve ifade özgürlüğü sisteminin özellikleri konusunda basının ifade özgürlüğüne ayrı bir önem atfeden bir rejimi benimsemiş görünmektedir. AİHS 10/1 maddesinde şu düzenlemeye yer verilmiştir:

> *Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamları tarafından müdahale olmaksızın ve ulusal sınırlar dikkate alınmaksızın, görüşlere sahip olma ve bilgi ve düşünceleri edinme ve bunları yayma özgürlüğünü içerecektir. Bu madde, Devletlerin, radyo, televizyon ya da sinema*

[428] Bu tartışmalarla ilgili olarak bkz. Gunter /Sullivan, **Constitutional Law**, ss. 1420–1422.

işletmeciliğinin izne bağlanması isteminde bulunmalarını engellemeyecektir.[429]

Maddenin ikinci fıkrasında ise, ifade özgürlüğü hakkının sınırları düzenlenmiştir. Maddede basın özgürlüğünden ayrıca söz edilmemiştir. Bununla birlikte basın, ifade özgürlüğünü kullanma araçlarından biri olduğundan, Strasbourg organları (Komisyon ve Mahkeme) tarafından bu madde kapsamında değerlendirilmiştir. AİHM, ifade özgürlüğüne basın açısından ayrı bir önem atfetmektedir.[430] Mahkeme, *Sunday Times v. United Kingdom* kararında şu görüşlere yer vermiştir:

Mahkemenin Handyside v. Birleşik Krallık kararında belirtildiği üzere, ifade özgürlüğü, demokratik toplumun esaslı temellerinden birini oluşturur… sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız ya da ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceleri için değil, ama ayrıca, Devlet ya da nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, çarpıcı gelen/şok eden ya da rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Basın sözkonusu olduğunda bu ilkeler özel bir önem kazanır… Bu tür haber ve düşünceleri vermek basın yayın kuruluşları için sadece bir görev değildir, halkın da bu haber ve düşünceleri edinme hakkı vardır.[431]

AİHM, ifade özgürlüğü hakkı bağlamında vermiş olduğu çok sayıda kararında, basın özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki önemine vurgu yapmıştır. Basının, demokrasinin sağlıklı bir biçimde işleyebilmesi için büyük önem taşıdığına dikkat çekmiş ve böylece basın özgürlüğü açısından yapısal fonksiyonalizmin analiz yöntemi çerçevesinde bir temellendirmeye gitmiştir. Basın, demokratik bir toplumda

[429] Madde metninin çevirisi için bkz. M. Semih Gemalmaz / H. Burak Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında, Türkiye'de Bilgi Edinme Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı**, Yazıhane Yayınları, İstanbul (?), s. 194 (Bundan sonra metinde, "Türkiye'de Bilgi Edinme" olarak anılacaktır.)

[430] **Lingens v. Avusturya** (Başvuru No. 12/1984/84/131), 24 Haziran 1986, Karar için bkz. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Derleyen ve Yorumlayan Vahit Bıçak, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2002, s.128 (Bundan sonra metinde, "Bıçak, AİHM Kararlarında" olarak anılacaktır), Kararda (pr. 41,42) basın özgürlüğüne yapılan bu vurgu için bkz. s. 128; Ayrıca bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B, **Türkiye'de Bilgi Edinme**, s. 198–199.

[431] **Sunday Times v. United Kingdom**, (Başvuru No. 6538/74), 26 Nisan 1979, pr. 65; Kararın özet bir tercümesi için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, s. 197; Kararın tam tercümesi için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 45–86 (alıntının yapıldığı yer için bkz. s. 81).

temel bir rol oynamaktadır.[432] Basının ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin değerlendirilmesinde, basının siyasal demokrasinin gereği gibi işleyebilmesinin sağlanmasına ilişkin temel görevi dikkate alınmalıdır.[433] Mahkeme'ye göre, Sözleşme çerçevesinde ortaya çıkan demokratik toplum kavramının özünü siyasal tartışma özgürlüğü oluşturmaktadır. Basın, böyle bir siyasal (ve kamusal) tartışma ortamının yaratılabilmesinin; halkın yöneticileri ve uyguladıkları politikalar hakkında bilgi sahibi edilebilmesinin en iyi araçlarından birisidir.[434] Bu bağlamda ifade özgürlüğü, herkesin demokratik bir toplumun özünde yer alan serbest siyasal tartışmaya katılmasını olanaklı kılmaktadır.[435] Basın, ayrıca haber yayıncılığı yoluyla kamunun gözetim bekçiliği görevini yürütmektedir.[436]

Mahkeme'nin, basının ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki vazgeçilmez önemine ayrıca dikkat çekmiş olmasının bir anlamı var mıdır? Başka bir deyişle, basının ifade özgürlüğü hakkının diğerlerininkine göre daha yüksek bir korumayı hak ettiği söylenebilir mi?

Bu soruyu iki açıdan yanıtlamak gerekmektedir: Öncelikle sorunun, devletin negatif edim yükümlülüğü açısından yanıtlanması gerekmektedir. İfade özgürlüğü hakkının ne içeriğe (content) ilişkin ne de kullanılmasıyla (biçimle ya da yöntemle) ilgili (time, place and manner regulation) olarak uygulanacak standartlar ve rejim bakımından basının ifade özgürlüğü ile diğerlerinin ifade özgürlüğü arasında bir

---

[432] **Fressoz and Roire v. Fransa** (Başvuru No. 29183/95), 21 Ocak 1999, pr. 45; Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 187–209 (Alıntı için, s. 202); Case of **Ukrainian Media Group v. Ukraine** (App. 72713/01), 29 March 2005, pr. 38.

[433] **Sürek ve Özdemir v. Türkiye** (Başvuru No. 23927/94, 24277/94), 8 Temmuz 1999, pr. 58; Kararın çevirisi için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 229–270 (Alıntı için, s. 255).

[434] **Lingens v. Avusturya** (Başvuru No. 9815/82), 8 Temmuz 1986, pr. 41, 42; Kararın çevirisi için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss.115–134 (Alıntı için, s. 128); **Erdoğdu ve İnce v. Türkiye** (Başvuru No. 250667/94), 8 Temmuz 1999, pr. 48; Kararın çevirisi için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 327–351 (Alıntı için, s. 344); Ayrıca **Oberschlick v. Avusturya** (Başvuru No. 11662/85), 23 Mayıs 1991, pr. 58; Kararının konuyla ilgili alıntılanan paragrafı için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, s. 212; **De Haes and Gijsels v. Belgium** (App.19983/92), judgment of 24 February 1997, pr. 37; **Şener v. Türkiye** (App. 26680/95), 18 Temmuz 2000, pr. 41; Kararın ilgili paragrafının Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, s. 213.

[435] **Casstells v. İspanya** (Başvuru No. 11798/85), 23 Nisan 1992, pr. 43; Kararın çevirisi için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 133-163 (Alıntı için, s. 159-160); Ayrıca Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, ss. 212–213.

[436] **Jersild v. Danimarka** (Başvuru No. 15890/89), 23 Eylül 1994, pr. 31; Kararın ilgili bölümü için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, s. 181; Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, s. 219; **Thorgeir Thorgeirson v. Iceland** (App.13778/88), judgment of 25 June 1992, pr. 63,64; Kararın ilgili paragraflarının Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, s. 213.

ayırım yapılamaz. Bu konuda, Başyargıç Burger tarafından yukarıda ifade edilen görüşler isabetli görünmektedir. Dahası pek çok durumda basın yoluyla kullanılan ifadelerin, bir toplantıda yapılan aynı içerikte bir konuşmaya göre daha fazla bir sınırlandırmaya tabi tutulabildiği de bir gerçektir. Özellikle TV ve radyo yayınları sözkonusu olduğunda, diğer basına ya da bir barda konuşan kimseye göre ifadenin daha dar bir koruma alanına sahip olduğu hem Anglo-Amerikan doktrin ve uygulamasında hem de AİHM tarafından onaylanmıştır. Basının ifade özgürlüğü hakkı ile ilgili olarak devletin negatif edim yükümlülüğünün niteliğinde ve kapsamında bir değişiklik söz konusu değildir. Bu bağlamda, 1982 Anayasası'nın 28. maddesinde yer alan, "*Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27. maddeleri hükümleri uygulanır*" düzenlemesi yerindedir. Zira bu hüküm, basın özgürlüğünün sınırlanması rejimini, genel ifade özgürlüğü rejimine bağlamıştır.[437]

Ne var ki, devletin pozitif edim yükümlülüğü açısından konuya yaklaşıldığında durum farklılık gösterecektir. Demokratik bir toplumdaki yeri ve önemi açısından basın özgürlüğünün etkin bir biçimde korunabilmesi ve etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin kurulabilmesi için devletin pozitif edim yükümlülüğünün bulunduğu savunulabilir. Bu yükümlülüğün sonucu olarak devletin, basına bir takım *ayrıcalıkları (privileges)* sunması gerekebilir. Bu bağlamda F. Schauer'in basın özgürlüğünün ifade özgürlüğünden ayrı bir ilke olup olmadığı sorusuyla ilgili olarak şu değerlendirmeleri önemli gözükmektedir:

> *[B]asın özgürlüğü tezleri, demokrasiye dayanan teze girift bir biçimde bağlıdır. Her ne kadar, normalde basında ortaya çıkan yazı materyalinin çoğu ifade özgürlüğü ilkesi tarafından korunabilir olsa da… [basın] özel bir koruma talebini gündeme getirebilmektedir. … Gerçekten de siyasi tezlerin kitlesel iletimi için en yaygın olarak kullanılan araç örgütlü basındır…*[438]

[437] Özek benzeri biçimde, basın özgürlüğünün içerik ve fonksiyon yönünden düşünce özgürlüğü çerçevesinde düşünülmesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir. Özek'e göre, basının Anayasada ayrıca düzenlenmesi, "otonom bir hürriyet alanının düzenlenmesi anlamına" gelmemektedir. Zira "düzenleme, içerikten ziyade, aracın özelliklerine dayanan biçimsel bir düzenlemedir." Dolayısıyla da basın özgürlüğünün sınırlanması düşünce özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Bkz. Özek, **Türk Basın Hukuku**, ss. 32–33.

[438] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 151–152.

Schauer basının özel bir korumayı hak etmesinin nedenini siyasal ifade özgürlüğünün en etkin araçlarından birisi olmasına bağlamaktadır. Bu bağlamda demokrasiye dayanan bir ifade özgürlüğü tezinin sonucu olarak korunan değer, haberleşmeden (communication) çok örgütlü, kurumsal basın olmaktadır. Genel olarak ifade özgürlüğü hakkı ile ifade özgürlüğü sistemini ilgilendiren kurumsal basının özgürlüğü arasında özellikle hakkın norm alanının pozitif edim yükümlülüğü açısından belirlenmesi durumunda kimi ayrılıkların ortaya çıkabileceğini belirtmek gerekir. Hak, Hocking'in deyimiyle, insanın doğal fonksiyonlarıyla ilgili olarak sosyal alanda nefes alması anlamına gelirken, ifade özgürlüğü sistemi hakkın doğal sınırlarını aşan yapay bir görünüm sergilemektedir. Ne var ki bu görünüm de yine demokratik bir toplumda hakla *yapay* da olsa doğrusal bir bağa sahip olmakta ve hakkın temellendirilmesinden sınırlanmasına etkin bir rol oynayabilmektedir.[439]

B) Basına Sağlanan Ek Güvencelerin ve Ayrıcalıkların İfade Özgürlüğü Hakkının Norm Alanı ile İlişkisi

Basının demokratik toplumdaki söz konusu görevlerini ve işlevini gereği gibi yerine getirebilmesi için ekstra bazı *haklara (rights)* sahip olması gerektiği savunulmuş ve pozitif hukuk metinlerinde bu haklar *ek güvenceler* olarak yerini almıştır. Bu durumda sağlanan ek güvenceler, yalnızca basın özgürlüğü bağlamında talep edilebilen bir takım *haklar* olmayacak; fakat ifade özgürlüğü hakkı bağlamında da talep edilebilecek *haklar* olacaktır.

Bağımsız birer hak (ya da ek güvence) biçiminde düzenlenmiş olan bir takım özel durumlar ifade özgürlüğü hakkı kapsamında talep edilebiliyorsa, başka bir ifade ile söz konusu hak ve güvencelerin, ifade özgürlüğü hakkı sınırlandırılmadan ihlal edilemeyeceği ileri sürülebiliyorsa, bu durumda belirtilen hak ve güvencelerin ifade özgürlüğü hakkının norm alanı tarafından korunduğunun kabul edilmesi gerekir.

Bu bakımdan, hakkın norm alanıyla neyin anlatıldığının belirlenmesi önemlidir. Norm alanının belirlenmesi konusunda bütün hak ve özgürlükler için geçerli olan bir rejimin araştırılmasına girişilmeyecek; yalnızca ifade özgürlüğü

[439] Bkz. Hocking, ss. 79–87 (özellikle 80–81).

hakkı bakımından sınırlı pozitif özgürlük anlayışı çerçevesinde bir inceleme yapılacaktır. Norm alanının belirlenmesinin pratik sonuçları ise devletin negatif edim yükümlülüğü açısından bağımsız olarak incelenecektir. Burada şu kadarı söylenebilir ki, bir temel hak normunun dışında kalan unsurlar, hak tarafından korunmadığı için (söz konusu hak çerçevesinde) sınırlanmalarından da söz edilemez.

Alman hukukçusu Müller'e göre her temel hak normatif yapısı gereği belli bir nesnel alanda geçerlidir. Müller tarafından savunulan bu görüşler Sağlam tarafından özetlenmiştir. Buna göre,

> *Norm, içeriği nesnel olarak belirlenmiş bir düzen modelidir… Norm alanının belirlenmesinde, diğer bilim dallarına, ampirik verilere başvurulur… Normun koruduğu temel hak kullanımı, yalnızca norm alanının sağladığı özgül eylem olanaklarıdır. Buna karşılık bir temel hak kullanımı ile yalnızca dışsal bir bağlantı (arızi bir ilişki) içinde gözüken eylem biçimleri, o temel hak normunun geçerlilik alanı içinde sayılmazlar.* [440]

Müller burada, norm alanının belirlenmesi bakımından hakla bağlantılı koşullar arasında bir ayırım yapılması gerektiğini ima etmektedir. Bu bakımdan, ifade özgürlüğünün konusu içerisinde yer alan bir özgürlük koşulunun, temel hakkın kullanımıyla ilişkisinin dışsal olması durumunda norm alanının dışında kalacağı Müller'in yaklaşımının doğal sonucudur.

Sağlam, Müller'in norm alanı kavramına farklı bir yaklaşım getiren Ridder'in, norm alanı terimini Müller'deki nesnel bakış açısının ötesinde daha serbest bir anlamda kullandığını belirtmektedir. Ridder'e göre, norm alanının belirlenmesi için öncelikle her bir temel hakkın koruduğu çıkarlar yapısını açıklığa kavuşturmak gerekir.

> *Bu da ancak tarihsel sürecin geleceği de içine alan uzantısı ile kavranabilir. Çıkarlar yapısı bu süreç içinde oldukça biçimlendirilmiş, sağlamlaştırılmış ve güvenceye oturtulmuş bir yapıdır.*[441]

[440] Müller'in norm alanıyla ilgili olarak savunmuş olduğu görüşler ve değerlendirmesi için bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, ss. 47–52; Ayrıca bkz. Uygun, **1982 Anayasası**, s. 54 vd.
[441] Bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, s. 52.

Ridder'in benimsemiş olduğu norm alanı anlayışı, devletin pozitif edim yükümlülüğü kapsamında ifade özgürlüğü hakkını etkin kılmak için (Sağlam'ın ifadesiyle, hakkın norm alanını pekiştirmek için) kurumsallaştırması gereken kimi hak ve ayrıcalıkların ifade özgürlüğü hakkı bağlamında nasıl korunabildiğini açıklamak bakımından elverişli gözükmektedir. Evrensel ifade özgürlüğü hakkının norm alanı (koruma alanı) gerçekten de tarihsel süreç içinde önemli ölçüde bir genişleme göstermiştir. İki yüzyıl önce savunulan evrensel ifade özgürlüğü hakkının norm alanı, o günlerden bu yana önemli değişiklikler geçirmiştir. Özellikle uluslararası pozitif insan hakları hukukunun bunda katkısı büyüktür. Bu bağlamda AİHS organlarının ifade özgürlüğünün norm alanını devletin pozitif edim yükümlülüğü açısından hangi biçimlerde genişletmiş olduğu üzerinde durulacaktır. Özellikle iç hukukta basın özgürlüğü bakımından sağlanan ek güvencelerin ve bir takım ayrıcalıkların, AİHS organları tarafından, bu hak ve ayrıcalıklar Sözleşmede açıkça düzenlenmiş olmamasına karşın ifade özgürlüğü hakkının norm alanında kabul edilerek koruma altına alınması önemli bir gelişme olarak yorumlanabilir. Devletin pozitif edim yükümlülüğü kapsamından sağlanan ek güvencelerin ve ayrıcalıkların hakkın norm alanıyla bağlantısı doğrudan değildir. Oysa negatif edim yükümlülüğü kapsamında oluşturulan ek güvencelerin norm alanıyla bağlantısı doğrudandır ve üzerinde tartışılmamaktadır. Bu güvenceler hak ne kadar evrensel ise o kadar evrensel bir kabule sahip olmaktadır. Öte yandan, Sağlam'ın da yerinde olarak belirttiği gibi ek güvenceler hakkın özünün içeriğinin belirlenmesi açısından önemli unsurlardır. Bu türden güvenceler, hakkın özünü ihlal etmeden ihlal edilemezler.[442]

Örneğin, "basın hürdür, sansür edilemez" biçiminde ifadesini bulan bir *ek güvencenin* basına tanınmış bir *ayrıcalık* olduğu söylenemez. Böyle bir ek güvence, doğrudan ifade özgürlüğünün norm alanı içerisinde kalır. Basının özgür olduğuna ve sansür edilemeyeceğine yapılan vurgunun aslında bir önceki başlık altında yapılan tartışmalarda varılan sonuçla farklı hiçbir yönü bulunmamaktadır. Devletin pozitif edim yükümlülüğü açısından kurumsallaştırması gereken bir ayrıcalık söz konusu olmadığı gibi; yapılan vurgu doğrudan ifade özgürlüğü hakkının norm alanına karşı

[442] Ek güvencelerin, temel hak ve özgürlüğün özüyle olan ilişkisi için bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, ss. 156 vd.

devletin negatif edim yükümlülüğüne olmaktadır. Aynı biçimde, basının ifade özgürlüğü bakımından sağlanan, önceden izin yasağı güvencesi ifade özgürlüğünün diğer ajanları karşısında hiçbir özellik taşımaz; yalnızca basının da olması gereken bir korumadan yararlandığını açıklığa kavuşturmak için yapılmış bir vurgudur. Bu açıdan da bu türden ek güvencelerin konumuz bakımından ayırıcı bir özelliği bulunmamaktadır.

Ancak aşağıda üzerinde durulacağı gibi, basına özel müsadere yasağının, evrensel ifade özgürlüğü hakkı açısından anayasanın (ya da genel olarak iç hukukun) sağlamış olduğu korumaya göre daha az bir koruma görmesi mümkündür. Bütün bu güvencelerin iç hukuk tarafından ilgili hakkın norm alanını sağlamlaştırmak üzere tasarlanmış olduğunda kuşku yoktur. Bu türden pekiştirmeler, evrensel ifade özgürlüğü hakkının norm alanı tarafından korunan güvencelerde daha fazla ya da etkin olabilirler. Burada bir sorun bulunmamaktadır. Sorun, iç hukuklarda bağımsız olarak düzenlenen bu güvencelerin ya da sağlanan ayrıcalıkların, ifade özgürlüğü hakkının norm alanı tarafından korunandan daha az etkin olması durumunda ortaya çıkabilir.[443]

Sonuç olarak, söz konusu ayrıcalıklar ve ek güvenceler, sınırlı pozitif özgürlük anlayışı çerçevesinde ele alınmalı ve değerlendirilmelidir. Zira sözü edilen güvence ve ayrıcalıkların sağlanması devletin negatif tutumundan çok pozitif edimine bağlı olarak gerçekleştirilebilecektir. Burada Sağlam'ın, bir hakkın düzenlenmesi ve sınırlanması konusunda düzenlemenin sınırlama getirip getirmediği sorununun, toplam özgürlük artışı ile değerlendirilerek bir sonuca varılması gerektiği konusundaki yaklaşımı esas alınacaktır. Dolayısıyla, ifade özgürlüğü piyasasına

[443] Bu daha çok anayasalar tarafından iç hukukta tanınmış olan ek güvencelere karşılık olarak ifade edilmek üzere kullanılmaktadır. Zira anayasalar tarafından sağlanan tüm ek güvencelerin ya da hakların evrensel ifade özgürlüğü hakkı bakımından da aynı nitelikte kabul edileceği anlamına gelmez. Örneğin, iç hukukta gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamama hakkı mutlak olarak düzenlenebilir ve bu konuda Sağlam'ın savunduğu biçimde bir kesin ihlal yasağı oluşturabilir. Ne var ki, bu güvenceye uluslararası insan hakları hukuku tarafından nisbi bir koruma sağlanmış olabilir. Ancak böyle bir nisbi korumanın dahi sağlanmadığı bir sistemde ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğinden söz edilebilecektir. Bu en azından ülkemizin de tarafı bulunduğu AİHS çerçevesinde böyledir. Sağlamın, ek güvencelerle ilgili olarak yapmış olduğu tartışma ve değerlendirmeler için bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, ss. 156. vd.

yapılan her müdahalenin, ifade özgürlüğü hakkı bakımından sınırlama kavramıyla özdeş olmadığı görüşü benimsenmiş olmaktadır.[444]

C) İfade Özgürlüğü Hakkı Bağlamında Pozitif Hukukta Basına Sağlanan Ayrıcalıkların Niteliği Üzerine Bir Araştırma

Özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde anayasal düzeyde basına tanınan bir takım haklar ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde birer hak olmaktan çok ayrıcalık görünümündedirler. Ancak aşağıda inceleneceği üzere bu ayrıcalıklardan kimileri ifade özgürlüğü sistemi bakımından o kadar önemli görülmüştür ki, gerek ABD Yüksek Mahkemesi gerekse Strasbourg organları bu ayrıcalıkları ifade özgürlüğü hakkının koruma kapsamına, başka bir deyişle ifade özgürlüğü hakkının norm alanı içine almışlardır. Hak ve ayrıcalık arasında bir ayırım yapmanın pratik değeri, ifade özgürlüğü sisteminin etkinleştirilebilmesi için basına sunulmuş olan bir ayrıcalığın ifade özgürlüğü hakkının konusu içinde olmasına karşın norm alanının dışında kalabilmesidir. Belirtildiği gibi bütün ayrıcalıklar ifade özgürlüğü hakkının norm alanının dışında tutulmamıştır. Basına sunulan kimi ayrıcalıklar, ifade özgürlüğü sisteminin işleyebilmesi için çok önemli görülmüş ve hakkın norm alanına dâhil edilmiştir. Bu türden ayrıcalıklar, artık birer ek güvenceye dönüşmüş olmaktadırlar.

Basın özgürlüğü ile ilgili olarak devletin olumlu müdahale edimi genellikle iki biçimde gerçekleşmektedir. Birinci grup içerisinde, devletin olumlu müdahale ediminin basının ifade özgürlüğünü güçlendirmek üzere negatif özgürlük alanı üzerinde herhangi bir sınırlama etkisi yaratmadığı kimi durumlar sayılabilir. İkinci

---

[444] Düzenleme-Sınırlama özdeşliği üzerine yapılan tartışmalar için bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, ss. 18–28. Burada dikkate alınması gereken nokta, özgürlük sorunu açısından konunun özel olarak ifade özgürlüğü hakkı bakımından bir tartısının yapılıyor olmasıdır. Bu konuda çalışmanın birinci bölümünde negatif özgürlük yanlıları ile pozitif özgürlük yanlıları arasında yapılan tartışmalar dikkate alınmalıdır. Ancak buradaki tartışma konusu genel özgürlük değerlendirmesiyle varılacak bir sonuç olmayıp, ifade özgürlüğü sistemi ve ifade özgürlüğü hakkı bakımından değerlendirilmesi gereken bir konudur. Örneğin, düzeltme ve cevap hakkının kurumsallaştırılması, basının ifade özgürlüğü hakkı üzerinde bir sınırlama görünümündeyken, aynı zamanda ifade özgürlüğü sistemine yapmış olduğu olumlu katkılar nedeniyle (düzeltme ve cevap) hakkı kullanan kişiler için bir özgürlük artışı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla da düzeltme ve cevap hakkı kurumunun ifade özgürlüğü hakkının norm alanını daralttığı söylenemeyecektir. Yine de konunun tartışmasız bu biçimde benimsenmiş olduğunu söyleyemeyiz. Bu konuda, *laissez-faire* doktrinini benimsemiş gözüken ABD ifade özgürlüğü rejimi ile Kıta Avrupası rejimi ve bu arada AİHS organlarının benimsemiş oldukları rejim arasında önemli ayrılıkların bulunduğunu burada belirtmek gerekir.

grupta ise devletin olumlu müdahale ediminin yine devletin basına yönelik müdahalesinin negatif özgürlük alanı üzerinde yapabileceği sınırlamalara karşı oluşturulan ek güvence sistemlerinin kurumsallaştırılması sayılabilir.

Birinci grupta, basına yapılan bir takım ekonomik yardımlar ve basındaki tekelleşmenin önlenmesi amacıyla devletin piyasaya müdahale edimi ya da radyo ve TV yayınları bağlamında yapılan çeşitli düzenlemeler yer almaktadır. İkinci grupta ise, zapt ve müsadere hükümlerinin uygulanmasında basına sağlanan ayrıcalıklardan ve gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamaya zorlanmaması ilkesi bağlamında basına sağlanan ayrıcalıklardan söz edilebilir. Radyo ve TV yayınları rejimi, ifade özgürlüğü açısından özellik arz ettiğinden buradan bağımsız olarak incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

1) 1982 Anayasası'nın 28. Maddesi Bağlamında Pozitif Edim Yükümlülüğü

1982 Anayasası'nın 28. maddesinde yer alan hükmün, ifade özgürlüğü bağlamında devletin pozitif edim yükümlülüğü açısından anlamı nedir? Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında, "*Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır."* denilmektedir. Bu hükmün gerekçesinde ise şu görüşlere yer verilmiştir:

> *Üçüncü fıkra basın hürriyeti önünde devletin "olumlu tutumunu" yani bu hürriyetin gerçekten sağlanmasında devletin yardımcı olmasını, bu amaçla gerekli tedbirlerin alınması ihtiyacını öngörmektedir. Bu cümleden olmak üzere basın devlet yardımı yanında, basın hürriyetini tehdit eden "tekelleşme" yahut "yoğunlaşma" eğilimlerini önleyici tedbirleri sıralayabiliriz.*

Gerekçeden de anlaşılacağı üzere bu hüküm, açık bir biçimde basın özgürlüğünün *gerçekten* sağlanabilmesi için devletin pozitif edim yükümlülüğünü öngörmektedir. Anayasa koyucu, devletin bu türden olumlu edimlerinin

bulunmaması durumunda *gerçek* bir basın özgürlüğünden söz edilemeyeceğini ima etmektedir.[445]

Basındaki tekelleşmenin önüne geçebilmek amacıyla devletin piyasaya müdahale etmesinin gerekliliği libertaryan özgürlük anlayışının egemen olduğu ABD'de dahi İkinci Dünya Savaşını izleyen yıllardan itibaren yüksek sesle seslendirilmeye başlamıştır. Öyle ki, o yıllarda kurulan Basın Özgürlüğü Araştırma Komisyonu hazırlamış olduğu raporunda, ABD'de basın özgürlüğünün, devletin baskısı yüzünden değil, özel sektördeki tekelleşmeden dolayı tehlike altında olduğunu ifade etmekteydi. Bu rapor, dönemin hukuk ve siyaset adamları tarafından desteklenmiş ve Kongre bu konuda gerekli adımları süratle atmamakla eleştirilmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi de o dönemde vermiş olduğu *Associated Press v. United States* kararında, basının anti-tekelleşme yasasının kapsamı dışında tutulamayacağı sonucuna vararak Kongreyi gerekli adımları atması konusunda teşvik etmiştir.[446]

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi almış oldukları kararlarda, basında tekelleşmenin ifade/basın özgürlüğü açısından sakıncasına dikkat çekmişlerdir. Söz konusu kararlarda, tekelleşmenin engellenmesi için devletin piyasaya müdahale etmesinin gerekliliğine vurgu yapılmıştır.[447]

Basında tekelleşme, basının demokratik düzenin işleyişi bakımından gördüğü işlevi yerine getirmesinin önündeki en büyük engellerden biridir. Tekelleşme, basının bu işlevini geriye çevirme potansiyeline sahiptir. Medyanın holdingleşme ve

---

[445] 1961 Anayasasının 22/2 maddesinde yer alan hüküm, 1982 Anayasasının 28. maddesinde aynen benimsenmiştir. 23. maddede ise devletin, "haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasını engelleyici veya zorlaştırıcı siyasi, iktisadi, mali veya teknik kayıtlar koyamayacağı hükme bağlanmıştır. 1961 Anayasasındaki bu hükmün yorumuyla ilgili olarak Özek, genişletici bir yorum yapmakta ve engel ve kayıtların kaldırılmasının, söz konusu engellerin devletten kaynaklanmış olduğuna bakılmaksızın siyasal iktidarın yükümlülüğü olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 827.

[446] **Associated Press v. United States**, 326 U.S. 1, 21 (1945), İfade ve bu bağlamda basın özgürlüğüne özel kesimden gelebilecek tehlikelere karşı devletin olumlu edimde bulunma yükümlülüğüne yapılan vurgu için bkz. William H. Riker, **Democracy in the United States**, The Macmillan Company, New York 1953, ss. 98–106.

[447] Anılan kararlar ve yorumları için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, ss. 185 vd; Yazarlar (anılan eser s. 185'te) şu görüşlere yer vermişlerdir: "basın/medya sektöründe tekelleşme, gücün bir elde odaklaşması da basın özgürlüğüne yönelik bir potansiyel tehlikedir. Bu özgürlüğü korumak üzere anılan türde bir tekelleşmeyi önlemeye yönelik tedbirler, özünde, hem basında/medyada çoğulculuğu, hem de bilgi ve kültür bazında çeşitliliği güvence altına almayı hedeflemektedir."

çokuluslu şirketlerin denetimine girme süreci bu tekelleşmenin ve yoğunlaşmanın en önemli göstergelerinden birisi olmaktadır. Böylelikle ifade özgürlüğünün en önemli araçlarından biri salt sermaye gruplarının çıkarlarını koruma aracına dönüşmektedir.[448]

Medyanın gerek gündem oluşturma (agenda-setting) gerekse gerçekliği kamuya sunumu konusunda sahip bulunduğu güç dikkate alındığında, tekelleşmenin ifade özgürlüğü sisteminin oluşumu açısından yaratabileceği tehlike daha iyi anlaşılır.[449] İfade özgürlüğü piyasasının söz konusu riskten uzak, yeterli düşünsel çoğulculuk içerisinde oluşabilmesi tekelleşmenin önlenmesine bağlıdır. Dolayısıyla, basındaki tekelleşmeye karşı devletin piyasaya müdahale yükümlülüğü bu gün artık üzerinde tartışılmadan kabul edilen bir yargıdır denilebilir.[450]

Basına yönelik yapılacak mali anlamdaki devlet yardımları ise tekelleşme konusu kadar kolay çözümlenebilecek bir konu değildir. Bu yardımlar, ifade özgürlüğü sistemi üzerinde olumlu etki yaratabilir. Basının devletten yardım alması, basın özgürlüğü çerçevesinde Anayasa tarafından bir *hak (*ifade özgürlüğü hakkı bağlamında bir *ayrıcalık)* olarak tayin edilmiştir. Öte yandan bu hakkın kapsamının, Anayasanın 65. maddesi çerçevesinde düşünülmesi gerekir.

Burada sözü edilen devlet yardımları, basına doğrudan para yardımından, düşük faizli kredi sağlanmasına, oradan vergi indirimi ya da muafiyetine kadar pek çok biçimlerde gerçekleşebilir. Devletin bu türden olumlu edimleri, basın özgürlüğü çerçevesinde birer hak olarak ortaya çıkmaktadır. Türk doktrininde Özek, basın özgürlüğünün gerçekleşmesiyle ilgili olarak devletin pozitif edim yükümlülüğünün bulunduğunu şu cümlelerle ifade etmektedir:

---

[448] Medyada tekelleşme ve yoğunlaşma olgusu üzerine ayrıntılı bir çalışma için bkz. Vedat Demir, "*Türk Medyasında Tecimselleşme Olgusu*", **Basılmamış Doktora Tezi**, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2000, ss. 59–69,102–104.

[449] Bir medya kuramına göre, medya insanların ne hakkında düşünecekleri konusundan fikir piyasasının oluşumu için gündemi belirlemektedir. Diğer bir kuram ise medyanın gerçekliği sunum noktasında hareket edebileceği geniş bir alan bulunmaktadır. Öyle ki medyanın sunumu insanları gerçeklik hakkında gerçek olmayan düşünüye maruz bırakabilir. Bu tamamen sunum teknikleri ile ilgili bir konu olmaktadır. Medya hakkında ileri sürülen teoriler hakkında özlü bir anlatım için bkz. Berger, **Cultural Criticism**, ss. 150 vd.

[450] Tekelleşmenin engellenmesinin herhangi bir ifade özgürlüğü proplemi oluşturmadığı; tam tersine ifade özgürlüğü sistemi üzerinde, görüş ve düşüncelerde çoğulculuğun sağlanabilmesi açısından olumlu bir etkiye sahip olduğu yarım yüzyıl öncesinde Emerson tarafından açıkça ifade edilmiştir. Bkz. Emerson, **General Theory**, ss. 112–114.

Basın hürriyeti bir açıdan sosyal haklara neden olmaktadır. Diğer bir deyişle, basın hürriyetinden doğan haklar sosyal hak niteliğindedir. Bu açıdan, siyasal iktidar, basın hürriyetini tanıyıp, sınırlamamak dışında, basın hürriyetinin gerçekleşmesini ve işlerliğini sağlamak yükümlülüğü ile de karşı karşıyadır. ... [S]iyasal iktidarlar basın yoluyla düşünce açıklama hürriyetinin gerçekleşmesi yönünden, sadece basına karışmamak şeklinde değil; aktif bir biçimde basın hürriyetini sağlayıcı düzenlemeleri de yapmak yükümlülüğü ile de karşı karşıyadır.[451]

Büyük yatırım gereksinimlerinin karşılanması ya da basının ihtiyacı olan diğer maddelerin sağlanması için gerekli tedbirleri almak kuşkusuz devletin görevidir. Ancak, bu hakların, ifade özgürlüğü hakkı kapsamında talep edilebilirlikleri kuşkuludur. Kağıt piyasasının devletin tekelinde olduğu ya da basının ihtiyaç duyduğu bir takım maddelerin ithal edilmesi gerektiği bir ekonomik piyasa modelinde siyasal iktidar, basını *hizaya getirmek* için güçlü olanaklara sahip demektir. Böyle bir piyasa modelinde devletin basınla ilgili olarak yürüttüğü ekonomik nitelikli faaliyetler dahi mercek altına alınmalıdır.[452]

Emerson'un savunduğu biçimde, etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin kurulabilmesi için basına sağlanan bu hakların dışında, eğitim hakkından posta hizmetlerine kadar pek çok koşulun sağlanması gerekebilir.[453] Ancak bunların ne kadarının ifade özgürlüğü hakkı kapsamında talep edilebileceği, koşullar arasında bir ayırım yapılmasına bağlı olacaktır. Basın, ifade özgürlüğünün önemli araçlarından biri de olsa, hiç kimse bir televizyon işletmesi kurmak üzere devletin gerekli ekonomik koşulları kendisi için sağlamasını ifade özgürlüğü hakkı kapsamında talep edemez. Bu nedenle de Anayasanın basına sağladığı bu gibi *haklar*, ifade özgürlüğü hakkı bağlamında birer *ayrıcalık* konumundadırlar. Ancak bu hakların kullanılması, ifade özgürlüğü piyasasına devletin doğrudan müdahale etmesi anlamına geleceği için, ifade özgürlüğü hakkının norm alanının denetimi içerisine girer.

---

[451] Özek, **Türk Basın Hukuku**, ss. 827–828; Gazetelerin, kağıt, makine vs. gibi materyallere duyduğu ihtiyaçların basın özgürlüğünün gerçekleştirilmesi bakımından taşıdığı öneme dikkat çeken bir başka eser için bkz. Pierre Denoyer, **Modern Basın,** Çev. Adnan Cemgil, Remzi Kitabevi, İstanbul 1963, özellikle ss. 17 vd.

[452] Basının gereksinimleri ve siyasal iktidarla ilişkisi konusunda bkz. Özek, **Türk Basın Hukuku**, ss. 828 vd.

[453] Emerson, **The System**, ss. 645–648.

2) 1982 Anayasası'nın 30. Maddesinde Kurumsal Basına Sağlanan Ayrıcalığın Anlamı

1982 Anayasası'nın 30. maddesinde basına yönelik olarak devlet tarafından tanınması gereken bir ayrıcalıktan söz edilmektedir. Anayasanın 30. maddesi bu ayrıcalığı şöyle formüle etmiştir:

> *Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri, … suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez ve işletilmekten alıkonulamaz.*

Sağlam, bu hükmün basın özgürlüğünün norm alanını pekiştiren, sağlamlaştıran bir ek güvence niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Ek güvencelerin ortak özelliğinin yasa koyucunun temel hakları sınırlama yetkisine kesin bir engel oluşturmaları dikkate alındığında, anayasada düzenlenen basın özgürlüğü açısından ek güvencenin hakkın norm alanı içerisinde olduğu; hatta hakkın özüne dokunulmadan ek güvencelerin ortadan kaldırılamayacağı kabul edilir.[454] Anayasal normların dizilişi açısından varılan bu sonuç oldukça yerindedir. Ancak konunun evrensel ifade özgürlüğü hakkı ile olan ilişkisi daha karmaşıktır. Burada basına sağlanan ek güvencenin ifade özgürlüğü hakkının norm alanı içerisinde olup olmadığı; ifade özgürlüğü hakkının özünün içeriğini belirlemede kurucu unsur olup olmadığı kolaylıkla belirlenebilecek bir konu değildir. Özgürlüğün pozitif karakteri açısından bir nitelikli koşul olup olmadığı araştırılmalıdır. İfade özgürlüğü sisteminin etkinleştirilmesi açısından yararlı ve gerekli olan her koşul ifade özgürlüğü hakkının norm alanı tarafından korunmayabilir.

Burada ilk olarak basın özgürlüğü için sağlanmış olan bu güvencenin ifade özgürlüğü hakkı bağlamında bir ayrıcalık mı yoksa doğrudan norm alanı içerisinde olan bir nitelikli bir koşul mu ya da unsur mu olduğu üzerinde durulacaktır. Yukarıda belirtildiği üzere, ayrıcalığın hakla bağlantısı doğrudan olmayıp, devletin pozitif edim yükümlülüğü kapsamında kurumsallaştırması gereken bir unsur olduğu ve ifade özgürlüğü sistemiyle bağlantısı dolayısıyla hakla ilişki içerisinde olduğu gözden uzak

[454] Bu konuda bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, ss. 158 vd.

tutulmamalıdır. Bu araştırma yapılırken maddenin gerekçesi konuyu aydınlatmaya yardımcı olabilecek bir nitelikte kaleme alınmıştır. Gerekçede şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

> *Demokratik yönetimde üstlendikleri önemli görev nedeniyle basın araçları özel koruma tedbirlerine konu olmuşlardır. Bu tedbirlerden biri de bunların suç aleti oldukları gerekçesiyle zapt ve müsadere edilememeleri ve işletilmekten alıkonulamamaları yani ceza kanunlarının genel hükümleri dışında tutulmalarıdır. ... Korunan basın araçları, her şeyden önce kanuna uygun şekilde (Mesela Matbaalar Kanunu) basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileridir. Bu suretle kaçak kurulmuş bir basımevi yahut bir teksir makinesi bu hükümden yararlanamayacaktır. Amaç, her ne sebeple olursa olsun, bir basın aracını "dokunulmaz" kılmak değil; fakat basın aracını, yerine getirdiği "görev" nedeniyle "özel işleme" tabi tutmak, yani korumaktır.*

Anayasa, basın araçlarının zapt ve müsaderesi konusunda ceza hukukunun genel hükümlerinden ayrılarak, basına karşı *özel işlem* uygulanacağını belirtmiştir. Anayasanın burada korumuş olduğu değer doğrudan ifade özgürlüğü hakkı değildir. Anayasa, ifade özgürlüğünün araçlarından bir olan basını (basın özgürlüğünü) korumaktadır. Bu durum Anayasanın gerekçesinden anlaşılmaktadır. Gerekçede, zapt ve müsadere dışı tutulacak olan basın araçlarının devletin öngördüğü usuller çerçevesinde kurulmuş ve faaliyet gösteren basın işletmelerine ait olanlar olduğu belirtilmiştir. *Özel işlem ayrıcalığının* sahibi kurumsal basındır. Böylece Anayasa, ifade özgürlüğü hakkının yanında ifade özgürlüğü sistemini, hakkın kurumsallaşabilmesinin ve etkinleştirilebilmesinin demokratik bir rejim içerisindeki önemini dikkate almıştır. Etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulabilmesi açısından bu türden kurumsallaştırmalar demokrasinin işleyebilmesi için büyük önem taşımaktadır. Burada ifade özgürlüğüne fonksiyonalizmin yüklemiş olduğu anlam öne çıkmaktadır.

Düşüncelerini evindeki bilgisayarı ve yazıcıyı kullanmak suretiyle ifade etmeye ve yaymaya çalışan bir kimse, Anayasanın bu korumasının dışında tutulmuştur. Maddenin gerekçesi, Matbaalar Kanununa gönderme yaparak basın işletmelerinden söz etmektedir. Matbaalar Kanunu da Basın Kanununda olduğu gibi önceden izin koşuluna yer vermemiştir; ancak matbaayı işletecekler için, "*matbaanın*

açılacağı en yüksek mülkiye amirine bir beyanname" vermek gibi yükümlülükler öngörmektedir.[455] Aynı biçimde, Basın Kanunundaki usullere aykırı olarak faaliyet gösteren bir işletme de Anayasanın bu hükmünün tanımış olduğu ayrıcalıktan yararlanamayacaktır.

Suç teşkil eden bir el ilanını bilgisayarında yazan ve yazıcısından bunları çoğaltan kimsenin bilgisayarı ve yazıcısı suç kapsamında müsaderenin konusu olabilecektir. Fakat suç oluşturan[456] bir yazı nedeniyle Anayasada belirtilen niteliklere sahip bir basın işletmesinin bilgisayarlarına ya da yazıcılarına el konulamayacaktır. Basının demokratik bir toplumda yerine getirdiği görev ve işlevi nedeniyle ya da etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin kurulabilmesi amacıyla, basının böyle bir ayrıcalığa sahip olması gerektiği kuşkusuz savunulabilir. Burada, önemli olan nokta, bu ayrıcalığın *kurumsal basına* tanınmış olmasıdır. Matbaalar Kanunundaki bir koşulu yerine getirmeyen bir hak öznesinin ifade özgürlüğüne göre, bu koşulu yerine getirmiş olan kurumsal basının ifade özgürlüğü hakkı daha fazla korumaya alınmış olmaktadır. Devletin tanıyabileceği bu türden ayrıcalıkların, ifade özgürlüğü hakkını ihlal edebileceği kimi durumlar, devletin pozitif ediminin sınırı tartışılırken incelenecektir.

3) Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamaya Zorlanamayacakları İlkesinin Niteliği

Burada basın mensuplarının, haberlerinin kaynağını açıklamaya zorlanamayacaklarına ilişkin bir ilkenin ifade özgürlüğü bağlamında bir *hak* mı yoksa *ayrıcalık* mı olduğu sorunu üzerinde durulacaktır. Bu ilke, zapt ve müsadere hükümlerinden ayrı olarak Türk hukukunda bağımsız bir anayasal güvence niteliğinde düzenlenmemiştir. Bu bakımdan Sağlam'ın savunduğu çerçevede basın

---

[455] 5681 Sayılı Matbaalar Kanununda yer alan hükümler için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, s. 743.

[456] Anayasanın 30. maddesinde kimi suçlar istisna tutulmuştur. Halbu ki 1961 Anayasasının 25. maddesinde bu istisnaya yer verilmemiştir. Uygun'a göre, Basım ve yayım ile ilgili hükümler her iki anayasada da ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmasına karşın, bu düzenlemeler 1961 Anayasasında özgürlüğün kullanımını güvence altına alma amacına yönelik olduğu halde, 1982 Anayasasında kötüye kullanmayı önleme ve sınırlama olanaklarını sağlamlaştırma amacına yöneliktir. Bkz. Uygun, **1982 Anayasası**, s. 11.

özgürlüğü açısından yasa koyucunun dokunamayacağı bir ek güvence niteliğine sahip görünmemektedir.[457] Nitekim Türk hukuku bakımından böyle bir ilkenin varlığının yakın bir geçmişe sahip olduğu dikkate alındığında, yokluğu döneminde anayasal bir sorunun çıkmamış olması anlamlıdır.

Ne var ki, evrensel ifade özgürlüğü hakkı bakımından konunun boyutları farklıdır. Strasbourg organlarının konuya yaklaşımı bunun bir ifade özgürlüğü sorunu oluşturabileceğini göstermektedir. Aslında bu durumu, Alman hukukçusu Ridder'in norm alanının belirlenmesinde tarihsel süreç içindeki gelişmeleri dikkate alan yaklaşımıyla açıklamak olanaklıdır.[458] Dolayısıyla konunun uluslararası gelişim sürecinin incelenmesi yararlı olacaktır.

İfade özgürlüğünün önemli tartışma konularından birini oluşturan gazetecilerin haber kaynağını açıklamaya zorlanabilip zorlanamayacağı sorunu, uluslararası konferanslara ve uluslararası organların kararlarına konu olmuştur.[459] Bu konuda en yakın tarihli ve kapsamlı Avrupa Konseyi belgesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 08/03/2000 tarihinde kabul ettiği No. R (2000) sayılı "*Gazetecilerin Bilgi Kaynaklarını Açıklamama Hakkına İlişkin Tavsiye Kararı*"dır.[460]

Anılan Kararda, ifade özgürlüğü ve bilgilenme hakkının, demokratik bir toplumun zorunlu dayanaklarından birini teşkil ettiğine, demokratik bir toplumun ilerlemesinin ve her bir bireyin gelişmesinin koşullarından biri olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu bağlamda, gazetecilik faaliyetinin, ifade özgürlüğü hakkı içinde yorumlanacağının altı çizilmiştir. Tavsiye Kararının Ekinde yer alan ilkeler ise konumuz bakımından önem taşımaktadır.

---

[457] Sağlam'ın Anayasa tarafından sağlanmış olan ek güvenceler hakkında bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, ss. 156 vd.

[458] Alman hukukçusu Ridder'in temel hakların norm alanına ilişkin görüşleri için bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, s. 52.

[459] 07-08/12/1994 tarihlerinde Prag'da yapılan, *Kitle İletişim Siyasası Hakkında Avrupa Bakanlar Konferansı*'nın 4 üncüsü "*Demokratik Toplumda Medya*" başlığını taşımaktaydı. Toplantı sonunda, bir Bildiri, iki Karar ve bir Duyuru metni kabul edilmiştir. Bu kararlardan biri olan, "*Gazetecilik Özgürlükleri ve İnsan Hakları Hakkındaki Karar*"da bu ilkeye yer verilmiştir. Avrupa Birliği Parlamentosu tarafından 1994 tarihinde alınan bir Karar da, "*Gazetecilerin haber kaynaklarının gizliliği hakkında Avrupa Parlamentosu Kararı*"dır. Bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, s. 189.

[460] Bu belgenin Türkçe metni için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B, **Türkiye'de Bilgi Edinme**, ss. 189–190 (Bu çalışmada, söz konusu metin esas alınmıştır).

Gazetecilerin bilgi kaynaklarını açıklamama hakkına ilişkin ilkelerin düzenlendiği Tavsiye Kararının Ekinde, birinci ilke olarak, Üye Devletlerin gazetecilerin bir kaynağın kimliğine ilişkin bilgiyi açıklamama hakkını temin etmeleri gerektiği açıklanmıştır. İkinci ilkede ise, bilginin toplanmasında, bu bilginin yayınlanması işlemlerinde ya da dağıtımında üstlendikleri rolle gazetecilerle mesleki ilişkilerinden ötürü bir kaynağın kimliğine ilişkin bilgiye sahip olan diğer kişilerin de eşit biçimde Kararda düzenlenen ilkeler çerçevesinde korunacağı belirtilmektedir. Sonraki ilkelerde ise, bilgi kaynağını açıklamama hakkının sınırları (ilke 3), gazetecilerin bilgi kaynakları bakımından seçenek kanıtlar (ilke 4), bilgi kaynağının açıklanmasına ilişkin koşullar (ilke 5), iletişimin kaydedilmesi, izlenmesi ve yargısal arama ve el koyma durumlarında, bilginin kaynağını açıklamama hakkının bertaraf edilmesini sağlayacak yöntemlerin nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin açıklamalar (ilke 6), son olarak belgede düzenlenen ilkelerin bir ceza davasında kendini suçlamaya karşı korunma hususundaki ulusal mevzuatı hiçbir biçimde sınırlamaması gerektiği ilkesi (7) yer almaktadır.

Kararda, korunan yalnızca gazeteci olmayıp, gazeteci ile bir şekilde mesleki ilişki içerisinde olan kişiler de korunmaktadır. İfade özgürlüğü bağlamında basın özgürlüğünün etkin bir biçimde korunabilmesi için gerekli koşulların sağlanması amaçlanmıştır. Dahası Devletlerin, yasak delil yöntemleri (işkence sonucu ya da usulüne uygun bir arama emri olmadan yapılan aramalarda elde edilen delilerin akıbetleri) konusunda olduğuna benzer biçimde, bilginin kaynağını açıklamama hakkını bertaraf edecek kimi yöntemlerin değerlendirilmesinin nasıl yapılacağı konusunda da gerekli düzenlemeleri yapmaları öngörülmektedir. Kuşkusuz bu gibi önlemlerin alınması için gerekli düzenlemeleri yapmak, ifade özgürlüğü hakkı bağlamında devletin negatif edim yükümlülüğünün kapsamını aşan bir niteliğe sahiptir. Kararda belirtilen ilke ve usullerin uygulanabilir duruma getirilmesi, doğrudan devletin pozitif edimini gerektirmektedir.

Kararda açıkça, AİHS'nin 10. maddesine gönderme yapılmaktadır. Ayrıca, bilginin kaynağının açıklanmasının meşru sayılabileceği durumlar açıklandıktan sonra, Üye Devletlerin bu konudaki takdir yetkisinin, AİHM'nin denetim ve gözetimine tabi olacağı da belirtilmiştir. Nitekim AİHM, *William Goodwin v. Birleşik Krallık* vakasında, 1994 tarihli , "Kitle İletişim Siyasası Hakkında Avrupa

Bakanlar Konferansı"nda alınan Karara ve Avrupa Birliği Parlamentosu'nun yine 1994 tarihli "*Gazetecilerin haber kaynaklarının gizliliği hakkında Avrupa Parlamentosu Kararı*"na gönderme yapmıştır. İfade özgürlüğünün, demokratik toplumun vazgeçilmez temellerinden birini oluşturduğuna ve bu bağlamda *basına sağlanan güvencelerin* de özel bir öneme sahip olduğuna vurgu yapan Mahkeme, şu görüşlere yer vermiştir:

> *Gazetecilerin haber kaynaklarının korunması, Sözleşmeci Devletlerin yasalarına ve bir dizi mesleki davranış kurallarına yansımış olduğu ve gazetecilik özgürlüklerine ilişkin çeşitli uluslararası belgelerde teyit edildiği üzere, basın özgürlüğünün temel koşullarından birisini teşkil eder. ... Bir demokratik toplumda basın özgürlüğü açısından haber kaynaklarının korunmasının önemi ve bu özgürlüğün kullanılması durumunda kaynağın açıklanması yönündeki bir kararın olası olumsuz etkileri dikkate alındığında, söz konusu türdeki bir önlem, kamu yararı gereğine ön gelebilecek bir gerekçe ile haklılaştırılmadıkça, Sözleşme Madde 10'a uygun görülemez.*[461]

Karar iki açıdan önem taşımaktadır. Öncelikle Mahkemenin, gazetecinin haber kaynağını açıklamama ilkesinin yorumu için yukarıda sözü edilen uluslararası belgelere yapmış olduğu gönderme önemlidir. Demek ki Mahkeme, gazetecinin haber kaynağını açıklamama hakkı ile ilgili olarak bu belgeleri dikkate almaktadır. Söz konusu belgeler, Mahkemeye konunun yorumlanması açısından yol göstermektedir. İkincisi ise Mahkemenin, açıkça gazetecinin haber kaynağını açıklamama ilkesini Sözleşmenin 10. maddesi kapsamında değerlendirmiş olmasıdır. Bunun anlamı, Mahkemenin gazetecinin haber kaynağını açıklamama hakkıyla ilgili bir konuda 10. maddeyi yukarıda sözü edilen uluslararası belgeler ışığında yorumlayacak olmasıdır. Söz konusu ilke, AİHM'nin kararı ışığında yorumlandığında, ifade özgürlüğü hakkının norm alanını pekiştiren bir *ek güvence* niteliğindedir denilebilir.

ABD hukuk sistemi içerisinde gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamayacaklarına ilişkin gerek federe yönetimler düzeyinde gerekse federal düzeyde bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Gazetecilere tanınan bu ayrıcalık ABD

---

[461] **William Goodwin v. Birleşik Krallık** (Başvuru No. 17488/90), 27 Mart 1996, pr. 39; Kararın alıntılanan bölümünün çevirisi için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, s. 214.

Yüksek Mahkemesi önüne *Branzburg v. Hayes* kararıyla gelmiştir.[462] Yüksek Mahkeme bu kararında, üç gazetecinin haber kaynaklarını açıklamama konusunda Anayasadan kaynaklanan bir ayrıcalığa sahip bulundukları iddiasını değerlendirmiştir. Louisville muhabiri olarak çalışan bir gazeteci olan Branzburg ülkedeki uyuşturucu faaliyetlerine ilişkin bir dizi makale yayınlamıştır. Branzburg, söz konusu makaleleri yayınlarken bu faaliyetleri yürüten bir dizi kişi ile röportajlar yapmış, dolayısıyla suç örgütü lider ve üyeleriyle bizatihi görüşmüş ve bu örgütlerin yapmış oldukları faaliyetleri bizzat kendi ağızlarından dinlemiştir. Gazeteci, bu kişilerin isimlerini gizli tutacağı sözünü vererek söz konusu röportajları yapmıştır. Diğer iki gazeteciden biri, bir TV muhabiri öteki de New York Times muhabiri olarak çalışmaktadır ve Branzburg gibi bir takım suç örgütlerinin liderleriyle röportajlar yapmış ve yayınlamışlardır.[463]

Yargıç White tarafından açıklanan Mahkeme kararında gazetecilerin, ifade özgürlüğünün diğer ajanlarınkinden (öznelerinkinden/kullanıcılarından) farklı olarak haber kaynaklarını açıklamama ayrıcalığına sahip oldukları iddiası kabul görmemiştir. Mahkeme, bir ceza yargılamasında tanıklık yapması istenilen kişilerin bunu gerçekleştirmelerinin birer vatandaşlık görevi olduğunu ve gazetecileri bundan ayrık tutmak için hiçbir neden bulunmadığını belirtmiştir. Bir ceza yargılamasında, yargılamanın yürütülebilmesi için gerekli olan delillerin sağlanabilmesi için Anayasanın, *common law*'un (ortak hukukun) ya da yasaların kendilerine ayrıcalık sağladığı kimseler dışında tanıklığına başvurulabilir. Söz konusu istisnalar dışında kimse bu görevi yerine getirmekten kaçınamaz. Tanıklıktan kaçınma (haber kaynağını açıklamamak için) hakkı Anayasanın Birinci Değişikliği tarafından gazetecilere tanınmış bir hak değildir. Dahası söz konusu kaynağın suç işlenmesiyle ilgili konular dışında güven içerisinde bulunduğu oldukça geniş bir alan da vardır.[464]

Yargıç Powell katılım yazısında (mutabakat şerhinde), Mahkemenin belirtmiş olduğu gerekçeler karşısında gazetecinin haber kaynağının tamamen korumasız kalabileceğine; bunun da basın özgürlüğü açısından sakıncalı bir durum olduğuna

[462] **Branzburg v. Hayes**, 408 U.S. 665, 92 S. Ct. 2646, 33 L.Ed. 2d 626 (1972); Kararın Türk hukukundaki bir değerlendirmesi için ayrıca bkz. Özden Çankaya, / Melike Batur Yamaner, **Kitle İletişim Özgürlüğü**, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, ss. 142–148.
[463] Anılan **Branzburg v. Hayes** kararı.
[464] Anılan **Branzburg v. Hayes** kararı.

dikkat çekmiştir. Powell'a göre, gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanamaması genel olarak Anayasanın Birinci Değişikliğinin koruması altındadır ve kamusal makamlarca zorlayıcı kamusal çıkar (compelling state interest/zorlayıcı devlet çıkarı) ortaya konulmadıkça gazeteci kaynağını açıklamaya zorlanamamalıdır. Böyle bir zorlayıcı çıkarın var olup olmadığı her bir somut olayda kararlaştırılmalıdır. Bu olayda böyle bir çıkar söz konusudur. Önemli olan, gazetecinin, büyük jüri incelemelerine karşı yargısal başvuru yolunun açık olmasıdır ve yargının bu hususları göz önünde bulundurarak bir karara varmasıdır.

Yargıçlar, Stewart, Brennan ve Marshall karşı oy yazılarında Mahkemenin, gazetecilerin büyük jüri önünde tanıklığa çağrılmaları durumunda haber kaynaklarını açıklamamak için hiçbir anayasal hakka sahip bulunmadıklarına ilişkin yaklaşımının halkın haber alma özgürlüğüne önemli ölçüde darbe vurduğunu belirtmişlerdir. Bu karardan sonra haber akışında önemli bir azalma ortaya çıkabilecektir. Gazeteci, haber kaynağını açıklamaya zorlanmamalıdır. Ancak bu mutlak bir durum değildir. Hükümet yetkilileri her bir somut vakada şu koşulların varlığını ortaya koyduktan sonra gazeteciyi haber kaynağını açıklamaya zorlayabilir: İlk olarak, gazetecinin sahip olduğu bilgi ile yasa dışı olay arasında makul bir bağlantının kurulması gerekir. İkincisi, gazetecinin sahip olduğu bilginin başka kaynaklarla elde edilememesi ya da söz konusu bilgiyi elde etme yolunda ifade ve basın özgürlüğünün korunmasıyla sağlanan çıkardan daha fazla bir çıkarın ihlali söz konusu olmalıdır. Son olarak, yetkililer, gazeteciyi haber kaynağını açıklamaya zorlamanın, zorlayıcı ve daha üstün bir kamusal çıkarı gerçekleştirmek için olduğunu ispat etmelidir. Bu durumda ispat yükü kamu makamlarına düşmektedir.[465]

Gerek katılım yazısında gerekse karşı oy yazılarında gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanamayacağı ilkesi mutlak bir ilke olarak kabul edilmemiştir. Bununla birlikte, ayrı bir karşı oy yazısı yazan Yargıç Douglas gazeteciyi, haber kaynağını açıklamaya zorlayabilecek hiçbir kamusal çıkarın gösterilemeyeceğini, gazetecinin bizzat kendisinin suça karışmış olduğu gösterilmeden haber kaynağını açıklamaya ya da haberi ile ilgili tanıklığa

[465] Yugoslavya için Kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi önüne gelen bir olayda (Brdjanin Kararı), aynı yönde gerekçelerin savunulmuş olması ilginçtir. Bu karara konu olan olay ve kararda savunulan gerekçelerle ilgili olarak bkz. Çankaya/Yamaner, ss. 132–140.

zorlanamayacağını ileri sürmüştür.[466] Yargıç Douglas, gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanamaması ilkesini mutlak bir hak olarak tanımıştır. Douglas'ın bu yorumu, söz konusu ilkenin ifade özgürlüğü hakkının öz denetimi içinde bir *ek güvence* niteliğinde olması gerektiği yönünde de anlaşılabilir.

Branzburg kararından sonra, ABD hukuk sisteminde gazetecinin haber kaynağına ilişkin hükümler bu hakkı hiçbir zaman mutlak olarak tanımlamamışlardır. Bununla birlikte, gerek eyaletler gerekse federal hükümet tarafından gazetecilerin haber kaynaklarının korunması amacıyla bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler Yüksek Mahkeme içerisinde çoğunluk görüşünün yapmış olduğu değerlendirmelerden çok yargıç Powell tarafından mutabakat şerhinde yapılan değerlendirmelere göre biçimlenmiştir.[467] Gazetecinin haber kaynağını gizli tutma hakkını tanımayan Mahkemenin bu görüşünün altında basının ifade özgürlüğünü diğerlerininkine göre farklı değerlendirmemesi yatmaktadır. Mahkeme, ifade özgürlüğü piyasasına devletin olumlu edimde bulunma yükümlülüğü konusunda oldukça çekimser kalmaktadır.[468] Bu durum, Roosvelt dönemindeki New Deal yasalarına mahkemenin yaklaşımıyla bire bir örtüşmektedir.[469] Mahkemenin savunmuş olduğu *laissez-faire* doktrinin bir yansıması olarak ifade özgürlüğü sistemi düşüncesi benimsenmemiştir. Böylece kurumsal ifade özgürlüğü sistemine soğuk bakılmaktadır. Bu durum, basınla ilgili olarak devletin kurumsallaştırması gereken bir takım ayrıcalıkların ifade özgürlüğü hakkının norm alanı dışında tutulması sonucunu doğurmaktadır.

Türk Hukukunda, gazetecilerin haber kaynaklarını gizli tutma hakları Avrupa Konseyi standartlarından daha geniş bir biçimde algılanmış ve yasal güvenceye

---

[466] Anılan **Branzburg v. Hayes** kararı.

[467] Bu değerlendirmeler için bkz. Gunther/Sullivan, **Constitutional Law**, ss. 1438–1440.

[468] Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi (United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit) tarafından verilen **Miller v. Cooper** kararı, gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanamayacağı ilkesinin mutlak bir nitelik taşımadığını ve korunan değerler arasında bir dengelemenin yapılarak sonuca varılması gerektiğini gösteren bir karar olmaktadır. Bu kararla ilgili olarak bkz. Çankaya/Yamaner, ss. 140–142.

[469] ABD hukuk rejiminde egemen olan *laissez-faire* doktrinin ifade özgürlüğü bakımından özellikle New Deal yasalarına Yüksek Mahkemenin 1930'lu yıllardaki bakış açısı ile karşılaştırmalı bir incelemesi için bkz. Cass Sunstein, "*A New Deal For Speech*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995, ss. 54–78.

kavuşturulmuş bulunmaktadır.[470] 5680 sayılı Basın Kanunu yürürlükten kaldıran 09/06/2004 tarihli ve 5187 sayılı yeni Basın Kanununun 12. maddesinde şu düzenlemeye yer vermektedir:

> *Süreli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz.*[471]

Maddenin dili, gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanamayacağı ilkesini mutlak bir hak olarak ifade etmektedir. Bu açıdan da basının ifade özgürlüğünün güçlendirilmesi yönünde gazetecilere tanınan bu hak, Türk hukuk sistemi bakımından özgün bir nitelik taşımaktadır. Belirtildiği üzere, ne ABD hukuk sistemi ne de AİHM söz konusu hakkı mutlak nitelikte tanımlamıştır. Diğer hukuk sistemlerinde, hakla korunmak istenilen yararla kamusal açıdan daha yüksek bir yararın çatışması durumunda, gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanabileceği benimsenmiş olmasına karşın, Basın Kanunu böyle bir istisnaya yer bırakmamıştır. Türk hukuk sistemi, gazetecilere bu alanda sağlamış olduğu mutlak koruma alanı ile ifade özgürlüğünün tabi olduğu genel rejimden ayrılmış olmaktadır. Ulusal güvenliğin ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi (ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının meşru kabul edildiği) nedenlerle dahi olsa bu hakkın sınırlandırılması söz konusu olmayacaktır. Diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi her iki yarar arasında bir karşılaştırma yapmak suretiyle yargının gazetecinin haber kaynağını açıklamasının meşru sayılabileceği durumları her somut olay bakımında belirlemesi ifade özgürlüğü rejimi bakımından olumsuz bir durum olarak

---

[470] 5187 sayılı Basın Kanunu ile mülga 5680 sayılı Basın Kanununun 15 inci maddesinde 02/01/2003 tarihinde yapılan bir değişikle eklenen son fıkrasında, mevkute sahibinin, sorumlu müdürün ve yazının sahibinin haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamayacaklarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmişti. Yapılan değişikliğin en önemli nedenlerinden birisi olarak Hükümet gerekçesinde, Basın Kanununu AİHM standartlarına uydurmak olduğu belirtilmiştir. Bu değişikliğin olumlu yönde atılmış bir adım olduğu öğretide de ifade edilmiştir. Aslında yapılan değişiklik, diğer hukuk sistemlerine göre gazetecilerin haklarını koruma bağlamında daha etkin ve güvenceli bir sistemi oluşturmuştur. Değişikliğin olumlu olduğu görüşü için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, ss. 260–261.

[471] Madde metninde, 5680 sayılı kanundan farklı olarak, gazetecilerin haberleriyle ilgili tanıklığa zorlanamayacakları da belirtilmiş olmaktadır. Aslında bu farklılık konuyu daha açık bir biçimde düzenlemiş olmakla birlikte, gerekli de değildir. Zira gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanamamasının mutlak bir dille ifade edilmiş olması, aynı zamanda buna tanıklık yoluyla da zorlanamayacağı anlamını taşır. Gerçekte, gazetecilerin haber kaynağını açıklamaya zorlanmaları genellikle tanıklık yoluyla olmaktadır.

değerlendirilmeyebilirdi. Bu her şeyden çok, yargının söz konusu tartma ve dengeleme işini yerine getirirken gazetecinin haber kaynaklarını gizli tutmaktaki genel kamusal çıkarın ve bu bağlamda ifade özgürlüğü sisteminin gereği gibi kurulabilmesindeki ve işleyişindeki öneminin farkında olmasına bağlı olacaktır. Bununla birlikte maddeye konulacak her türlü istisna, gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanamayacağı ilkesi için bir tehdit ve tehlike oluşturabilecektir. Kanun koyucunun, başka bir takım çıkarları tehlikeye atmak pahasına böyle bir tehlikeyi baştan bertaraf etmek istemiş olması anlamlı gözükmektedir. Özetle Türk hukuk sistemi, Branzburg kararında yargıç Douglas tarafından karşı oy yazısında savunulan görüşü benimsemiş olmaktadır.

Gazetecinin haber kaynağını açıklamama *hakkı*, yukarıda sözü edilen devletin pozitif edim yükümlülüğünü gerektiren kimi durumlardan nitelik olarak farklılık göstermektedir. Örneğin, etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin kurulabilmesi ve işleyebilmesi için, basına sunulması gereken, kimi ekonomik nitelikli yardımların (teşvik, kredi, vergi muafiyeti ya da indirimi vs.) AİHS'nin 10. maddesi ya da ABD Anayasasının Birinci Değişikliği kapsamında birer hak olmadığı, fakat birer ayrıcalık olduğu belirtilmişti. Hâlbuki haber kaynağını açıklamama ilkesi AİHS sisteminde, (yukarıdaki bilgiler ışığında yorumlandığında) doğrudan 10. maddenin koruması altında, gazeteciler ve diğer ilgililer bakımından bir *hak* niteliğine bürünmektedir. Başka bir anlatımla, bu ilke ifade özgürlüğü hakkının *çıkarlar yapısını* oluşturan kurucu öğelerden biri olmaktadır.[472] Öte yandan çeşitli ekonomik yardım ve teşvikler tam anlamıyla pozitif bir nitelik taşırlarken, gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanamaması bir *ayrıcalık* olarak basına tanınmış olsa bile, bunun devletin müdahalesine karşı bir koruma zırhı (ek güvence) olduğu dikkate alındığında, söz konusu yardım ve teşviklerden ayrı olarak ifade özgürlüğü hakkı ile ilgili negatif bir koruma alanını oluşturduğu söylenebilir.

[472] Burada kullanılan "çıkarlar yapısı" ifadesi, temel hakkın norm alanını belirlemek için Alman hukukçu Ridder tarafından ortaya atılan görüşe işaret etmek üzere kullanılmıştır. Bu konuda bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, s. 52.

D) Radyo ve Televizyon Yayınları Bağlamında Devletin Pozitif/Olumlu Müdahale Edimi

Etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin yaratılabilmesi devletin pozitif müdahale edimine mi bağlıdır? Bu soru en çok da radyo ve TV yayınları rejimiyle ilgili olarak sorulmaktadır. Radyo ve TV yayınları rejiminin, frekansların dağıtımıyla ilgili olarak devletin müdahalesini zorunlu kılması, devletin bu alana müdahalesinin kapsam ve sınırlarını ifade özgürlüğünün en fazla tartışıldığı konulardan biri yapmıştır. Radyo ve TV frekanslarının dağıtımı, diğer basın araçlarından farklı bir izin sisteminin oluşturulmasını gerektirmiştir. Bu durum uluslararası insan hakları hukuku tarafından da benimsenmiş ve sözleşmelerde yer almıştır. Ne var ki tartışılan noktalar lisansların dağıtımıyla sınırlı kalmamakta, radyo ve TV rejiminin devletin diğer basından farklı olarak daha fazla olumlu müdahalesine bağlı olması gerektiği savunulmaktadır. Diğer yandan, devletin radyo ve TV yayınlarıyla ilgili olarak ifade özgürlüğünün genel rejiminin dışına çıkılmaması gerektiği ve ifade özgürlüğü piyasasına devletin müdahale etmemesi gerektiği de karşı görüş olarak ileri sürülmektedir. Her iki görüşün doktrindeki ve uygulamadaki yansımalarının, ifade özgürlüğüne devletin olumlu müdahale edimi açısından incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, ifade özgürlüğü bağlamında devletin pozitif edim yükümlülüğü bulunmamaktadır; dolayısıyla da ifade özgürlüğü rejimi yalnızca devletin negatif edim yükümlülüğü çerçevesinde çözümlenmesi gereken bir konudur. Devletin, fikirlerin pazaryeri olan (olması gereken) piyasaya müdahalesi olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Bu piyasa, kendi kendisini düzenleyecek araçlara sahiptir. Ekonomiyi düzenleyen görünmez el kuşkusuz ifade özgürlüğünün bağlı olduğu düşünce piyasasını da düzenleyebilir. Bu görüş, liberalizmin klasikleşmiş olan *laissez-faire* doktrinin[473] bir uzantısı olmaktadır.[474]

---

[473] *Laissez-faire* doktrininin ekonomik bir sistem olan kapitalizmin siyasal ideolojisinin iskeletini oluşturduğu belirtilmektedir. *"Bırakınız yapsınlar, bırakınız etsinler"* biçiminde özetlenen söz konusu doktrin, en iyi yönetimin en az müdahale eden yönetim olduğunu savunmaktadır. Bu doktrini ekonomik bir model olarak formüle eden kişi ise 1776 tarihinde yayımlanan kitabın (The Wealth of Nations/Ulusların Refahı kitabının) yazarı ünlü ekonomist Adam Simith olmuştur. Toplumun, fiziksel evrende olduğu gibi bir takım doğal yasaları bulunduğunu ve gerçekte insanların bu yasaları yaratmadığını fakat keşfettiklerini ileri süren doktrin, serbest piyasanın kendine yeterli bir sistem

Diğer bir görüşe göre ise devletin olumlu edimi, etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulabilmesi için gereklidir, hatta zorunludur. Devletin olumlu ediminin dışlandığı bir sistemde ifade özgürlünün birey ve toplum için sağladığı temel yararlar gerçekleşme imkanı bulamaz. *Laissez-faire* doktrinin hakim olduğu bir ifade özgürlüğü anlayışında, ifade özgürlüğünü destekleyen tezler büyük ölçüde güçlerini ve geçerliliklerini kaybederler. Böyle bir sistemde, demokrasinin işleyebilmesi için yaşamsal önemi olan toplumsal tartışmalar geri plana itilir; düşüncelerin yerini görsel efektler/seslemeler, şaşalı pazarlama teknikleri (ticari ürün reklâmları), kan ve şiddeti özendiren, cinselliği ön plana alan görüntüler ya da toplumsal tartışmaya hiçbir katkısı olmayan sulandırılmış bireysel yaşam dedikoduları alır.[475] Bütün bunlar ampirik olarak desteklenebilecek iddialardır.[476]

İfade özgürlüğü hakkı mutlak bir hak olarak tanımlanmamaktadır. Bir takım ifadeler korunmakta ve diğer bir takım ifadeler korunmamaktadır. Hangi ifadelerin korunduğu hangilerinin korunmadığı sorunu ise yalnızca içeriğe bağlı olmayıp, zaman, yer ve yönteme (time, place and manner regulation-biçim düzenlemesi); kimi zaman da kişinin özel konumuna ya da ifadenin muhatabına bağlı olarak değişken bir görünüm sergilemektedir. Temel hak ve özgürlüklerin etkin biçimde korunduğu bir sistemde, bütün bu sınırları öngörülebilir biçimde düzenlemek kuşkusuz devletin görevidir. Bu düzenlemeleri gereği gibi yapmak devletin pozitif edim yükümlülüğünü gerektirebilir. Fakat burada söz konusu edilen yükümlülük, bu sınırların düzenlenmesinden ayrı bir durumdur ve devletin etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulabilmesi bakımından üstlenmesi gereken başka bir takım görevlerinin bulunup bulunmadığıyla ilgilidir. Başka bir anlatımla sorun, ifade

---

olduğunu ve bu piyasayı düzenlemeye kalkan (piyasaya müdahale eden) ulusların felakete sürükleneceğini savunmaktadır. Doktrinin önde gelen savunucuları arasında, Thomas Hodgskin, Ayn Rand, Milton Friedman, Friedrich von Hayek ve Robert Nozick sayılabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Austin Ranney, **Governing-An Introduction to Political Science**, Fifth Edition, Prentice Hall, N.J. 1992, ss. 88-101; John Gray, **Liberalism**, University of Minnesota Press, Minneapolis 1986; *Laissez-faire* doktrini üzerine önemli bir eleştiri için bkz. Ralph Milliband, **The State in Capitalist Society**, Basic Books, New York 1978.

[474] Cass R. Sunstein, **Democracy and the Problem of Free Speech**, The Free Press, USA 1993, ss. 1–17, 54–58 (Bundan sonra metinde "Democracy" olarak anılacaktır); Demir, *"Türk Medyasında…"*, ss. 16–23.

[475] Sunstein, **Democracy**, ss. 54–77; Demir, "*Türk Medyasında…*", ss. 23-27.

[476] Sunstein, buradaki görüşlerini şu eserde yer alan verilere görüşlere dayanarak ortaya koymaktadır: Phyllis Kaniss, **Making Local News**, Chicago 1991 (Sunstein, bölüm sonu dipnotu No. 6'da bunu açıkça ifade etmektedir).

özgürlüğü hakkı mutlak bir hak olarak kabul edilmiş olsaydı bile; devletin, etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin kurulabilmesi için olumlu müdahale edimine gerek olup olmadığı konusunda düğümlenmektedir.

İfade özgürlüğü bağlamında basının farklı bir rejime bağlı tutulup tutulamayacağı konusu yukarıda incelendi. Burada, yazılı basınla görsel ve işitsel medya arasında, ifade özgürlüğü rejimi bakımından bir takım farklılıkların bulunduğundan söz edilecektir. Devletin pozitif edim yükümlülüğünün kapsam ve sınırlarının en fazla tartışıldığı alanlardan birisi radyo ve televizyon yayınlarının rejimidir. Aslında bu ayırımın ortaya çıkış nedeni, radyo ve televizyon yayınlarının sağlanabilmesi açısından gerekli olan frekans sayısının yetersiz oluşudur. Bu durum, frekansların devlet eliyle dağıtımını zorunlu kılmıştır. Örneğin, 1982 Anayasası'nda basım evi kurmak ne mali teminat yükümlülüğüne ne de herhangi bir izne tabi kılınmıştır. Ancak, radyo ve televizyon yayıncılığı açısından durum farklıdır. Frekanslar, ihale yoluyla satışa çıkarılmak suretiyle devlet tarafından tahsis edilmektedir. İşin doğası, Schauer'in analiziyle söylemek gerekirse bir seçim yapmayı zorunlu kılmaktadır.[477] Frekansların azlığı ya da diğer başka nedenler yüzünden devletin pozitif müdahale ediminin sınırları radyo ve televizyon yayınları açısından daha geniş olarak kabul edilmiştir. Bu konuda Atlantik'in her iki yakasında da farklı ifade özgürlüğü rejimleri ortaya çıkmıştır.

1) ABD Doktrin ve Uygulamasında Radyo ve TV Yayınları Rejimi

ABD'de, Yüksek Mahkeme tarafından bu farklı tutumun gerekçelendirildiği iki önemli karar, *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*[478] ve *FCC v. Pacifica Foundation*[479] kararları olmuştur. Bu kararlarda Yüksek Mahkeme, ifade

[477] Kimi durumlarda devletin ya da özel aktörlerin ifadeler arasında yaptıkları tercihin zorunlu olabileceğini, zorunlu tercih hallerinde ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamanın meşru görüleceğini belirtmektedir. Örneğin üniversitenin bir kütüphaneye kitap alırken belirli bir konuda bütün yayınları alma olanağı yoksa kitaplar arasında bir tercih yapmak zorunda kalacaktır. Schauer'e göre, "[z]orunlu tercih hali, ister para ister bir kütüphanedeki raf yeri isterse hükümet mevkileri olsun bir zaruret sonucu olarak tahsis gerektiren kısıtlı kaynaklar söz konusu olduğunda ortaya çıkar. Ama kaynaklar kısıtlı olmadığında seçim yapma zarureti yok demektir…" Bkz. Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 165–166.

[478] **Red Lion Broadcasting Co. v. FCC**, 395 U.S. 367 (1969).

[479] **FCC v. Pacifica Foundation**, 438 U.S. 1073 (1978).

özgürlüğünün sınırlarının radyo ve televizyon yayınları söz konusu olduğunda daralabileceğini kabul etmiştir. X içeriğine sahip bir ifade A kişisi tarafından muhatap B'ye karşı yazılı basın ya da görsel işitsel medya dışında başka bir araçla kullanıldığında, bu ifadeye yapılabilecek herhangi bir sınırlandırma Mahkeme tarafından meşru görülmezken, aynı ifadenin aynı kişi tarafından radyo ve televizyon yayınında aynı muhataba karşı kullanılması durumunda uygulanabilecek bir sınırlandırma meşru görülmüştür.

Red Lion kararında Mahkeme, 1927 yılına kadar frekansların dağıtımı işleminin tamamıyla özel sektör tarafından idare edildiğini, fakat bu durumun tam bir keşmekeş ve karmaşa ortamı yarattığını belirtmektedir. Frekans arzının talep karşısındaki yetersizliği nedeniyle piyasaya devletin müdahalesinin zorunlu olduğu ortaya çıkmıştır. Kongre, 1934 yılında Haberleşme Yasasını çıkarmak suretiyle, adil, eşitlikçi, hakkaniyete uygun ve etkin bir biçimde frekansların tahsisini sağlamayı hedeflemiştir. Söz konusu yasayla Federal Haberleşme Komisyonu (Federal Communications Commission - FCC) kurulmuştur. Bu Komisyonun amacı, yalnızca lisansların dağıtımını yapmak değil, aynı zamanda etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin radyo ve televizyon yayınları kapsamında gerçekleşebilmesi için gerekli düzenlemeleri yapmak ve gerektiğinde piyasaya pozitif bir müdahalede bulunmaktır. Red lion kararında savunulan görüşler hakkaniyet doktrini (fairness doctrine) olarak tanımlanmıştır.[480]

Özetle hakkaniyet doktrinine göre, frekansların seyrekliği/sınırlılığı dolayısıyla bu frekansların kullanımı kendilerine özgülenmiş olan kişi ya da kuruluşlar yalnızca kendilerini değil bütün halkı/kamuyu (public at large) temsil etmektedirler. Sınırlı frekans dağıtımı nedeniyle böyle bir olanağa sahip olmayanları da dikkate almak gerekmektedir. Dolayısıyla da çıkarlar arasında bir dengelemenin sağlanabilmesi ve söz konusu olanakları elde edemeyenlerin haklarının korunması amacıyla devletin piyasaya olumlu müdahale edimi meşru görülmelidir.[481]

Mahkeme'ye göre, izleyici ve dinleyicilerin hakları yayıncının haklarına göre daha üstündür. Anayasanın Birinci Değişikliğinin (ifade özgürlüğünü güvenceye

[480] Yasa ve FCC hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erwin G. Krasnow / Longley Lawrence, **The Politics of Broadcast Regulation**, Second Edition, St. Martin's Press, New York 1978.
[481] Hakkaniyet doktrininin ayrıntıları üzerine bkz. John J. Watkins, **The Mass Media and the Law**, Prentice Hall, USA 1990, ss. 398 vd.

alan hükmün) amacı, nihayetinde gerçeğin ortaya çıkacağı bir fikir piyasasının oluşumunu sağlamaktır. Piyasanın tekelleşmesinin ise böyle bir amaca hizmet etmeyeceği açıktır. Burada önemli olan, sosyal, ekonomik, siyasal, estetik, ahlaki ve diğer düşünce ve deneyimlere kamunun uygun bir biçimde ulaşabilme hakkının sağlanmasıdır.[482]

Yayınlarda kamusal sorunlara yeterince zaman ayrılmasıyla ilgili konularda FCC tarafından yapılan düzenlemeler, Radyo ve televizyon yayıncılarının editoryal haklarını sınırlandırmaktadır; ne var ki, bu gibi sınırlandırmalar ifade özgürlüğü üzerinde daraltıcı bir etki yapmaktan çok, genişletici ve etkinleştirici bir işlev görmektedir. Zira sınırlı radyo ve televizyon frekanslarının toplumun tamamı için bir temsil görevi icra ettiği gerçeği gözden ırak tutulamaz.[483]

Red Lion kararı pek çok açıdan eleştirilmiştir. Öncelikle Mahkemenin "*frekansların seyrekliği*" (scarcity) argümanının, teknolojik gelişmelerle birlikte artan frekans sayısına bağlı olarak bir geçerliliğinin kalmadığı ileri sürülmüştür. Öyle ki pek çok bölgede, radyo ve TV kanallarının sayısı çıkarılan gazete sayısının birkaç katından fazla hale gelmiştir. Bu durum karşısında Mahkemenin dayandığı gerekçenin tamamıyla ortadan kalkmış olduğu söylenebilir. Radyo ve TV yayıncıları, kendilerinin ifade özgürlüğünün diğer medyaya oranla daha dar olarak kabul edilmesinin sağlam bir temelinin bulunmadığını ileri sürmektedirler.[484] İkinci olarak, Mahkemenin savunmuş olduğu görüş, iddiasının aksine düşünsel çeşitliliğe hiçbir katkıda bulunmamaktadır, çünkü üzerlerindeki FCC baskısı yayıncıların tartışmalı konuları gündeme getirme noktasındaki isteklerini kırmaktadır. Kamusal sorunları gündeme taşırken her işaret edilen kişiye sağlanan cevap hakkı (right of reply) gibi

---

[482] Anılan **Red Lion Broadcasting Co. v. FCC** kararı; Avusturalya Basın Konseyi (Australian Press Council) yayınlamış olduğu Temel İlkeler (Statement of Principles)'de, basın özgürlüğünün, basına tanınan haklardan dolayı değil, basının halka karşı yerine getirmesi gereken yükümlülüklerden dolayı önemli olduğunu belirtmiştir. Başka bir deyişle, medyanın özgürlüğünü önemli kılan onun kamusal işlevi olmaktadır. Bu konuda bkz. David Flint, "*Media Self-Regulation*", **Freedom of Communication**, Ed. by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publisher, Great Britain 1994, ss. 281–296.

[483] Anılan **Red Lion Broadcasting Co. v. FCC** kararı.

[484] Öyle ki Watkins'e göre devletin ifade özgürlüğü piyasasına müdahalesi, frekansların dağıtımıyla sınırlı bile tutulsa sonuç değişmeyecek, bu durum Anayasaya aykırılık oluşturacaktır. Zira Anayasayı hazırlayanlar, Birinci Değişiklikle (Anayasanın ifade özgürlüğü hakkını güvenceye alan düzenlemesi ile) İngiltere'de ortaya çıkan ve ifade özgürlüğü üzerinde devletin her türlü baskıyı oluşturmasına olanak sağlayan lisans sistemi yasaklamayı hedeflemiş oldukları tartışmasız bir konudur. Bu yazara göre, ne yazık ki Yüksek Mahkeme bir devlet kurumu olan FCC'nin ifade özgürlüğü piyasasını düzenleyici faaliyetini Anayasaya uygun bulmuştur. Bkz. Watkins, ss. 396 vd.

editoryal sınırlamalar, yayıncılar üzerinde bu gibi sorunları gündeme taşıma noktasında olumsuz etkilere sahip olmaktadır. Üstelik kimi yazarlar, medya arasında farklı işlem kurulmasının gerekçelerini, yazılı basının Anayasanın hazırlandığı dönemden bu yana var olmasına, görsel işitsel medyanın ise görece olarak yeni ortaya çıkmış olduğuna bağlamaktadırlar. Bu yazarlara göre, hukuk sistemleri yeni buluşları sistemin bir parçası olarak kabullenme konusunda tereddüt geçirmektedirler. Her yeni araç gün yüzüne çıktığında bir bocalama dönemi geçiriliyor; önce sıkı önlemler alınıyor, aşinalık artınca bu önlemler gevşetilmeye başlanılıyor; mahkemeler böyle söylemeseler de, aslında olan budur.[485]

Hakkaniyet doktrini, yalnızca akademik kesimde eleştiri konusu olmamış, aynı zamanda kimi Yüksek Mahkeme yargıçları tarafından da ağır eleştiriler almıştır. *Columbia Broadcasting, Inc. v. Democratic National Committee* kararında katılım yazısı (mutabakat şerhi) yazan yargıç Douglas, TV ve radyo yayınlarını ifade özgürlüğü hakkı kapsamında diğer medya (yazılı) grubundan ayrı tutmak için hiçbir haklı gerekçenin bulunmadığını ileri sürmüştür.[486]

Bu eleştiriler karşısında FCC, "*hakkaniyet doktrini*"ni Ağustos 1987 yılı itibariyle yürürlükten kaldırmıştır. FCC bu kararına gerekçe olarak, halkın ulaşabileceği bilgi kaynaklarının yeterince rekabetçi bir nitelik kazandığını, dolayısıyla da hakkaniyet doktrinin uygulanmasının ifade özgürlüğü üzerinde olumsuz bir etki yaptığı görüşünü belirtmiştir.[487]

FCC'nin bu kararına karşı ABD doktrininde olumlu tepkilerin yanında olumsuz tepkiler de verilmiştir. Yüksek Mahkemenin *Red Lion* kararında ortaya koymuş olduğu "*frekansların seyrekliği*" argümanının, son yıllarda teknolojideki ilerlemeler karşısında zayıfladığını kabul eden kimi yazarlar, başka bir takım gerekçelerin radyo ve TV yayınlarına devletin müdahalesini haklı kıldığını savunmuşlardır. Cass Sunstein'e göre, bu alandaki deneyimler göstermiştir ki, yazılı basının toplumu bilgilendirme ve kamusal tartışmalara toplumun dikkatini çekme noktasındaki başarısı, görsel ve işitsel medya tarafından gösterilememiştir. Medeni bir kültürün (civic culture) oluşmasında büyük bir rolü olan basının katetmiş olduğu

[485] Robert Trager / Dona L. Dickerson, **21. Yüzyılda İfade Hürriyeti**, (Çev. A. Nuri Yurdusev), LTD Yayını, Ankara 2003, ss. 197–210, 269–273.
[486] **Columbia Broadcasting, Inc. v. Democratic National Committee**, 412 U.S. 94 (1973).
[487] Gunther/Sullivan, **Constitutional Law**, ss. 1450–1454.

bu başarıda görsel ve işitsel medyanın payı, olması gerekenin çok altında gerçekleşmektedir. Kamusal tartışmaların sağlıklı bir biçimde işleyebilmesi için, cevap ve katılım haklarının tanınması ve uygulanması gerektiği kadar, reklâmcıların (ürün reklâmları vermek suretiyle TV ve radyo işletmecilerini kıskıvrak kuşatmış olan şirketlerin) medya üzerindeki güçlerini kıracak ya da en azından azaltacak bir sistemin kurulabilmesinin devletin olumlu müdahale edimine bağlı olduğu yadsınamayacak bir gerçektir.[488]

Lee Bollinger ise, "*frekansların seyrekliği*" argümanına farklı bir açıdan bakmaktadır. Bollinger'e göre, devletin piyasaya müdahalesini tamamıyla dışlayan *laissez-faire* doktrini piyasanın gerçekleriyle bağdaşmamaktadır. Bu doktrin, ifade özgürlüğünün dayandığı tezlerle bağlantısını koparmaktadır. Özellikle, görsel ve işitsel medyada, ifade özgürlüğü, ekonomik baskılarla mecrasından çıkmakta ve söz konusu ekonomik güçlerin denetimine girmektedir. Dolayısıyla da devletin olumlu edimi bu alanda zorunlu hale gelmektedir. Öte yandan, bütün bir medyayı kuşatacak biçimde devletin müdahalesini meşru görmek, başka bir tehlikeye, ifade özgürlüğünü devletin yönlendirmesi ve tekeline alması tehlikesine davetiye çıkarmaktadır. Her iki tehlikeyi de bertaraf etmenin biricik yolu, Yüksek Mahkeme'nin Red Lion kararında savunduğu biçimde, devletin TV ve radyo yayınlarına müdahalesini meşru görmek, fakat bunun yanında ifade özgürlüğünün diğer araçlarını devletin denetiminin dışında tutmaktır. Böylece her iki risk de en aza indirgenmiş olacaktır. Böylece asimetrik yaklaşım, kuramsal olarak savunulması güç gözükse de pragmatik açıdan en doğru çözüm yöntemi gibi durmaktadır.[489]

Radyo ve TV yayınlarının ifade özgürlüğü genel rejimi içerisinde ayrı bir işleme tabi tutulmalarını haklı kılabilecek gerekçeler, "*frekansların seyrekliği*" dolayısıyla devletin fikirler piyasasında çoğulculuğu/çeşitliliği (diversity) sağlayabilmek için olumlu müdahalede bulunmasının zorunlu olduğu yönündeki argümanla sınırlı değildir. Aynı gerekçenin yazılı basın için uygulanmamasının nedeni olarak ise, Bollinger'in işaret ettiği riskin yanında, yazılı basının görsel ve

[488] Bkz. Sustein, **Democracy and The Problem of Free Speech**, ss. 103–110.
[489] Lee Bollinger, **Images of a Free Press**, Chicago University Press, USA 1991'den aktaran Sunstein, **Democracy**, ss. 110–111.

işitsel medyaya göre etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşmasındaki katkısının çok daha fazla olması gösterilmektedir.[490]

Devletin görsel ve işitsel medyaya yazılı basına göre daha geniş bir müdahale hakkının bulunmasının bir diğer gerekçesi ise, Yüksek Mahkeme'nin Pacifica Foundation kararında belirttiği nitelik farkıdır. Özellikle TV yayınlarıyla iletilen ifade ve görüntülerin doğrudanlığı ve canlılığı insanlar üzerinde daha fazla etkiye sahip olmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin ifadesiyle, çocuklar sadece bir düğmeye basmakla görmemeleri gereken görüntülere ya da duymamaları gereken ifadelere maruz kalabilmektedirler. Yazılı basından farklı olarak televizyonlar, evlerin içine, oturma odalarına girmiştir; yayınlar insanları birer tutulu izleyici/dinleyici (captive audience) haline dönüştürebilmektedir. Bu, bir gazeteyi okumaktan farklıdır, çünkü bir kâğıt parçasında yazılı şeyleri okuyan bir kimse, anlatılanlarla daha mesafeli bir durumdadır ve karmaşık algılama/kavrama (cognitive) yetilerinin aracıları burada daha farklıdır.[491]

Pacifica kararına konu olan olayda Federal Haberleşme Komisyonu (FCC), bir radyo programının edepsiz/küfürlü (indecent) sözcüklere yer vermesi nedeniyle yayın saatinin çocukların dinleme olasılığının daha zayıf olduğu bir saate alınmasına karar vermiştir. FCC'nin vermiş olduğu söz konusu karar, radyo istasyonunun yargıya başvurması üzerine Federal Temyiz Mahkemesi (Court of Appeals) tarafından iptal edilmiş, bunun üzerine FCC, Yüksek Mahkeme'ye başvurmuştur. Yüksek Mahkeme, Haberleşme Komisyonunun kararını haklı bularak, Federal Temyiz Mahkemesinin kararını bozmuştur. Bu kararı Yüksek Mahkeme dörde karşı beş oyla almıştır. Kararda Mahkeme, kullanılan küfürlü ve müstehcen ifadelerin, Birinci Değişikliğin yüksek değer verdiği türden ifadeler olmadığını; zira bu ifadelerin, edebi, siyasal veya bilimsel açılardan bir değere sahip bulunmadıklarını belirtmiştir. Bununla birlikte, bu ifadeler de bütünüyle ifade özgürlüğü hakkının dışında görülemezler. Fakat diğer ifade türlerine göre daha az korumayı hak etmektedirler. Olayda FCC, bu ifadelerin kullanılmasını yasaklamış değildir; yalnızca programın saatinde bir değişiklik yapılması gerektiğine karar vermiştir. Bu

[490] Sunstein, s. 112.
[491] Pacifica kararı ve karar üzerine yapılan yorumlar için bkz. Gunther/Sullivan, **Constitutional Law**, ss. 1164–1174.

karar, özellikle çocukların bu gibi programları dinlememeleri gerektiği düşünüldüğünde yerinde sayılmalıdır.[492]

Çoğunluk görüşüne katılan iki yargıç katılım yazısı (mutabakat şerhi) yazmışlardır. Bu yargıçlar, hangi ifadenin değerli hangilerinin değersiz olduğu noktasında bir ayırımın yapılmasına karşı çıkmaktadırlar. İfadelerin değerliliği üzerine bir tercihin dinleyiciye bırakılması gerektiğine vurgu yapan yargıçlar, Haberleşme Komisyonunun müdahalesinin programın içeriğine yönelik olmayıp yayın saatine yönelik olduğuna, böyle bir müdahalenin ise çocukların korunması amacıyla meşru sayılabileceğine dikkat çekmişlerdir.[493]

Karara karşı oy yazısı (muhalefet şerhi) yazan dört yargıç ise, çoğunluk görüşünde dayanılan gerekçelerin tutarsız olduğunu ileri sürmüşlerdir. Onlara göre, çocukları korumak amacıyla yetişkinlerin, Anayasanın koruması altında bulunan ifadelere erişimlerinin engellenmesi yanlıştır. Bir radyo dinleyicisi, duymak istemediği ya da çocuklarının duymasını istemediği bu gibi programları çok basit bir hareketle, sadece radyonun düğmesini çevirmekle pekala engelleyebilir. Bu tür ifadelerin küfürlü oldukları gerekçesiyle engellenmesi, Shakespeare, Joyce, Hemingway vs gibi yazar ve şairlerin eserlerinin bu tür yayınlara konu edilememesi anlamına gelir. Bunun ise kabul edilebilir bir yanı bulunmamaktadır.[494]

İfade özgürlüğünü *laissez-faire* doktrini çerçevesinde negatif bir özgürlük konsepti olarak kavrayanlar devletin genel ifade özgürlüğü rejimi dışında her türlü müdahalesine karşı çıkmaktadırlar. Genel olarak özgürlük anlayışı için olduğu kadar özel olarak da ifade özgürlüğü anlayışı bakımından ABD doktrin ve uygulamasında negatif özgürlük anlayışının egemen olduğu söylenebilir. *Laissez-faire* doktrininin savunucusu olan libertaryan anlayış, radyo ve TV yayınları ile diğer ifade özgürlüğü araçları arasında bir ayırımın yapılmasına karşıdır. Bu anlayışı yargıç Douglas, *Columbia Broadcasting Inc. v. Democratic National Committe* kararında açık biçimde dile getirmiştir.[495]

Lisansların dağıtımı gibi işletmeyle ilgili zorunlu bir takım düzenlemeler dışında devletin her türlü pozitif müdahalesine karşı çıkan yazarlar, iki önemli neden

[492] Anılan **FCC v. Pacifica Foundation** kararı.
[493] Anılan **FCC v. Pacifica Foundation** kararı.
[494] Anılan **FCC v. Pacifica Foundation** kararı.
[495] **Columbia Broadcasting Inc. v. Democratic National Committe**, 412 U.S. 94 (1973).

üzerinde durmaktadırlar: Öncelikle, TV ve radyo yayınlarına devletin olumlu müdahalesini meşru görmek, kamu görevlilerinin yetkilerini kötüye kullanmayacakları yönünde bir iyimserliğe dayanmaktadır. Hâlbuki ifade özgürlüğü devlete karşı kullanılabilecek en etkin denetim araçlarının başında gelmektedir. Bu aracı devletin kontrolüne vermek, onun bu işlevini ortadan kaldırmak anlamına gelir. İkinci olarak, programların sulandırılmış magazin öyküleri yanında kamusal tartışmalara da yer vermelerinin sağlanabilmesi amacıyla devletin müdahalesini hoş görmek, halkın üzerinde bir takım insanların halkın tercihlerini belirleme hakkına sahip olduğunu söylemek demektir ki; piyasaya bu çeşit bir müdahalenin anlamı elitizmdir/seçkinciliktir. Programların kalitesini yükseltmek ya da kamusal tartışmalara daha etkin bir biçimde halkın dikkatini çekmek amacıyla yapılacak tüm reform stratejileri elitist/seçkinci bir yaklaşımın ürünü olacaktır. Öyle ki, yüksek kaliteli olduğu ileri sürülen programlar halkın büyük kesiminin ilgisini çekmemekte, fakat iyi eğitimli (bunların da çoğunluğunun ekonomik olarak toplumun üst kesiminde yer alması bir tesadüf değildir) veya refah düzeyi yüksek kesimlerin izlediği programlardır. Öyleyse neden toplumun az bir kesimini oluşturan bu elit zümrenin, toplumun büyük çoğunluğuna kendi istediği türden programları dayatmak için kamusal gücü kullanması meşru olsun?[496]

Kuşkusuz bu iddiaları ileri sürenler, kamu hukukunun ve siyaset biliminin önemli tartışma konularından birine, demokrasi kuramı üzerine yapılan eleştiri ve yanıtlarına dikkat çekmektedirler. Seçkincilik/elitizm, demokrasiye yöneltilen en önemli eleştirilerden biri olmuştur. Dolayısıyla devletin (ya da devlet gücünü kullanan bir seçkin azınlığın) ifade özgürlüğü piyasasına pozitif müdahalesine karşı çıkanlar, demokrasiyi söz konusu eleştiriler karşısında zayıf duruma düşürmek istemiyor olabilirler. Liberal demokrasiyi savunanların büyük çoğunluğunun negatif özgürlük yanlısı olmalarının başta gelen nedenlerinden biri de belirli bir zümrenin görüşlerini pozitif özgürlük temelinde halkın geriye kalanına dayatmak suretiyle yönetimi bir oligarşiye dönüştürme olasılığının bulunmasıdır.[497] İşte Berlin gibi

[496] Sunstein, **Democracy**, ss. 89-90.
[497] Pareto, Michels ve Mosca gibi düşünürlerin demokrasiye yöneltmiş oldukları eleştiri, elitizmin bir sosyal gerçeklik olması nedeniyle demokrasinin olanaksız olduğu temeline dayanmaktadır. Demokrasiye yönelik elitist eleştiriler hakkında bir inceleme için bkz. McClelland, **A History of Western Political Thought**, Routledge Publishing, USA/Canada 2002, (özellikle) ss. 637–658; W. B.

düşünürler bunun önünü baştan kesmek istemişlerdir.[498] Belirtilmelidir ki, medyanın devlet müdahalesi dışında kendiliğinden bir takım yayın ilkeleri ve siyasaları belirlemesi ve buna uymayı taahhüt etmesi arzulanabilir bir durumdur. Dolayısıyla buradaki ince ayırım devletin gücünün kullanılması noktasında yatmaktadır.[499]

Sunstein'e göre bu görüşleri savunanlar, öncelikle devletin olumlu ediminin ifade özgürlüğünü kısıtlamak bir yana onu (Madison'ın savunmuş olduğu amaçlar doğrultusunda) etkinleştireceği gerçeğini göz ardı etmektedirler. Onlara göre devletin piyasaya müdahale etmemesi gerekir. Piyasa bir görünmez el (invisible hand) ile kendi kendini düzenleyecektir. Bu görüş, *New Deal*'e karşı çıkan *laissez-faire* anlayışıdır. Bu anlayışı savunanlar, ifade özgürlüğünün ancak negatif bir konseptte ele alınabileceğini savunmaktadırlar ki; Yüksek Mahkeme bile ifade özgürlüğünün pozitif bir hak niteliğinde olabileceğini reddetmemiş, bilakis pekiştirmiştir.[500]

Devletin müdahalesi, ifade özgürlüğünü sınırlamayacak fakat genişletecek/ekinleştirecek bir nitelikte ise neden kabul edilmesin? Radyo ve özellikle de TV yayınlarının durumu ortadadır. FCC gibi bir kurumun, yüksek kaliteli programları finansal olarak desteklemesi, çocukların eğitimlerine hizmet edecek programların yapımını teşvik etmesi ve desteklenen programlarda reklâm sınırlandırmasına gidilmesi; siyasilere ve yorumculara cevap hakkının tanınması gibi

---

Munro, halkın yönetim işinde etkili bir faaliyet gösteremeyeceği için başarının demokrasiye değil, daima oligarşiye ait olduğunu savunmuştur. Munroya göre, "azınlığın yol göstermesi ve çoğunluğun onu takip etmesi her hükümetin esasını, ruhunu teşkil eder." Öte yandan Elitizmi bir zorunluluk olarak gören Lawrence Dennis'e göre bütün toplumlarda iki sınıfın bulunması bir olgudur: idare edenler ve idare edilenler ya da elit ve kütleler. Birinciler, yığınlara ne verileceğini her zaman ve fiilen belirleyen azınlıklardır. Bu görüşler ve eleştirileri için bkz. David Spitz, **Antidemokratik Düşünce Şekilleri**, (Çev. Şiar Yalçın), M.E.B. Yayını, İstanbul 1994, (özellikle) ss. 82–97; Sartori, **Demokrasi Teorisine**, ss. 50–52; Dahl, **Demokrasi ve Eleştirileri**, ss. 337–356.

[498] Negatif özgürlük yanlılarının görüşleri çalışmanın birinci bölümünde incelenmiş olduğundan burada yinelenmeyecektir.

[499] Basının devlet kurum ve kuruluşlarına karşı sorumlu tutulması basının devleti denetim konusundaki temel işlevini tehlikeye sokabilir. Devlete karşı sorumlu tutulmayacak olan basının, eğer sorumlu tutulacaksa kime karşı sorumlu olacağı önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bu konuda devletten bütünüyle bağımsız ve özerk bir medya yapılanmasının oluşturulması düşünülebilir. Böyle bir mekanizmanın nasıl oluşturulabileceği konusu bu çalışmanın kapsamı dışında kalır. Burada önemli olan nokta medyanın düzenleme alanları dışında (özellikle bir sınırlamanın söz konusu olduğu yerde) devletin denetimi dışında tutulabilmesi sorunudur. Bu konuda karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. Flint, "*Media Self-Regulation*".

[500] Mahkemenin özellikle hakkaniyet doktrinini benimsemiş olduğu Red Lion kararına gönderme yapan Sunstein'e göre, bütün müdahaleler sınırlama niteliğinde olmayabilir; burada ifade özgürlüğünü artıran ev genişleten bir takım düzenlemelerin dışlanmaması gerekir. Bkz. Sunstein, "*A New Deal For Speech*", ss. 60 vd.; Yüksek Mahkeme'nin bu yaklaşımı, "Düzeltme ve Cevap Hakkı" başlığı altında ve ayrıca, AİHM'nin **Özgürgündem v. Türkiye** kararında ortaya koymuş olduğu yaklaşımının incelendiği yerde ele alınmıştır.

bir takım yararlı düzenlemeler, mevcut durumun bozukluklarına bir çare olabilir. Devletin, programların içeriğine yönelik müdahalesi olumlu yönde bile olsa bakış açısına tarafsız (view point-nuetral basis), yani belirli bir bakış açısını desteklemeyecek bir nitelikte olduğu sürece bu tür müdahalelerin etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin kurulabilmesi ve ifade özgürlüğünün Madison tarafından öngörülen amaçlara hizmet edebilmesi için zorunlu olduğu söylenebilir.[501]

Elitizm iddialarına gelince, Sunstein'e göre bu argüman ifade özgürlüğünün ve özellikle de TV ve radyo yayıncılığının amaçlarından birinin halkın eğitimine hizmet etmek, halkı kamusal tartışmalar hakkında bilgilendirmek olduğunu dikkate almamaktadır. Böyle bir amacın gerçekleştirilmesi için bütün programların, bu nitelikte olması gerekmemektedir; yalnızca mevcut durumda söz konusu yüksek kaliteli programların neredeyse hiç bulunmayışı gerçeğine dikkat çekmektir. Öte yandan, kitle alışkanlıkları ve davranışlarının küçük şoklarla değişebildiği düşünüldüğünde mevcut programların kitleleri yönlendirdiği de söylenebilir. Kitlelere düşünsel çeşitliliğe erişim olanağı sağlamayan mevcut sisteme devletin müdahalesi gerekir. Belirtildiği gibi bu müdahaleler belirli bir bakış açısı dayatmadığına göre *elitizm eleştirileri* geçerliliklerini kaybetmektedir.[502]

Nihayet başka birçok demokratik devlet, ifade özgürlüğünü bu açıdan pozitif bir özgürlük olarak kavramakta ve etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşması için devletin olumlu müdahalesini kurumsallaştırmaktadır. Televizyonculuk, ABD'de bütünüyle izlenme oranlarına bağlı olarak reklam gelirlerini arttırma endüstrisi olarak görülürken, diğer bir çok ülkede, eğitim ve bilgilendirme aracı olarak görülmekte; televizyonların eğlence işlevleri de bu amaçlarının yanında başka bir amaç olarak değerlendirilmektedir. Pek çok ülkede, kamusal sorunlara yeterince dikkatin yöneltilebilmesi, yüksek kaliteli programlara yer verilebilmesi ve farklı bakış açılarının yansıtılabilmesi ve düşünsel zenginliğin arttırılabilmesi amacıyla gerekli düzenlemeler yapılmaktadır.[503]

---

[501] Sunstein, **Democracy**, ss. 34–38, 46–51, 81–88.
[502] Sunstein, **Democracy**, ss. 89–91.
[503] ABD'de reklâm verenlerin, dolayısıyla da tecimselleşmenin basın ve ifade özgürlüğü üzerindeki olumsuz etkileri için bkz. Demir, "*Türk Medyasında…*", ss. 98 vd.

2) Kıta Avrupasında ve Kimi Diğer Ülkelerde Radyo ve TV Yayınları Rejiminin Düzenlenmesi

Alman Anayasa Mahkemesi, serbest piyasa ve *laissez-faire* doktrinini Anayasayla bağdaşmaz olarak değerlendirmiştir. 1961 yılında merkezi hükümetin yeni bir yayın ağı kurma girişimi, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından, kurulacak ağın düşünsel çoğulculuğu (diversity of view) yeterince yansıtmadığı gerekçesiyle Anayasaya aykırı bulunmuştur. Mahkeme söz konusu kararında şu görüşlere yer vermiştir:

> *[İfade özgürlüğü hakkını düzenleyen] Anayasanın 5. maddesi, yurttaşların kanaatlerini/görüşlerini salt devletin müdahalesine maruz kalmadan ifade edecekleri bireysel özgürlük alanını güvenceye alan bir temel haktan daha fazlasını içermektedir.*[504]

Mahkeme'ye göre yayıncılık (radyo ve TV yayıncılığı), halkın görüş ve düşüncelerini açılayabilmesine olanak sağlayan, ifade özgürlüğünün modern bir aracıdır ve bu araç ne devletin ne de herhangi bir sosyal grubun tekeline bırakılmalıdır. Dolayısıyla Radyo ve TV yayıncılığı öyle bir biçimde düzenlenmelidir ki, farklı çıkarları temsil eden gruplar (ilgili bütün çıkarlar) bu yolla yöneticilerini etkileyebilme ve programlarda kendilerini ifade edebilme fırsatını bulabilsinler. Dahası özel kanallar, kamuoyunun oluşabilmesi için gerekli olan bir takım görüş ve düşünceleri halkın bilgisine sunmaktan kaçınabilirler. Ayrıca yayın kanallarına ve finansal kaynaklara hakim olan kimseler, kamuoyunun oluşum süreci üzerinde baskın bir etkiye sahip olabileceklerdir. Kitlesel izleyiciye cazip gelmeyen kültürel programlar, özel kanalların ekonomik açıdan dayandıkları reklâm kaynakları tarafından desteklenmediğinden, yeterli çeşitliliğin kendiliğinden (devletin olumlu müdahalesi olmaksızın) sağlanabileceğini söylemek mümkün değildir.[505]

---

[504] 12 BVerfGE 205, 259–260, 262–262 (1961) Kararı için bkz. Sunstein, **Democracy**, ss. 77–78.

[505] Öyle ki, artık TV lerde sunulan haber programları dahi işlenen suçları birer eğlence aracı konumuna indirgemekten çekinmemektedirler. Haberler, "*reality show*"lara dönüştürülmekte ve böylece seyircinin ilgisi arttırılmaya çalışılmaktadır. ABD televizyon kuruluşları tarafından kullanılan bu yöntemler artık dünyanın diğer ülkelerine (bu arada Türkiye'ye) de yaygınlaştırılmaktadır. Bkz. Dowler/Flemming/Muzzatti, "*Constructing Crime: Media, Crime, and Popular Culture*", **Canadian**

Devletin, reklam sahiplerinin özel program yapımcılığının içeriği üzerindeki güçlerini denetlemesi anayasal yükümlülüğüdür. Böylece Mahkeme, ifade özgürlüğü hakkının korunması bakımından devletin negatif edim yükümlülüğünü yeterli görmemiş; devletin aynı zamanda ifade ve görüşlerin tekelleşmesini engellemek ve çeşitliliğini güvenceye almak için pozitif edimde bulunma yükümlülüğü altında olduğuna karar vermiştir. Devletin yayıncılık alanında yapması gereken düzenlemeler aynı zamanda fikirlerin özgür biçimde oluşmasını garanti altına almayı hedefleyecektir. Kuşkusuz bunun gerçekleşmesi için devletin baskısının olmaması gerekir, ancak bu yeterli değildir. Düşünsel çoğulculuğun gerçekleşebilmesi için devletin kamuya kapsayıcı bilgi akışını sağlaması gerekir. Bu hedefleri gerçekleştirebilmek için devletin gerekli yasal düzenlemeleri yapması bir zorunluluktur.[506]

İtalyan Anayasa Mahkemesi de benzeri sonuçlara ulaşmıştır. İtalyan Mahkemesi, radyo ve TV yayıncılığında reklâmların sınırlandırılmasının, reklâm harcamalarının denetim altında tutulmasının, programların içeriğinin tamamen reklam veren şirketlerin egemenliği altına girmesinin önlenmesi amacıyla bir zorunluluk olduğuna karar vermiştir. Siyasal, dinsel ya da kültürel düşünce gruplarının bu yayınlara ulaşabilmeleri bakımından yeterli çeşitliliğin sağlanabilmesi için devletin müdahalesi gerekmektedir. İtalyan Mahkemesi, ifade özgürlüğü sisteminden beklenen amaçların gerçekleşebilmesi için piyasada kendiliğinden işleyen bir rekabetin yeterli olacağı yönündeki görüşleri reddetmektedir.[507]

Danimarka, İsveç ve Norveç'te TV'de reklâmlara yer verilmemekte ve programların ağırlığını bilgilendirici ve eğitici programlar oluşturmaktadır. Bu durum büyük ölçüde Finlandiya bakımından da geçerlidir. Pek çok ülkede, şirketlerin reklâm yoluyla TV'lerin program içeriklerine müdahale olanakları azaltılmaya ya da tamamen ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. TV'lerin bu şirketlere bağımlılıklarını zayıflatmak amacıyla tedbirler alınmaktadır. Kanada, İngiltere, Fransa, Belçika ve

---

Journal of Criminology and Criminal Justice, University of Toronto Press, Vol. 48, Iss. 6, Oct. 2006.

[506] Sunstein, Alman Anayasa Mahkemesinin söz konusu görüşlerini şu kararlardan özetle aktarmaktadır: 57 BVerfGE 295 (1981); 73 BVerfGE 118, 155–160 (1986); 83 BVerfGE 238, 310–312 (1991), Bkz. Sunstein, **Democracy**, ss. 78–79.

[507] Decision 225/1974 (1974), Giurisprudenza costituzionale 1775 kararının değerlendirmesi için bkz. **Sunstein, Democracy**, s. 79.

Yeni Zelanda'da TV'lerde şiddet ya da sex/cinsellik içerikli programların yayınlanmasını azaltacak ve bu yönde denetimleri yapacak kurumsal aygıtlar oluşturulmaktadır. Örneğin İngiltere ve Fransa'da yüksek kaliteli programların hazırlanması ve yayınlanmaları için çeşitli devlet teşvikleri (subsidizations) bulunmaktadır. Devlet, bu türden programları finansal olarak desteklemektedir. Lisansların dağıtılması, ihalede en yüksek teklifi verme esasına göre yapılmamakta, yayıncılığın belirli bir standartta yapılması gibi başka koşullar aranmaktadır. [508]

Sunstein'e göre Avrupa ülkeleri ABD için doğrudan bir model oluşturamazlar, zira özellikle Almanya, geçmişte yaşamış olduğu Nazi tecrübesi yüzünden ifade özgürlüğüne oldukça sınırlı bir koruma sağlamaktadır.[509]

Bununla birlikte, burada incelenen konular ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasından ziyada etkinleştirilmesiyle ilgilidir. Dolayısıyla bu ülkelerin deneyimleri ve uygulamaları bir model oluşturabilir. Radyo ve özellikle TV yayınlarının, şiddeti özendirmeme veya müstehcenlik temelinde diğer ifade özgürlüğü araçlarına göre daha etkin bir biçimde denetlenmesi, ifade özgürlüğünü genişletici ya da etkinleştirici bir rol oynamaz. Ne var ki bu gibi sınırlamalar, ABD Yüksek Mahkemesi tarafından da başka birçok gerekçenin yanında, özellikle çocukların korunması amacıyla meşru sayılmaktadır. Bu gibi sınırlamalar, devletin olumlu edim yükümlülüğünden ziyade negatif edim yükümlülüğü kapsamında düşünülmesi gereken sınırlamalardır. Genel ifade özgürlüğü rejimi içerisinde, ifadenin sınırlandırılması açısından dayanılması gereken sınırlama ölçütleri (ulusal güvenlik, ülkesel bütünlük, kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık, ahlak vs) burada da geçerli olmalıdır. Sınırlamanın, ifade özgürlüğünün diğer araçlarına göre burada daha geniş tutulması da, bir bakıma yer, zaman ve yöntem (place, time and manner) açısından ifade özgürlüğü uygulamasının değerlendirilmesine bağlı olarak haklılaştırılabilir.

Devletin olumlu edimde bulunmak suretiyle ifade özgürlüğünü etkinleştirmesi özellikle şu iki açıdan önemlidir:

İlk olarak, yayın içeriklerinin, reklâm veren kişi, şirket ya da kurum ve kuruluşlar tarafından belirlenmesinin veya etkin biçimde yönlendirilmesinin

[508] Sunstein, **Democracy**, ss. 80–81.
[509] Sunstein, **Democracy**, ss. 79–81.

engellenmesi; bu bağlamda genel olarak tüketicilerin ve özel olarak da çocukların korunması için devletin pozitif edimine gerek vardır. İkinci olarak, izlenme kaygısıyla yüksek kaliteli programların geri plana itilmesinin ve böylece kamunun bilgilendirilmesi açısından önem taşıyan haber ve görüşlerin dışlanmasının engellenmesi için devletin piyasaya müdahalesi gerekmektedir.[510]

Devletin pozitif edim yükümlülüğü bu çerçevede iki biçimde ortaya çıkabilir: İlk olarak, söz konusu düzenlemeler için gerekli yasal alt yapının devlet tarafından oluşturulması gerekir. Bu düzenlemelerin uygulanmasını sağlamak amacıyla ABD'deki FCC benzeri özerk ve tarafsız bir kurumun yapılandırılması gerekmektedir. Bu kurumun temel işlevi, radyo ve TV yayınları bağlamında etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulabilmesi için gerekli düzenleme ve denetimleri yapmak olmalıdır.

İkinci olarak, izlenme oranları gibi ekonomik ve popülist yaklaşımları geri planda tutarak kamusal tartışmalara ağırlık veren, eğitici ve kültürel (yüksek kaliteli) programları gerçekleştirebilmek için bir devlet yayın kuruluşuna gereksinim vardır.[511] Sermaye gruplarının etkisi dışında kalan böyle bir yayın kuruluşu kuşkusuz, demokratik bir toplumda kamunun alternatif haber alabilmesini güvenceye almak açısından yaşamsal öneme sahiptir.

3) Türkiye'de Radyo ve TV Yayınları Rejiminin Değerlendirilmesi

1982 Anayasası'nın 133. maddesinde radyo ve televizyon rejimi ile ilgili olarak şu düzenleme yer almaktadır:

> *Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir. Devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulan tek*

[510] Özek, aynı tehlikelerin yazılı basın için de geçerli olduğunu; ilan verenlerin basın üzerindeki etkilerinin giderek arttığını, böylece basının ilan verenlerin (sermaye gruplarının) denetimine girdiğini belirtmektedir. Bkz. Özek, **Türk Basın Hukuku**, ss. 824 vd.

[511] Bu noktada İngiliz devlet yayın kuruluşu BBC'nin (The British Broadcasting Company) kamunun bilgilendirilmesi noktasında yerine getirdiği işlevin önemine dikkat çekilmektedir. Bu yayın kuruluşu, sırf popülist içerikli programlar yerine halkın bilgilendirilmesini ön planda tutan bir yayın akışı sunmaktadır. Özellikle elektronik ortama aktarılan bilgiler tam anlamıyla eğitsel ve kültürel bir fonksiyon görmektedir. Bu konuda bkz. Andrew Ettinger / Viki Holton, "*E-Learning Lessons from the Sharp End: The BBC*", **Training & Management Development Methods**, Vol. 19, Iss. 2, Bradford 2005.

radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzelkişilerden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır.

Madde, 08.07.1993 tarihinde değiştirilerek bu şekli almıştır. Söz konusu değişiklikten önceki orijinal metinde, radyo ve televizyon yayınlarında devlet tekeli bulunmaktaydı. Önceki metin, gereksiz biçimde radyo ve televizyon yayınlarının "Türk Devletinin varlık ve bağımsızlığını, ülkenin ve milletin bölünmez bütünlüğünü, toplumun huzurunu, genel ahlakı ve Anayasanın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini koruyacak tarzda" yapılmasını öngörmekteydi. Madde, yayınların içeriği konusunda bir negatif ifade özgürlüğü anlayışını yansıtmamakta, fakat daha çok devlete belirtilen hususlarda bir pozitif *koruma edimi* yükümlülüğü yüklemekteydi. Bu durum, bir devlet yayın kuruluşu açısından kabul edilebilir olsa da, ifade özgürlüğü rejimi bakımından oldukça sorunludur. Aslında buradaki sorun, yayın hakkı noktasında devletin tekelinin bulunmasından kaynaklanmaktadır. Yayın tekelinin söz konusu değişiklikle birlikte kaldırılmasından sonra böyle bir hükmün özel yayın kuruluşlarını da kapsayacak biçimde varlığını sürdürmesi ifade özgürlüğü rejimi bakımından büyük sorunlar yaratabilirdi. Dolayısıyla, yapılan değişiklik son derece yerinde olmuştur. Madde metninde özel bir ifade özgürlüğü rejimine yer verilmemek suretiyle ifade özgürlüğünün sınırları bakımından genel rejim esas alınmış olmaktadır ki, bu da son derece yerinde bir tutumdur.[512]

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Anayasanın 133. maddesinin uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarılmıştır. Bu kanun, ifade özgürlüğü rejimi bakımından oldukça sorunlu hükümler içermektedir. Anayasada öngörülmeyen sınırlamalar bu kanunda ve kanunun uygulanması amacıyla çıkarılmış olan Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Yönetmeliği'nde yer almaktadır. Bütün bu sınırlamalar, etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin kurulabilmesi için devletin olumlu edimini gerektiren bir takım istisnalar dışında Anayasaya aykırılık oluşturmaktadır. Bu aykırılıklar, devletin pozitif edim

[512] Türkiye'de radyo TV rejimiyle ilgili olarak bkz. Çankaya/Yamaner, ss. 157–244; Kayıhan İçel / Yener Ünver, **Kitle Haberleşme Hukuku**, 6. Bası, Beta Yayını, İstanbul 2005, ss. 335-427; Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, ss. 264–279; Cengiz Taşer, **Radyonun Organizasyonu ve Özerkliği**, TRT Yayını, 1969; Duygun Yarsuvat, "*Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanuna İlişkin Görüşler"*, **İÜSBF Dergisi**, 1994.

yükümlülüğünün sınırları tartışılırken ele alınacaktır. Burada üzerinde durulacak sorun, Kanun ve Yönetmelik kapsamında devletin olumlu edim yükümlülüğünü gerektiren kimi konuların etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulabilmesi için gerekli olup olmadığıdır.

3984 sayılı Kanunun 19–23. maddelerinde reklâmların yayın akışı içerisindeki düzenlenmesine yer verilmektedir.[513] Bu maddeler özellikle tüketicilerin ve çocukların korunması açısından büyük önem taşımaktadırlar. Kanun, reklâmların adil ve dürüst olmaları ve çocukların özel durumları gözetilerek hazırlanmaları gerektiğine dikkat çekmektedir. Bu durum, salt ticari ifadelerin daha az değerli oldukları görüşü dikkate alındığında genel ifade özgürlüğü rejimi açısından bir özellik göstermemektedir. Zira bu gibi sınırlamalar tüketicilerin ve çocukların korunması açısından meşru görülürler. Ancak, reklâmların yayın süresinin belirli bir oranını geçemeyeceğine ve yayın akışı içerisinde nasıl uygulanacaklarına ilişkin düzenlemeler, ifade özgürlüğü rejimi bakımından özellik gösteren konulardır. Bu gibi düzenlemeler yayıncının hakları üzerinde bir sansür etkisi yapmaktadır. Yazılı basında meşru sayılmayan bu gibi kısıtlamaları görsel işitsel yayınlar açısından haklılaştıran gerekçeler nelerdir?

Gerçekte, yayıncının hakları üzerindeki bu türden kısıtlamalar, ifade özgürlüğü üzerinde bir kısıtlama rejimi değildir. Tam aksine, etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulabilmesi açısından yapılması gereken kısıtlamalardır. Reklâm yayınlarının denetimsiz biçimde uygulanması, belirli bir programı (örneğin bir haber ya da kültürel içerikli programı) izlemek isteyen izleyiciyi, söz konusu programdan çok reklâmları izlemeye mahkûm etmektedir. Örneğin, yarım saatlik bir A programını izlemek isteyen izleyici, programın sonuna kadar kırk beş dakika reklâm izlemek zorunda bırakılmaktadır. Özellikle çocuk programları bakımından durum daha da vahimdir. Çocuklar, hoşlandıkları bir programı izleyebilmek için reklâm bombardımanına maruz kalabilmekte ve zamanlarının çoğunu televizyon başında geçirmek zorunda bırakılmaktadırlar. Bu durum, yayınlardan beklenen

[513] Bu konuda bkz. İçel/Ünver, **Kitle Haberleşme Hukuku**, ss. 413–414.

kamusal yararı tersine çevirebilmekte ve böylece ifade özgürlüğünün modern araçlarından biri, ifade özgürlüğünü desteklemek yerine baltalayabilmektedir.[514]

Bu bakımdan, Kanunun 31. maddesinde yer alan hüküm de anlamlıdır. Maddeye göre,

> *Radyo ve televizyon kuruluşları, yayınlarında belli oran ve saatlerde eğitim, kültür, Türk halk ve Türk sanat müziği programlarına yer vermek zorundadırlar…Tematik kanallar, bu zorunluluktan muaf tutulur.*

Özel radyo ve TV kuruluşlarını da kapsayan bu hüküm bir istisna ile yerinde görülmelidir.[515] Radyo ve TV yayınlarında belirli ölçüde eğitim ve kültür

---

[514] ABD ifade özgürlüğü rejiminde *laissez-faire* doktrinini oldukça zor bir durumda bırakan konuların başında çocuklara yönelik hazırlanan programlar yer almaktadır. Toplum içerisinde özellikle çocukların durumunun gerektirdiği hassasiyet 1974 yılında FCC'yi harekete geçirmiş ve TV yayın kuruluşlarına, çocukların gereksinimleri göz önünde bulundurularak yalnızca eğlence programları değil, eğitsel programların da hazırlanması yönünde bir yükümlülük öngören bir rehber/guidline hazırlanmıştır. Bu rehberde ayrıca, reklâmların hazırlanmasında çocukların özel durumlarını dikkate alacak biçimde hareket edilmesi yönünde bir takım yükümlülükler de öngörülmüştür. Ne var ki Komisyon, 1984 yılında almış olduğu bir kararla yayınların düzenlenmesinin Komisyon tarafından değil, piyasa tarafından yapılmasının en uygun yol olduğuna karar vermiş ve gerek çocuklara yönelik hazırlanacak programların yayın akışı içerisindeki oranına ilişkin, gerekse reklâmlarla ilgili düzenlemeleri içeren rehberi yürürlükten kaldırmıştır. Bununla birlikte Komisyon, reklâmların içerikleri ve diğer yayınlardan ayırt edilmesi gerektiği ile ilgili düzenlemeleri yürürlükten kaldırmamıştır. Komisyonun bu kararı Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi tarafından **Action for Children's Television v. Federal Communication Commission** (1985) kararında değerlendirilmiş ve Anayasaya ve yasalara uygun bulunmuştur. Konu ülke genelinde önemli tartışmaların odak noktası haline gelmiş ve Kongre, *Çocuklara Yönelik Televizyon Yasası*'nı (Children's Television Act) çıkararak, çoculara yönelik hazırlanan programlarda reklâm oranlarını sınırlandırmış; ayrıca TV yayıncılarının çocukların eğitimine yönelik olarak ne gibi yükümlülükler altında olduklarını belirleyen bir dizi hükümler koymuştur. Kongre'nin bu girişimi, Başkan Reagan tarafından Anayasanın Birinci Değişikliğine aykırı olduğu gerekçesiyle veto edilmiştir. Konu halen ABD doktrin ve uygulamasındaki tartışmalı konumunu korumaktadır. Bütün bu tartışmalarla ilgili olarak bkz. Watkins, ss. 447–449; Ayrıca bkz. Cass Sunstein, "*The Future of Free Speech*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002, ss. 285–310.

[515] Maddede geçen *"Türk halk ve Türk sanat müziği"* ibareleri ise belirli bir bakış açısını yansıtmakta ve bir tercih ortaya koymaktadır. Böyle bir tercihin özel kuruluşlara dayatılmasını haklılaştırmak zordur. Özel kuruluşlar, ancak bakış açısına tarafsız ve ifade özgürlüğünü etkin kılmaya yönelik sınırlamalara tabi tutulabilirler. Bunun ötesindeki pozitif edim yükümlülüğü ancak bir devlet kuruluşu açısından zorunlu kılınabilir. Maddedeki "*Türk halk ve Türk sanat müziği*" ifadesinin yerine "*sanat*" ibaresine yer verilmesi uygun olurdu. Bu durumda, belirli bir tercih ve bakış açısı özel kuruluşlara dayatılmış olmayacaktı. Genel bir içeriğe sahip olmaları bakımından "*eğitim, kültür ve sanat"* gibi ibareler, belirli bir bakış açısını yansıtmazlar; böylece özel kuruluşlar bakımından da ifade özgürlüğü sorunu doğurmaksızın geçerli olabilirler. Nitekim ABD Yüksek Mahkemesi önüne gelen bir kararda Haberleşme Komisyonu, programların formatlarının düzenlenmesi taleplerine karşı, program formatının (hangi tür müzik yayını vs) nasıl şekilleneceğine en iyi serbest piyasa karar verir görüşünü belirtmiştir. FCC'nin deregulation/düzenlememe yönünde vermiş olduğu bu karara karşı yargı yoluna başvurulmuş ve nihai noktada ABD Federal Yüksek Mahkemesi, **FCC v. WNCN Listeners Guild**,

programlarına yer verilmesinin zorunlu hale getirilmesinin yayıncının ifade ve girişim özgürlüğü üzerinde bir sınırlama olduğunda kuşku yoktur.[516] Fakat bu tür bir sınırlama, izleyicinin haklarını yayıncınınkine üstün tutan bir sistemde meşru görülebilir.[517] Bu bağlamda yapılan *düzenleme-sınırlama*, devletin pozitif edim yükümlülüğü çerçevesinde ifade özgürlüğünü etkin kılmak için gereklidir denilebilir.[518] Düzenleme hiçbir şekilde belirli bir bakış açısını yansıtacak biçimde bir tercihi zorunlu kılmamaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi tarafından, bakış açısına tarafsız (view point-nuetral) sınırlamalar büyük ölçüde meşru sayılmaktadır.[519]

Kanunun 29. maddesinde yer alan, radyo ve TV kuruluşlarının kuruluş ve hisse oranlarıyla ilgili hükümler de ifade özgürlüğünün en önemli araçlarından birinin gereği gibi işleyebilmesi açısından zorunlu düzenlemeleri öngörmektedir. Bu hükümlerin yerindeliğine ilişkin ayrıntılı bir inceleme yapmak bu çalışmanın amacının dışındadır. Kısaca bu hükümler, yayın izninin, radyo ve televizyon yayıncılığı, haberleşme, eğitim, kültür ve sanat amacıyla kurulmuş anonim şirketlere verileceğine ve bu şirketlere ortaklıkların ne şekilde düzenleneceğine ilişkin konuları kapsamaktadır. Bu düzenlemeler en temelde, yayıncılığın tekelleşmesine; belirli bir siyasal partinin, kişinin, sermaye grubunun ya da diğer herhangi bir kurum ve kuruluşun tekil çıkarlarına hizmet edecek şekilde organize olmasına engel olmak amacıyla yapılmıştır. Bu düzenlemeler göstermektedir ki, yürürlükteki Türk hukuk sistemi *laissez-faire* doktrinini temelden reddetmekte ve etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulabilmesi için devletin olumlu edimini gerekli görmektedir.[520]

---

450 U.S. 582 (1981) kararında, FCC'nin bu yönde almış olduğu kararı onaylamıştır. Kararın yorumuyla ilgili olarak bkz. Watkins, s. 444.

[516] ABD ifade özgürlüğü rejimi, yayınların belirli bir oranının kültürel, eğitsel ya da kamusal sorunların tartışılmasına ayrılması konusunda yapılacak her türlü düzenlemeyi Anayasaya aykırılık gerekçesiyle reddetmektedir. Bu sonuç, ifade özgürlüğüne *laissez-faire* doktrininin hakim olduğu bir rejimde kaçınılmazdır. Bu konuda bkz. Watkins, ss. 444–447.

[517] Bkz. ABD Yüksek Mahkemesinin yukarıda incelenen **Red Lion Broadcasting Co. v. FCC** kararı.

[518] Burada sözü edilen düzenleme, yayıncının ifade özgürlüğü üzerinde bir sınırlama niteliğinde olmakla birlikte, ifade özgürlüğü sistemi üzerinde olumlu bir etkiye sahiptir. Bu konuda bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, ss. 18 vd.

[519] Sınırlama konusu, çalışmanın son bölümünde incelenecektir.

[520] Doktrinde, 3984 sayılı yasaya 4756 sayılı yasayla yapılan değişiklikler sonucunda 29. maddenin medyada tekelleşmeyi artıracak nitelikte bir düzenleme olduğu ileri sürülmekte ve değişiklik bu açıdan eleştirilmektedir. Bkz. Çankaya/Yamaner, ss. 239–241.

Son olarak, Anayasanın 133. maddesinde dayanağını bulan 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunundan söz etmek gerekir.[521] Yukarıda belirtildiği gibi, devletin ifade özgürlüğü piyasasına olumlu müdahalede bulunma ödevinin bir parçasını da devlet eliyle işletilecek bir yayın kuruluşu oluşturmaktadır. Devlete ait bir yayın kuruluşunun varlığı piyasaya önemli katkılar sağlayabilir. Özellikle yüksek kaliteli programların üretilmesi ve kamuya sunulması açısından böyle bir yayın kuruluşuna ihtiyaç bulunmaktadır. Reklâm verenlerin ve dolayısıyla sermaye gruplarının özel yayın kuruluşları üzerinde sahip olabilecekleri etkilere karşı bağışık olabilecek bir devlet kuruluşu bu alanda önemli, hatta yaşamsal bir rol oynayabilir. Bu bağlamda, Kanunun 8. maddesinde ifadesini bulan Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu (TRT) böyle bir işlevi yerine getirme potansiyeline sahip görünmektedir. Kurum, özerkliği ve yayınlarındaki tarafsızlığı ölçüsünde böyle bir amacı gerçekleştirebilir.

Belirtmek gerekir ki, 9. maddede belirtilen siyasaların yürütülmesiyle kurumun ödevlendirilmiş olmasından dolayı kurum üzerindeki sınırlama genel ifade özgürlüğü rejiminin dışına çıkarılmıştır. Başka bir deyişle, bu sınırlamaların ifade özgürlüğü rejimi çerçevesinde (ifade özgürlüğü hakkı bağlamında) anayasal dayanağının olmaması hukuksal açıdan bir ifade özgürlüğü sorunu değildir. Şöyle de denilebilir: TRT, diğer kanallara göre eğitsel, kültürel ve sanatsal programları, izlenme kaygısı taşımadan daha fazla bir ağırlıkla işlemelidir. Kamusal tartışmalara daha çok yer vermelidir. Bu konuda TRT sınırlandırılmalıdır ki, kendisinden beklenilen işlevi gereği gibi yerine getirebilsin. Kanuna, hatta anayasaya dayalı olarak özel yayın kuruluşlarını kapsayacak biçimde getirilecek bu türden bir sınırlandırma ifade özgürlüğü rejimi bakımından sorunludur. İfade özgürlüğü üzerinde devletin pozitif edim yükümlülüğünün sınırları özel yayın kuruluşları ve devlet kuruluşu bakımından doğal olarak farklılık gösterir. Devlet, kendisini meşrulaştıran bir ideolojiye her zaman taraftır. Devletin, insan haklarına, demokrasiye karşı yayın politikası izleyen bir kurumu olamaz. Devlet, bu durumda taraf olabilir. Ancak, özel bir yayın kuruluşunun *devletin resmi ideolojisine*[522] karşı

[521] Çankaya/Yamaner, ss. 191 vd.
[522] Demokratik bir rejimde devletin resmi ideolojisinin olamayacağı söylenebilir. Demokratik devlet, Aron'un ifadesiyle bir *ideokrasinin* savunucusu olamaz. Bununla birlikte, 1982 Anayasasının kurmuş

yayın politikası izlemesi mümkündür. Böyle bir yayın kuruluşunun söz konusu yayınlarının sınırlandırılması genel ifade özgürlüğü rejimine göre verilecek yanıtlar ölçüsünde olanaklıdır. Başka bir deyişle burada ifade özgürlüğü hakkının norm alanında bir *daraltma* söz konusu olmayıp, norm alanına yapılan bir *sınırlandırma* söz konusu olacaktır.[523]

TRT'nin, Kanunun 5. ve 9. maddelerinde yazılı olan amaçlar doğrultusunda bir yayın politikası izlemesi, ifade özgürlüğünün ihlali anlamına gelmez ise de, böyle bir yayın politikasının benimsenmesi eğer yayınlarda düşünsel çoğulculuğu yeterince yansıtmama anlamına geliyorsa, bu durum ifade özgürlüğü sistemi bakımından sorun oluşturacaktır. Bir devlet yayın kuruluşunun varlığını haklılaştıran gerekçeler, söz konusu yayın kuruluşunun tarafsız yayın politikaları izlemesi ve böylece halk arasında yeterli güveni sağlamasıyla temellendirilebilir. TRT'nin, hükümetin (yürütme erkinin) ya da diğer devlet organlarının siyasalarını meşrulaştırma aracı haline gelmesi (salt bir onay ve ilan makamına dönüşmesi), halk arasındaki güvenilirliğini zedeler, hatta tümüyle ortadan kaldırır. Bu yolla Devletin ifade özgürlüğü piyasasına olumlu müdahalesi etkin bir ifade özgürlüğü sistemine herhangi bir katkı sağlayamaz.[524]

Devletin olumlu edimiyle piyasanın gereği gibi işlemesine katkı sağlayabilmesi, oluşturulacak kurum ya da kuruluşların, özerk ve bağımsız bir statüde kurulmasıyla olanaklı olabilir. TRT'nin böyle bir bağımsız yapısının olup olmadığını incelemek bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Bir yayın kuruluşunun devlete ait bulunması, onun tarafsızlığı konusunda bir kuşku uyandırsa da bu durum kurumun yayın politikalarındaki güvenilirliği ile aşılabilecek bir konudur. Bir devlet kuruluşu olan BBC'nin, en kritik dönemlerde izlemiş olduğu yayın politikalarındaki tarafsızlık, kurumun iktidarlar tarafından vatana ihanetle suçlanmasına kadar

---

olduğu sistem büyük ölçüde bir resmi ideolojiye dayanmaktadır. Bu konuda bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, ss. 226–248; Aron, **Deneme**, s. 87.

[523] Norm alanındaki daraltma ve sınırlandırmanın ne anlama geldiği konusunda bkz. Uygun, **1982 Anayasası**, s. 58 (özellikle 67 No'lu dipnot).

[524] Kamuoyunun oluşumuna katkı bakımından yapılan bir araştırmada, karşı tezlere de yer verilerek yapılan programlarda kamuya sunulan bilgilere karşı güvenilirliğin kamuoyunda tek yanlı savunulara karşı güvenilirliğe göre çok daha yüksek olduğu belirlenmiştir. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Hovland/Lumsdaine/sheffield, "*Tartışmalı Bir Konuda Kanaat Değiştirmede Tek Yanlı Sunuma Karşı İki Yanlı Sunumun Etkisi*", **Kitle Haberleşme Teorilerine Giriş-Seçilmiş Parçalar**, Çev. ve Yayına Hazırlayan Ünsal Oksay, Sevinç Matbaası, Ankara 1969, ss. 215–259.

vardırılmıştır. BBC'nin devlete karşı sağlam duruşu kimi özel yayın kuruluşları tarafından, "halkın vergileriyle ayakta duran bir kuruluşun halka karşı yayın yapmakla" suçlanması gibi trajik bir görünüm bile almıştır.[525]

Burada tehlikeli olan, yayın kuruluşlarının tekelleşmesidir. Bunun devlet ya da özel kişiler eliyle olmasının bir önemi yoktur, her iki durum da ifade özgürlüğü sistemi bakımından tehlikelidir.[526]

İfade özgürlüğünün en önemli araçlarından biri olan radyo ve TV yayınlarından ifade özgürlüğü piyasasına istenilen katkının gerçekleşebilmesi için devletin bu türden müdahaleleri gerekliliğin ötesinde bir zorunluluktur. Bunun örnekleri, ABD ve özellikle diğer pek çok ülke bakımından incelenmiştir.

Sonuç olarak, ifade özgürlüğü rejimi içerisinde, pozitif edim yükümlülüğünün muhatabı yukarıda belirtilen istisnalar (*düzenlemeler*) dışında devlettir. Devletin dışında ifade özgürlüğünün yazılı ya da görsel diğer ajanlarının böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Böyle bir yükümlülüğü diğer ajanlar için de öngörmek, ifade özgürlüğü rejimini tümüyle devletin denetimine bırakmak gibi bir sonucun ortaya çıkmasına yol açabilir. İfade özgürlüğü, yönetimi denetlemenin en temel araçlarından biri olduğuna göre, devletin olumlu müdahale ediminin de ifade özgürlüğü hakkının norm alanı denetiminde olması gerekir. Aksi takdirde, ifade özgürlüğü piyasasındaki düşünsel çoğulcululuğun, en azından potansiyel olarak devlet tarafından ortadan kaldırılma tehlikesinin varlığı gözden kaçırılmış olur.

E) Düzeltme ve Cevap Hakkı

Devletin pozitif edim yükümlülüğünün ifade özgürlüğü hakkı üzerindeki önemli görünümlerinden biri de *düzeltme ve cevap hakkı* kurumudur. Etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin kurulabilmesi için düzeltme ve cevap hakkı kurumuna ihtiyaç vardır. Düzeltme ve cevap hakkı kurumu basın özgürlüğünün önemli unsurlarından birini oluşturmaktadır. Bu bakımdan da düzeltme ve cevap hakkı, ifade

[525] BBC'nin, 1956 yılında İngilterenin Mısır işgaline karşı izlemiş olduğu eleştirel yayın politikası dönemin başbakanı Anthony Eden tarafından vatana ihanet olarak nitelendirilmiştir. BBC aynı politikayı, 1982 Falkland adalarıyla ilgili krizde ve Amerika ve İngilterenin Irak işgalinde de sürdürmüştür. BBC'nin bu tavrı Amerikalı yazar tarafından eleştirilmiştir. Bkz. Butterworth, Trevor, "*The BBC Meets Its Waterloo*", **The World & I**, Vol. 19, Iss. 5, Washington May 2004.
[526] Riker, **Democracy in the United States**, s. 104.

özgürlüğünün hem *özgürlük* alanına hem de bir sistem olarak *kurumsal* alanına destek olmaktadır.

Düzeltme ve cevap hakkı, ifade özgürlüğü sisteminin etkin kılınabilmesi için devleti pozitif edim yükümlülüğü çerçevesinde kurumsallaştırması gereken en önemli sistem araçlarından biri olmaktadır. Jerome A. Barron, cevap hakkı kurumunun yalnızca radyo ve TV yayınlarıyla ilgili olarak değil, aynı zamanda yazılı basın için de tanınması gerektiğini savunmuş; fikirlerin serbest piyasasının, devletin olumlu ediminin olmadığı yerde ancak romantik bir mit/efsane olabileceğini ileri sürmüştür. Barron'a göre medyaya erişim hakkı (cevap hakkı), ifade özgürlüğüne aykırılık oluşturması tartışması bir yana, ifade özgürlüğünün gerçekleşmesinin zorunlu unsurlarından biridir. Dolayısıyla, böyle bir hakkın tanınmaması ifade özgürlüğü hakkının ihlali anlamına gelmektedir.[527] Amerikalı yazarın bu görüşleri, ABD hukuk rejiminde olmasa da Kıta Avrupası rejiminde benimsenmiştir. Nihayet aşağıda inceleneceği üzere, AİHM de yakın tarihli bir kararında, düzeltme ve cevap hakkı kurumunu ifade özgürlüğünün kurucu unsurları arasına almıştır. Cevap hakkı kurumunun Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından bağımsız bir hak olarak düzenlenerek kurumsallaştırıldığını da belirtmek gerekir.[528]

Düzeltme ve cevap hakkının yapısında üç yönlü bir ilişki bulunmaktadır. Birinci yönü yayıncıya bakan yönüdür; ikincisi, kamuya bakan yönüdür ve son olarak düzeltme ve cevap hakkı kullanıcısına bakan yönüdür.

Birinci yönü itibariyle bu kurum kuşkusuz yayıncının ifade özgürlüğü hakkını sınırlamaktadır. Bu bağlamda, yayıncının ifade özgürlüğü hakkı bakımından olumsuz bir etkiye sahip olmaktadır. İkinci olarak, kamuya bakan yön daha karmaşık görünmektedir. Kamunun ifade özgürlüğü üzerinde doğrusal bir etkiden çok dolaylı bir etkiye sahiptir.[529] Konu, ifade özgürlüğünün önemli unsurlarından birini oluşturan

---

[527] Bkz. Jerome A. Barron, "*Access to the Press-A New First Amendment Right*", **Harvard L. Rev**., Vol. 80, Iss. 1641, 1967.

[528] Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin (1969) 13 üncü maddesinde cevap hakkına ilişkin ("Yanıt Hakkı" başlığı altındaki) düzenlemenin Türkçe çevirisi için bkz. M. Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments**, Cilt/Volume, III, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2004, s. 31.

[529] Alman hukukunda R. Gross, cevap hakkının kişilik haklarının kapsamında bir hak olmadığını, basın özgürlüğünü sınırlandıran ve kamuoyunun oluşmasına katılmayı ifade eden bir hak olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Kayıhan İçel, **Kitle Haberleşme Hukuku**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1977, s. 168'deki 86 No'lu dipnot.

kamunun haber alma özgürlüğü (hakkı) açısından önem taşımaktadır. Herhangi bir haberle ilişkilendirilen bir kişi ya da kurumun görüş ve düşüncelerine başvurmaksızın (ya da yer vermeksizin) basının kamuyu tek yanlı olarak bilgilendirmesinin piyasanın oluşumu bakımından önemli sakıncaları olabilmektedir. Bir haberi yayınlamadan önce yayıncının, haberin doğruluğunu araştırması ve kamuoyunu doğru biçimde bilgilendirmek için gerekli özeni göstermesi habercinin, basının ödevidir. Yayıncının sorumsuz davranması, kamuoyunun bilgilendirilmesi görevini gereği gibi yerine getirmemesi, ifade özgürlüğünün en önemli araçlarından birisini sistem için bir tehlike haline getirebilir.[530]

Son olarak düzeltme ve cevap hakkı kurumu, kişilik hakları basın tarafından haksız olarak saldırıya maruz kalmış olan bireylere bir çeşit meşru müdafaa hakkı niteliğindedir.[531]

Düzeltme ve cevap hakkı kurumu, söz konusu sakıncaları gidermenin önemli araçlarından biri olmaktadır. Düzeltme ve cevap hakkının kullanılması dolayısıyla yayıncının ifade özgürlüğü üzerinde yapılan sınırlama, ifade özgülüğü sistemi açısından bakıldığında olumsuz bir etki yaratmamaktadır. Tam aksine, haber ve yorumlarda çeşitliliği arttırmakta, kamuya iletilen görüş ve düşüncelerin test edilmesine olanak sağlamaktadır. Düzeltme ve cevap hakkı kurumunun gerekliliği noktasında bütün demokratik ülkelerde bir görüş birliği olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, radyo TV yayınları ile yazılı basın arasında farklı rejimlerin uygulandığı ABD ifade özgürlüğü rejimi diğer ülkelerden ayrı tutulmalıdır.

1) ABD Hukuk Sisteminde Cevap Hakkı Kurumu

ABD hukuk sistemi, *düzeltme hakkına* yer vermemekte fakat sınırlı biçimde *cevap hakkına* (right of reply) yer vermektedir. Bu sistemde cevap hakkı, radyo ve TV yayınları rejimi bakımından kurumsallaştırılmış olmakla birlikte, yazılı basın açısından kararlılıkla reddedilmektedir.[532] *Red Lion* kararında Yüksek Mahkeme,

[530] Bu konuda bkz. Sulhi Dönmezer, **Basın Hukuku**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1968, ss. 271.
[531] Dönmezer, **Basın Hukuku**, ss. 271; Benzeri biçimde İçel/Ünver, düzeltme ve cevap hakkının bir tür savunma hakkı olduğunu belirtmektedirler. Bkz. İçel/Ünver, **Kitle Haberleşme Hukuku**, s. 417.
[532] Dönmezer, 1968 tarihli "Basın Hukuku" çalışmasında, ABD'yi cevap hakkını kabul etmeyen ülkelere örnek olarak göstermekte, ancak cevap hakkının radyo yayınları bakımından benimsenmesi

FCC'nin hakkaniyet (fairness) doktrini temelinde, radyo ve TV yayınlarında, kişilik haklarına saldırılan kişilere cevap hakkı tanınmasına ilişkin düzenlemelerini *frekansların seyrekliği* (scarcity) gerekçesiyle Anayasaya uygun bulmuştur. Bu kararın ayrıntıları yukarıda incelenmiştir. Kısaca söylemek gerekirse, ABD doktrininde anayasa hukukçusu Lee Bollinger tarafından ortaya atılan asimetrik denetim, ABD medya rejimi açısından bu gün de geçerliliğini korumaktadır.[533]

Watkins'in belirttiği gibi, Federal Haberleşme Komisyonu (FCC) hakkaniyet doktrinini yürürlükten kaldırmış olmakla birlikte, kişilik haklarına saldırı durumunda radyo ve TV yayınlarında saldırının hedefindeki kişiye cevap hakkı tanınması kuralını uygulamayı sürdürmektedir.[534]

Bununla birlikte, ABD hukuk sistemi yazılı ve elektronik basın açısından cevap hakkını kabul etmemektedir. 1974 tarihli, *Miami Herald Publication Corparation v. Tornillo* kararında[535] Yüksek Mahkeme, siyasal seçimlerde aday olan kişilere, gazetelerde geçmişleriyle ilgili olarak yapılan haberlere ve eleştirilere karşı cevap hakkı tanıyan Florida federe yönetimi tarafından çıkarılmış bir yasayı Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

Florida Yüksek mahkemesi ise bu yasayı, "*serbest bilgi akışındaki önemli toplumsal çıkar*" gerekçesiyle Anayasaya uygun bulmuştur. Eyalet Yüksek Mahkemesi, yasanın ifade özgürlüğü hakkını ihlal etmek bir yana hakkın koruduğu

---

gerektiği yönünde düşüncelerin son yıllarda ortaya çıktığından söz etmektedir. Kitabın basıldığı dönemler bakımından bu yerinde bir tespittir. ABD yüksek mahkemesinin cevap hakkı konusunda vermiş olduğu kararlar bu tarihten sonraya tekabül etmektedir. Bkz. Dönmezer, **Basın Hukuku**, ss. 272 vd.

[533] Asimetrik denetim konusunda Bollinger'in görüşleri, "ABD Doktrin ve Uygulamasında TV Yayınlarının Rejimi" başlığı altında incelenmiştir.

[534] Kişilik haklarına saldırıya ilişkin kural şöyle tanımlanmaktadır: Kamusal önemi haiz olan tartışmalı bir konuyla ilgili olarak ileri sürülen görüşlerin sunumu sırasında, belirli bir kişi ya da grubun dürüstlüğü, karakteri ya da kişiliği ile ilgili benzeri niteliklere bir saldırıda bulunulduğunda yayın kuruluşu saldırının hedefi olan kişi ya da gruba hiçbir şekilde saldırının yapıldığı andan itibaren bir haftayı aşmayacak makul süre içinde gereğine uygun bir cevap hakkını önermesi gerekir. Yabancı gruplara ya da kamusal kişiliklere bu hak tanınmaz. Siyasal seçimler sırasında adaylar ya da onların sözcüleri tarafından yapılan açıklamalara karşı cevap hakkının kullanılması olanaklı değildir. Ayrıca, haberlerini sunumu sırasında yapılan röportajlara, spot olarak sunulan haberlere karşı da cevap hakkının kullanılmasına izin verilmemektedir. Kişilere yönelik olarak yapılan eleştiriler de bu kapsamın dışında kalmaktadır. Örneğin, FCC'ye göre bir kongre üyesine "korkak" denilmesine ya da bir mesleği icra eden kişi hakkında beceriksiz/yeteneksiz ifadesinin kullanımına karşı cevap hakkı söz konusu olamaz. Buna karşılık bir radyo programında gazeteci Fred Cook hakkında, "kamu görevlileri hakkında iftiralar üreten ve Barry Goldwater'ı karalamak için bir kitap yazan yıkıcı bir kimse tanımlamasına yer verilmesinin gazeteci için cevap hakkının doğacağı kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. Watkins, ss. 426 vd.

[535] **Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo**, 418 U.S. 241 (1974).

değerlere daha etkin bir koruma sağladığını böylece özgürlüğü arttırdığını ileri sürmüştür.[536] Florida Yüksek Mahkemesinin bu görüşleri Federal Yüksek Mahkemede kabul görmemiştir.

Başyargıç Burger tarafından açıklanan mahkeme kararında yasanın, gazeteleri istenilmeyen sözleri/ifadeleri yayınlamaya zorlamasının Anayasanın Birinci Değişikliğine aykırı olduğu belirtilmiştir. Mahkemeye göre, devlet gücüyle, gazeteleri (editörlerinin) istemedikleri ifadeleri yayınlamaya zorlamak anayasaya aykırıdır. Sorumlu bir basın, istenilen bir amaç olabilirse de, bu sorumluluğu -diğer birçok değer bakımından olduğu gibi- devlet eliyle sağlamaya çalışmak anayasal açıdan uygun görülemez. Gazetenin kendi görüşlerini de ifade etmesinden alıkonulmamış olması, bu yasayı savunabilmek için yeterli değildir. Florida yasası, gazetenin ifade özgürlüğüne içeriğe dayalı (content-based) bir yaptırım/ceza uygulamaktadır. Devlet zoruna dayanan medyaya ulaşma (access to media) hakkı, kamusal tartışmanın çeşitliliği/çoğulculuğu üzerinde kaçınılmaz biçimde bir sınırlama ve zayıflatma etkisi yaratır.[537]

Mahkeme, dayandığı bu türden ampirik temellendirmelerin yanlış olabileceğini de kabul etmektedir. Öyle ki, ifade özgürlüğü sistemi bakımından söz konusu olumsuz etkiler (kamusal tartışmanın çeşitliliğinin zayıflatılması vs.) gerçekleşmese bile, böyle bir yasa anayasaya uygun olmayacaktır; zira bu yasa, editörlerin görev alanlarına haksız bir tecavüz anlamına gelecektir. Bir gazete, haberlerin, görüşlerin, yorumların ya da reklâmların pasif bir aktarıcısı olarak görülemez. Gazetede yayınlanacak materyalin; sayfaların içerik, kapsam ve sınırlarının; adil ya da adaletsiz olsun, kamusal sorunlar ya da kamu görevlileri hakkındaki tartışmaların yönü ve şekliyle ilgili olarak verilecek tüm kararlar

[536] Olaya bakan ilk derece mahkemesi, cevap hakkı talebinin dayandığı yasa hükmünün Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle tazminat ve icra kararını reddetmiştir. İlk derece mahkemesinin anayasaya aykırılık iddiası Florida Yüksek Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Karara konu olan olaylar ve yorumları hakkında bkz. Watkins, ss. 400 vd.

[537] ABD Yüksek Mahkemesi tarafından ileri sürülen bu görüşler Fransız doktrininde G. Duplat tarafından da savunulmuştur. Duplat'a göre, düzeltme ve cevap hakkı basının mülkiyet hakkı içerisinde kalan bir alana tecavüz etmek demektir. Böyle bir hakkın kullanılması, eleştiri özgürlüğünü sınırlayacak, basının görevini yerine getirmesini engelleyecektir. Duplat'ın Le Journal'deki görüşleri için bkz. Dönmezer, **Basın Hukuku**, ss. 272.

editörlerin denetim ve takdirleri içerisindedir. Bu denetim ve takdir yetkisine devleti ortak etmek anayasaya aykırıdır.[538]

ABD doktrininde, etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulabilmesi için cevap hakkının tanınması gerektiği konusunda görüşler de dile getirilmektedir. Bu yönde görüşleri en güçlü biçimde dile getirenlerden biri de Cass R. Sunstein'dir. Sunstein'e göre başkan adayları için TV yayınlarında belirli sürelerin ayrılması ve genel bir cevap hakkının tanınması, ifade özgürlüğü üzerinde bir kısıtlama etkisi yaratmadığı gibi, sistemi daha etkin kılmaktadır.[539] Cevap hakkının radyo ve TV yayınları ile diğer medya arasında farklı rejimlere tabi tutulması için bir neden bulunmamaktadır. Nihayet pek çok ülkede bu kurum başarıyla uygulanmaktadır ve ifade özgürlüğü sistemi üzerinde olumlu bir etki yaratmaktadır. İfade özgürlüğü sistemi, devletin müdahalesi olmaksızın gereği gibi işlememektedir. Cevap hakkı kamusal tartışmayı güçlendirmekte; düşünsel çeşitliliği arttırmakta ve daha etkin hale getirmektedir. Dolayısıyla bu kurumun yalnızca radyo ve TV yayınları rejimine değil, diğer basın yayın rejimine de uygulanması gerekir.[540]

2) Kıta Avrupasında Düzeltme ve Cevap Hakkı Kurumu ve AİHM'nin Yaklaşımı

a) Ulusal Hukuk Sistemleri Bakımından Bir İnceleme

Düzeltme ve cevap hakkının tarihi, 1789 Fransız Devrimine kadar uzanmaktadır. 1799 yılında milletvekili Dulaure tarafından düzeltme ve cevap hakkının kabul edilmesi için verilen öneri Mecliste reddedilmiş, ancak 1822 tarihli Basın Kanunu ile bu hak kurumsallaştırılmıştır.[541]

---

[538] Yüksek Mahkemenin savunmuş olduğu bu görüşler Fransız Bourquin tarafından da Le Liberté de la Presse eserinde aynı biçimde dile getirilmiştir. Yazara göre, bir yayının içeriğini belirleme hakkı yayıncıya aittir. Düzeltme ve cevap hakkı kurumu ise yayıncıyı istemediği şeyleri yayınlamak zorunda bırakmaktadır. Bu ise açıkça basın özgürlüğünün ihlali demektir. Görüşler için bkz. Dönmezer, **Basın Hukuku**, ss. 271.
[539] Sunstein, **Democracy**, ss. 43, 88.
[540] Sunstein, **Democracy**, ss. 107–108, 113; Barron, "*Access to the Press*".
[541] İçel, **Kitle Haberleşme Hukuku**, s. 168.

Kıta Avrupası hukukunda genellikle düzeltme ve cevap hakkının kabulünde 1881 tarihli Fransız kanunundaki hükümlerin model alındığı belirtilmektedir. Bu kanun, cevap hakkını genel ve mutlak olarak kurumsallaştırmıştır. Hakkı kullanan kişi, hakkın biçim, içerik ve yararlarını belirleme açısından tam yetkili kılınmıştır. İlgili kişinin cevap hakkını kullanabilmesi herhangi bir koşula bağlı tutulmamıştır. Cevap hakkının kullanılmasını tahrik eden yazıda, kişinin haysiyet ve şerefine dokunulmuş olması ya da kişiyle ilgili gerçeğe aykırı beyanda bulunulmuş olması zorunlu değildir. Yazıda, cevap veren kişinin adından söz edilmesi ya da yazının o kişiyle ilgili olduğunun anlaşılması hakkın kullanılabilmesi için yeterli görülmüştür. Cevabın yayınlanmasının kamusal tartışmaya bir katkı sağlayıp sağlamayacağı ya da herhangi bir kamusal çıkarın olup olmadığı gibi konular gündem dışı kalmakta ve yargıca bu noktada herhangi bir takdir hakkı tanınmamaktadır.[542]

İtalyan Basın Kanununun 8. maddesinde, "haysiyete dokunan yahut bu şahıslarca hakikate aykırı sayılan" yazılara karşı cevap hakkının kullanılabileceği belirtilmiştir. İtalyan hukuku cevap hakkının kullanılmasını belirtilen bu koşullarla sınırlandırmış ve Fransız sisteminin benimsediği modelden ayrılmıştır.[543]

Yazının içeriği ile ilgili olarak karşılaştırmalı hukukta genel olarak iki sistemin kabul edilmiş olduğu belirtilmektedir. Fransa'dan başka, Belçika, İtalya, Lüksemburg ve Güney Amerika devletlerinde uygulanan sistemde, düzeltme ve cevap hakkının kullanımı yalnızca maddi olaylarla sınırlı olmayıp, maddi olayların değerlendirmesine, görüş ve yorumlara karşı da kullanılabilmektedir. İkinci model ise Alman sistemi olarak adlandırılmakta ve yalnızca maddi olaylarla sınırlı olarak cevap hakkının kullanılmasına izin verilmektedir.[544]

Görüldüğü gibi Kıta Avrupası hukuk sistemleri, düzeltme ve cevap hakkını kurumsallaştırmışlardır. Bu kurumun varlığını, basının ifade özgürlüğü üzerinde bir hak ihlali teşkil edecek nitelikte bir sınırlama olarak değerlendirmemektedirler.

Düzeltme ve cevap hakkı kurumunun Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde kabul ediliş biçiminin yaratabileceği kimi sorunlar üzerinde kısaca durulmasında yarar bulunmaktadır.

---

[542] Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 96.
[543] Dönmezer, **Basın Hukuku**, s. 273–274.
[544] İçel, **Kitle Haberleşme Hukuku**, s. 169; İçel/Ünver, **Kitle Haberleşme Hukuku**, s. 196.

Dönmezer, düzeltme ve cevap hakkı kurumunun ya Fransız modelinde olduğu gibi mutlak olarak kabul edilmesi gerektiğini ya da bu kuruma hiç yer vermemek gerektiğini ileri sürmektedir. Fransız ve (kitabın basıldığı tarihteki) ABD modelini esas alan bu görüş, düzeltme ve cevap hakkının ifade özgürlüğü sistemi bakımından sahip olduğu konumu dikkate almamaktadır. Düzeltme ve cevap hakkı, yukarıda belirtildiği gibi üçlü bir ilişkiye sahip bulunmaktadır. Bu ilişkiler ağında, basının ifade özgürlüğü hakkı ile kişilerin hakları arasında bir dengelemenin öncelikle yapılması gerekir. Dahası bu dengeleme yapılırken kamuoyununun haber alma hakkının ifade özgürlüğü sistemi içerisindeki değer ve konumları da dikkate alınmalıdır. Hakkı mutlak olarak kabul etmek de, hiç kabul etmemek de, sistem üzerinde olumsuz bir etki yaratır. Ayrıca bir hakkı kabul edebilmek için söz konusu hakkı *mutlak* olarak düzenlemek zorunlu da değildir. Birkaç istisna dışında hak ve özgürlükler *sınırlı* olarak kabul edilmektedir. İfade özgürlüğü hakkı da nihayet sınırlı bir hak olarak düzenlenmektedir.[545]

Bu bağlamda, cevap hakkını mutlak bir nitelikte kurumsallaştıran Fransız modeli, basının ifade özgürlüğü için önemli bir tehdit oluşturmaktadır. Düzeltme ve cevap hakkının kurumsallaştırılmasına karşı çıkan görüşlerin bütün eleştirilerini haklılaştıran bu yaklaşım, ifade özgürlüğü sistemini olumsuz etkileyebilecek bir potansiyele sahip olduğu için benimsenmemelidir. Alman modeli, basının ifade özgürlüğü hakkını dikkate alan ve böylece dengeleyici bir işleve sahip bir sistem gibi gözükmektedir. Ne var ki, Kıta Avrupası modelinde, önemli bir olumsuzluk dikkati çekmektedir: Cevap hakkını kullanmak isteyen ilgilinin, yayını gerçeğe aykırı görmesi durumunda cevap hakkının kullanılacağını hükme bağlayan bir sistem, basının ifade özgürlüğü bakımından potansiyel bir tehlikeyi taşımaktadır. *Gerçeğe aykırılığı* bütünüyle sübjektif bir hale getiren bu yaklaşım basının ifade özgürlüğü hakkını göz ardı etmektedir. Burada artık toplam özgürlük açısından bir artıştan söz edilemeyeceği için ifade özgürlüğü hakkı bakımından bir *düzenlemeden* değil, *sınırlamadan* söz edilebilir. Yapılması gereken, objektif gerçekliğin taraflarca sunulan kanıtlar çerçevesinde değerlendirilerek bir sonuca varılmasıdır.

[545] Aynı yönde görüşler için bkz. Özek, **Türk Basın Hukuku**, ss. 98–99.

b) Avrupa Konseyi Belgeleri ve AİHM'nin Konuya Yaklaşımı

Düzeltme ve cevap hakkının Avrupa Konseyi düzeyinde ele alınışının görece olarak yakın bir geçmişi bulunmaktadır. Bu hakkın, ulusal hukuklarda güvence altına alınmasının ise yukarıda incelendiği üzere iki yüz yılı bulan bir geçmişi bulunmaktadır. Nihayet uluslararası insan hakları hukukunda da düzeltme ve cevap hakkının bağımsız bir hak olarak güvenceye alındığı görülmektedir.

Burada öncelikle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 15 Aralık 2004 tarihli "*Yeni Medya Ortamında Cevap Hakkına İlişkin Tavsiye Kararı*"ndan söz etmek gerekir.[546] Kararın başlığından konunun yalnızca "*cevap hakkı*" ile ilgili olduğu sonucu çıkarılabilir. Ancak, kararda incelenen konu bizim hukukumuzda incelemiş olduğumuz "düzeltme ve cevap hakkı" kurumudur. "*Cevap hakkı*" denildiğinde, ABD hukuk sisteminde olduğu biçimde radyo ve TV yayınları bağlamında, kişilik haklarına saldırıda bulunulan kişi ya da gruplara sınırlı ölçüde tanınmış olan bir haktan söz ediliyor yanılsaması olabilmektedir. Halbuki *düzeltme ve cevap hakkı* içerisinde yer alan *düzeltme hakkı*, kişilik haklarına bir saldırı söz konusu olmasa bile, ilgili gerçek ya da tüzel kişinin yayının içeriğinin gerçeğe aykırılık oluşturması durumunda bu hakkı kullanmasına olanak tanımaktadır. Bu açıdan yinelemek gerekirse, anılan Bakanlar Komitesi kararının konusu, "*düzeltme ve cevap hakkı*"dır.

Kararda düzeltme ve cevap hakkının, kendileri hakkında gerçek dışı olgular içeren ya da kişilik haklarını ihlal eden yayınlara karşı bir koruma işlevi gördüğüne dikkat çekilmektedir. Ayrıca kamunun farklı kaynaklardan haber alma hakkının önemine ve cevap hakkının halkın tam (doğru düzgün-complete) bilgiye ulaşmasındaki katkısına dikkat çekilmiştir. Kararda, cevap hakkı kurumunun tanınmasının, medya yoluyla haysiyet ve şerefleri (dignity, honour), şöhretleri (reputation) ya da mahremiyetleri (privacy) ihlal edilmiş olan kişilerin, ihale karşı sahip oldukları diğer haklarını (remedies) ortadan kaldırmayacağı ifade edilmiştir.

---

[546] **Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on the Right of Reply in the New Media Environment**, Adopted by the Committee of Ministers on 15 December 2004 at the 909th Meeting of the Minister's Deputies; https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp, (çevrimiçi), 13/02/2007.

Son olarak, kararda medya araçlarının bir tanımı yapılmış ve cevap hakkının kullanımına ilişkin koşullar ayrıntılı biçimde belirtilmiştir.[547] Bu karara karşı İngiltere ve Slovakya, on-line servislerle ilgili olarak kararın uygulanması konusunda çekincelerini belirtmişlerdir.[548]

Avrupa Konseyi düzeyindeki bu gelişmeler, gazetecilerin haber kaynakları konusunda olduğu gibi Konsey organı olan AİHM'nin dikkatinden kaçmamıştır. Mahkeme, düzeltme ve cevap hakkına ilişkin konuyu 28 Ağustos 2003 tarihinde Ukrayna aleyhine yapılan bir başvurunun kabul edilebilirlik kararında incelemiştir.[549] Karara konu olan olaylar şöylece özetlenebilir:

1996 yılında yerel bir gazete, başvurucunun yazmış olduğu bir kitap hakkında eleştirel bir değerlendirme yazısı (review) yayınlamıştır. Gazete daha sonra (26 Ocak 2001 tarihinde) başvurucunun yazmış olduğu şiir kitabı hakkında da eleştirel bir değerlendirme yazısı yayınlamıştır. Her iki eleştiri yazısını da kaleme alan gazeteci, başvurucu hakkında oldukça olumsuz değerlendirmeler yapmıştır. Başvurucu, gazeteye yayınlanmak üzere bir cevap yazısı göndermiş, ancak cevap gazeteciye yönelik hakaretler ve edepsiz ifadeler içerdiği gerekçesiyle yayınlanmamıştır. Bunun

---

[547] Tanım başlığı altında, "medium" ibaresinin editoryal denetime tabi bilginin periyodik olarak kamuya aktarımını sağlayan her türlü iletişim aracını ifade etmek üzere kullanıldığını; bunların on-line ya da değil her türlü gazete, dergi, radyo, televizyon ve web/ağ üzerinden yayın yapan haber servislerini kapsadığı belirtilmiştir. Asgari ilkeler başlığı altında, vatandaşlık ve ikamet koşulları söz konusu edilmeksizin, haklarında gerçeğe aykırı şekilde medyada bilgi sunulan ve sunulan bilgilerle kişilik hakları etkilenmiş (affected) olan bütün gerçek ve tüzel kişilere cevap hakkının ya da eşit derecede bir başka çarenin (remedy) sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. İlgili medya kuruluşunun, cevap hakkının kullanılmasını haksız bir gecikmeye yer bırakmayacak biçimde makul bir süre içinde ilgili gerçek veya tüzel kişiye sağlaması gerekmektedir. Medya kuruluşu tarafından, cevap hakkına neden olan yayınla cevap hakkı aynı etkiyi doğuracak biçimde verilmelidir. Cevap hakkının kullanılması her hangi bir mali yükümlülüğe bağlı tutulamaz. Cevap hakkının kullanılmasıyla ilgili bir takım istisnalar belirtilmiştir. Buna göre medya kuruluşu bu hakkın kullanılması istemini 1) yanıtın içeriği, tartışmalı bilgiyi düzeltmek için gereken kapsamın sınırlarını aşıyorsa; 2) yanıt, itiraz edilen olguların (facts) düzeltilmesiyle sınırlı değilse; 3) yayın konusu yanıtın içeriği, bir suç oluşturuyorsa ya da yayıncıya karşı haksız fiil hükümlerine göre açılabilecek bir davaya neden olabilecekse veyahut kamusal adap sınırlarını aşıyorsa (edepsiz, müstehcen, küfürlü vs.); 4) yanıt, üçüncü bir kişinin hukuken korunan çıkarlarını ihlal ediyorsa; 5) yanıt, söz konusu yayının yapıldığı dilden başka bir dilde verilmişse; 6) itiraz edilen yayın, kamusal makamların ya da mahkemelerin kamuya duyurmuş oldukları bir raporun (gerçeği yansıtan/truthful report) parçası ise geri çevirebilir. Kararda ayrıca, bu hakkın etkin biçimde kullanılması için devletlerin gerekli düzenlemeleri yapmaları gereğinden söz edilmiştir.

[548] Londra merkezli bir sivil toplum örgütü olan CPBF (The Campaign For Press and Broadcasting Freedom), Avrupa Konseyi'nin cevap hakkı ile ilgili kararlarını destekleyen bir bildiri yayımlamışlardır. Bu bildiride, İngiltere'nin koymuş olduğu çekinceden dolayı derin bir üzüntü duyduklarını ifade etmişlerdir. CPBF'in bildirisinin tam metni için bkz. (çevrimiçi) https://ec.europa.eu/comm/avpolicy/docs/reg/modernisation/issue-papers/contributions, 10/03/2007.

[549] Karar için bkz. **Melnychuk v. Ukraine** (App. 28743/03), Decision of 5 July 2005.

üzerine başvurucu, tazminat talebiyle birlikte cevap yazısının yayınlanması için yerel mahkemeye başvurmuş; ancak yerel mahkeme bu talebi, gazetecinin yapmış olduğu eleştirilerin başvurucunun yazmış olduğu eserler hakkında bir yorum ve görüş bildirme niteliğinde olduğu ve buna karşı bir cevap hakkının söz konusu olamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir. Temyiz mahkemesi de yerel mahkemenin kararını onamıştır. İç hukuk yollarını tüketen başvurucu, AİHM'ne başvurmuştur.

Konuyu değerlendiren AİHM, cevap hakkıyla ilgili olarak önemli tespitler yapmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Mahkeme cevap hakkıyla ilgili Avrupa Konseyi belgelerine *"ilgili uluslararası ve iç hukuk"* başlığı altında doğrudan göndermede bulunmuştur. İfade özgürlüğünün demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birini oluşturduğuna, demokratik toplumunun ilerlemesinin (gelişiminin) ve her bireyin kendi kendini gerçekleştirmesinin en temel koşullarından birini oluşturduğuna dikkat çeken Mahkeme, cevap hakkının ifade özgürlüğünün en önemli unsurlarından (element) biri olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre [düzeltme ve] cevap hakkı, gerçek dışı bilgiye (untruthful information) karşı itirazda bulunulabilmesi için gerekli olduğu gibi, özellikle genelin çıkarının / yararının söz konusu olduğu siyasal ve edebi (literary) tartışmalarda düşünsel çoğulculuğun (plurality of opinions) sağlanabilmesi için gereklidir.

Mahkemeye göre medya, kural olarak bireyler tarafından sunulan makale, yorum ya da herhangi diğer yazılardan hangisini yayınlayıp hangisini yayınlamama konusunda editoryal bir takdir hakkına sahip bulunmaktadır; ancak, kimi durumlarda medyanın bir yazıyı –örneğin, hakaret davalarında verilen bir kararı ya da bir özür yazısını (apology, retraction etc.)- yayınlaması haklı biçimde talep edilebilir. Bu durumda, bireyin medyadaki ifade özgürlüğünü gerçekleştirmesinin temini konusunda devletin bir olumlu/pozitif edim yükümlülüğü ortaya çıkabilmektedir. Öyle ki devlet, medyaya erişim (access to the media) talebinin geri çevrilebilmesiyle ilgili koşulları bireyin ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahale oluşturacak ölçüde bir keyfiliğe bağlı olmaktan çıkarmalıdır ve söz konusu geri çevirmeye (denial of access to the media) karşı yetkili bir yerel makam (domestic authority) önünde itirazı olanaklı kılacak düzenlemeleri yapmalıdır.

Mahkemeye göre, cevap hakkının tanınması bireyin ifade özgürlüğü hakkının bir gereğidir ve bu hakkın kullanılmasını olanaklı kılacak düzenlemeleri yapmak,

ifade özgürlüğü bağlamından devletin pozitif edim yükümlülüğünün bir gereği olmaktadır. Olayda, başvurucuya cevap hakkının sağlandığı ve hakkın kullanılmasıyla ilgili hukuksal güvencelerin verilmiş olduğu görülmektedir. Bu bağlamda devletin, *Sözleşmenin 10. maddesinden kaynaklanan pozitif edim yükümlülüğünü* savsaklamış olduğundan söz edilemeyecektir.

Mahkemenin kararı, iki önemli noktaya vurgu yapmaktadır. İlk olarak, düzeltme ve cevap hakkının ifade özgürlüğü sistemine katkısına dikkat çekilmiştir. Etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulabilmesi için düzeltme ve cevap hakkının kurumsallaştırılması gereğine işaret edilmektedir. İfade özgürlüğü piyasasının gereği gibi işleyebilmesi için bu hakkın tanınması gerekmektedir. Başka bir deyişle, düzeltme ve cevap hakkı kurumu, piyasadaki düşünsel çoğulculuğun sağlanabilmesinin bir aracıdır. Dahası bu kurum, gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmakta; dolayısıyla da ifade özgürlüğünün en temel unsurlarından biri haline gelmektedir.

İkinci olarak, düzeltme ve cevap hakkının, devletin pozitif edim yükümlülüğü çerçevesinde ifade özgürlüğü *hakkının koruduğu çıkarlar yapısının* sınırları içinde kaldığı belirtilmiş olmaktadır. Başka bir deyişle, düzeltme ve cevap hakkı, ifade özgürlüğü hakkının *norm alanı* içinde kalmaktadır. Zira düzeltme ve cevap hakkının, bireyin ifade özgürlüğüne sağladığı destek doğrudan ve açıktır. Bu hak sayesinde bireyin ifade özgürlüğü ile medyanın ifade özgürlüğü arasında adil bir denge ("*a fair balance was struck between the competing interests..")* kurulmuş olmaktadır. Aksi durumda bireyin ifade özgürlüğüne yeterli korumanın sağlanmamış olduğu ve böylece hakkın ihlal edilmiş olduğu kabul edilecektir.

AİHM'nin bu kararıyla, ifade özgürlüğü hakkının sosyal bir hak niteliği kazanmış olduğu savunulabilir. Burada ifade özgürlüğünün, *destekleyici ya da pozitif bir talep hakkı* (affirmative/positive claim-rigth) niteliği ön plana çıkmaktadır.[550]

[550] İfade özgürlüğünün çeşitli tanımlanma biçimlerine göre farklı boyutlarının (bu arada sosyal boyutu) bulunduğuna ilişkin bir inceleme için bkz. Tom Campbell, "*Rationales for Freedom of Communication*", **Freedom of Communication**, Ed. by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publisher, Great Britain 1994, özellikle ss. 20–22 (Bundan sonra metinde, "*Rationales for*.." olarak yer alacaktır).

3) Türk Hukuk Sisteminde Düzeltme ve Cevap Hakkı Kurumu

1864 tarihli Matbuat Nizamnmesinden bu yana Türk hukukunda cevap hakkına yer veren düzenlemeler yapılmıştır. 1961 Anayasasıyla bu kurum anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir.[551] 1961 Anayasasının 27. maddesinde yer alan hüküm aynen korunarak 1982 Anayasasının 32. maddesi olarak düzenlenmiştir. 1982 Anayasasının 32. maddesi, "*Düzeltme ve Cevap Hakkı*" başlığı altında şu düzenlemeye yer vermektedir:

> *Düzeltme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir. Düzeltme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerekip gerekmediğine hâkim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilir.*

Maddenin birinci fıkrasında, düzeltme ve cevap hakkının kapsamı ve sınırları belirlenmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere *"kitle haberleşmesi faaliyetini yürüten organların, bu faaliyetlerinde serbest kalması esastır."* Söz konusu serbestliğin sağlanabilmesi için düzeltme ve cevap hakkının da sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Metinden bu sınırların, *"kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması"* ve *"kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması"* durumları olduğu anlaşılmaktadır. Bu koşulların dışında düzeltme ve cevap hakkının kullanılması söz konusu değildir. Yayıncıyla hak iddiasındaki kişi arasında bir uyuşmazlık çıktığında konu yargıç tarafından kararlaştırılacaktır.[552] Aksi takdirde, her önüne gelen kişinin, kendisiyle ilgili olduğunu düşündüğü ya da genel olarak *gerçeğe* aykırı olduğunu iddia ettiği bir konuyu düzeltmek üzere bu hakkı kullanması basının ifade özgürlüğü üzerinde haklılaştırılması mümkün olmayan bir sınırlama oluşturabilecektir.[553]

---

[551] Türk hukukunda "*cevap hakkı*"nın kısa bir tarihsel incelemesi için bkz. Dönmezer, **Basın Hukuku**, ss. 274 vd.

[552] Aynı yönde görüşler için bkz. Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 97.

[553] 5680 sayılı kanunun ilk halinde cevap hakkının yayıncı tarafından yayınlanmaması durumunda uyuşmazlığı yargıç tarafından çözümleneceği kararlaştırılmıştı. Bu sistem 1956 yılında değiştirilmiş ve uyuşmazlığı C. Savcılarının sonuçlandırması ve savcıların verecekleri kararın kesin olacağı hükme bağlanmıştı. Bu durum, basın özgürlüğü üzerinde çok ciddi olumsuz etkilere sahip olmuştur. Madde,

Madde gerekçesinde dolaylı biçimde, düzeltme ve cevap hakkı kurumunun iki temel işlevine dikkat çekilmiştir. Buna göre kurumun birinci işlevi, basın yayın organlarının kamuoyuna doğru haber ve bilgi sunmasını sağlamaktır. İkincisi, kişilerin haysiyet ve şereflerinin bu kurum aracılığıyla korunmasını sağlayabilmektir. Her iki işleve de dolaylı biçimde işaret edilmiştir; zira gerekçe bu durumu basın yayın organlarının ödevi olarak aktarmaktadır. Aslında ödev yükümlülüğünün kimi diğer hakların korelatifi olarak ortaya çıktığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu ödev, kişisel hakların ifade özgürlüğü bağlamında korunmasıyla birlikte kamuoyunun doğru haber alma ve bilgilendirilme haklarının bir karşılığı olarak ortaya çıkmaktadır. Aslında her iki hak da bir bütün olarak düzeltme ve cevap hakkı kurumu aracılığıyla ifade özgürlüğü sistemini desteklemektedir.[554]

Bu kurum aynı zamanda, ifade özgürlüğü hakkının pozitif niteliğini ortaya koyan bir işleve sahiptir. Söz konusu işlevin iki yönü bulunmaktadır. Birincisi, haber ve yorumların konusunu oluşturan gerçek ya da tüzel kişilerin haklarının korunması, diğeri ise kamuya bakan (kamunun haber alma hakkıyla ilgili) yönüdür.

Pek çok durumda, basının ifade özgürlüğünü kullanabilme fonksiyonu açısından diğer gerçek ya tüzel kişilere göre üstün bir konumda olduğu söylenebilir. Basının bir kişi ya da kişiler hakkında yapmış olduğu haber ve yorumlar kamuoyu üzerinde önemli bir etki yaratabilme gücüne sahiptir. Basının sahip olduğu bu

---

1960 yılında yeniden değiştirilerek cevap hakkının kullanılmasıyla ilgili uyuşmazlıklarda sözü yargıcın söylemesi gerektiği karara bağlanmıştır. Bkz. Dönmezer, **Basın Hukuku**, s. 276.

[554] Bu hakların ortaya çıkışının iki özelliği bulunmaktadır. İlk olarak, basın yayın organlarının kamuoyuna doğru haber iletmekle ödevli oluşları düzeltme ve cevap hakkı kurumuyla doğrudan bir ilişki içerisinde değildir. Bu ilişki dolaylıdır, zira düzeltme ve cevap hakkı kurumuyla gerçekleştirilmek istenilen basın yayın organlarının kamuoyuna *doğru* ya da *gerçek* haber sunmasını sağlamak değildir. Eğer öyle olsaydı, yalnızca bu haberlere konu olan kimselerin değil, bu haber ve bilgilerin doğruluğunu ya da yanlışlığını ileri sürebilecek tüm ilgililerin (örneğin TÜBİTAK'ın, üniversitelerin ya da ilgili herhangi bir kurumun) böyle bir hakka sahip olması gerekirdi. İkinci olarak, basın yayın organlarının, kişilerin haysiyet ve şereflerine saygılı olmakla yükümlü olmaları, basın için bir ödev olması nedeniyle şeref ve haysiyetlerine dokunulmuş olanların hak sahibi oldukları düşünülebilir. Basın yayın organları, kamuoyuna sunmuş oldukları haber ve yorumlar içerisinde kişilerin şeref ve haysiyetlerine dokunabilirler. Kişilerin haysiyet ve şereflerinin korunmasının tek yolu düzeltme ve cevap hakkı değildir. Nitekim düzeltme ve cevap hakkının yazılı basın açısından benimsenmediği ABD hukuk sisteminde kişilerin haysiyet ve şereflerinin korunması hakaret ve sövme (defamation: libel, slander) hükümlerinin içinde yer aldığı haksız fiil (law of torts) hukukunun ifade özgürlüğü ilkeleri doğrultusunda yorumlanmasına göre düzenlenmektedir. Kuşkusuz düzeltme ve cevap hakkının kişilerin haysiyet ve şereflerinin korunmasının etkin yollarından biri olduğu da doğrudur. Haksız fiil hükümlerine göre düzeltme ve cevap hakkı kurumunun, kişilerin haysiyet ve şereflerinin korunması açısından daha etkin bir yol olduğu da söylenebilir. Bununla birlikte, ifade özgürlüğü sistemi açısından düzeltme ve cevap hakkı kurumunun konumu önemli bir niteliğe sahiptir.

araçlara, haber ve yorumların konusunu oluşturan (hedefinde bulunan) kişi ya da kişiler sahip olmayabilirler. İşte tam bu noktada düzeltme ve cevap hakkı kurumu silahları eşitleyici bir fonksiyon görmektedir. Başka bir deyişle, bu kurum aracılığıyla ilgili kişi ya da kurumlar basınla eşit bir düzlemde ifade özgürlüğünün araçlarından yararlanabilmekte, haklarını daha iyi biçimde savunabilecek araçlara sahip olabilmekte ve böylece ifade özgürlüğü hakları daha etkin hale getirilmektedir.[555]

Düzeltme ve cevap hakkının bu yönünün, bireyin ifade özgürlüğü hakkının özgül durumda somutlaştırılması ve gerçekleştirilmesi bakımından temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak Birinci Bölümde yapılan tartışmalarla yakın bir bağlantısı bulunmaktadır. Günümüzde güçlü basın kuruluşları karşısında genellikle zayıf bir konumda olan kişilerin ifade özgürlüğü hakkı özgül durumda basınla aynı düzeye yükseltilmiş olmaktadır. Schauer'in bu bölümün başında değerlendirilmiş olan Hydepark örneği üzerinden bir değerlendirme yapılırsa, düzeltme ve cevap hakkı yoluyla, sesi kısık olan bireye bir ses yükselticinin sağlanmış olduğundan ya da platforma çıkabilecek gücü bulunmayan Schauer'e bir merdiven ya da taşıyıcı sağlanmış olduğundan söz edilebilir. Burada bireyin özgürlüğü *biçimsel* ve *soyut* olmaktan çıkmış ve *somut* ve *gerçek* özgürlük haline getirilmiş olmaktadır. Hakkın kullanıcıları ile basın arasında sağlanan eşitliğin salt *hukuksal* olmayıp aynı zamanda *fiili* olduğu düşünüldüğünde, hakkın bir anlamda *sosyal* nitelik kazandığı da ileri sürülebilecektir.[556]

---

[555] Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Özek, **Türk Basın Hukuku**, ss. 94-95.

[556] Düzeltme ve cevap hakkı AİHM'nin kararında belirtildiği üzere ifade özgürlüğü hakkının norm alanına dahil edildiğinde, ifade özgürlüğü hakkının niteliği en azından bir takım yazarların ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ile klasik haklar arasında bir ayırım yapmak için belirtmiş oldukları ölçütler çerçevesinde özgün bir değerlendirmenin konusu yapılabilir. Gerçekten de düzeltme ve cevap hakkı, taraflar (basın ve hak kullanıcısı) arasında silahları eşitleyici bir işlev görür. Buradaki eşitlik *hukuki* bir eşitlik olmayıp *fiilidir*. Sosyal hakların ayırt edici özelliğinin *"sosyal adaletsizliklerin düzeltilmesine"* yaramaları olduğu düşünüldüğünde, düzeltme ve cevap hakkının böyle bir adaletsizliği giderici bir fonksiyon gördüğü söylenebilir. Daha da ileri gidilerek, düzeltme ve cevap hakkının sosyal bir hak olduğu ve bu bağlamda da ifade özgürlüğü hakkının sosyal bir hak niteliğinin bulunduğu dahi ileri sürülebilecektir. Klasik bir hak olarak kabul edilen ifade özgürlüğünün bu yönleri, insan haklarına, insan onurunu korumaya yönelik haklar olarak bütüncül bir yaklaşımın daha doğru olabileceğini göstermektedir. Bu durum, gerçekte, sosyal haklarla klasik hakların ayırt edici özellikleri olarak sunulan bir takım ölçütlerin, insan hakları anlayışındaki gelişmeler karşısında yetersizliğini göstermektedir. Nitekim bu yetersizliğe Tanör dikkat çekmektedir. Bir klasik hak konumundaki ifade özgürlüğünün günümüz insan hakları açısından pozitif yapısının yanında sosyal bir nitelik de taşıyabileceği en azından, bu ayırımları yapan yazarların (özellikle teknik ölçüt/subjektif ölçüt/sosyolojik ölçüt açısından) ortaya koydukları ölçütler bakımından olanaklı ise, insan haklarına

Öte yandan düzeltme ve cevap hakkı kurumunun, 20. yüzyılın başlıca liberal kuramcıları arasında gösterilen J. Rawls'ın adalet kuramında ortaya koymuş oluğu temel ilkelerle de yakın bağlantısının bulunduğu söylenebilir. Rawls'a göre ilk ilke, adil bir toplumda her bireyin, en kapsamlı eşit temel özgürlükler (ve haklar) sisteminden, herkesin özgürlüğü ile bağdaşır biçimde ve eşit olarak yararlanma hakkının sağlanmasıdır. İkinci ilkenin iki yönü vardır: Buna göre, daha az kapsayıcı özgürlük, herkes tarafından paylaşılan toplam özgürlük sistemini güçlendirmelidir. Başka bir deyişle, özgül durumda özgürlük, ancak toplam özgürlük sisteminde artışı gerçekleştirmek üzere haklılaştırılabilir. İkinci olarak, özgül durumda, eşitlikteki bir azalma, ancak daha az özgür konumda bulunanların özgürlüklerini eşitlemek amacıyla haklılaştırılabilir. Düzeltme ve cevap hakkı kurumunun, Rawls tarafından belirlenmiş olan bu ilkelerle, özellikle de ikinci ilkenin son koşulunda yer alan yargıyla bire bir örtüştüğü söylenebilecektir.[557]

Düzeltme ve cevap hakkının kamuya bakan yönü, onun haberleşme etkisiyle ilgilidir. Basının ifade özgürlüğü hakkının iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan biri yayıncının özgürlüğü, diğeri de haber ve görüşlerin muhatabı olan kamunun haber alma özgürlüğüdür. İfadenin haberleşme etkisi (communicative effect), kamunun doğru ve gerçek haberlere ulaşma hakkını oluşturmaktadır.[558] Düzeltme ve cevap hakkı kurumu, özgül durumda kamunun doğru ve gerçek haber alabilme hakkının gerçekleşmesinin araçlarından biri olmaktadır. Buradaki hassas nokta, yayıncının ifade özgürlüğü hakkına yapılan bu müdahalenin özgül bir karakterinin olmasıdır. Şöyle ki, kamusal makamların müdahalesi, iki açıdan sınırlandırılmıştır:

İlk olarak, kamusal makamların müdahalesi doğrudan değil, ilgili gerçek ya da tüzel kişilerin başvurusu kapsamında dolaylıdır. Başka bir anlatımla, kamusal makamlar, söz konusu kişi ya da kurumların düzeltme ve cevap başvurusu

---

insan onurunu korumaya dönük haklar olarak bir bütün halinde yaklaşmak gerektiği savunulabilir. Tanör'ün sosyal haklar üzerine ayrıntılı incelemesi için bkz. Tanör, **Sosyal Haklar**, ss. 13–42.

[557] Bkz. Rawls, **A Theory of Justice**, s. 250.

[558] Burada haberleşmenin/iletişimin aracı basın olduğundan teknik anlamda bir haberleşim örgütünden söz edilebilir. Haberleşmenin hedefinde ise yine tek bir birey ya da gruptan çok bir kitlenin bulunduğu söylenebilir. Bu durumda ifadenin haberleşme etkisinin daha yüksek olabileceği düşünülebilir. Bu bağlamda devletin pozitif edim yükümlülüğünün sınırlı biçimde devreye girmesi, hem basının güvenilirliğinin korunması hem de kamunun maniplesinin en az riskle engellenebilmesi mümkün olabilir. Haberleşme üzerine kapsamlı bir çalışma için bkz. Wilbur Schramm, "*Haberleşme Nasıl İşler*", **Kitle Haberleşme Teorisine Giriş**, Çev. ve Yayına Hazırlayan Ünsal Oksay, ss. 99-134.

olmaksızın bir müdahale hakkına sahip bulunmamaktadırlar. M. Faucalt'nun belirttiği gibi, gerçeğin söylenmesiyle ilgili bir insan faaliyetinin güçle/erkle (power) ilişkisi iki yönlü olarak gerçekleşmektedir. Bunlardan birincisi kişinin içsel (ahlaki, etik, manevi) motivasyonu, ikincisi ise dışsal bir zorlama olmaktadır.[559] Basın mensuplarının böyle bir sorumluluk içerisinde davranmaları beklenirse de bu her zaman gerçekleşmeyebilir. Bu durumda dışsal motivasyon ne olacaktır? Düzeltme ve cevap hakkı kurumu bu zorlamayı doğrudan devletin tasarrufuna bırakmamıştır. Kamusal makamlar (mevcut durumda yargı) bu motivasyon aracını haberin konusunu oluşturan ilgililerin başvurularını değerlendirmek suretiyle harekete geçirebilmektedir. Bu denetimin işleyebilmesi için kamu kurumlarına yönelik haberlerin olgusal gerçeklik istisna olmak üzere, düzeltme ve cevap hakkının dışında tutulmaları gerekir. En azından yazılı basın bakımından böyle bir ayrık durumun benimsenmesi asimetrik düzenleme açısından yerinde olabilir.[560]

Ayrıca buradaki başvuruculaların, açıkça haber ve yorumun konusunu oluşturmaları gerekir. Bu bağlamda, 5187 sayılı Basın Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 5680 sayılı Basın Kanununun 19. maddesindeki düzenlemede, "açık veya kapalı şekilde bir mevkutede yayın yapılması" şeklinde bir ifade bulunmaktaydı. Burada geçen "kapalı" sözcüğü, düzeltme ve cevap hakkı kurumunun temel işlevi ile bağdaşmayacak bir belirsizliğe neden olmaktaydı. 5187 sayılı yeni Basın Kanununda bu ibareye yer verilmemesi yerinde görülmelidir.[561]

---

[559] Michel Foucault, **Fearless Speech**, Ed. by Joseph Pearson, Semiotext(e), USA 2001, ss.169 vd.

[560] Asimetrik denetim ABD sistemine özgü olup Lee Bollinger tarafından formüle edilmiş bir düşüncedir. Konu yukarıda, "ABD Doktrin ve Uygulamasında Radyo ve TV Yayınları Rejimi" başlığı altında incelenmiştir.

[561] Bu hükmün yayıncının ifade özgürlüğü hakkı üzerinde bir sınırlama olduğu dikkate alındığında, yasanın yeterli açıklığa sahip olması gerektiği söylenebilir. Hak iddiasında bulunan kişilerle haber ve yorum arasında ortalama bir insanın kurabileceği şekilde açık bir bağlantının bulunması gerekir. *"Kapalı şekilde... yayın yapılması*"nın anlamı açık değildir. Bu belirsizlik, Anayasanın gerekçesinde (birinci paragrafında) ifade edilen anlayışla bağdaşmamaktadır. Bu durum yayıncıya sürekli olarak, "*yapmış olduğum haber ve yorumlar acaba <u>üstü kapalı</u> olarak kimlere dokunmaktadır*" sorusunu sorduracak ve yayıncı üzerinde yoğun bir psikolojik baskıya dönüşecektir. Düzeltme ve cevap hakkı kurumuna itiraz edenlerin temel gerekçelerinden birini haklılaştıracak olan bu tutum ifade özgürlüğü sistemi bakımından olumsuz bir etkiye sahiptir. Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun, "Düzeltme ve Cevap Hakkı" başlığı altındaki 28. maddesinde yer verilmeyen bu ibareye 5187 sayılı yeni Basın Kanununun 14. maddesinde de yer verilmemiş olması isabetli olmuştur.

İkinci koşul olarak, haber ve yorumun hedefinde bulunan gerçek ya da tüzel kişilerin haysiyet ve şerefleri ihlal edilmiş olmalı veya bu kişi ya da kurumlar hakkında gerçeğe aykırı biçimde yayın yapılmış olmalıdır.[562]

Son olarak, düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasıyla ilgili uyuşmazlıkların çözüm yerinin bağımsız mahkemeler olması gerekir. Zira bu hakkın kullanımı, basının ifade özgürlüğü hakkı üzerinde bir sınırlama etkisi yaratmaktadır.[563] Yasal sınırlamanın, ancak yargıç kararı ile uygulanabilmesi, Sağlam'ın görüşü doğrultusunda anayasal bir *ek güvence* niteliği taşımaktadır.[564]

Burada dengelenmesi gereken üç hukuksal yarar söz konusu olmaktadır: İlki, yayıncının ifade özgürlüğü hakkıdır. İkincisi, kamunun haber alma hakkıdır ve nihayet üçüncüsü yayının konusunu ya da hedefini oluşturan gerçek ya da tüzel kişilerin kişilik haklarının korunmasıdır.

Dolayısıyla üçlü ilişkideki denge, düzeltme ve cevap hakkının etkin biçimde kullanılması açısından önem taşımaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, gerçek ya da tüzel kişilerle ilgili olarak yapılan haberin*gerçeğe* aykırı olmasıdır.[565] Buradaki *gerçeklik*, hayatın akışı içerisinde olguların gerçekliği hakkında vardığımız yargılardır. Başka bir deyişle objektif gerçekliktir. Değilse, hak iddiasında bulunan kimsenin sübjektif olarak inandığı bir gerçekliğe dayanarak düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasına izin vermek, yukarıda belirtilen Fransız modeline dönmek

---

[562] Haysiyet ve şerefin ihlali ile gerçeğe aykırı beyanda bulunma iki bağımsız koşuldur ve hakkın kullanılabilmesi için bir koşulun gerçekleşmesi yeterlidir. Bkz. Gölcüklü, Feyyaz, **Haberleşme Hukuku**, Ankara, 1970, s. 139; 5187 sayılı yeni Basın Kanununda, önceki kanundan farklı olarak "haysiyet ve şerefine dokunulması" ibaresi benimsenmemiş ve yerinde olarak "haysiyet ve şerefin ihlali" ibaresine yer verilmiştir. "İhlal"ibaresi, "dokunulma" ibaresine göre daha güçlüdür. Her dokunma bir ihlal oluşturmaz.

[563] Avustralya'da düzeltme ve cevap hakkının uygulanmasını devlet dışı bağımsız bir otorite olan Basın Konseyi yürütmektedir. Ancak bu Konseyin vermiş olduğu kararlar da yargısal denetime tabi olmaktadır. Düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasında yetkinin doğrudan yargıya verilmiş olması yerindedir. Zira bu hakkın kullanılmasında süre büyük bir önem taşımaktadır. Bürokrasi arttıkça etkililiğin azalacağı bir gerçektir. Bu hakkın işlevi ve niteliği dikkate alındığında Türk hukuk sisteminin benimsemiş olduğu yöntemin yerinde olduğunu söylemek gerekir. Avustralya'daki sistem hakkında bkz. Flint, "*Media Self-Regulation*", (özellikle) ss. 289–292.

[564] Bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, s. 157.

[565] Olgusal bir duruma ilişkin olarak yapılan yorumlar için, "*gerçeğe aykırılık*" gerekçesiyle düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasına izin verilmemelidir. Aksi takdirde, itiraz edilmeyen bir olguya ilişkin olarak yapılan yorumlara karşı da düzeltme hakkının kullanılması basının ifade özgürlüğü üzerinde haklılaştırılamayacak bir sınırlama etkisi yaratacaktır. Ortaya yorum ve değerlendirme yapmayan yalnızca olgusal gerçekliği kamuoyuna sunan bir basın çıkacaktır. Basının işlevi yalnızca olgusal gerçekliği kamuya sunmaktan ibaret olmayıp, kamuoyunun oluşabilmesi için o konudaki kanaat ve görüşleri de halkın bilgisine sunmaktır. Aksi durumda artık basının ifade özgürlüğünden dahi söz etme olanağı kalmaz.

anlamına gelir.[566] Haberin kamusal makamlarla ilgili olması durumunda, gerçeğe aykırılığın değerlendirilmesi farklı ölçütlere tabi tutulabilir. Kamusal makamların kendilerini ifade etme noktasında sıradan kişilere göre daha güçlü konumda bulundukları ve ifade özgürlüğünün yönetimi denetlemenin en etkin araçlarından biri olduğu göz önüne alındığında; gerçeğe aykırılık iddiasında bulunan yönetimin, bunun için daha güçlü ve ikna edici kanıtlar sunmasını bekleyebiliriz. Aksi takdirde, düzeltme hakkının kullanılmasına izin verilmemelidir.

Gerçeğe aykırı beyan iddiasını mahkeme, her olayda tarafların ileri sürmüş oldukları iddiaları tartarak ve böyle bir iddianın yayınlanmasının, özgül durumda kamusal tartışmaya katkısının olup olmayacağını belirlemeye çalışarak sonuçlandırmalıdır.[567] Gerçeğe aykırı yayın durumunda, ayrıca ilgililerin haysiyet ve şereflerinin ihlal edilip edilmediğini incelemeye gerek yoktur. Bu durumda, kamusal tartışmanın iki taraflı olarak yürütülmesinin ifade özgürlüğünün haberleşme etkisi açısından da gerekli olduğu düşünülmelidir. Düzeltme ve cevap hakkı kurumu, kamunun doğru biçimde bilgilendirilebilmesinin etkin araçlarından biri olmaktadır. Özellikle radyo ve TV yayınlarında, haberleşme etkisinin muhatabı konumundaki halkın tutulu izleyici (captive audience) oldukları dikkate alınmalıdır.[568] Bu bakımdan da, düzeltme ve cevap hakkının kullanılması yönünde bir eğiliminin daha

---

[566] Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 102.

[567] İçel, Basın Kanunundaki düzenlemenin, cevap hakkını kullanmak isteyen kimseyi yayının gerçeğe aykırılığını kanıtlamak durumunda bıraktığını, bu durumun ise karşılaştırmalı hukuktan esaslı biçimde ayrıldığını belirtmektedir. Karşılaştırmalı hukukta, ilgilinin yayını gerçeğe aykırı görmesinin cevap ve düzeltme hakkının kullanılması için yeterli görüldüğünü belirten İçel, aynı düzenlemenin Türk Basın Kanunu tarafından da benimsenmesinin yerinde olacağını ileri sürmektedir. İçel'in önerisi, kişi haklarının korunmasını ön plana alan, ancak basının ifade özgürlüğünü ikinci plana iten bir niteliğe sahiptir. Bu öneri benimsendiği takdirde, düzeltme ve cevap hakkına yöneltilen tüm eleştiriler haklılaştırılmış olur. Bu kurum, ifade özgürlüğü sisteminin işleyişine olumlu bir katkı yapmak şöyle dursun, sistemi etkisiz hale sokar. Basını haber ve yorumlarında son derece ürkek ve çekingen bir tavır içerisine sürükler. Düzeltme ve cevap hakkının aynı zamanda basın üzerinde bir sansür anlamına geldiğini dikkate alarak terazinin son derece hassas tartılması gerektiği gözden kaçırılmış olur. İçel'in savunmuş olduğu bu görüşler için bkz. İçel, **Kitle Haberleşme Hukuku**, ss. 172 vd; İçel/Ünver, ss. 199 vd.

[568] ABD Yüksek Mahkemesine göre, radyo ve TV yayınlarının diğer basına göre farklı düzenlemeye tabi tutulmasının gerekçelerinden biri de dinleyici/izleyici kitlesinin tutulu (captive/mahkûm) konumunda olmasıdır. Gerçekten de bu kitleler, söz konusu yayınlarda verilen bilgi ve haberlerin doğruluğunu araştırmaları ya da test edebilmeleri pek de olanaklı değildir. Toplum, genellikle kendilerine sunulan haber ve yorumları benimseme eğilimindedir. Düzeltme ve cevap hakkı kurumu, bu haber ve yorumların bir nevi test aracı olabilmektedir. Dolayısıyla da tutulu/mahkûm konumundaki izleyicinin daha etkin bir haber alma özgürlüğüne sahip olabilmesinin önemli araçlarından birini oluşturabilmektedir. ABD Yüksek Mahkemesinin tutulu izleyici (captive audience) yorumu için bkz. **Columbia Broadcasting, Inc. v. Democratic National Comm**., 412 U.S. 94 (1973).

yüksek olması beklenebilir. Başka bir anlatımla radyo ve TV yayınları bağlamında, yukarıdaki üçlü dengede terazi düzeltme ve cevap hakkının kullanılması yönünde diğer basına göre daha ağır basmalıdır.[569]

Etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin kurulabilmesi için gerekli olan düzeltme ve cevap hakkı kurumu tersine bir işlev de görebilir. Basının ifade özgürlüğü üzerinde uygulanacak olan aşırı kısıtlamaların bir aracı haline dönüşebilir. ABD uygulama ve doktrininde ifade edilen tehlikeler geçerli hale gelir. Bu tehlikeleri bertaraf etmek amacıyla ikili bir ifade özgürlüğü rejimini benimseyen ABD uygulama ve doktrininin bu rejimi pragmatik gerekçelerle haklılaştırmaya çalışması, hukuk sistemimiz bakımında benimsenmesi gereken bir tutum değildir. ABD doktrin ve uygulamasının bu tutumu, düzeltme ve cevap hakkının, ifade özgürlüğü sistemine sağlamış olduğu yararlar ve etkinleştirmeyi göz ardı etmektedir. Yukarıda belirtilen dengeler gözetildiğinde, söz konusu tehlikeler de bertaraf edilmiş olacaktır.

F) İfade Özgürlüğü Hakkı Bağlamında Devletin Olumlu Edim Yükümlülüğüne AİHM'nin Yapmış Olduğu Gönderme

AİHS sistemi içerisinde ifade özgürlüğü sisteminin gereği gibi işleyebilmesi için devletin pozitif edim yükümlülüğünün özel olarak basın özgürlüğü ile ilgili

[569] 3984 sayılı kanunun 28 inci maddesi, radyo ve TV yayınlarına karşı düzeltme ve cevap hakkını yeniden düzenlemiştir. İçel/Ünver'e göre, yeni yasa bir sınırlama öngörmediğinden hüküm TRT yayınlarını da kapsamaktadır. Bu nedenle 2954 sayılı kanunun 27 inci maddesinin artık uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Yazarların bu görüşü yerinde görülmelidir. Zira düzeltme ve cevap hakkının kullanılması konusunda TRT yayınlarını diğer yayınlardan ayırmak için hiçbir makul gerekçe ileri sürülemez. Düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasını haklı kılan gerekçeler, devlet yayın organı ile diğer yayın kuruluşları arasında bir ayırım yapılmasını öngöremez. Ayrıca 3984 sayılı kanunun, düzeltme ve cevap hakkının kullanılması koşulları bakımından 2954 sayılı kanundan ayrılmış olduğunu belirtmek gerekir. 3984 sayılı kanunun öngörmüş olduğu "kişilik haklarına saldırı" ifadesinin, Anayasanın 32 inci maddesinde belirtilen "haysiyet ve şeref" ifadesini de içine almasının dışında daha geniş bir anlamının bulunduğunu belirten yazarlar, bu durumun Anayasaya aykırılık oluşturduğunu ileri sürmektedirler. Bu ifadenin anayasaya aykırılığı tartışması bir yana, uluslararası insan hakları hukuku açısından bir sorun yaratmayacağını belirtmek gerekir. Zira yukarıda anılan Avrupa Konseyi belgelerinde "kişilik haklarına saldırı / attacking personal rights" ifadesi kullanılmaktadır. Radyo ve TV yayınlarına karşı cevap hakkı tanıyan ABD hukuk sisteminde de "personal attack rule" kapsamında geniş bir kişilik hakları listesi verilmektedir. Bu bağlamda Türk hukuk sisteminin de radyo ve TV yayınlarına karşı düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasını diğer basına göre daha geniş bir çerçevede ele almasının bizce bir sakıncası bulunmamaktadır. Anayasanın 32 inci maddesi hükmünün genel bir nitelik taşıdığı ve yazılı basınla radyo ve TV yayınları arasında uluslararası hukuk normlarına uygun biçimde bir ayırımı yasa koyucunun yapmasına olanak tanıdığı yönünde yorumlanması yerinde olacaktır. Anılan yazarların bu konudaki görüşleri için bkz. İçel/Ünver, s. 416.

olarak ortaya çıktığına yukarıda değinildi.[570] Burada ise diğer hak ve özgürlüklerin korunması rejiminde olduğu gibi, ifade özgürlüğü hakkının korunması rejiminde devlete düşen bir görevden, bir pozitif edim yükümlülüğünden söz edilecektir. Ayrıca AİHS ile ABD ifade özgürlüğü sisteminin bir karşılaştırması yapılacaktır.

AİHM *Özgür Gündem v. Türkiye* kararında[571], ifade özgürlüğü hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülüğüne gönderme yapmıştır. Özgür Gündem'in günlük bir gazete olması dolayısıyla konu basının ifade özgürlüğü açısından ele alınmış ve incelenmiş olmakla birlikte, Mahkemenin kararda kullanmış olduğu dil, pozitif yükümlülüğün salt basının ifade özgürlüğüne özgülenmediğini, genel olarak ifade özgürlüğüne ilişkin olduğunu göstermektedir.

Karara konu olan olaylar ve iddialar şöylece özetlenebilir: Özgür Gündem, merkez bürosu İstanbul'da olan günlük bir gazetedir. Gazetenin faaliyette olduğu 30 Mayıs 1992 ile Nisan 1994 tarihleri arasında, gazeteye ve gazetenin ilişkili olduğu birtakım kişilere karşı şiddet eylemleri gerçekleşmiş ve bu saldırıların sonucunda gazete kapanmıştır. Başvuranlar, gazeteye yapılan saldırılardan yetkililerin dolaylı ya da dolaysız olarak sorumlu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Hükümet tarafı, söz konusu iddialarla ilgili olarak hiçbir şikayet almadıklarını ve bu konuda bir bilgiye sahip bulunmadıklarını ileri sürmüştür. Buna karşılık başvurucular, çeşitli makamlara yapmış oldukları yazılı başvuruların olduğunu belirtmişler ve bunları Komisyona sunmuşlardır. Dava, 9 Aralık 1993 tarihinde Komisyona yapılan başvuruya dayanmakta olup; 11 No'lu protokolün yürürlüğe girmesinden sonra, ilgili usul kuralları gereğince başvurunun incelenmesi ve karara bağlanması Mahkemeye devredilmiştir. Böylece Mahkeme konuyu incelemiş ve 16 Mart 2000 tarihinde bir karara varmıştır.

Mahkemeye göre Sözleşmedeki birçok hükmün amacı, bireyi kamusal makamların (yetkililerin) keyfi uygulamalarına karşı korumak olduğu halde, devletin

---

[570] Bu bağlamda, gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamayacaklarına ilişkin ilkenin ve düzeltme ve cevap hakkı kurumunun devletin pozitif edim yükümlülüğü kapsamında AİHM tarafından Sözleşmenin 10. maddesi çerçevesinde değerlendirildiğinden söz edilmektedir.

[571] **Özgür Gündem v. Türkiye** (App. 23144/93), 16 Mart 2000, pr. 42; Karar için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 473-498; Kararın bu bağlamda bir özeti ve yorumu için bkz. Gemalmaz M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, ss. 217–218.

bu haklar konusunda etkin pozitif sorumlulukları da olabilecektir.[572] Aynı biçimde, Mahkemeye göre:

> *[İ]fade özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılması, yalnızca devletin müdahale etmeme ödevine dayanmamaktadır; bireyler arasındaki ilişkide de [devlet tarafından] koruma tedbirleri almayı gerektirebilmektedir. Pozitif bir yükümlülüğün var olup olmadığına, Sözleşmeyle toplumun genel çıkarları ve bireyin çıkarları arasında ulaşılmaya çalışılan dengeye önem verilmelidir. Bu yükümlülük kaçınılmaz olarak Sözleşmeci Devletlerde var olan farklı durumlara, modern toplumların idare edilmesi ile ilgili zorluklara, öncelikler ve kaynaklar arasındaki seçimlere bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Böyle bir sorumluluk, yetkililer için imkânsız veya adil olmayan bir yük oluşturduğu biçiminde yorumlanmamalıdır.*[573]

Mahkemeye göre yetkililer, gazetenin ve gazete ile bağlantılı kişilerin şiddet eylemleri için hedef seçildiklerinin farkındaydılar. Öyle ki, gazete ve bağlantılı kişiler gazetenin yayınlarından dolayı saldırıya uğramaktaydılar ve bu durumdan yetkililer haberdar edilmişlerdi. Saldırıların yoğunluğu ve yaygınlığı karşısında kamusal makamlar gerekli tedbirleri almamışlardır. Bu olaylar üzerine gerekli koruma tedbirleri alınmadığı gibi, Cumhuriyet Savcıları tarafından gerekli inceleme, araştırma ve soruşturmalar ciddiyetle yapılmış değildir. Bu yüzden bu inceleme ve soruşturmalar güvenilirlikten yoksundurlar. Kısaca *Hükümet, Özgür Gündem'in ifade özgürlüğünü koruma altına alma yükümlülüğünü yerine getirmemiştir.*[574]

Belirtmek gerekir ki, AİHS sistemi içerisinde sınırlı bir pozitif özgürlük anlayışı ortaya çıkmaktadır. Uluslararası insan hakları hukukunda, Sözleşmesel etki alanın yatay genişlemesi görece yeni sayılabilecek bir gelişmedir.[575]

İfade özgürlüğü hakkı bağlamında devletin pozitif edim yükümlülüğünün görünümleri hak ve sistem bakımından özellik göstermektedir. Bu bakımdan da sistem için sağlanması gereken korumanın, hak tarafından kapsanmaması durumu

---

[572] Anılan **Özgür Gündem v. Türkiye** kararı, pr. 42; Bu noktada Mahkeme şu kararlara gönderme yapmaktadır: Platform v. Avusturya, McCann ve Diğerleri v. İngiltere, Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan, X v Y v. Hollanda, Rees v. İngiltere, Osman v. İngiltere. Devletin pozitif edim yükümlülüğüne özellikle AİHS m. 2 ve 8 bağlamında Sözleşme Organları tarafından yapılan göndermeler için bkz. Gemalmaz, M.S., **İşkence Yasağı Analizi**, ss. 226 vd.

[573] Anılan **Özgür Gündem v. Türkiye** kararı, pr. 43; Bıçak, **AİHM Kararlarında**, s. 485.

[574] Anılan **Özgür Gündem v. Türkiye** kararı, pr. 44,45,46; Bıçak, **AİHM Kararlarında**, s. 486.

[575] M.S. Gemalmaz, bu gelişmenin AİHM uygulaması irdelendiğinde, diğer sözleşmeler organlarının bu alanı açma gayretlerine göre daha geride kaldığının söylenebileceğini belirtmektedir. Bkz. Gemalmaz, M.S., **İşkence Yasağı Analizi**, ss. 225–226.

ortaya çıkabilmektedir. Aslında Sözleşmeye bağlı uygulamalar bakımından bu doğal karşılanmalıdır; çünkü Sözleşmede korunan *haktır* yoksa *ifade özgürlüğü sistemi* değildir. Bununla birlikte AİHM'nin ifade özgürlüğünün kurumsal yapısını da dikkate aldığı -özellikle basınla ilgili olarak vermiş olduğu kararlarda- görülmektedir. Bu gelişmenin temelinde, ifade özgürlüğünün bireyin sahip olduğu bir hakkın ötesinde temellendirilmesi ve özellikle de demokratik sistemle olan bağı yatmaktadır.

Etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulabilmesi için devletin pozitif edim yükümlülüğüne gereksinim bulunduğu konusunda libertaryan özgürlük anlayışının egemen olduğu ABD doktrin ve uygulamasında bile bir kabulün olduğu söylenebilir. Örneğin, ABD Yüksek Mahkemesi kimi kararlarında ifade özgürlüğü bağlamında devletin pozitif yükümlülüğüne açık göndermelerde bulunmuştur. Yüksek Mahkemeye göre, kin ve düşmanlık saçan konuşmacılara karşı bir saldırı olabileceği gerekçesiyle polisin (devletin) konuşmacıyı susturması (ifade özgürlüğünü güvenceye alan) Anayasanın Birinci Değişikliğinin ihlali anlamına gelmektedir. Devletin (gerekli polisiye koruma tedbirlerini almak suretiyle), konuşmacıyı koruyabilecek olanaklara sahip olduğu durumlarda konuşmacıyı susturmak yerine koruma önlemlerini alması gerekmektedir. Bu durum, konuşmacının devlet dışı kişiler tarafından susturulmaları olasılığı bakımından da geçerli olmaktadır. Devletin bu tür durumlarda konuşmacıyı korumak için gerekli önlemleri alması anayasal bir görev olmaktadır.[576]

Görüldüğü üzere ABD doktrin ve uygulamasının konuya yaklaşımı ile AİHM'nin yaklaşımı arasında bir paralellik göze çarpmaktadır. Devletin, ifade özgürlüğünün kullanımını kısıtlayan engelleri ortadan kaldırma yükümlülüğü, özellikle konuşmacının (ya da ifade özgürlüğünün öznesinin) devlet dışı kurumlara karşı da korunması konusunda gerekli önlemleri alması, gerekli özeni göstermesi gerektiği her iki sistem bakımından da geçerli gözükmektedir. Etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin gerçekleştirilebilmesi için basın özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki önemine her iki sistem de aynı biçimde gönderme yapmaktadır. Bu

[576] ABD Yüksek Mahkemesinin şu kararlarına bakılabilir: **Kunz v. NY**, 340 U.S. 290 (1951); **Edwards v. South Carolina**, 372 U.S. 229 (1963); **Cox v. Louisiana**, 379 U.S. 536 (1965); **Gregory v. Chicago**, 394 U.S. 111 (1969).

bağlamda, örneğin, gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamayacağına ilişkin (bir ek güvence niteliğinde) *ayrıcalığın* ifade özgürlüğü hakkı kapsamında değerlendirildiği de görülmektedir. İfade özgürlüğü alanında devletin pozitif edim yükümlülüğünün kapsamı ve sınırları konusunda Sözleşmenin kurmuş olduğu ifade özgürlüğü rejimi ile ABD libertaryan ifade özgürlüğü rejimi arasında bu bakımdan önemli bir ayrılık bulunduğu görülmektedir. Ancak her iki sistem de ifade özgürlüğünü sınırlı bir pozitif özgürlük/hak niteliğinde tanımlamaktadırlar. Başka bir deyişle bütün özgürlük engelleri birer nitelikli koşul olarak kabul edilmemekte, koşullar arasında bir ayırım yapılmaktadır.

Ne var ki, ABD ifade özgürlüğü rejimi ile Sözleşmenin kurmuş olduğu rejim arasındaki bu benzerliğe karşın, pozitif edim yükümlülüğünün kapsamı ve sınırları konusunda Kıta Avrupası hukuk rejimi ile ABD hukuk rejimi arasında bir uyuşmadan çok, derin ayrılıkların bulunduğu söylenmelidir. Örneğin, kıta Avrupasında özellikle radyo ve TV yayınlarında denetimin işlevi ve sınırlarıyla ilgili yürürlükte olan ifade özgürlüğü rejimi ile ABD'de yürürlükte olan rejim arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu durum, yazılı basının ifade özgürlüğü açısından daha çarpıcıdır. Kıta Avrupası rejimi, gerek radyo ve TV yayınlarının denetimleri konusunda gerekse genel olarak ifade özgürlüğünün norm alanının belirlenmesi ve özellikle de ırk, din ve cinsiyet ayırımcılığının yasaklanması konusunda devletin pozitif edim yükümlülüğünün sınırlarının ABD'de yürürlükte olan rejimle çok önemli farklılıklar içermektedir.

AİHS sistemi, devletlere bütün bu denetimleri yapma ve önlemleri alma hakkını tanırken[577], ABD Yüksek Mahkemesi, bu konuda oldukça liberal (libertaryan) bir sistemi desteklemektedir. Yüksek Mahkeme, ne federal hükümete ne de federe yönetimlere Kıta Avrupası sisteminde izin verilen bu denetim ve sınırlamaları yapma iznini vermektedir.[578]

Devletlerin ifade özgürlüğü hakkı bağlamındaki pozitif edim yükümlülüklerinin kapsamı, ifade özgürlüğünün ajanları tarafından talep edilebilecek kısım için her iki rejim de aynı konsepti benimsemiş olmakla birlikte, devletlerin

[577] Ancak sözleşme sistemi, söz konusu düzenlemeleri diğer sözleşmelerde olduğu gibi bir yükümlülük olarak da öngörmemektedir. Örneğin MSHS m. 20 bir takım ifadelerin yasaklanmasını Taraf Devletler için bir yükümlülük olarak öngörmektedir.
[578] Bu farklılıklara, çalışmanın son bölümünde ayrıntılı olarak değinilmiştir.

gerçekleştirme potansiyeline göre izin verilebilecek pozitif edim yükümlülüğünün sınırları arasında çok büyük farklılıklar ortaya çıkmaktadır.

Bu durum somut olarak şöyle de açıklanabilir: Yazılı basında tanınan düzeltme ve cevap hakkı, bu hakkı kullanacak olan öznenin ifade özgürlüğünü (genellikle) daha güçlü konumdaki basın yayın kuruluşunun ifade özgürlüğü ile aynı konuma getiren ve böylece dengeleyici bir etkiye sahip olan bir kurumdur. Bu kurum, etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin kurulabilmesi açısından gereklidir. Yani böyle bir hakkı kurumsallaştırmak, devletin bir ödevi olmaktadır. Bu durum, Kıta Avrupasında benimsenen bir anlayıştır ve bu sistem AİHS sistemi tarafından da onaylanmakta hatta hakkın *norm alanında* kabul edilmektedir. Aynı sistemin ABD hukuk rejimi tarafından kararlı biçimde reddedildiği görülmektedir. Bu durumda izin verilebilirlik bakımından her iki ifade özgürlüğü rejimi arasında önemli bir fark ortaya çıkmaktadır. Ne var ki, ifade özgürlüğü hakkı kapsamında, hukuk sisteminde düzeltme ve cevap hakkı kurumuna yer vermeyen bir taraf devletin, Sözleşme yoluyla bu hakkı kabul etmeye zorlanması, Sözleşmenin kurmuş olduğu sistem bakımından AİHM'nin bu konudaki kararına rağmen tartışılabilir. Oldukça sınırlı istisnalar dışında –ki bu istisnalar belirtildiği gibi ABD ifade özgürlüğü rejimi bakımından da kabul edilmiştir- devletin pozitif edim yükümlülüğünü Sözleşme çerçevesinde talep etmek güç gözükmektedir.

Devletin pozitif edim yükümlülüğünü dolaylı biçimde talep etmek pek çok durumda hukuk sisteminin bir özelliği olarak olanaklı olamamaktadır. Örneğin, Anayasada düzeltme ve cevap hakkı kurumuna ya da bir devlet televizyon yayın kuruluşuna yer verilmediğini düşünelim. Etkin bir ifade özgürlüğü sistemi için gerekli olduğu düşüncesiyle ifade özgürlüğü hakkı (bu hakkın Anayasada yer aldığı varsayımıyla) bağlamında devletin pozitif edim yükümlülüğünün bulunduğunu söyleyebiliriz. Ne var ki, yargı makamları (örneğin AYM) önünde bu hakların devlet tarafından kurumsallaştırılmasını talep etmek zor görünmektedir. Bunun pek çok nedeni sayılabilir,[579] ancak burada belirtilmesi gereken en önemli nokta, devletin

[579] Öncelikle yargı ile diğer devlet organları arasındaki görev dağılımı bakımından konunun özelliği dikkate alınabilir. Fonksiyonel analiz çerçevesinde, yargının yasama organının kullandığı yetkiye benzer bir yetki kullanamayacağı, yani yasamanın yerine geçerek kendisi bir hak yaratamayacağı ya da Anayasada yazılı olmayan bir hakkı kurumsallaştıramayacağı söylenebilir. İfade özgürlüğü hakkı ile düzeltme ve cevap hakkı arasındaki sıkı ilişkiye rağmen yargının kendisini yasamanın yerine

pozitif edim yükümlülüğünü gerektiren durumların çoğunlukla ifade özgürlüğü hakkı ile doğrusal bağlantı içinde olmaması dolayısıyla hakkın koruma alanına dahil edilip edilmemesinin göreceli bir nitelik taşıması ve tarihsel sürece ve hukuk sistemlerine göre farklılaşmasıdır. Pozitif edim yükümlülüğü, ifade özgürlüğünün kurumsal yanıyla ve daha çok ifade özgürlüğü sistemiyle ilgilidir. Sözleşme, ifade özgürlüğü hakkını korumakta ve ifade özgürlüğü sisteminin koşullarının hakla bağlantısının sıkılığı ölçüsünde bir koruma sağlamaktadır. Sözleşme Organları sınırlı durumlarda devletin pozitif edim yükümlülüğüne gönderme yapmışlardır. Ancak, sözleşmenin dinamik bir yapısının olduğu ve AİHM'nin yorumunun da bu yönde olduğu dikkate alınırsa, ifade özgürlüğü hakkının norm alanının ifade özgürlüğü sistemiyle ilgili kimi koşulları kapsayacak ölçüde genişletilmesi beklenebilir.

Pozitif edim yükümlülüğü, bir hakkın ideal anlamda gerçekleşebilmesi için devletin yapması gereken pek çok olumlu edime işaret edebileceği gibi; bir hakkın yaşamını sürdürebilmesi için devletin *asgari* düzeyde yapması gereken kimi olumlu edimlere de işaret edebilir. Sözleşme organları, devletin olumlu edim yükümlülüğü kapsamında, işte bu *asgari* ödevi ABD Yüksek Mahkemesine göre daha esnek ve geniş olarak yorumlamaktadır.

G) Devletin Pozitif Ediminin İfade Özgürlüğü Hakkı Bağlamında Sınırı

Devletin ifade özgürlüğü hakkı bağlamında yukarıda sözü edilen pozitif edim yükümlülüğünün bir sınırı var mıdır? Başka bir ifadeyle devlet, ifade özgürlüğünü etkinleştirmek için gerekli düzenlemeleri yaparken hangi sınırlar içerisinde kalmalıdır? Bir diğer açıdan, devlet ifade özgürlüğü sistemine yapacağı olumlu müdahale ediminde dilediği gibi hareket edebilir mi?

---

koymadan bunu yapabilmesi zor görünmektedir. Zira Frederick Schauer'in Hyde Park örneğinin incelenmesi sırasında belirtildiği gibi, bir hakkın gerçekleşmesinin devletin pozitif edim yükümlülüğüne bağlı olduğu sayısız koşullar ve bu koşulların gerçekleşmesinin bağlı olduğu sayısız olasılık bulunmaktadır. Bu olasılıkların hepsinin yargı önünde talep edilebilmesi hiçbir hukuk sistemi bakımından olanaklı değildir. İfade özgürlüğü ile eğitim hakkı, eğitim hakkı ile beslenme hakkı ya da tatil ve dinlenme hakkı arasında da bağlantılar kurulabilir. Bu bakımdan ifade özgürlüğü hakkı bağlamında devletin pozitif edim yükümlülüğü yargısal makamlar önünde talep edilmeye uygun değildir. Bu, ancak çok sınırlı durumlarda olanaklıdır ve AİHM bu sınırlı durumları belirtmiştir.

Buraya kadar, etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulabilmesi için *laissez-faire* doktrininin reddedilmesi ve devletin ifade özgürlüğü sistemine olumlu müdahalede bulunması gerektiği üzerinde duruldu. Ancak söz konusu olumlu müdahalenin sınırlarının devlet tarafından takdir ve tayin olunması, ifade özgürlüğü sisteminin devletin denetimine bırakılması anlamına geleceği için demokratik bir sistemde benimsenmesine olanak yoktur. Devletin olumlu edim yükümlülüğünün sınırlarının net olarak belirlenmemesi durumunda, bu yetkisini kötüye kullanmasının önüne geçilemez. Bu durumda, devlet kendi resmi ideolojisinin ya da devlet yetkisini kullanan organların politikalarının övüldüğü bir ifade özgürlüğü sistemini oluşturmakta tereddüt etmeyecektir. Demokrasinin işleyebilmesi ve bireylerin düşüncelerini olması gerektiği gibi ifade edebilmeleri için devletin müdahalesi (olumlu edim yükümlülüğü altında bile olsa) net biçimde sınırlandırılmalıdır.

Devletin olumlu müdahale alanının sınırlandırılması gerektiği konusunda bir kuşku olmayacağına göre, bu sınır nasıl belirlenecektir. Aslında bu sınırın belirlenmesi son derece basit bir yöntemle mümkündür. Bu çalışmanın benimsemiş olduğu özgürlük anlayışı sınırlı pozitif özgürlüktür. Bu çerçevede, negatif özgürlük anlayışının bireye bırakılması gerektiğini savunduğu korunmuş özel alan pozitif müdahale alanının da sınırlarını oluşturacaktır. Bir yandan *laissez-faire* doktrini reddedilirken, öte yandan pozitif müdahale ediminin sınırları negatif özgürlük alanı çerçevesinde belirlenmek suretiyle, pozitif özgürlük anlayışına yöneltilen eleştiriler de bertaraf edilmiş olacaktır. Genel çerçeveyi bu şekilde belirttikten sonra, uygulamada ortaya çıkan bir takım sorunlar üzerinde durulabilir.

Basınla ilgili ekonomik alanda yapılan düzenlemeler genellikle ifade özgürlüğü ihlallerine konu edilmezler. Ne var ki, bu düzenlemeler de ifade özgürlüğü hakkı kapsamında bir takım sınırlamalara tabidirler. Örneğin, genel olarak bütün basın açısından bir farklılık öngörmeksizin uygulanan vergiler ya da vergi muafiyetleri bir ifade özgürlüğü sorunu oluşturmamaktadır. Ancak, vergilendirme sistemi bir kısım basın üzerinde bir ayrıcalık oluşturacak biçimde uygulandığında, bu durum bir ifade özgürlüğü problemi yaratabilir.

1) ABD Hukuk Sisteminde İfade Özgürlüğü Bağlamında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğünün Sınırları

Devletin ifade özgürlüğü piyasasına olumlu müdahale ediminin test edildiği bir vaka ABD Yüksek Mahkemesinin kararına konu olmuştur. *Minneapolis Star & Tribune Co. v. Minnesota Comm'r of Revenue* kararına[580] konu olan olayda, Minnesota Eyaleti (Federe yönetimi), vergilendirme sisteminde bir değişiklik yapmış ve bu değişiklik sonucunda, basının durumu genel olarak iyileştirilmiştir. Basın tarafından kullanılan mürekkep ve kâğıt bedelinin ilk 100 bin dolarlık kısmı vergilendirme dışı bırakılmış, buna karşılık her bir yayıncıya yıllık 4 bin dolarlık bir vergi uygulanmasına karar verilmiştir. Ayrıca, yayınlar satış vergisinden muaf tutulmuştur. Bu durum genel olarak basın yayın organlarının durumunda bir iyileşme anlamına gelmektedir.

Yargıç Rehnquist'in karşı oy yazısında belirttiği üzere karara konu olan vergi düzenlemesi, davacı açısından da lehe bir düzenlemedir. Rehnquist'e göre böyle bir düzenlemenin basının lehine olması dolayısıyla herhangi bir ifade özgürlüğü sorunu doğurmaması gerekir.

Bununla birlikte, çoğunluk görüşü konuya başka bir açıdan bakmaktadır. Mahkemeye göre sorun, yapılan düzenlemenin basının lehinde olması değildir; ancak uygulanan sistemin sonucunda bir kısım basın bakımından ayrıcalıklı bir durum ortaya çıkmakta ve bu yolla yönetim kimi basın kuruluşlarını kayırabilme olasılığına sahip olabilmektedir. Böyle bir hakkın devlete tanınması ise tehlikeli bir durumdur. Nihai noktada, yapılan düzenlemenin basının lehine olması, böyle bir ayrıcalığın (basın arasında bir seçim yapabilme ve kayırabilme olanağının) yaratabileceği tehlikeyi haklılaştıramaz.

Mahkemeye göre devletin hiçbir ek külfet öngörmeden dahi basın üzerinde istediği sansür etkisini yaratabileceği pek çok tehditler olabilir ve bu tehditlere karşı uyanık olmak gerekmektedir. Bu bağlamda, uygulanan yaptırımlar kadar potansiyel

[580] **Minneapolis Star & Tribune Co. v. Minnesota Comm'r of Revenue**, 460 U.S. 575, 103 S. Ct. 1365, 75 L. Ed. 2d 295 (1983).

olarak uygulanabilir durumdaki yaptırımlar da böyle bir etkiyi elde etmenin aracı olabilir.[581]

Yüksek Mahkemenin Minneapolis Star kararında dayandığı argüman doktrinde *kaygan yamaç* (slippery slope) argümanı olarak bilinen bir yaklaşım olmaktadır. Bu argümana göre, devlete tanınacak olan bu türden bir takdir yetkisi genel olarak sınırın nerede çizilmesi gerektiği konusunda büyük güçlükler ortaya çıkarır. Devletin bu yetkisini kötüye kullanacağı bir karine olarak kabul edilmelidir ve bunun önlemi *"devenin burnunu çadıra soktuğu anda"* alınmalıdır.[582] Bu yüzden de devletin ifade özgürlüğü üzerindeki yetkileri öyle bir biçimde sınırlandırılmalıdır ki, devlet bu sınırları bir takım yollarla kolayca aşarak istediğini elde edemesin.[583]

Yüksek Mahkeme *Arkansas Writers' Project, Inc. v. Ragland* kararında,[584] vergi muafiyeti yoluyla içerik temelinde bir seçim yapan Arkansas vergi yasasını Anayasaya aykırı bulmuştur. Yasa, dinsel, profesyonel, ticari ve spor içerikli yayınları vergi muafiyeti kapsamına alırken diğer yayınları dışarıda tutmuştur. Çoğunluk görüşü, yayın içeriğine bağlı olarak yapılan bu tür bir ayırımcılığın Anayasaya aykırı olduğunu kabul ederken, azınlık görüş bu tür bir ayırımcılığın yapılmasının Anayasaya aykırı olmadığını, yapılan bu düzenlemenin muafiyet kapsamına dahil edilmeyen diğer yayıncıların haklarına herhangi bir müdahale oluşturmadığını, yalnızca kimi alanlarda yayın yapan yayıncıların bu yolla devlet tarafından desteklendiğini ileri sürmüşlerdir.

Burada desteklenen yayınların içeriğe tarafsız olmamakla birlikte bakış açısına tarafsız yayınlar olduğu dikkate alınmalıdır. Zira ABD Yüksek Mahkemesi bakış açısına tarafsız olmayan sınırlamaları Anayasaya aykırı bulmaktadır. İşte azınlık görüşün dayandığı önemli bir gerekçe de devletin belirli projeleri parasal olarak desteklemesinin Anayasaya herhangi bir aykırılık oluşturmamasına karşın, burada çoğunluk görüşün aynı biçimde bir destek niteliğinde sayılan vergi muafiyetini Anayasaya aykırı saymış olmasıdır. Azınlık görüşüne göre devletin

---

[581] Potansiyel yaptırımlarla ilgili görüşlerini açıklamış olduğu karar, Mahkemenin bu kararda gönderme yapmış olduğu, **NAACP v. Button** kararıdır.
[582] Bu ifade Yargıç Stewart tarafından **Pittsburgh Press Co. v. Human Relations Commission**, 413 U.S. 376 (1973) kararında açıklanan karşı oy yazısında kullanılmıştır.
[583] Kaygan yamaç teorisi ile ilgili olarak bkz. Schauer, F. ,"*Slippery Slopes*", **Harvard L. Rev**., Vol. 99, 1985.
[584] **Arkansas Writers' Project, Inc. v. Ragland**, 481 U.S. 221 (1987).

burada yaptığı piyasaya olumlu müdahalede bulunmaktır ve bu müdahale davacıların hakları üzerinde herhangi bir olumsuz etki yaratmamaktadır. Davacıların vergi yükümlülüklerinde herhangi bir artış yapılmamış, genel vergilendirme rejimi onlar açısından herhangi biçimde olumsuz bir değişikliğe tabi tutulmamıştır. Öyleyse, devletin bakış açısına tarafsız olmak kaydıyla, belirli konuları finansal olarak desteklemesinde Anayasaya aykırı hiçbir yön bulunmamaktadır.

Ne var ki, Mahkeme azınlık görüşün savunmuş olduğu bu görüşe itibar etmemiştir. Mahkemeye göre, içeriğe dayalı olarak bir seçimde bulunan her türlü düzenleme söz konusu sınırlamayı haklı kılacak zorunlu bir devlet çıkarıyla desteklenmedikçe ifade özgürlüğü hakkını ihlal edecektir.

Nitekim bu görüşler *Leathers v. Medlock* kararında[585] Yüksek Mahkeme tarafından açıkça dile getirilmiştir. Arkansas federe yönetimi tarafından uygulanan bir vergilendirme sisteminde, gazete ve dergilerle birlikte uydu aracılığıyla doğrudan yayın yapan radyo ve televizyonlar vergi muafiyeti kapsamına alınmış; ancak kablolu yayınlar bu muafiyetin dışında tutulmuşlardır. Kablolu televizyon işletmecileri ve aboneleri bu uygulamanın Anayasanın (ifade özgürlüğü hakkını güvenceye alan) Birinci Değişikliğini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Konuyu inceleyen Yüksek Mahkeme, uygulamanın içeriğe dayalı (content-based) herhangi bir sınırlama öngörmediği gibi, mevcut basın yayın kuruluşları arasında bir seçim de yapmadığını; dolayısıyla da genel bir vergilendirme rejiminin dışına çıkmadığını belirterek Anayasanın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme aynı görüşleri *Turner Broadcasting v. FCC* kararında da yinelemiştir.[586]

Özetle belirtmek gerekirse ABD Yüksek Mahkemesi, içeriğe bağlı olarak devletin, basın yayın kuruluşları arasında ayırımcılık oluşturacak pozitif müdahale edimlerini kararlı biçimde Anayasaya aykırı bulmaktadır. Mahkeme bu tür olumlu edimlerin diğerlerinin mevcut hakları üzerinde olumsuz bir etki yaratmış olup olmadığına bakmamakta; böyle bir müdahalenin medya kuruluşları arasında bir

[585] **Leathers v. Medlock**, 499 U.S. 439 (1991).
[586] **Turner Broadcasting v. FCC**, 512 U.S. 622 (1994); Bu görüşlerin ikinci Turner kararında da yinelendiği belirtilmektedir (Turner Broadcasting v. FCC, 520 U.S. 180 (1997)); Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Owen M. Fiss, "*The Censorship of Television*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002, ss. 270 vd.

seçim sonucunu doğurup doğurmadığını ve böylece devletin bu yetkisini kötüye kullanma olasılığını dikkate almaktadır.

2) Türk Hukuk Sisteminde İfade Özgürlüğü Bağlamında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğünün Sınırlarının İncelenmesi

Türk hukuk sisteminde konu ABD'de olduğundan çok daha karmaşıktır. Yukarıda yapılan incelemede ABD ifade özgürlüğü rejimine, Radyo ve TV yayınları alanında kabul edilen zorunlu bir takım düzenlemeler dışında *laissez-faire* doktrinin hakim olduğu belirtildi. Bu rejimde devletin, ifade özgürlüğü sistemine yaptığı her türlü müdahale (olumlu/olumsuz) kuşkuyla karşılanmaktadır. Öyle ki, Federal Haberleşme Komisyonu dahi Yüksek Mahkeme tarafından onaylanan bir takım düzenlemeleri yapmaktan vazgeçmiş bulunmaktadır. Hâlbuki Kıta Avrupasında durum oldukça farklıdır ve devletin olumlu müdahale edimi bir ödev olarak görülmektedir. Türkiye, bu bağlamda Kıta Avrupası rejimini benimsemiştir.

Öncelikle söylemek gerekir ki, Türkiye'de radyo ve TV yayınları dışında kalan ifade özgürlüğü alanları bakımından genel ifade özgürlüğü rejimi geçerlidir. Burada devletin yapacağı her türlü müdahale ifade özgürlüğü rejimi açısından genel sınırlama rejimine tabi olmaktadır.

Türkiye'de radyo ve TV yayınları bakımından devlete ait bir yayın kuruluşu bulunmaktadır. Bu bağlamda Türkiye Radyo Televizyon Kuruluşunun tabi olduğu rejimle özel yayın kuruluşlarının bağlı oldukları ifade özgürlüğü rejimi arasında ayrılıklar ortaya çıkabilecektir.[587] Bu ayrılıkların kaynağı, devletin pozitif edim yükümlülüğünün kapsam ve sınırlarının bir devlet kuruluşu açısından belirlenmesi ile

[587] Dolayısıyla devlete ait bir yayın kuruluşunun tabi olacağı ifade özgürlüğü rejimi ile özel yayın kuruluşları arasında bir ayırımın yapılması zorunludur. Devlet yayın kuruluşu, amacına uygun olarak hizmet verdiğinde, ifade özgürlüğü piyasasına önemli katkı sağlayabilecektir. Özellikle, yüksek kaliteli programların hazırlanması ve yayınlanması konusunda böyle bir yayın kuruluşunun önemi büyük olmaktadır. Dahası, medya patronlarının denetimi dışında kalan özerk bir devlet kuruluşuna, özellikle piyasada alternatif bir ses olabilmesi ve böylece etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulması için gereksinim bulunmaktadır. Devlet yayın kuruluşunun kamuoyunda gerekli güveni oluşturması yayınlarında tarafsız kalmasına ve özerk konumuna bağlıdır. Bu özellikler, söz konusu kuruluşun varlık amacını gerçekleştirmesinin önemli koşulları olmaktadır. Bununla birlikte, devlet yayın kuruluşunun devlete angaje olması ve devletin resmi söylemlerinin aktarım merkezi haline dönüşmesi, ifade özgürlüğü sistemi bakımından bir sorun oluştursa da ifade özgürlüğü hakkı bakımından bir sorun yaratmaz.

özel kuruluşlar açısından belirlenmesi arasında ortaya çıkabilecek farklılıklardır. Açıktır ki, özel yayın kuruluşları genel ifade özgürlüğü rejimi içerisinde belirli sınırlamalara tabi tutulabilirler. Pozitif edim yükümlülüğünün muhatabı ise devlettir ve bu yükümlülük genel ifade özgürlüğü rejimi içerisinde haklılaştırılabildiği ölçüde özel yayın kuruluşları bakımından geçerli olabilir.

Nitekim AİHS organları da ifade özgürlüğü rejiminin görsel-işitsel medya bakımından da aynen geçerli olacağına dikkat çekmiştir. Komisyon *Sacchi v. Italya*, Mahkeme de *Jersild v. Danimarka* kararlarında, ifade özgürlüğü rejimine egemen olan ilkelerin yazılı medyanın yanında görsel-işitsel medya bakımından da uygulanacağının altını çizmiştir.[588] Frekansların sınırlı olması ve işin teknik boyutları itibariyle doğası gereği bir düzenlemeyi zorunlu kılması ve böylece devletlerin lisans ve ruhsat konularında bir takım düzenlemeler yapması, yayınların içeriklerinin devletler tarafından istenildiği gibi takdir edilebilmesi anlamına gelmediği gibi; aynı zamanda, devletlerin (lisans ve ruhsata ilişkin) bu hak ve yetkilerinin de sınırsız olmadığı, keyfi bir takdire konu olamayacağı Sözleşme organları tarafından özellikle vurgulanmıştır.[589]

Türk hukuk sistemi -Kıta Avrupasında olduğu gibi- radyo ve TV yayınları rejimini yazılı basının tabi olduğu ifade özgürlüğü rejiminden ayrı tutmuştur. Bu durum özel yayın kuruluşları bakımından da geçerliliğini korumaktadır. Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun yayın ilkelerini düzenleyen 4 üncü maddesi, genel ifade özgürlüğü rejiminden ayrılmakla kalmamış pozitif özgürlük anlayışını yansıtan bir rejimi benimsemiştir. İfade özgürlüğü rejimi bakımından geçerliliği olmayan pek çok yükümlülük, özel radyo ve TV kuruluşları bakımından bu madde kapsamında öngörülmüş olmaktadır.[590]

---

[588] Kararlardan konuyla ilgili alıntılar ve yorumları için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, ss. 218 vd.

[589] **Verein Aternatives Lokalradio Bern and Verein Radio Dreyecekland Basel v. İsviçre**, kararında Komisyonun, **Groppera Radio AG vd. v. İsviçre, Informationsverein Lentia v. Avusturya**, **Tele 1 Privatfernsehgesellschaft v. Avusturya** kararlarında AİHM'nin konuyla ilgili görüşleri için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, ss. 222–225.

[590] Örneğin, yayınların Cumhuriyetin Anayasada belirtilen temel niteliklerine aykırı olamayacağı ifade edilmiştir. Bu anlayış çerçevesinde, ifade özgürlüğü bakımından en kötü olasılık düşünüldüğünde özel yayın kuruluşları da dahil olmak üzere bütün radyo ve TV yayınlarında, sosyal devlet ilkesinin aleyhinde bir söylemde bulunulamayacağı ileri sürülebilir.

Yayınların toplumun milli ve manevi değerlerine ve Türk aile yapısına aykırı olamayacağı (e bendinde) belirtilmiştir. Böyle bir sınırlamanın çerçevesini çizmek mümkün gözükmemektedir. RTÜK bu maddeye dayalı olarak tamamen keyfi biçimde sınırlamaya gidebilecektir. Dahası özel yayın kuruluşlarına, Türk milli eğitiminin genel amaçlarının, temel ilkelerinin ve milli kültürün geliştirilmesi ödevi de yüklenilemez. Yayıncının bu ödevi yerine getirip getirmediği kim tarafından hangi ölçütlerin ışığında denetlenecektir? 3984 sayılı kanun tarafından kurulmuş olan RTÜK'ün bağımsız ve özerk yapılanması üzerindeki tartışmalar bir yana, hiçbir organın böyle bir yükümlülüğü öngörmesi düşünülemez. Bu kurumun kararlarına karşı yargı yolunun açık olması da ifade özgürlüğü üzerindeki tehlikeyi bertaraf etmeye yeterli gözükmemektedir. Burada söz konusu olan kurumun özerkliği, bağımsızlığı ya da kusursuz olarak faaliyette bulunmaya liyakatli olup olmaması değildir. Sorun, yasanın özel radyo ve TV ler için öngörmüş olduğu pozitif edim yükümlülüğünün kapsam ve sınırlarıdır. Yasanın dili öylesine belirsiz ve esnektir ki, açık biçimde ifade özgürlüğü hakkının negatif özgürlük alanını ihlal etmektedir. Yasayla Devlet, ifade özgürlüğü sistemini dilediği biçimde oluşturmak istemektedir. Yasa, sistemi Devletin keyfi denetimine açık hale getirmektedir.

Özetle devletin ifade özgürlüğü sistemine pozitif müdahale edimi sınırsız değildir; bu sınırlar ifade özgürlüğü hakkının *norm alanıyla* belirlenmiştir. Çünkü hakkın norm alanı, bir yandan devletin pozitif edim yükümlülüğü açısından belirlenirken, diğer yandan devletin negatif edim yükümlülüğü açısından belirlenir. Devletin müdahale etmeme edimi, pozitif müdahale edimine de bir sınır çizer.

Söz konusu alana yapılacak *olumlu* müdahale, sınırlamanın gereklerine uygun olmak zorundadır. Aksinin kabulü, bu çalışmanın ikinci bölümünde incelenen, negatif özgürlük yanlılarının pozitif özgürlük anlayışına yöneltmiş oldukları tüm eleştirileri haklılaştırmak anlamına gelir. Sınırlı pozitif özgürlük anlayışı, *laissez-faire* doktrinini reddederken, negatif özgürlük anlayışının savunmuş olduğu *özel alanı* dışlamamakta, tam aksine, bu alanı güvenceye almanın önemine ve gereğine dikkat çekmek suretiyle pozitif özgürlük anlayışına yöneltilen eleştirileri bertaraf etmektedir.

III) POZİTİF EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ AÇISINDAN HAKKIN KONUSU VE NORM ALANININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ifade özgürlüğü hakkı bağlamında devletin pozitif edim yükümlülüğü bir kenara bırakıldığında hakkın konusunun *ifade* olduğu ilk etapta belirlenebilir. *Hakkın norm alanı* deyimiyle anlatılmak istenen ise hakkın koruduğu alan olmaktadır. Neyin *ifade* olduğu ve hangi ifadelerin bu korumaya dâhil olduğu (bu bağlamda norm alanı) sorunu ayrı bir tartışma konusudur ve hakkın negatif özgürlük anlayışı çerçevesinde koruduğu alan tartışılırken incelenecektir. Dolayısıyla buradaki değerlendirmemiz, ifade özgürlüğünün pozitif niteliği ile sınırlıdır ve hakkın konusu ve norm alanının negatif edim yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi buradaki incelememizin dışında kalmaktadır.[591]

İfade özgürlüğü hakkının *konusu* ve *norm alanı* ayırımının yapılması, devletin pozitif edim yükümlülüğünün kavranması ve hakkın sınırlarının belirlenebilmesi açısından önem taşımaktadır.[592] Konu ve norm alanı ayırımının yapılmasının kuramsal ve pratik değeri bulunmaktadır. *Konu*, sınırlı pozitif özgürlük anlayışı bağlamında, içinde *norm alanının* yatay olarak hareket ettiği, daralıp genişlediği bir alanı betimlemek üzere kullanılabilir. *Konu*, siyaset bilimi ve felsefenin (özellikle devlet kuramı, demokrasi kuramı gibi) disiplinlerin yardımıyla belirlenebilir. Bu bağlamda ifade özgürlüğü sisteminin etkin kılınabilmesi için gerekli bütün koşulların *konu* içine girdiği söylenebilir. Bununla birlikte, söz konusu koşulların tümü *norm alanının* içine girmezler. Başka bir deyişle bütün koşullar hakkın norm alanının korumasına dahil edilmezler. Alman hukukçusu Ridder, norm alanını '*her temel hakkın koruduğu çıkarlar yapısı'*yla açıklamaktadır. Hakkın koruduğu *çıkarlar yapısı,* geleceği de kuşatan bir tarihsel süreç içinde hukukça biçimlendirilmiş, sağlamlaştırılmış ve güvenceye oturtulmuş bir yapı olmaktadır.[593]

---

[591] Negatif edim yükümlülüğü çerçevesinde konu çalışmanın son bölümü içerisinde, ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılması başlığı altında incelenecektir.

[592] *Konu* ve *norm alanı* ayırımının, ifade özgürlüğü hakkıyla sınırlı olarak yapıldığını; böyle bir ayırımın diğer temel hak ve özgürlükler bakımından ne ölçüde geçerli olabileceğinin ayrı bir inceleme konusu olabileceğini belirtmek gerekir.

[593] Ridder'in norm alanıyla ilgili olarak yapmış olduğu bu tanımlama için bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, s. 52.

İfade özgürlüğü bağlamında devletin pozitif edim yükümlülüğü, hakkın ilintili olduğu özgürlük alanı ile doğrudan bağlantılı olduğu içindir ki, hakkın *konusu* içerisinde değerlendirilmelidir. Hakkın *norm alanı* ise her zaman hakkın konusu içerisinde yer alır. Hakkın *konusu* içerisinde olmayan bir koşul, hakkın norm alanının dışında kalırken, hakkın norm alanı dışında kalan bir özgürlük engeli (koşul) hakkın konusu içerisinde olabilir. Hakkın norm alanı hakkın konusu içerisinde genişlemeye elverişlidir. Hakkın *konusu*, evrensel ve objektif ilkelerle belirlenebilirken, *norm alanı* aynı ölçüde evrensel ve objektif ilkelerle belirlenememekte, farklı hukuk sistemleri ve özgürlük anlayışları norm alanları için farklı sınırlar çizebilmektedirler.

Denilebilir ki, ifade özgürlüğü sistemiyle doğrudan bağlantılı olan kimi *koşul durumları* ifade özgürlüğü hakkının konusunu oluşturabilmektedir. Bunlar, ifade özgürlüğü hakkının gerçekleşmesinin maddi ve manevi koşullarıdır; başka bir deyişle nitelikli koşullardır. Devletin müdahalesi olmadan ifade özgürlüğü piyasası kendiliğinden işleyememekte, ifade özgürlüğü hakkı gerçekleşememektedir. İfade özgürlüğü piyasasına devletin olumlu müdahalede bulunması, sistemin işleyebilmesi bakımından *mutlaka* gerekli ise, söz konusu müdahalenin ifade özgürlüğü için nitelikli bir koşul olduğu savunulabilir.[594]

Ne var ki, mevcut hukuk sistemleri içerisinde ifade özgürlüğü hakkının konusu içerisinde olduğunu savunduğumuz kimi durumlar, ifade özgürlüğü hakkının norm alanında kabul edilmemekte, kimi bağımsız haklar çerçevesinde kurumsallaştırılmaktadır. Örneğin, ifade özgürlüğü sisteminin önemli unsurlarından biri olan düzeltme ve cevap hakkı kurumu, ifade özgürlüğü hakkının norm alanıyla doğrusal bir ilişki içerisinde bulunmaktadır. Böyle bir hakkın ifade özgürlüğü sistemi içerisindeki önemi dikkate alındığında ifade özgürlüğü hakkının konusu içerisinde olması gerektiği tartışmasız kabul edilecektir.

---

[594] Sınırlı pozitif özgürlük anlayışı çerçevesinde devletin piyasaya müdahalesinin hakkın gerçekleşmesi bakımından bir zorunluluk olduğu bu çalışmada benimsenen görüş olmuştur. Bir sonraki bölüm içerisinde incelenecek olan ifade özgürlüğü tezlerinden gerçekliğe dayanan tezin geçerliliği ve teze yöneltilen eleştirilerin bir ölçüde yanıtlanması bakımından pozitif müdahale ediminin önemi büyüktür. İfadenin yol açabileceği zararların, sınırlamayla değil daha çok ifade ve tartışma forumu çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğine ilişkin görüşlerin de geçerliliğinin büyük ölçüde tartışma forumunun işleyişini etkinleştiren pozitif müdahalelere bağlı olduğu söylenebilir. Devletin piyasaya pozitif müdahalesinin gerekçeleri konusunda burada anlatılanlar yanında bkz. Sunstein, "*The Future of...",* ss. 287 vd.

Öte yandan, düzeltme ve cevap hakkının kurumsallaştırılması ifade özgürlüğü hakkı bağlamında devletin olumlu edim yükümlülüğünün bir sonucu olmakla birlikte, hakkın kullanılma biçimi (basının ifade özgürlüğü üzerinde bir sınırlama sonucu doğurduğundan) ifade özgürlüğü hakkının norm alanıyla sınırlıdır. Burada AİHM'nin deyimiyle, "*çatışan çıkarların adil biçimde dengelenmesi";* aynı zamanda Emerson'un deyimiyle, ifade özgürlüğü sisteminin etkinleştirilmesi söz konusu olmaktadır. Düzeltme ve cevap hakkının kurumsallaştırılması, ifade özgürlüğü hakkının konusu içerisinde yer alırken hakkın norm alanı içerisinde değerlendirilmesi ise tarihsel sürece bağlı olarak kimi hukuk sistemlerinde norm alanı içine alınmışken, kimileri tarafından ya bağımsız bir hak olarak düzenlenme yolu yeğlenmiş[595] ya da kararlılıkla ifade özgürlüğü hakkını sınırladığı (en azından ABD örneğinde olduğu gibi yazılı basın açısından) gerekçesiyle dışarıda tutulmuştur. Bunun anlamı, mevcut hukuk sistemlerinde ifade özgürlüğü hakkı kapsamında düzeltme ve cevap hakkını kurumsallaştırmayı devletten talep etmeye kimi hukuk sistemleri onay verirken (AİHS rejiminde olduğu gibi), diğerleri buna geçit vermemektedir.

Etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulabilmesi için devletin olumlu edim yükümlülüğü kapsamında kurumsallaştırması gereken kimi diğer hakların mevcut hukuk sistemleri tarafından konumlandırılmaları bakımından ikili bir ayırım yapmak yerinde olur.

İlk olarak, kurumsallaştırılması beklenen hakların gerçekleşmesinin devletin doğrudan olumlu edimine bağlı olduğu kimi durumlardan söz edilebilir. Basında tekelleşmenin önlenmesi için devletin gerekli önlemleri alması gereğinden, basına tanınabilecek vergi muafiyetleri ya da kredi olanaklarından söz edilebilir. Bütün bu hallerde, devletin olumlu edim yükümlülüğünün mevcut hukuk sistemleri içerisinde ifade özgürlüğü hakkı bağlamında devletten talep edilebilmesi mümkün gözükmemektedir. Ne var ki, bütün bu koşulların sağlanması ifade özgürlüğü piyasasının işleyebilmesi için devletin ödevi olabilir. Bununla birlikte söz konusu koşullar, ifade özgürlüğü hakkının konusu içerisinde olmasına karşın norm alanının dışında kalmaktadır. Bu türden olumlu edimler, ifade özgürlüğü sistemi bakımından

[595] Örneğin Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesinde bu hak bağımsız bir biçimde düzenlenmiştir. Buna karşılık böyle bir düzenleme AİHS'de bulunmamaktadır. Ancak belirtildiği üzere AİHM bu kurumu artık ifade özgürlüğü hakkı bağlamında değerlendirmektedir.

önemli rol oynayabilirler, ancak yine de hak ile bağlantıları doğrusal değil dolaylı olarak gerçekleşirler ve hakkın norm alanı dışında kalırlar.

Diğer bir durum ise ifade özgürlüğü sisteminin işleyebilmesi için devletin piyasaya müdahalesinin, negatif özgürlük alanındaki genişlemenin, ifade özgürlüğünün kimi araçları bakımından bir takım ayrıcalıkların kurumsallaştırılmasıyla sağlanmasıdır. Burada devletin müdahale etmeme edimini kurumsallaştırması söz konusudur. Bu haller, doğrudan ifadenin içeriği ya da kullanımıyla ilgili olmayıp, ifade özgürlüğü piyasasının gereği gibi işleyebilmesi için destek aygıtlardır. Kimi durumlarda söz konusu destek aygıtların öz denetiminin içeriğini oluşturan ek güvenceler olarak adlandırıldığı da yukarıda ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu aygıtlar sistemin işleyişini kolaylaştırmaktadır. Basına tanınan bir takım ayrıcalıklar (haber kaynaklarını gizli tutma hakkı, zapt ve müsadereye ilişkin tanınan ayrıcalıklar vs.) böyledir.

İfade özgürlüğü hakkı bağlamında kabul edilen olumlu edim yükümlülüğünün basına tanınan bir takım ayrıcalıklardan ibaret olduğu görülmektedir. Gerek uluslararası insan hakları hukukunda gerekse bu çalışma kapsamında incelenen ulusal hukuk sistemlerinde ifade özgürlüğü hakkının konusu ve norm alanı içerisinde sınırlı bir pozitif edim yükümlülüğü sahası belirlenmiştir. Atlantik'in iki yakasında farklı rejimler geçerlidir. AİHS organlarının, ifade özgürlüğü hakkının norm alanı içerisinde gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamama hakkına ve yakın tarihli bir kararında düzeltme ve cevap hakkına yer vermeleri dikkat çekicidir. Şimdilik ABD ifade özgürlüğü rejiminin, ifade özgürlüğünün norm alanını devletin pozitif edim yükümlülüğü kapsamında genişletmeme eğiliminde olduğu söylenebilir.

Basın yayın kuruluşlarının ve mensuplarının korunmaları konusunda devletin sorumluluğu, belirli ölçüde bir olumlu edim yükümlülüğünü gerektirse de, bu aslında diğer hak ve özgürlüklerin korunması bağlamından devletin olumlu edim yükümlüğünden ayrık bir durum teşkil etmemektedir.[596] Dolayısıyla ifade özgürlüğü bağlamında herhangi bir özellik göstermez; temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel

[596] Özellikle yaşam hakkı ve işkence ve kötü muameleye maruz kalmama haklarında bu türden bir olumlu edim yükümlülüğü daha güçlü olarak savunulmaktadır. Bkz. Gemalmaz, **İşkence Yasağı Analizi**, özellikle ss. 226 vd.

koruma rejiminin bir uzantısı olduğu söylenebilir. Nitekim ABD Yüksek Mahkemesi de düşman dinleyici (düşmanca ifadelerin muhatabı olan ve konuşmacıya karşı düşmanca tavır alan dinleyici/hostile audience) argümanı çerçevesinde aynı nitelikte bir olumlu edim yükümlülüğünü öngörmektedir.[597]

Özgürlüğün üçlü ilişki boyutu ile kavrandığı bir sistemde ise ifade özgürlüğünün gerçekleşmesinin bağlı olduğu koşullar arasında bir ayırım yapılması zorunludur. İdeal bir ifade özgürlüğü sistemi için sayısız koşulların var olabileceği yukarıda belirtilmişti. Böylece, söz konusu koşullar arasında, nitelikli ve niteliksiz özgürlük engelleri bağlamında bir ayırım yapılması da özgürlüğün uygulanabilirliği açısından ayrıca bir zorunluluk olmaktadır.

Hakkın gerçekleştirilebilmesi, kurumsallaşabilmesi ve gerekli koruma aygıtlarının işlerlik kazanabilmesi için ifade özgürlüğü sistemine devletin olumlu edimde bulunma yükümlülüğünün sınırlarının belirlenebilir olması büyük önem taşımaktadır. Yukarıda ifade özgürlüğü sistemi üzerinde devletin pozitif edim yükümlülüğünün çeşitli görünümleri ve bu yükümlülüğün sınırları incelendi. Buradan yola çıkarak ifade özgürlüğü hakkı bağlamında mevcut hukuk sistemleri içerisinde birer ayrıcalık olarak kabul edilen, zapt ve müsadereye, gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasına ve basın yayın kuruluşları ile mensuplarının görevleri dolayısıyla uğrayabilecekleri saldırılara karşı korunmalarına ilişkin hükümlerin ifade özgürlüğünün konusu ve norm alanı içerisinde kabul edilmesi gerektiği savunulabilir. Bunun anlamı, devletin ifade özgürlüğü hakkını ihlal etmeden bu düzenlemeleri yok saymasının kabul edilemeyeceğidir. Nitekim AİHM yakın tarihli kimi kararlarında, sınırlı bir alanda da olsa devletin pozitif edim yükümlülüğünü ihlal etmesinin hakkı ihlal ettiğini; dolayısıyla da (söz konusu sınırlı alan içerisinde ortaya çıkan) pozitif edim yükümlülüğünün, hakkın norm alanı içerisinde olduğunu kabul etmiştir.[598]

Sözü edilen ayrıcalık ya da hakların ek güvenceler biçiminde kurumsallaştırılması, hakkın ilintili olduğu *özgürlük* bağlamında bunların *nitelikli koşul* olarak değerlendirildikleri anlamına gelir. Negatif özgürlük anlayışının benimsediği *laissez-faire* doktrini, ifade özgürlüğü piyasasına devletin müdahale

[597] Sunstein, **Democracy**, ss. 46–48.
[598] Bu konuda AİHM'in yukarıda incelenen, *Özgür Gündem v. Türkiye, Melynchuk v. Ukraine* ve *Goodwin v. Birleşik Krallık* kararları örnek olarak gösterilebilir.

etmeme yükümlülüğünü, bu hakkın gerçekleşebilmesinin gerek ve yeter koşulu olarak değerlendirirken; sınırlı pozitif özgürlük anlayışına dayalı bir ifade özgürlüğü doktrini, belirtilen bu koşulları ifade özgürlüğü sisteminin ayrılmaz parçaları saymaktadır. Bu durumda, söz konusu nitelikli koşulların sağlanamadığı bir sistemde ifade özgürlüğü hakkının da ihlal edildiği sonucuna varılabilir. Devletin kendine düşen olumlu edim yükümlülüğünü, belirtilen kurumsallaştırmayı (örneğin, düzeltme ve cevap hakkını, basında tekelleşmeyi önleyecek düzenlemeleri ya da basına tanınması gereken diğer bir takım ayrıcalıkları) hukuk düzeni içerisinde gerçekleştirmek suretiyle yerine getirmiş sayılacağı da öngörülebilir.

Uluslararası insan hakları hukukunda insan hakları sözleşmelerinin dinamik yorumları ön plana çıkmaktadır.[599] Gelecekte ifade özgürlüğü hakkının norm alanının ifade özgürlüğünün konusu içerisinde genişleyebileceği beklenebilir. Nitekim bu gelişmelere AİHS sistemi içerisinde tanık olmaktayız.

Kıta Avrupası hukuk sistemleri, *ifade özgürlüğü sisteminin* sözü edilen unsurlarını başka haklar çatısı altında kurumsallaştırmış oldukları için ifade özgürlüğü sistemi bakımından bir tehlike söz konusu değildir. Demokratik sistemin işleyişi için basının vazgeçilmez bir öneminin bulunduğu kabul edilmekte ve basına yönelik bir takım ayrıcalıkların kurumsallaştırılması, *ifade özgürlüğü sisteminin* bir parçası olarak görülmektedir. Türk hukuk sistemi de Kıta Avrupası modelini benimseyerek hukuk sistemi içerisinde bu güvenceleri kurumsallaştırmıştır. Bu konuda en yeni tarihli bir örnek gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamayacağına ilişkin bir hakkın yeni Basın Kanununda düzenlenmesidir. Bu güvencenin anayasal bir ek güvence niteliğinde gözükmemesinin artık bir anlamı yoktur. Bu tamamen biçimsel bir durumdur, zira Türkiye AİHS'ne taraf olduğu için güvence, Sözleşmenin 10. maddesi (ifade özgürlüğü hakkı) kapsamında uluslararası insan hakları hukuku tarafından sağlanmıştır.

ABD hukuk sistemi ise Sunstein'in belirttiği gibi, bu alanda yeterince kurumsallaşamamıştır.[600] Bunun başlıca nedenlerinden biri, ifade özgürlüğünün

[599] Sözleşmenin dinamik yorumlanması ile ilgili olarak bkz. Ovey/White, **European Convention on Human Rights**, s. 35.
[600] Sunstein, **Democracy**, ss. 17–120.

denetlenmesi konusunda devlete olan güvensizliktir.[601] Hâlbuki sınırlı pozitif özgürlük anlayışı çerçevesinde devletin denetim ve kurumsallaştırma ödevini kötüye kullanması başarılı biçimde engellenebilir. Burada temel görev, yasamanın gerekli düzenlemeleri yapmasından sonra yargıya düşmektedir. Yargı, söz konusu kurumları ifade özgürlüğü rejimini etkin kılmak için işletmelidir. Bunun sağlıklı biçimde işletilebilmesi için, negatif özgürlük anlayışı tarafından savunulan *özel alanın* ifade özgürlüğü hakkının *norm alanını* oluşturduğu her zaman dikkate alınmalı ve devletin ifade özgürlüğüne yönelik her türden müdahalesi bu süzgeçten geçirilerek bir sonuca varılmalıdır.

[601] Anayasanın Birinci Değişikliğinin ifade özgürlüğünü sınırsız bir hak olarak düzenlemiş olmasının temelinde de aynı düşünce yatmaktadır. Aynı biçimde, ifade özgürlüğünün sınırları konusunda ABD hukuk sistemiyle Kıta Avrupası rejimi arasında ortaya çıkan temel ayrılık ve özellikle ABD rejiminde ifade özgürlüğünün sınırlarının daha geniş olarak kabul edilmesinin altında da bu gibi nedenler yatmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bir analiz için bkz. Frederick Schauer, "*Freedom of Expression Adjudication in Europe and The United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture"*, **Science and Technique of Democracy**, Council of Europe Publishing, Collection No. 37, Strasbourg 2005, ss. 47–63.

Üçüncü Bölüm
İfade Özgürlüğü Hakkının Temellendirilmesi

I) BİREYSEL ÖZERKLİĞE VE KENDİ KENDİNİ GERÇEKLEŞTİRMEYE DAYANAN TEZ

İfade özgürlüğü hakkı her şeyden önce insanın sırf insan olması dolayısıyla sahip olduğu bir takım ayırıcı özelliklerinden ötürü haklılaştırılabilir. Bu bakımdan, bireysel özerkliğe (individual autonomy) ve kişinin kendi kendini gerçekleştirmesine (individual self-fulfillment) dayanan tez, bu çalışmanın birinci bölümünde ele alınan evrensel insan hakları teziyle ifade özgürlüğü hakkı arasındaki ilişkiyi ve bağlantıyı ortaya koyan bir tez olmaktadır.

Tezin kaynağı, insanın ahlaki bir varlık olarak eşit ve özgür doğasının a priori kabulüne dayanır. Bu geleneğin başlıca temsilcileri, John Locke, Immanuel Kant ve John Rawls'tır. Her üç düşünürün de ortak özelliği sözleşmeci (contractarian) liberal kuramların başlıca savunucuları olmalarıdır. Bireyin ahlaken eşit (equal), özgür (free) ve dolayısıyla da özerk (autonomous) doğasına dayanan insan hakları tezinin insan onurunu korumaya yönelik bir tez olduğunu burada bir kez daha belirtmek gerekir.[602] Özgürlük ve özerklik bir kendinden iyi olarak insan onuruna (human dignity) bağlandığında[603], özgürlüğün sınırlandırılması ancak özgürlük hesabına yapılabilecektir. Diğer bir anlatımla sınırlama, başka bir takım yarar hesaplamalarına bağlı olmayacaktır.[604] Öte yandan bireyin diğer bireyler karşısında eşit ahlaki değeri, siyasal toplumun (devletin) iyi konusundaki özel anlayışlara karşı tarafsızlığı ve hakkın "*iyi"*ye önceliği, faaliyet özerkliğinin bir kimsenin eyleminin somut sonuçlarının değerinden daha önemli olduğu konusunda bir temel ilkenin varlığını

[602] Konu çalışmanın Birinci Bölümünde, *Başlık I* altında incelenmiştir.
[603] Örneğin Emerson, inanç, kanaat ve ifade özgürlüğünün baskılanmasının (supression), insanın öz doğasının inkarı ve insan onurunun ayaklar altına alınması anlamına geleceğine vurgu yapmaktadır. Bkz. Emerson, **General Theory**, s. 5.
[604] Tucker, **Law, Liberalism**, ss, 31 vd.

gerektirir.[605] Böyle bir ilkenin savunulması ise deontolojik (deontological) bir tezle olanaklı olabilir.[606]

Bireyin kendini ifade ve emellerini gerçekleştirme yeteneğinin iletişimsel faaliyete bağlı olduğu konusunda neredeyse bir oydaşma/consensus bulunmaktadır. Zira iletişim, bireyin kendini ifadesiyle olanaklıdır. İfade, bireyin kendisini ifade etmesinin, başka bir deyişle düşündüklerini diğerleriyle paylaşmasının bir aracı ise, düşündüğünü açıkça söyleme özgürlüğü (daha geniş anlamda "ifade özgürlüğü"), bireysel özgürlüğün doğrudan bir parçası demektir. Kant'ın söylediği biçimde "*özgürlük bir kendinden iyi*" olduğuna göre[607], ifade özgürlüğü de bu bağlamda, ABD Yüksek Mahkemesinin bir kararında belirttiği gibi *bir kendinden iyi* olmaktadır.[608] Tom Campbell, ifade özgürlüğünün dayandığı tezin burada, bireylerin kendilerini ifadesinin bireysel değerlere içkin bir kendi kendini ifade (self-expression) tezi olduğunu belirtmektedir. Tezin bu yönü bütün ampirik değerlendirmelere kapalıdır. Ancak tezin bir diğer yönü daha bulunmaktadır: bireyin kendisini ifade etme fırsatına sahip olması, insanın ahlaki doğasıyla bağlantılı diğer bireysel değerleri (insanın potansiyel olarak sahip olduğu olanaklarını) gerçekleştirmesinin bir aracı olmaktadır ve bu yönüyle tez enstrümantalist bir niteliğe sahiptir. Campbell, bunu öz yansıtım/self-projection olarak tanımlamaktadır. Ne var ki, tezin bu yönü de a priori bir kabule dayanmakta olup, ampirik denetimin dışındadır. Kantçı bir yaklaşım içerisinde söylemek gerekirse, insan bir araç değil

---

[605] Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, s. 16; Thomas Scanlon da, aynı biçimde özerk bir kişinin, neye inanması ve ne yapması gerektiği konusunda başkalarının kararını düşünüp taşınmadan kabul edemeyeceğini ve böylece bireyin tercih konusunda devletin müdahalesine kapalı mutlak bir bireysel egemenlik alanının bulunduğunu ileri sürmektedir. Burada özellikle negatif özgürlük yanlılarının, bireyin sahip olduğu özerk ve dokunulmaz bir özel alanının bulunduğuna ilişkin argümanlarının Kantçı birey anlayışı çerçevesinde ele alınmış olduğu görülmektedir. Scanlon'un görüşleri için bkz. Thomas Scanlon, "*A Theory of Freedom of Expression"*, **Philosophy & Public Affairs**, 1 (2), Winter 1972 yayınlanan makale için bkz. **The Difficulty of Tolerance, Essays in Political Philosophy**, Cambridge University Press, UK 2003, ss. 5–26; Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 100.

[606] Bu bağlamda, Locke ve Kant'ın doğal hukukçu deontolojistler olarak nitelendirildikleri görülmektedir. Bkz. Gewirt, **Political Philosophy**, *Introduction*, (özellikle s. 14).

[607] Kant'ın çalışmalarında özgürlüğe vermiş olduğu anlamlar konusunda bkz. Karoly Kokai, "*What is Freedom*", http://www.bu.edu/wcp/Papers/Mode/ModeKoka.htm (Çevrimiçi: 06/07/2006); Bireysel özerklik kavramının Kant'la birlikte liberalizme kazandırılmış olduğunu Schauer de belirtmektedir. Bkz. Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 98; Ayrıca bkz. Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, ss. 17–18.

[608] Yüksek Mahkemenin T.I. Emersondan etkilenmiş olabileceğini belirtmek gerekir, zira aynı görüş Mahkemenin kararından on dört yıl önce yazılan eserde aşağı yukarı karardaki aynı cümlelerle ortaya konulmuştur. Bkz. Emerson, **General Theory**, s. 6; ABD Yüksek Mahkemesinin bu görüşü için bkz. **Bose Cors. v. United States Consumers**, 466 US 485, 503 (1984).

amaç olarak görülmektedir ve insanın ahlaki doğasıyla bağlantılı diğer bireysel değerlerin gerçekleşmesi *a priori* sentetik bir yargıya dayanmaktadır[609], böylece tez deontolojik niteliğini korumaktadır.[610]

Modern insan hakları tezinin deontolojik bir tez olduğu ya da en azından temel tezin deontolojik olması gerektiği çalışmanın birinci bölümünde ele alındığı için, burada yalnızca tezin, bir temel hak olarak ifade özgürlüğü için sağladığı gerekçenin günümüz ifade özgürlüğü anlayışı bakımından nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

Belirtilmelidir ki, deontolojik özgürlük anlayışı temel hak ve özgürlükler için önemli bir gerekçe oluştursa da, ifade özgürlüğü açısından yeterli bir gerekçe sağlamaz. Bunun temel nedeni, özgürlüğün deontolojik temellendirmede *başkalarına zarar vermeme ilkesi* ile sınırlı olmasıdır. Aslında bu ölçüt Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinden bu yana yüksek sesle dile getirilmektedir ve yalnızca deontolojik tezlere özgü olmayıp, örneğin, faydacı/utilitarian tezlerin de temel argümanıdır. Ne var ki, modern insan hakları için olduğu kadar ifade özgürlüğü için de bu ölçütün çizmiş olduğu sınırları taşan bir özgürlük modeli gelişmiştir. Sadurski'nin haklı olarak işaret ettiği gibi, özerkliğe ve bireyin kendi kendisini gerçekleştirmesine dayanan bir tez,

> *bir kimsenin kendini ifade etmesi ve kendisini gerçekleştirmesi için gerekli olabilen bireysel davranışların diğer pek çok yönüne oranla, ifadeyi daha şefkatli bir yasal kontrol sistemine tabi tutmak için gerekçeler sağlamada [yetersiz kalmaktadır].*[611]

Sadurski'ye göre kendini gerçekleştirme, aynı zamanda ifade özgürlüğünün sınırlarını belirler ve bu durumda *başkalarına zarar ilkesi*, bireysel özerkliği korumanın pratik bir standardı olarak ifade özgürlüğüne de uygulanır. Aynı gerekçeyle, azınlıklıktaki ırkların üyelerine yöneltilmiş *hakaret* ve *aşağılama* içeren ya da demokrasiye karşı insanların güvenini sarsan doktrinlerin savunulması ve başkalarına iletilmesi, bir kimsenin kendini ifade ve kendini gerçekleştirme algısı

---

[609] Kant'a göre sentetik a priori yargılar, doğruluğu gerekli olan yeni bilgiler sağlarlar. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.philosophypages.com/hy/5f.htm (Çevrimici: 09/02/2007).
[610] T. Campbell'in paragrafta belirtilen görüşleri için bkz. Campbell, "*Rationales for*...", ss. 33–34.
[611] Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, s. 18.

bakımından liberal bir ifade özgürlüğü anlayışı çerçevesinde gerekli görülse de *zarar ilkesi* bu türden ifadelerin sınırlandırılması için yeterli bir gerekçe oluşturabilir.[612]

Bundan elbette bireysel özerkliğin ya da bireysel egemenlik alanının bulunmadığı yönünde bir sonuç çıkarılmamalıdır; ancak iktidarın ifade özgürlüğünü sınırlandırırken soyut zarar tehlikesi de dahil olmak üzere dayanabileceği çok geniş bir meşruiyet yelpazesine sahip olabileceği dikkate alınmalıdır.[613] Başka bir deyişle, özerkliğe dayanan tez, devletin diğer davranış biçimlerini sınırlandırırken sahip olduğu yetkilerin, neden ifade özgürlüğünü sınırlandırırken de korunmayacağı noktasında bir *ek güvence* oluşturmaz.[614]

Öte yandan insan haklarının ahlaki olarak temellendirildiği düşünüldüğünde, kişilerin bu ahlaki temeli ortadan kaldıracak nitelikteki motivasyonları ve bu motivasyonlarla yapmış oldukları faaliyetlerin insan haklarının koruması dışında kalacağı da ileri sürülmüştür. Bu bağlamda özellikle, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması durumu bir örnek olarak gösterilmektedir. Öyle ki, hak ve özgürlükleri kötüye kullanan kişiler, bu söz konusu hak ve özgürlüklerin dayandığı ahlaki temelle bağlarını koparmış olacaklardır. Dolayısıyla da bu türden eylemleri (ki buna kötüye kullanılan ifadeler de dahildir) insan hakları çerçevesinde korumak için bir neden de olmayacaktır.[615]

---

[612] Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, ss. 18–19; Başkalarına zarar vermeme ilkesini "hukuki bir ödev" olarak tanımlayan Kant, buna uyulmasını hukukun sağlayacağını belirtmektedir. Bu bağlamda hukuk zorlayıcı bir karaktere sahiptir ve birey özgürlüklerinin sınırlarını belirtmek ve bu sınırları korumak için gereklidir. Bu konuda bkz. Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, ss. 189-202; A. Ulvi Türkbağ, "*Immanuel Kant'ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet*", **H.F.S.A**., 2. Kitap, Afa Yayınları, İstanbul 1995.

[613] Özellikle son zamanlarda, ifade özgürlüğü temellendirmesi bakımından farklı görüşlerin de ortaya çıktığı görülmektedir. Buna göre, ifade özgürlüğünün bireysel özerklik teziyle temellendirilmesinin, özellikle toplumda nefreti körükleyen ifadelere karşı da sağlam bir gerekçe oluşturacağı ileri sürülmektedir. Halbuki ırkçı ya da yabancı düşmanlığını (din, dil, etnik köken, cinsiyet esasına dayalı olarak) körükleyen ifadelerin bireysel özerklik temelinde savunulabilmesi güç görünmektedir. Bu görüş, söz konusu kategori ifadelerin, insan onurunu yaraladığını ileri süren argümanlar karşısında, konuşmacının statüsüne neden üstünlük verilmesi gerektiği konusunda bireysel özerklik tezinin bir gerekçe sağlayamayacağını gözden kaçırmaktadırlar. Buradan, söz konusu kategoriye dahil olan ifadelerin sınırlanması gerektiği anlamı çıkarılmamalıdır. Ancak bu ifadeler, bireysel özerklik tezinden başka tezlerle savunulabilir. Söz konusu görüş için bkz. Christian F. Rostboll, "*Freedom of Expression, Autonomy and Respect: Reflections Provoked by the Muhammad Cartoons*", http://cesem.ku.dk/upload/application/pdf/f51d6748/Christian (Çevrimiçi: 25/09/2007).

[614] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 102–104; Burada ifade özgürlüğü için sağlanan ek güvencelere işaret etmek üzere italik vurguyla ek güvenceyi biz kullandık; değilse Schauer'in ifadesinde *ek güvence* ibaresi yer almamakta fakat genel ve üstü kapalı olarak ifade özgürlüğünün bu yönüne dikkat çekilmektedir.

[615] Bu argümanlar için bkz. Hocking, ss. 220–224.

Ne var ki, bu argüman insan haklarının ahlaki temele dayalı savunusunun aynı zamanda Kantçı deontolojik bir teze dayandığını; dolayısıyla da kategorik emparatif çerçevesinde temellendirildiğini dikkate almamaktadır. Bir kişinin (A), B'ye (üçüncü kişilere) karşı X (hakkına) Y (haklılaştırması dolayısıyla) sahip olmasının anlamı, -A. Gewirth'ın belirttiği gibi- (B)'nin (Y) dolayısıyla yüklenmiş olduğu (X)'in korelatifi olan ödev yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla da ödev, hakkın korelatifi olup, hak ödevin bir karşılığı olmamaktadır. (B)'nin, (A)'nın hakkına saygı gösterme yükümlülüğü ya da ödevi, (A)'nın öznel durumundan ayrı olarak hakkın korelatifi olarak ortaya çıkar.[616]

Burada son olarak, bireysel özerklik ya da kendi kendini gerçekleştirme (hem *self-expression* hem de *self-projection* anlamında) argümanının siyasal sürecin işlemesinden ya da gerçeğin ortaya çıkma sürecinden bağımsız bir argüman olduğunu belirtmek gerekir.[617] Bireysel özerkliğe dayanan tez, iktidarın ifadeyi sınırlaması noktasında yetersiz kalsa da, hakkın evrenselliğini temellendirme bakımından bağımsız bir gerekçe sağlar. Bu yönüyle de araçsalcı/enstrumentalist bütün tezlerden üstündür.

Bireysel özerkliğe dayanan tezle demokrasiyi haklılaştıran tezin aynı temele dayanması, ifade özgürlüğünün demokratik sürecin işleyişindeki rolüne dayanan bir argümanla bireysel özerkliğe dayanan argümanı aynı kılmamaktadır. Bireysel özerkliğe dayanan bir tez demokrasiyi ya da bir başka yönetim biçimini haklılaştırabilir. İfade özgürlüğü hakkı, diğer tezlerden ve özellikle de demokrasiye dayanan tezden bağımsızdır.[618] Dolayısıyla da ifade özgürlüğü hakkının temellerini oluşturan diğer tezler dikkate alınmadan sınırlarının belirlenmesine girişilmemelidir.

---

[616] Alan Gewirth, **The Community of Rights**, The University of Chicago Press, U.S.A. 1996, ss. 8 vd.

[617] Bu konuda bkz. Campbell, "*Rationales for…",* s. 33–34.

[618] Tucker'ın**,** Rawls'ın *A Theory of Justice* (Adalet Kuramı) eserinde savunmuş olduğu deontolojik özgürlük anlayışının diğer ifade özgürlüğü tezlerine göre daha sağlam bir güvence oluşturduğu görüşüne katılmak mümkün değildir. Tucker, belirtilen bu noktayı birbirine karıştırmakta ve aslında Rawls'ın tezinin diğerlerine göre daha sağlam bir gerekçe oluşturduğu sonucuna varmaktadır. Hâlbuki Tucker'ın bu görüşlerini yazmış olduğu eserden sekiz yıl sonra Rawls, *Political Liberalism* (Siyasal Liberalizm) eserinde bu iki noktayı birbirinden ayırmadan, Alexander Meikljohn'un etkisiyle domokrasiye dayanan argümanı ifade özgürlüğünün temeli yapmıştır. Tucker'ın argümanları için bkz. Tucker, **Law, Liberalism**, ss, 34–56.

II) GERÇEKLİĞE DAYANAN TEZ

Geleneksel ifade özgürlüğü anlayışı içerisinde, ifade özgürlüğünün yalnızca bir *bireysel iyi* (individual good) olmayıp aynı zamanda bir *sosyal iyi* (social good) olduğu görüşü hakim olmuştur. Bu bağlamda ifade özgürlüğü bilginin arttırılmasının ve gerçeğin keşfinin en temel araçlarından birisi olmaktadır.[619]

J.S. Mill tarafından geliştirilmiş olan bu görüş, ifade özgürlüğünü temellendirmenin başta gelen gerekçelerinden biri olmuş ve ABD Yüksek Mahkemesi tarafından da "fikirlerin pazaryeri" argümanı çerçevesinde benimsenmiştir.[620]

Böyle bir ifade özgürlüğü tezi kuşkusuz ifade özgürlüğünü *bir kendinden iyi* olarak görmemektedir. İfade özgürlüğünün sağlanması başka bir takım yararların gerçekleştirilmesi için gereklidir. Özgürlük önemlidir, çünkü insanların psikolojik olarak kendilerini iyi hissetmeleri temeline dayanan hazzın tatmin edilmesinin önemli bir aracı olmaktadır. Öyleyse, insanların arzuları doğrultusunda yapacakları seçime müdahale etmemek kural olmalıdır. Bu bağlamda ahlaki paternalisme kuşku ile bakılmakta ve oldukça sınırlı bir çerçevede izin verilmektedir. Bu sınırlı durum ise, ihtiyaçların doyurulmasının maksimize edildiği kimi durumlara özgü kalmaktadır. James Mill ve Bentham gibi ünlü faydacılar/utilitarian düşünürler tarafından savunulan bu görüşlerin ekonomik alandaki en önemli temsilcisinin Adam Smith olduğu ifade edilmektedir. Siyasal liberalizme önemli katkıları olan bu düşünürler, temel hak ve özgürlüklere diğer sosyal ve psikolojik yararlar karşısında hiçbir üstünlük (priority of rigts) tanımadıkları için gerçek anlamda liberal olarak kabul edilmemektedirler.[621]

Bentham ve James Mill tarafından savunulan faydacı/utilitarian felsefenin modern insan haklarını temellendirmedeki başarısızlığı birinci bölümde ele alınmış olduğundan burada ifade özgürlüğünün önemli savunucuları arasında yer alan J.S. Mill'in görüşlerinin üzerinde durulacaktır. Zira Mill'in ifade özgürlüğü savunusunu Benthamci yararcılıktan ayırmak için yeterli bir gerekçenin bulunduğu görülecektir.

---

[619] Emerson, **General Theory**, s. 7.
[620] Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, s. 3.
[621] Tucker, **Law, Liberalism**, s. 11.

Üzerinde durulması gereken en temel gerekçe de kuşkusuz Mill'in hak ve özgürlükler için siyasal ve ahlaki argümanları içerisinde bağımsız bir temellendirme yapmış olmasıdır.[622] Burada Mill'in özellikle düşünce ve ifade özgürlüğü savunusunda, Bentham ve babası James Mill tarafından savunulan klasik faydacılıktan ayrıldığını, Bentham, J. Mill'in mutluluk ve haz ölçümlemesine dayalı niceliksel davranış faydacılığının (quantitative act-utilitarianism) yerine niteliksel kural/ilke faydacılığını (qualitative rule-utilitarianism) getirmiş olduğunu belirtmek gerekir.[623]

Gerçekliğe dayanan ifade özgürlüğü tezinin bir versiyonu F. Schauer tarafından, K. Popper'in *yanlışlanabilirlik (falsification)* olarak bilinen bilimsel yöntemine dayalı olarak geliştirilmiştir. Aynı tezin Schauer'inki kadar açık olmasa da T.I. Emerson tarafından da savunulduğu görülmektedir. Bu tez, pek çok yönleri itibariyle Mill'in tezi ile benzeşse de iki tez arasında temel ayrılıkların bulunduğu da görülecektir. Bu bakımından Schauer'in, Popper'in bilgi kuramına dayalı geliştirdiği tezi ayrı bir başlık altında incelemek yararlı olur. Son olarak, gerçekliğe dayanan bir tezin ifade özgürlüğünü temellendirmedeki başarısının incelenmesi gerekir. Bu, büyük ölçüde eleştirel bir bakış olacaktır.

---

[622] Tucker, **Law, Liberalism**, s. 11.

[623] Mill'in faydacı yaklaşımın karşılaştırmalı bir incelemesi için bkz. Gwirth, **Political Philosophy**, *Intruduction*; Kural faydacılığının temel esasları şu şekilde özetlenebilir: İlk olarak bir kural belirlenirken benzeri davranışların yaygın olarak gerçekleştirilmesinin nihai değeri üzerinden bir araştırma yapılmalıdır. İkincisi, kurala göre davranılması neticesinde en yüksek düzeyde bir 'gerçek iyi'nin (intrinsic good) ortaya çıkması beklenir. Üçüncüsü, söz konusu kural, kurallar sisteminin bütünüyle uyumlu olmalı ve bu bağlamda da toplam iyiye hizmet etmelidir. Dördüncüsü, bir davranışa rehberlik eden kuralın, genel bir ilke, siyasa ya da pratik olması beklenir. Beşincisi, belirli bir olayda uygulanması durumunda iyi sonuç vermesi değil, kuralın uygulanabildiği bütün olaylar bakımından verdiği sonuç esas alınmalıdır. Bu durumda, belirli bir olay (ad hoc case) bakımından iyi sonucun ortaya çıkmasından yola çıkılarak bir kural oluşturulamaz. Bkz. Hackett edition of *Utilitarianism*, Ed. by George Sher: http://www.rwc.uc.edu/mcclusky/UTIL.HTML#top (çevrimiçi), 04/08/2005; Ayrıca bkz. www.mc.maricopa.edu/~sklein/ethicsclassnotes/RuleUtil.pdf, (çevrimiçi: 02/07/2006); Ayrıca bkz. **The Penguin Dictionary of Philosophy**, Ed. by Thomas Mautner için http://www.utilitarianism.net/ruleutil.htm; Millci kural faydacılığı ve Benthamci davranış faydacılığı (act-utilitarian) arasındaki ayırımlar için bkz. http://www.rsrevision.com/Alevel/ethics/utilitarianism/ (çevrimiçi: 02/07/2007); Kural faydacılığına yöneltilen eleştiriler için bkz. http://pegasus.cc.ucf.edu/~stanlick/actrule.htm, (çevrimiçi) 03/04/2007; Peter Prevos, "*Rule and Act Utilitarianism*", Monash University, Melbourne, www.prevos.net/ola/utilitarianism.pdf, (çevrimiçi: 02/07/2006).

A) J.S. Mill ve Gerçekliğe Dayanan Faydacı Tez

Mill'in, Hürriyet Üstüne (On Liberty) adlı klasikleşen eserinde geliştirmiş olduğu argüman, düşünce ve ifade özgürlüğünün insanlığın bütün mutluluklarına kaynaklık eden düşünsel mutluluk için zorunlu olduğu temeline dayanmaktadır.[624] Öyle ki bir ulus, sıradan insanları bile düşünceleri temelinden sorgulayan bir kavrayış sahibi birer canlı olma onuruna ancak düşüncenin tutsak edilmediği bir özgürlük ortamında yükseltebilir.[625] İnsan, belirli bir kalıba göre üretilen ve kendisine buyrulan her şeyi yerine getirmesi gereken bir makine değildir. İnsan, içten gelen arzulara göre gelişmek isteyen bir ağaca benzer. Bu yüzden insanın kendi anlayışına göre davranması istenilen bir şeydir. Bu yüzden alışılagelen kalıplara uymak kadar, aklını kullanarak bu kalıpların dışına çıkmak da iyi bir şeydir. Bu kalıpları sorgulamadan, körü körüne bağlanmak ise gerçekte insanın kendini inkar olacaktır.[626] İşte Mill'i yukarıda sözü edilen faydacılardan ayıran düğüm buradadır. Mill, düşüncenin ve düşünceyi ifade etmenin insana özgü bir nitelik olduğunu; düşünce ve ifade özgürlüğünün yalnızca insanın mutluluğunun değil, aynı zamanda maddi, manevi gelişiminin de bir koşulu olduğunu ileri sürmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, bu argümanı Mill'in düşünce ve ifade özgürlüğünü tartıştığı bölümde değil de "Mutluluğun Unsurlarından Biri Olarak Bireycilik" bölümünde ele almış olmasıdır. Pek çok yazar bu yüzden Mill'in ifade özgürlüğü konusundaki görüşlerini, yalnızca gerçeğin ortaya çıkarılmasının ampirik bir temellendirmesi olarak ele almaktadır.[627]

Richards'ın belirttiği gibi Mill'in düşünce ve ifade özgürlüğü savunusunu klasik (hatta Mill'in kendi savunmuş olduğu) faydacı kuramdan ayrı düşünmek gerekmektedir. Öyle ki Mill, kimi insan faaliyetlerinin (daha yüksek insan fakülteleriyle ilgisi bakımından) kimi diğerlerine göre daha mükemmel (excellent), dolayısıyla da daha değerli (worthy) olduğunu kabul etmek suretiyle aslında mükemmeliyetçi (perfectionist) bir normatif ifade özgürlüğü tezi ortaya koymuştur. Burada konu, ifadenin daha yüksek bir hazzı tetiklemesinden ötürü değil, insanın

[624] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 99.
[625] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 74.
[626] Mill, **Hürriyet Üstüne**, ss. 108–109.
[627] Örneğin, Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, ss. 3–16; Tucker, **Law, Liberalism**, ss. 11–21.

zihinsel faaliyetinin işleyişi (fiziksel olana göre daha yüksek bir değere sahip fakültesi) ile ilgili olması bakımından daha yüksek bir değere sahip olmasıdır.[628]

Bununla birlikte Mill'in bireysel özerkliğe yapmış olduğu vurguyu abartmamak gerekir. Her şeyden önce Mill'in düşünce ve ifade özgürlüğünü temellendirirken bireysel özerkliğe dayanan sistematik bir tez ortaya koyduğu söylenemez. Mill'in, ifade özgürlüğü temellendirmesinde bireysel özerkliğe yapmış olduğu gönderme, yukarıda belirtilen istisnadan ibaret kalmaktadır. Mill'in bireysel özerkliğe yapmış olduğu vurgu önemli olsa da, savunmuş olduğu ifade özgürlüğü tezinin temel gerekçeleri açısından, özgürlüğün bir kendinden iyi olduğu sonucuna ulaşmak güçtür.[629] Çünkü "*Hürriyet Üstüne*"deki vurgu, düşünce ve ifade özgürlüğünün bir takım bireysel ve toplumsal amaçlara ulaşmak için bir araç olduğu sonucuna götürür bizi. Bu araçların en başında da gerçeğin keşfi ve insanlığın ilerlemesi gelmektedir.

Bu bağlamda Mill'in, düşünce ve ifade özgürlüğü için iki temel gerekçe sunmuş olduğu söylenebilir. Bunlar belirtildiği gibi, düşünce ve ifade özgürlüğünün gerçeğin ortaya çıkabilmesinin en önemli aracı olması; özgürlüğün, farklılığı gerektirmesi ve insanlığın gelişmesini olanaklı kılmasıdır. Sonuncusunun, yani özgürlüğün insanlığın gelişmesini olanaklı kılmasının Mill'in temellendirmesi açısından daha az bir öneme sahip olması dolayısıyla incelememize buradan başlamak yerinde olacaktır.

Mill, düşünce ve ifade özgürlüğünün yalnızca, gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayacak büyük düşünürler yetişmesini sağlamak için gerekli olmadığını; aynı zamanda sıradan insanların düşünce düzeylerini, ulaşılması mümkün olan en yüksek noktaya çıkarmak için de önemli olduğunu belirtmektedir. Hatta bu ikincisi daha da

---

[628] David A.J. Richards, **Free Speech and The Politics of Identity**, Oxford University Press, USA 1999, ss. 17–18 (Bundan sonra metinde "Free Speech" olarak anılacaktır).

[629] Mill, bireysel özerkliği ifade özgürlüğünün temellendirilmesi bakımından doğrudan bir gerekçe olarak kullanmamıştır. Bireysel özerklik kavramı Mill için deontolojik bir anlam taşımamaktadır. Bireysel özerklik belirli koşulların sağlandığı bir toplumda geçerli bir kavramdır. Bu bakımdan da evrensel nitelikten yoksundur. Çocukların özerk olmaları gerektiğini nasıl söyleyemiyorsak, gelişmemiş toplumların da özerk olmaları gerektiğini ileri süremeyiz, Mill'e göre. Hâlbuki gelişmiş bir toplumda, kişinin kendisine zarar verdiği gerekçesiyle sınırlandırılması meşru görülmeyecektir. Mill'in özellikle bireysel özerklik kavramı çerçevesinde ileri sürmüş olduğu görüşlerinin eleştirisi için bkz. James F. Stephen, **Liberty, Equality, Fraternity: And Three Brief Essays**, with A New Forward by Richard Posner, University of Chicago Press, Reprint Ed. USA 1992, ss. 52–73.

önemlidir. Düşüncenin tutsak olduğu bir yerde, az sayıda düşünürün yetişmiş olduğu görülebilse de hiçbir zaman işlek kafalı bir halk ortaya çıkmamıştır.[630]

Kalıplaşmış düşünce ve görüşlerin yanlış olabilecekleri varsayımıyla değişebilmesi, geleneğin despotizminin kırılabilmesi insanlığın ilerleyebilmesinin ön koşuludur. Mill'göre,

> *[ş]artlara göre bazen özgürlük ruhu, bazen de ilerleme veya reform ruhu denen şey geleneklerden daha üstün olduğu için, gelenekler bunları birer hasım olarak kabul eder. ... [Ş]u da bir gerçektir ki, gelişmenin tek şaşmaz ve sürekli kaynağı özgürlüktür. ... [İ]lerlemeci anlayış, hem özgürlük hem de gelişme sevgisi olarak boyunduruktan kurtulmayı gerekli gördüğü için geleneğin nüfuzuna düşmandır. Bu ikisi [özgürlük ve gelenek] arasındaki çatışma insanlık tarihinin en önemli ilgi konularından birini oluştura gelmiştir.*[631]

Mill, toplumsal çeşitliliğin ve farklılıkların bireysel özgürlüğün zorunlu bir sonucu olduğunu, insanlığın ilerlemesinin ise işte bu farklılıklara bağlı olduğunu ileri sürmektedir. İnsanların giderek birbirlerine benzemeleri ve söz konusu çeşitliliklerin ortadan kalkması, bireysel özgürlüğü ortadan kaldıracak ve dolayısıyla da insanlığın ilerlemesini durduracaktır.[632]

Mill'e göre ifade özgürlüğü, bir konu üzerindeki farklı görüşlerin dinlenmesini gerektirmektir. Farklı görüşlerin dinlenmesi ise gerçeğin ortaya çıkarılması sürecini belirlemektedir. Tek yanlı olarak işleyen bir süreçte, yanlışlar birer peşin hüküm haline dönüşerek katılaşırlar. Bu süreçte, gerçeğin abartılı biçimde vurgulanması onu hükümsüz hale getirir; zira artık gerçeğin insanlar üzerinde bir etkisi bulunmayacak, sıradanlaşacaktır. Mill, bunu bir davada karar verme konumunda olan bir yargıcın taraflardan yalnızca birini dinlemesi durumunda içine düşeceği zorlukla örneklendirmektedir. Dolayısıyla, yalnızca gerçeğin dayandırıldığı

---

[630] Mill, düşüncenin baskı altında olduğu toplumlarda, özü sözü bir açık fikirli aydınların yetişmeyeceğini öncelikle kabul etmiştir. Bu tezini desteklemek için tarihe müracaat etmiş ve geçmişte nice güçlü beyinlerin kendilerini halkın önünde ifade ederken ellerinden geldiğince kendi yargılarını, içlerinden reddettikleri doğrulara uydurmaya çalıştıklarını örneklendirmektedir. Bütün bu tartışmalarla ilgili olarak bkz. Mill, **Hürriyet Üstüne**, ss. 72–74.

[631] Mill, **Hürriyet Üstüne**, ss. 122–123.

[632] Bu noktada Mill, tarihten ve özellikle de doğu toplumlarından örnekler vererek bu tezini kanıtlamaya çalışmaktadır. Bkz. Mill, **Hürriyet Üstüne**, ss. 124–128.

kanıtlarla sunulması değil, aynı zamanda onun muhataplarına dinletilebilir olması da önemlidir.[633]

Mill, düşünsel çeşitliliği insanlığın ilerlemesinin bir ön koşulu yapmak suretiyle gerçekliğe dayanan tezden bağımsız olarak farklılığa dayanan bir tez ortaya koymuş sayılabilir mi? Bu sorunun yanıtı kısmen "evet" kısmen de "hayır" biçiminde verilebilir. Schauer'in belirttiği gibi, bireysel tercihle ifade özgürlüğü arasındaki ilişki, bir yönüyle birey için var olan seçeneklerin çeşitliliğinden kaynaklanmaktadır ve tercih süreci, ifade özgürlüğü için bağımsız bir tez ortaya koyabilir.[634] Galtung'un bu çalışmanın Birinci Bölümünde incelenen, *bireylerin temel etkinliklerinin, farklı yaşam alternatiflerine gerçekten sahip olmalarına elverecek şekilde düzenlenmesi gerektiği* konusundaki görüşlerine paralel olarak farklılığa dayanan bir ifade özgürlüğü tezi savunulabilir.[635] Buradaki çeşitlilik, ifade özgürlüğünün epistemik karakterine göre değil de daha çok demokrasiye dayanan bir çoğulculuk teziyle ilişkilidir.

Çeşitlilik, yalnızca alternatif varsayımları görmemize olanak sağladığı için değil de, aynı zamanda alternatif siyasaları, yönetim biçimlerini ve yaşam tarzlarını teşvik ettiği için savunuluyorsa, bu durumda tezin epistemik tarafı geri plana itilmiş ve farklılığa dayanan bağımsız bir teze dayanılmış olur. Başka bir anlatımla farklılık, Schauer'in belirttiği gibi, gerçeğin ortaya çıkarılması argümanından bağımsız olarak bizatihi bir amaç haline gelir.[636]

Ne var ki, bu anlamda farklılığa dayanan bir ifade özgürlüğü tezinin ifadeye özel bir koruma sağlamayacağını belirtmek gerekir. Aynı öncülden hareketle, yalnızca ifade özgürlüğü değil, bir davranış özgürlüğü de savunulabilir.[637] Burada tezin ifade özgürlüğüne sağlamış olduğu destek, özerkliğe dayanan tezin sağlamış olduğu destekle aynı düzeyde olacaktır.

Bununla birlikte, görüşlerin farklılığı, gerçeğin keşfine yardımcı olacak alternatiflerin çokluğunu sağlıyorsa bu durumda tez Mill'in gerçeğin keşfine dayanan

[633] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 98–99.
[634] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 97–98.
[635] Galtung'un görüşleri çalışmanın Birinci Bölümünde incelenmiştir.
[636] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 97.
[637] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 97.

teziyle daha sıkı bir ilişki içinde olacaktır.[638] Bu noktada Mill'in farklılığa dayanan tezi de, gerçekliğe dayanan tezin güçlü ve zayıf yanlarını taşıyacaktır.

Düşünce ve ifade özgürlüğünün Millci gerekçelerini, *On Liberty* (Hürriyet Üstüne) eserinde savunmuş olduğu görüşler çerçevesinde birkaç madde altında özetlemek yerinde olacaktır.

İlk olarak, herhangi bir düşüncenin susturulması, epistemolojik bir temellendirme açısından başarılı olamaz. Zira bizim kesin olarak doğru bildiğimiz şeylere rağmen söz konusu düşünce ya da görüş doğru olabilir. Bunun aksini savunmak, yanılmaz olduğumuzu ileri sürmek demektir.[639] İnsanların, kuşkulu olabilmesi olasılığı bulunan bütün konularda ifade özgürlüğünün bulunmasını kabul edip de belli bir ilkenin ya da öğretinin tartışılmasının yasak olduğunu bu konudaki yanılmazlıklarına bağlı olarak savunmaları garip bir durumdur.[640] İnkar edilemeyen düşüncenin yanlış, bunun sonucu olarak da yasaklanan başka bir düşüncenin doğru çıktığına tarih tanıklık etmektedir.[641] Mill, bu noktada, Hıristiyanlık'ın gelişim sürecini örneklemektedir. Mill'e göre Hıristiyanlar, Marcus Aurelius zamanında Hıristiyanlara yapılan kötülüklere ve Aurelius'un bu inancın batıl olduğu konusundaki görüşlerine dikkat etmelidirler. Aurelius'un inananlara yapmış olduğu işkence ve eziyetlerin altında yatan gerekçelere Orta Çağda Hıristiyanların sahip çıkmış olmaları bu bakımdan ibret vericidir.[642]

İkinci olarak, yasaklanan düşünce yanlış dahi olsa bunda bir kısım gerçeklerin bulunması her zaman olasıdır. Nitekim bunu tarihin sayfalarını araştırdığımızda apaçık görebiliriz. Öyleyse, gerçeğin tamamlanabilmesi için yanlış düşüncelerin tartışma sürecindeki işlevini yerine getirmesine izin vermeliyiz.[643]

Üçüncü olarak, doğruluğuna kesin olarak inandığımız bir düşünceye ya da görüşe karşı itiraz edilmesine izin vermeliyiz ki, bu görüşün doğruluğunu güçlendiren dayanakların zaman içerisinde üstünün küllenerek insanlar için bir peşin hüküm niteliğine dönüşmesini engelleyebilelim.[644] Öyle ki, inkar edilemeyen bir

[638] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 96.
[639] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 99.
[640] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 58.
[641] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 89.
[642] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 63–70.
[643] Mill, **Hürriyet Üstüne**, ss. 75, 99.
[644] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 99.

düşünceye itiraz eden ya da izin verildiğinde itiraz edebilecek kimseler varsa onlara karşı çıkmak bir yana teşekkür etmemiz gerekir.[645] Eğer Newton'un felsefesinin tartışılmasına izin verilmemiş olsaydı, insanlar bu görüşlerin doğruluğuna bu kadar güven duymayacaklardı.[646]

Son olarak, doğruluğuna kesin olarak inanılan bir doktrinin kendi anlamını kaybetmesi ve insanlar üzerindeki etkisini kaybetme tehlikesi bulunmaktadır. Düşüncenin bir dogmaya dönüşmesi, akıl ve kişisel tecrübe yoluyla yürekten inanılan görüşlerin ortaya çıkmasını yasaklayacak bir niteliğe bürünmüş olur.[647]

Bu çerçevede öncelikle çözümlenmesi gereken önemli bir epistemolojik sorun bulunmaktadır: *Gerçeklikten* neyi anlamalıyız? Gerçeklik eğer bir bilginin *doğru* olması anlamına geliyorsa, bilginin *doğru* olmasının anlamı nedir? Bilgi felsefesi (epistemology) içerisinde *doğru/truth* üzerine yapılan tartışmaları burada ele almak kuşkusuz bu çalışmanın kapsamını aşacaktır; ancak *gerçekliğe dayanan tezin* kavranabilmesi için Mill'in *doğru*'dan ne anladığını açıklığa kavuşturmak gerekir.

Mill'in bilgi felsefesi radikal biçimde ampiriktir, başka bir anlatımla bilginin biricik kaynağı deneye dayanmaktadır. Öyle ki, bütün bilimsel araştırmalar/sorgulamalar (inquiries), gözlem ve deneyin varlığına bağlı olarak belirlenen ampirik yasalar biçiminde ortaya çıkarlar. Ne var ki, söz konusu ampirik yasalar, hakikat olma niteliğini haiz olmakla birlikte, nihai yasa değildir. Ampirik genellemelerin, evrensel hakikatler olarak kabul edilebilmesi zamana yayılmış uzun soluklu deneyimler sonucunda olanaklı olabilir. Örneğin, bizim kömür yataklarının yer yüzünün belirli bir tabakasında bulunabileceğine ilişkin bilgimizi, gezegenlerin bir özelliği olarak genelleyebilmemiz ve buradan bir ampirik nihai yasaya ulaşabilmemiz, ayın ve diğer gezegenlerin yapısını incelememize ya da gezegenlerin oluşumunda da bizim gezegenimizin oluşumda geçerli olan yasaların geçerli olduğunu bilmemize bağlı olacaktır. Ancak gezegenlerin kütleleri ile doğru, aralarındaki uzaklıkla ters orantılı olarak çekim gücünün belirlenmesini sağlayan bir ampirik yasanın nihai yasa olduğu söylenebilir. Çünkü buradaki çözümleme homojen bir niteliktedir. Nedensellik yasası bir çok değişkene bağlı olarak

[645] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 89.
[646] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 57.
[647] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 99.

belirlenmemektedir. Basıncın düşmesi sonucunda yağışın geleceğine ilişkin bir diğer örnekte ise bütün değişkenleri, ulaşmak istediğimiz nedensellik yasası bakımından tüketmek olanaklı olmamaktadır. Dolayısıyla buradaki genelleme fenomenin/görüngünün heterojen olması nedeniyle birinci örnekteki kesinliğe ulaşamayacaktır. Yine buradan ampirik bir yasanın bulunması olanaklıdır. Bu yasanın, gözlemlenen olguya etki eden başka bir neden bulununcaya kadar geçerli olduğu söylenebilecektir.[648]

Tüm arzularımız, amaçlarımız ve inançlarımız, çağrışımın (association[649]) psikolojik yasalarının ürünüdürler. *Sözsel* (verbal) ve *gerçek* (real) önermeler arasında bir ayırım yapan Mill, yalnızca matematiğin değil, aynı zamanda mantığın da *gerçek* önermeler olduğunu ileri sürmüştür. O, sentetik ya da gerçek olarak nitelendirilen herhangi bir önermenin (proposition) *a priori* bir önerme olduğu biçimindeki Kantçı görüşü reddetmiştir. Matematik ve mantık bilimi, en genel doğa yasalarını bulmaya yarayan bilimler olup, nihayetinde diğer bütün bilimler gibi onlar (matematik ve mantık) da deneye dayalı tümevarım (inductive) metoduyla temellendirilirler. Geometri ve aritmetik de ampirik olarak temellendirilirler. Örneğin geometrik teoremler, tümevarım (inductive) yöntemiyle kurulan gerçek önermelerden oluşan öncüllerden çıkarsanırlar. Benzeri biçimde Mill, birbirine paralel iki düz çizginin bir alan oluşturmayacağı ya da iki ila bir'in toplamının üç yaptığı biçimindeki bir toplama işleminin soyut değil doğal (natural) bir niteliğe (attribute) sahip olduğunu ileri sürmektedir. Matematik ve mantık'ın aklın ürünü soyut kavrayışlar olduğu bir yanılgıdır; zira bunların ampirik olarak temellendirilmeleri söz konusudur (en genel ampirik bilimlerdir) ve böylece her iki bilim de doğa bilimleri (natural sciences) olarak sınıflandırılırlar.[650] Mill, ampirizmi

---

[648] J.S. Mill, **A System of Logic: Ratiocinative and Inductive**, Longmans, Green and Co. Publishing, NY, USA, 1930, ss. 338–344.

[649] Associationism/çağrışımcılık olarak bilinen düşünce sisteminde, insan zihninde oluşan birincil düşüncenin çağrıştırdığı ikincil düşüncenin birincil düşünceye sıkı sıkıya bağlı olduğu savunulur. Psikolojinin temel tezlerinden biri olan çağrışımcılık, Mill'in bilgi felsefesinin temelini oluşturmaktadır. Associationism için bkz. James Drewer, **A Dictionary of Psychology**, Revised by Harvey Wallerstein, Penguin Books, (Reprinted), Maryland USA 1971, ss. 20-21'deki tanımlar.

[650] **Routledge Encyclopedia**, ss. 659–662; Mill'in bu görüşleri Kant'ın bir eleştirisi niteliğindedir. Kant, paralel iki çizginin kesişmeyeceği ya da paralel olmayan iki çizginin kesişeceği gibi mekansal bir kategoriye dahil olan bilginin ani-sezgisel bir kavrayışla elde edilen a priori sentetik bir bilgi olduğunu ileri sürmektedir. İşte Mill'in eleştirdiği Kant'a ait bu görüşler olmaktadır. Kant'ın görüşleri için bkz. Kant, **Prolegomena**, s. 18.

bilginin tek kaynağı olarak görmektedir. Kant, matematiği saf akıldan çıkan *a priori* ilkeler olarak sınıflandırmasına karşın[651] Mill matematiği -sorunlu biçimde- bütünüyle ampirik bir kaynağa bağlar.[652]

Modern görüngücülüğün (phenomenalism) kurucusu olduğu belirtilen Mill, maddeyi/dışsal nesneleri (bizim dışımızdaki dünyayı/external objects) duyularımızın sürekli olanaklılığı ile özdeş olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla ne zaman dünyada bir değişiklik gerçekleşirse aynı zamanda duyuların sürekli olanaklılığında da değişiklik meydana gelir. Nedensellik hakkındaki düşüncelerimiz (ideas) duyularla değil, duyuların olanaklılığı (grubu) ile bağlantılıdır (connected). Nesnelere verdiğimiz bütün sıfatlar (attributes), bir ya da daha fazla duyumuzun zihnimizde yaptığı uyarılardan oluşmaktadırlar. Bir nesne, belirli bir tarzda duyumuzu etkilemesinin dışında hiçbir şey demektir. Biz, dışımızdaki bir nesnenin varlığından söz ettiğimizde, algılarımızla ilgili olarak onu düşünmesek bile bir şeyin varlığından söz ediyoruz demektir. Söz konusu nesnelerin varlığı bizim onları düşünmüş olmamıza bağlı değildir; başka bir deyişle, biz yok olsak dahi onların dışsal/harici varlığı devam edecektir. Harici dünya (bizim dışımızdaki dünya), bizim izlenimlerimizin ötesinde, Kant'ın ifadesiyle bir sürekliliğe (perdurability) sahiptir. Halbuki dış dünya hakkındaki izlenimlerimiz (impressions) geçicidir. Belirli koşulların varlığı halinde duyularımızı (olanaklılık çerçevesinde) biçimlendirme özelliğine sahibiz. Bu olanaklar, koşullu belirlilikler olup, deneyim yoluyla hiçbir kesinliğe ulaşılamayan belirsiz olanaklardan ayrılmalıdır.[653]

---

[651] Bkz. Kant, **Prolegomena**, s. 16.

[652] Mill'in radikal ampirizminin ciddi kusurları vardır. En başta matematik ve mantık biliminin aklın soyut kuralları olabileceği düşüncesini tümden reddetmesi ve bu bilimleri gerçek önermeler olarak tanımlaması başarısız olmaya mahkum gözükmektedir. Matematikte kullanılan teorem ve aksiyomların Euklid geometrisi bağlamında ampirik temelleri olduğu ileri sürülebilse de, "sıfır" (0) ve "sonsuz" (∞) kavramlarının işlevinin yalnızca soyut akılla kavranabildiğini kabul etmek gerekir. Öyle ki, 0/∞ ya da tersinin belirsiz olduğu ve bunun bir türev işlemiyle aşılabildiği kabul edilir. Öte yanda, bir "sabit"in 0'a bölümünün ne olduğu ise halen tartışmalıdır. Mill'in iddiasının aksine, bunların ispatı ampirik olarak olanaksızdır. Bu konuda ayrıntılı bir makale için bkz. Hossein Arsham, "*Zero in Four Dimensions: Cultural, Historical, Mathmetical and Pschological Perspectives*", http://home.ubalt.edu/ntsbarsh/zero/ZERO.HTM (Çevrimiçi: 25/09/2007); (0) ve (∞) kavramlarının yaratmış oldukları paradoksa dikkat çeken başka bir çalışma için bkz. Charles Seife, **Zero: The Biography of A Dangerous Idea**, Published by the Penguin Book, NY 2000, (özellikle ss. 1–5).

[653] **Routledge Encyclopedia**, ss. 665–666.

Böylelikle Mill, bilginin olanaklılığı için bir takım *a priori* unsurların varlığını zorunlu gören Kantçı bilgi felsefesini reddetmektedir.[654] Madde ve ruhun varlığı üzerine ya da zaman ve mekan varlığı üzerine ulaşılan yargıların kanıtlanabilirliğinin bulunmadığı konusunda neredeyse evrensel bir uzlaşı bulunmaktadır. Eğer bu tartışmalarla ilgili bir şeyler bilinecekse bu aracısız bir sezgiyle olanaklı olabilir. Aynı biçimde Tanrının ya da bir takım ödevlerin a priori olarak bilinebileceği konusu da aracısız bir sezginin konusu olabilir; ancak bunlar kanıt ve akıl yürütmenin konuları içerisinde olamazlar. Mantık biliminin (Mill, mantık için, bilimin bilimi de demektedir) faaliyet alanı, o ana kadar bilinen hakikatlere dayanılarak yapılan çıkarsamalardan oluşan bilgi alanıyla sınırlıdır. Dolayısıyla da sezgiyle[655] aracısız olarak elde edilen bilginin kanıtlanabilirliği; başka bir deyişle sorgulanabilirliği bulunmamaktadır.[656]

Bütün A'ların B olduğunu belirten bir önermenin bütün A'ların B olduğunun gözlemlenmesi sonucunda ortaya çıktığı ileri sürülmektedir. Akli yetimizin (rational faculties) bağlı bulunduğu yasaları da diğer doğal ajanların bağlı oldukları yasaları öğrendiğimiz gibi öğrenmekteyiz. Yaptığımız pratikler üzerine eleştirel yansımalar sonucunda akıl yürütme işini gerçekleştiririz. Böylece yansımacı pratik araştırması (reflective scrutiny of practice) tam anlamıyla *a posteriori* bir yapıdadır.[657]

Hume ve Reid'in aksine Mill, kuşkucu olmadığı gibi kuşkuculuk üzerine bir araştırmaya da girişmemiştir. Bu bağlamda Onun epistemolojik anlamda kuşkucu sorulardan uzak durduğu da belirtilmektedir. Bilgi kuramının temelinde yanılabilirliği asgariye indirgeyecek tam anlamıyla deneysel bir yöntem bulunmaktadır. Herhangi bir olguyu (phenomenon) ele aldığımızda bu olgunun yeknesak (bütün/uniform) nedenlerinin olduğu görülür. Eliminasyon yöntemiyle

---

[654] Mill'in hakikatin bilinebilirliği ile ilgili olarak ikili bir ayırım yaptığı görülmektedir: Hakikat/gerçeklik iki yolla bilinir. İlk olarak, bazı hakikatler doğrudan aracısız olarak bize kendilerini sunarlar ki; bunlara aracısız sezgi/intiution yoluyla bilinen hakikatler dahildir. İkincisi ise, hakikatin diğer kimi hakikatlerin aracısı olarak kendini göstermesidir. Örneğin tartışarak öğrenmiş olduğum ya da bugün açlığımla ilgili bilgileri başka hakikatleri aracı yapmaksızın bilebilirim. Fakat geometrik teoremler hakkında ya da bizim içinde olmadığımız tarihsel kesitlere ilişkin bilgilerimiz daha önceden verili olan başka gerçekliklere dayalı olarak çıkarsanabilirler. İşte doğruluğu test edilebilir ve kanıtlanabilir bilgi bu ikinci sınıf bilgidir ve bilimin ve mantığın ilgi alanına girer. Bkz. Mill, **A System of Logic**, s. 3.

[655] Consciousness/bilinç-şuur ve Intuition/sezgi ifadelerini Mill aynı anlamda kullandığını belirtmektedir. Mill, **A System of Logic**, s. 4.

[656] Mill, **A System of Logic**, s. 5.

[657] **Routledge Encyclopedia**, s. 664.

gerçek neden ortaya çıkarılır. Eliminasyon yöntemi endüktif/tümevarımsal bir yöntem olmaktadır. Eliminasyon, yasanın karşı tezi konumundaki "rastlantı/chance"ların ayıklanması anlamına gelmektedir. Burada yapılan iş, iki ya da daha ziyade fenomen arasındaki *rastlantıların* bir arada bulunmalarının nedenlerinin ortaya konulmasıdır. Bu da her iki fenomen arasında bir bağlantının/connexion varlığının aynı rastlantılarla fenomenlerin ikinci kez birlikte bulunmalarından sonra araştırılacaktır.[658]

Mill'e göre, gelişen bilimsel endüktif yöntem evrensel nedensellik yasalarını bulmamızı sağlayacak ve böylece gerçekliğin daha kesin olan bir düzeyine varılmış olacaktır.[659] Böylece Mill, bilginin olanaklı olduğu görüşünü benimsemektedir; dolayısıyla da onun bir kuşkucu olmadığını söylemek gerekir. Zira Mill, insan(lığ)ın doğruluğuna güven duyabileceği bilgiye ulaşacağına da inanmaktadır. Mill'e göre,

> *[İ]nsanlık geliştikçe, artık üzerinde tartışılmayan veya şüphe edilmeyen öğretilerin sayısı epeyce artacaktır. İnsanlığın mutluluğunu artık ihtilaflı olmama noktasına ulaşmış bulunan hakikatlerin sayısı ve ağırlığıyla ölçmek de mümkündür.*[660]

Öte yandan Mill, -bu konudaki görüşleri onun epistemolojisi ile çelişkili görünmekle birlikte, bilgimizin sınırlılığını ve gerçeğin mutlak olarak bilinemeyeceğini de ima etmektedir.[661] Bu bağlamda Mill şöyle demektedir:

---

[658] Mill'in "*rastlantı ve rastlantının eliminasyonu*" hakkındaki görüşleri için bkz. Mill, **A System of Logic**, ss. 344–360.
[659] **Routledge Encyclopedia**, s. 664.
[660] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 86.
[661] Himmelfarb'a göre, Mill'in bu çelişkisi, onun epistemik olarak gerçeğin bilinemeyeceğini kendi felsefesi içerisinde hiçbir biçimde savunmamış olmasına karşın, *On Liberty*'de özellikle eşi Harriet Taylor'ın etkisi altında düşünce ve tartışma özgürlüğüne ve bireysel özerkliğe yapmış olduğu güçlü vurgudan kaynaklanmaktadır. Mill, **On Liberty**, (First Published in 1859), Published in Pelican Books in 1974, Ed. by Gertrude Himmelfarb, Editor's Editor's Introduction, ss. 7–49; O'Rourke'nin belirtmiş olduğu gibi, Mill'in On Liberty'de savunmuş olduğu görüşlerin, onun diğer eserlerinde ortaya koymuş olduğu görüşlerden ayrı olduğunu ve bağımsız incelenmesi gerektiğini savunanlar ile aksini savunanlar arasından Mill'i okuma farkı ortaya çıkmaktadır. "Entelektüel bir akıl için, durgunluğun bir felaket olacağı" görüşünü Mill'e, Samuel Taylor Coleridge aşılamıştır. Bu görüşler büyük ölçüde, Mill'in gerçekliğe dayalı tezinde etkili olmuştur. Öte yandan, bireysellik kavramına yapmış olduğu vurgunun temelinde ise büyük ölçüde Harriet Taylor'ın etkisinin olduğu söylenmelidir. Bkz. K.C. O'Rourke, **John Stuart Mill and Freedom of Expression: The Genesis of a Theory**, First Ed., Routlege Studies in Social and Political Thought, London/NY 2001, ss. 46–48.

Şayet tartışma alanı açık bırakılırsa, daha iyi bir hakikat mevcut olduğu takdirde, insan aklının onu alabilecek duruma geldiğinde alabileceğini ümit edebilir; arada geçecek zaman zarfında hakikate yaklaşmanın kendi zamanımızda mümkün olan kadarını elde etmiş olduğumuza güvenebiliriz. Yanılabilir bir yaratığın elde edebileceği işte bu kadardır ve onu elde etmenin tek yolu budur.[662]

İfade özgürlüğünün tanınmadığı bir yerde gerçeğin ortaya çıkma şansı azalmaktadır. Eğer bir görüşün karşısında olan görüş ya da görüşlerin savunulmasına izin verilmez ise, söz konusu görüşün ya da düşüncenin hakikat olup olmadığının sınanması da olanaklı olmayacaktır. Düşünce tarihi göstermektedir ki, insanlık, pek çok görüş ve düşünce konusunda yanılmıştır. Tarihin yaprakları arasında, yasaların en seçkin insanların kafalarını koparmak ve en yüce öğretileri ortadan kaldırmak için kullanıldığı dönemler çoktur. Öğretiler yaşama şansı bulmuş olsalar da insanlar için aynı şey söylenemez. Bu tam bir içler acısı trajedidir. Halbuki insan, hatalarını tartışma ve deneyim yoluyla düzeltme yeteneğine sahiptir. Bir kimsenin, düşüncesini başkalarının düşünceleriyle karşılaştırarak düzeltme ve tamamlama alışkanlığı, düşüncenin uygulanması konusunda biricik sağlam temeldir.[663]

Mill'in bilgi kuramının çarpıcı yanı, gerçeğin bilinebileceğinin kabul edilmesine karşın, *yanılabilirliğin* dışlanmamış, hatta tezin önemli bir unsuru haline getirilmiş olmasıdır. Mill'in epistemolojisi içerisinde gerçeğin/hakikatin (truth) mutlak olarak bilinip bilinemeyeceği konusunun olumsal (contingent) olduğunu belirtmek gerekir. İnsanların hakikati bilmeleri kuramsal olarak olanaklıdır. Ne var ki, insan hakikat arayışında yanılabilir de. Hakikatin ortaya çıkarılması sürecinde insanı yanılmaya sevk eden önemli bir neden vardır: bu neden, doğru yöntemin göz ardı edilmesinden kaynaklanmaz; fakat daha çok aceleyle ve dikkat dağınıklığıyla hareket edilerek, endüksiyon (tümevarımsal akıl yürütme yöntemi) ilkelerinin doğru olarak uygulanmamasından kaynaklanır.[664]

---

[662] **Mill, Hürriyet Üstüne**, s. 57.
[663] Mill, **Hürriyet Üstüne**, ss. 54–56, 61.
[664] Mill, **A System of Logic**, s. 482.

Bunun dışında, yanlış görüşlerin iki türlü kaynağı daha bulunmaktadır: Ahlaki ve entelektüel. Ahlaki olanı, hakikate karşı kayıtsız (indifference) bir tavır içinde olmaktan ya da önyargılardan kaynaklanabilir. Kayıtsızlık, bizatihi yanlış inancın oluşmasının bir nedeni değildir; ne var ki bu durum, endüksiyon (tümevarımsal akıl yürütme yöntemi) için aklın ihtiyacı olan delillerin gereği gibi toplanmasını engeller. Öte yandan, her hatalı çıkarsama yetersiz kanıtları yeterli sayan düşünsel (intellectual) faaliyetin bulunduğunu gösterir. Eğer bir kimse söz konusu durumun farkında olacak biçimde yeterli dikkati gösterirse, önyargı ne kadar yoğun olursa olsun yanlışa düşme tehlikesi içerisinde olmayacaktır. Ne yazık ki bu nedenle, hakikatin ışığına gözünü kapatmayacak kadar entelektüel tarafı güçlü olan pek çok kimse, tarih boyunca iyi argümanların yerine kötülerini koymaktan kurtulamamışlardır.[665]

Mill'in bütün bu argümantasyonu onun bir rölâtivist ya da hiççi (nihilist) olmadığını göstermektedir. O, objektif gerçekliği savunan bir düşünür olduğu gibi, insanın hakikate ulaşabilecek bir yetiye sahip olduğuna da inanmıştı.[666]

Mill'in ifade özgürlüğünü gerçeğin/hakikatin (truth) ortaya çıkması için *yararlı* bulması, onun epistemolojisinin ve faydacı öğretisinin bir sonucu olmaktadır. Gerçekliğe dayanan tezin, Mill tarafından da fark edilen önemli bir zayıflığı bulunmaktadır. Şöyle ki, eğer gerçeklik insanlık tarafından bilinebilirse ve insanlığın ilerlediği bir dönemde üzerinde tartışılmayan pek az şey kalmış ise, söz konusu gerçekliğe karşı ileri sürülen görüşleri korumak için bir neden de kalmamış olacaktır. Zira artık bu durumda, ifade özgürlüğünün gerçeğin ortaya çıkarılmasının temel bir aracı olmaktan çıktığı söylenebilecektir.

Mill'in ifade özgürlüğü savunusu, salt gerçekliğin ortaya çıkarılması argümanından ibaret olsaydı, bu itiraz onun tezini büyük ölçüde geçersiz kılabilirdi. Halbuki *Hürriyet Üstüne* (On Liberty)'de kullanılan argümanlardan Mill'in bu itirazın farkında olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, *Hürriyet Üstüne*'de Mill'in kullanmış olduğu argüman, ifade özgürlüğünün (Mill'in deyimiyle, düşünce ve tartışma özgürlüğünün) yalnızca gerçeğin ortaya çıkmasının bir aracı olduğundan öte

[665] Mill, **A System of Logic**, ss. 482–483.
[666] Bu durum, On Liberty'nin editörü, Gertrude Himmelfarb tarafından açıkça ifade edilmiştir. Bkz. Mill, On Liberty, Editor's Introduction, ss. 31–32.

bir şeydir. Bu durum, aslında Mill'in *A System of Logic'*te (Bir Mantık Sistemi'nde) savunmuş olduğu objektif gerçekliğe bağlı doktrinini aşan bir şeydir. Mill, ifade (düşünce ve tartışma) özgürlüğünü, gerçeğin ortaya çıkarılması amacının dışında, gerçeğin anlaşılabilmesi ve güçlenmesinin bir aracı olarak da savunmaktadır. Himmelfarb'a göre Mill, özgürlüğü bütün bilimsel araştırma ve sorgulamalar için zorunlu ve yeterli bir koşul olarak görmüştür. Özgürlük, tamamen ya da kısmen yanlış olan düşüncelerin/görüşlerin düzeltilebilmesi için gereklidir. Fakat Mill'in ifade özgürlüğü savunusunun çarpıcı yönü bu değildir; özgürlük hakikate tamamen aykırı olan düşünce ve görüşlerin savunulmasını ve yayılmasını da gerektirir. Burada artık, *yanlış/error* da bizatihi bir *değer/virtue* haline gelmektedir.[667] Mill, bu görüşünü temellendirirken yine gerçeğe aykırı (aykırılık kesin olarak biliniyor olsa bile) düşüncelerin savunulmasına izin verilmesinin temellendirilmesini, söz konusu savunuyu gerçeğin daha iyi kavranmasının bir aracı olduğuna bağlayarak yapmaktadır. Mill'e göre,

> *[T]artışmanın yokluğunda yalnız düşüncelerin temelleri değil, çoğunlukla düşüncelerin bizzat anlamı dahi unutulur. Onu ifade eden kelimeler artık düşünceleri aktarmaz olurlar ya da başlangıçta ifade ettikleri düşüncelerin sadece küçük bir kısmını aktarırlar. Canlı bir idrak ve yaşayan bir inanış yerine, sadece papağan gibi ezberlenmiş birkaç söz kalır ya da anlamın (o da kalırsa) yalnız dış kabuğu ve süprüntüsü kalır, güzel özü kaybolur. ... Bir şey gözümüzde şüphesiz hale geldiğinde, insanlar onun üzerinde düşünmeyi bırakma eğilimindedirler. Onların[668] hatalarının yarısının nedeni işte bu öldürücü eğilimdir. ... [bu durumda olanlar] kesinleşmiş düşüncenin derin uykucusu[durlar].*[669]

Görüldüğü gibi, Mill'in gerçekliğe dayanan tezi yalnızca gerçeğin ortaya çıkarılmasıyla sınırlı olmayıp, gerçeğin anlaşılması ya da daha iyi kavranması, canlılığının korunması gibi gerekçeleri de kapsamaktadır. Böylece tez, bilgimizden

---

[667] Himmelfarb'ın bu yorumu için bkz. Mill, **On Liberty**, *Editor's Introduction*, s. 32.

[668] Burada Mill'in sözünü ettiği kimselerin, aslında bildikleri hakikatleri, tartışma zemininin ortadan kalkması nedeniyle unutanlar olduğu söylenebilir. Öyle ki, Mill'e göre bu kişiler, söz konusu hakikatleri daha sonradan acı bir deneyimle hatırlamak zorunda kalmaktadırlar. Mill'in, *Hürriyet Üstüne*'de (ss. 85-86'daki) kullanmış olduğu argümanların bağlamından "*Onlar*" deyimiyle, hakikatlerin üstünün küllenmesine göz yuman kişileri kastettiği anlaşılmaktadır.

[669] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 81,86.

mutlak olarak emin olduğumuz bir dönem için dahi geçerliliğini koruyacaktır. İşte teze asıl gücünü veren de bu argüman olmaktadır.

B) Gerçekliğe Dayanan Tezin Popperci Yanlışlanabilirlik Versiyonu

1) Karl Popper'in Yanlışlanabilirlik Üstüne Kurulu Bilgi Kuramı

Bir önceki başlık altındaki incelemede *yanılabilirliğin/fallibility* Mill'in gerçekliğe dayanan ifade özgürlüğü savunusunun önemli unsurlarından biri olduğu görüldü. Ancak belirtmek gerekir ki, Mill'in tezi, epistemolojik anlamda kuşkuculuğa dayalı bir tez değildir. Tam aksine, gerçeğin bilinebileceği *a priori* olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla da yanılabilirlik Mill'in tezi içerisinde olumsal niteliktedir. Emerson, bu noktayı gözden kaçırmamış ve gerçekliğe dayanan tezi incelediği yerde yanılabilirliğin olumsallığına vurgu yapmıştır. İnsanın yargılarında yanılması olasıdır; hatta bu olasılık oldukça da kuvvetlidir. İnsanın doğasına içkin/mündemiç olan duygusallık, ön yargı ya da kişisel çıkara bağlılık, yanılabilirliğin başlıca nedenleri arasındadır. Bu yüzden bizim, bütün alternatif ve karşı görüşleri, bir konuda belirli bir yargıya varmadan önce mutlaka dinlememiz gerekir. Emerson, devamla, gerçekliğe dayanan tezi açıklamak için, yukarıda Mill tarafından geliştirilmiş olan argümanların bir özetini vermektedir. Kısaca, Emerson'un tezi Mill'ci bir tezden öte bir şey olmamaktadır.[670]

Halbuki F. Schauer tarafından ele alınan gerçekliğe dayanan ifade özgürlüğü savunusunda K. Popper'in olgunluk dönemi epistemolojik bakış açısı önemli ölçüde dikkate alınmış görünmektedir.[671] Popper, Mill'de olduğu gibi *yanlışlanabilirliği* (falsification) tezinin önemli bir unsuru yapmakla birlikte, onun epistemolojik yaklaşımı, Millci tezin aksine *yanılabilirliği* olumsal değil mutlak bir nitelikte kabul etmektedir.

[670] Emerson'un görüşleri için bkz. Emerson, **General Theory**, ss. 7–8.
[671] Schauer'in, Popper'in bilgi kuramına yapmış olduğu yollama için bkz. Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 35-36.

Öte yandan, Mill'in *On Liberty (Hürriyet Üstüne)*'deki epistemik duruşu, doğa yasalarıyla sınırlı olmayıp, *normatif* (*olması gereken*) alanla, başka bir deyişle ahlaki ve siyasal doğrularla da ilgilidir. Halbuki, Popper, bilgi felsefesini '*olan*'la sınırlı olarak tanımlamaktadır.[672]

İki tez arasındaki bir diğer önemli farklılık ise, ikisinin de mantık biliminde esas aldıkları yöntemlerden kaynaklanmaktadır. Millci ampirik/görgül bilgi kuramı endüktif/tümevarım yöntemle hakikati bulmaya yönelirken, Popper'in endüktif yöntemi[673], "*özel önermelerden evrensel önermelerin yanlışlığına"*[674] varılabileceği çıkarsamasına yönelmektedir.[675]

Öyle ki Popper'e göre, endüktif yöntemle, özel önermelerden[676] (bu önermeler ne kadar çok sayıda olursa olsun-ne kadar çok gözlem ve deneye dayanırsa dayansın) evrensel hakikati ortaya koyan önermeler türetilemez. Örneğin, kuğuların beyaz olmalarına ilişkin ne kadar çok gözlem yaparsak yapalım, *tüm kuğuların beyaz olduğunu*[677] ileri süren bir önermenin evrensel hakikat olduğunu savunamayız. Tam aksine, sayısız beyaz kuğu gözlemine dayanan böyle bir önerme

---

[672] Popper, bu ayırımı başka bir eserinde açıkça yapmaktadır. Bkz. Karl Popper, **The Open Society and Its Enemies**, Vol. One: The Spell of Plato, Routledge Classics, One-Vol. Edition, NY 2003, ss. 58 vd.

[673] Popper, salt ampirik tümevarımsal yöntemle bilime ulaşılacağını savunanları, -ki onun hedefinde pozitivistler vardır- ciddi eleştiriler yöneltmektedir: "Temel önermeler kararlarla ya da uzlaşımla kabul edilir; onlar *saptanmış önermelerdir*. Karara, belli kurallara dayanarak varılır; özellikle de *tek tek temel önermeleri* mantıksal açıdan birbirilerinden bağımsız olarak kabul ederek *değil*, kuramı sınayarak; bu işlemde kuramın geçerliliği temel önermelerin kabul edilmesiyle adım adım sorgulanır. Görüldüğü gibi yapılan işlemler saf görgülcü bir araştırmacının ya da tümevarımcının düşündüğü gibi değildir; yani yaşantılarımızı biriktirmek, sıraya koymak ve böylece bilime ulaşmak; ya da biraz daha 'biçimsel' ifade edecek olursak: bilimle uğraşırken öncelikle tutanakları toplamak bizim izlediğimiz yol değildir." Karl Popper, **Bilimsel Araştırmanın Mantığı**, (Çevirenler: İlknur Aka, İbrahim Turan), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1998, s. 130 (Bundan sonra metinde "Bilimsel" olarak anılacaktır).

[674] Popper, **Bilimsel**, s. 65.

[675] Popper'in, tümevarım mantığını reddettiği onun şu cümlelerinde açıktır: "Görgül bilimlerin duyusal algılara, yaşantılara temellendirilebileceği herkes için aşikârdır; ama bu sav, tümevarım mantığı ile geçerliliğini sürdürür ve onunla birlikte çöker; biz tümevarım mantığıyla birlikte bu savı da reddediyoruz." Bkz. Popper, **Bilimsel,** s. 117.

[676] Popper'in, özel önermeleri (temel önermeleri) bir sınama aracı olarak gördüğü söylenebilir. Ona göre temel önermeler, "kişisel bir uzay-zaman kesitinde gözlemlenebilir olgusal bir sürecin yaşandığını ileri süren önermelerdir." Bkz. Popper, **Bilimsel**, s. 128.

[677] "Tüm kuğular beyazdır' dediğimizde, yüklem özelliği taşıyan 'beyaz'ın gözlemlenebilir olduğunu itiraf etmiş oluruz. Buna göre, 'buradaki bu kuğu beyazdır' gibi tek bir önermenin de gözleme dayandığını söyleyebiliriz. Yine de bu önerme yalnızca 'beyaz' sözcüğü nedeniyle değil, 'kuğu' sözcüğü nedeniyle deneyimi aşmaktadır. Çünkü bir şeyi 'kuğu' diye adlandırdığımızda, ona bizi salt gözlemin ötesine götüren özellikler yükleriz… O halde, daha soyut, açıklayıcı kuramlar değil, en sıradan tekil önermeler bile deneyimin ötesine çıkmaktadır." Bkz. Popper, **Bilimsel**, s. 505.

bir tek siyah (ya da başka renkte) kuğunun bulunmasıyla yanlışlanabilir.[678] Yanlışlanabilirlik, bilgi kuramı ya da bilimsel araştırma mantığının yöntem öğretisidir. Popper'in *yanlışlanabilirlik* temeline dayalı öğretisi, hem salt aklı temel alan dedüktif hem de kuru bir ampirizme dayanan salt endüktif temellendirmeden farklıdır. Popper'e göre, söylediğimiz hemen her şey deneyimi aşmaktadır; dolayısıyla da ampirik dil ile kuramsal dil arasına kesin bir çizgi çekilemez. En basit tekil önermeleri ifade ettiğimizde bile, kuramlar içinde hareket ederiz.[679] Öte yandan salt akla dayalı *ideal mutlak* bilgi hayalden başka bir şey değildir. Bilimde nesnelliğin aranması koşulu, bilimsel önermelerin geçici bir süre için geçerli olabilecekleri düşüncesine dayanmaktadır. Yalnızca öznel kanılarımıza dayalı yaşantılarımız hakkında *mutlak anlamda emin* olabiliriz; ancak buradaki güvenin epistemik anlamda bilimsel bir kanaatle ilgisi bulunmamakta, psikoloji/ruhbilimi ile ilgili bir yorum olmaktadır. Elbette ampirik bilginin kaynağı deneyimdir. Ancak belirtildiği gibi, bu önümüzden akıp giden bir yaşantı kesiti olmayıp, doğayla ilgili sorular yönelten bizzat kendimizin deneyimidir.[680]

Popper'in kuramı, yalnızca bilimsel önermelerin sınanabilirliği ve yanlışlanabilirliği ile sınırlıdır. O, hakikatin mutlak olarak bilinebileceğini savunan kuramları yadsımaktadır.[681] Öne sürdüğümüz kuramları doğrulamak yerine, öne sürdüğümüz kuramlar karşısında hedefimiz fazlasıyla eleştirel olmalıdır; başka bir deyişle hedefimiz her zaman kuramlarımızı yanlışlamak olmalıdır. Bu yüzden kuramcının görevi, deneyciye deneysel çalışmanın planlanmasından gerçekleştirilmesine kadar gerekli kılavuzluğu yapmak olmalıdır.[682] Popper'e göre,

> *Kuramların doğrulanamaz oluşları genelde göz ardı edilmektedir; kuramdan tümdengelimle türetilmiş kestirimler doğrulandığında kuramın da doğrulandığı söylenmektedir.*[683]

Kimilerine göre, kimi bilgilerimizden emin olamayışımız bilimsel yöntem açısından bir değer taşımamaktadır: Yarın güneşin yeniden doğup doğmayacağından

[678] Popper, **Bilimsel**, ss. 51–52.
[679] Popper, **Bilimsel**, ss. 504–505.
[680] Popper, **Bilimsel**, s. 316.
[681] Popper, **Bilimsel**, ss. 73–80.
[682] Popper, **Bilimsel**, ss. 131–133.
[683] Popper, **Bilimsel**, s. 286.

emin olamayışımız gibi. Bununla birlikte onlara göre, deneysel olarak doğrudan sınanabilir yasalar değişmemektedir. Kuşkusuz, onların değişmiş olabileceğini düşünebiliriz, bu da mantıksal açıdan mümkündür; ancak bunun görgül bilim ve yöntemi için hiçbir önemi yoktur; tersine, bilimsel yöntemin önkoşulu, doğa olgularının değişmezliğidir. Bu yaklaşımda doğruluk payı olmakla birlikte, burada yatan düşüncenin temelinde, dünyamızda kuralların var olduğu biçimindeki metafizik bir inançtır.[684] Buradaki tümevarım/endüktif yönteminin yarattığı ilkenin yanlışlanamayan bir önerme olarak sunulması kuşkusuz başarısız bir girişim olacaktır.[685]

Bu nedenle de doğada tekbiçimciliğin (doğa düzeninin değişmediğinin) egemen olduğu ve buna bağlı olarak da kuramların doğrulanabilir olduğunu savunan bir argümanın (Popper'e göre bu metafizik bir inançtır), tümevarım/endüktif mantığına dayanan bir bilgi kuramına dönüştürülebilmesi için sonsuz geri gitmeler ya da *a priori* kabuller dışında bir seçenek bulunmamaktadır.[686]

Özetle Popper, *kuramların doğrulanamazlıklarının yöntembilimsel açıdan önemli olduğunu* ve bu yönde öne sürülmüş kanıtlamaların karşısında yer aldığını göstermektedir.[687] Başka bir anlatımla, bir önermenin yanlışlanabilirliği benimsenirken, doğrulanabilirliği reddedilmektedir. Bir yazarın belirttiği gibi, Popper'in kurmuş olduğu bilgi felsefesi güçlü olduğu kadar da *trajiktir; çünkü bu resimde kendinizin yanılmış olduğunu kesin olarak bilebilirsiniz, ancak kesin olarak haklı* [doğru] *olduğunuzu hiçbir zaman bilemezsiniz.*[688]

Peki, bu yöntem, yani doğrulanabilirliği dışlayan bir yöntem, bizi bilginin olanaksızlığını ileri süren septik/kuşkucu bir bilgi kuramını benimsemeye götürür mü? Popper'in bir septik olduğunu ileri sürmek yerinde olmaz; çünkü bir yandan bir önermenin yanlışlanabilirliğini ve bu bağlamda sınanabilirliğini savunup diğer yandan septik/kuşkucu bir bilgi kuramını savunmak büyük bir çelişki olacaktır.

---

[684] Böyle bir yaklaşımı bütünüyle dışlamadığını belirten Popper, bu düşünce olmadan pratik uygulamaların yapılamayacağını belirtmektedir. Ne var ki bu düşünceyi savunanların, bunu metafizik bir inanışın ötesinde bir mutlak doğrulama olarak ele aldıklarını, onun karşı çıktığı noktanın işte bu konu olduğunu söylemektedir. Bkz. Popper, **Bilimsel**, ss. 286–287.
[685] Popper, **Bilimsel**, s. 288.
[686] Popper, **Bilimsel**, s. 288.
[687] Popper, **Bilimsel**, ss. 287 vd.
[688] Edmund B. Bolles, **Galileo'nun Buyruğu: Bilim Yazılarından Bir Derleme**, (Çev. Nermin Arık), Tübitak Popüler Bilim Kitapları, Ankara 1999, s. 48.

Popper'in doğrulanabilirliği yadsıyan, ancak yanlışlanabilirliği benimseyen bilgi kuramının *mutlak bilgiyi* hedef aldığını söylemek gerekir.[689] Dolayısıyla da onun yöntemini kullanarak, yanlışlanabilir olsa da henüz yanlışlanmamış bir bilgiye yanlışlanmış bir bilgiden daha fazla güven duyabiliriz. Ne var ki, bu durum, güven duyduğumuz bilginin *doğruluk/hakikat* değeriyle ilgili bir yargı değildir.[690]

Kuramın görgül/ampirik içeriği, kuramın yanlışlanabilirlik derecesiyle artmaktadır. Olabildiğince kolay yanlışlanabilen kuramları öne sürmek, doğa bilimlerinin amacı olmalıdır. Bilimin amacı, izin verilen olayların oynama payını en aza indirgemeye çalışmak olmalıdır. Bu durumda her bir kısıtlamanın deneyimler ışığında gerçekten başarısızlığını ortaya koyma olanağı sağlanır. Kuramın bu şekilde tasarlanması halinde, deneyimlerimiz dünyası ya da bizim özel dünyamız, mantıksal açıdan olası tüm deneyim dünyasının kümesinden kuramsal bir bilimin ulaşabileceği en yüksek mükemmelliğe çıkabilecektir.[691]

Bir kuram ne kadar iyi sınanabilirse onun sağlanmışlık değeri o kadar artmış olur. Kuramın sağlanmışlık değeri sağlanan durumların sayısı oranında artacaktır. Dolayısıyla da bir kuramın tamlık ya da evrensellik değeri ile sınanabilirliği ve sağlanmışlık değeri arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. Fizik alanındaki araştırmalar daha az evrensel kuramlardan daha çok evrensel olanlara doğru gelişmektedir. Başka bir anlatımla, sınama işlemi evrensellik düzeyi daha düşük olan kuramlardan daha yüksek olanlarına doğru yapılmak suretiyle gerçekleştirilir. Burada, Popper'in *sağlanmışlık* kavramı ile *doğruluk/hakikat* kavramını özdeş kullanmadığının altı özellikle çizilmelidir.[692] Bu yaklaşımın doğal sonucu, bir kuramın bilimsel niteliğini belirleyen şeyin onun doğruluğuyla ilgili olmadığı noktasına götürür bizi ve bilgimizdeki artış yanlışlanabilen önermelerin çokluğuna

---

[689] Popper, mutlak bilginin olanaklılığı ile ilgili olarak 'Üçüncü Almanca Baskıya Önsöz'de M.Ö. VI. Yüzyılda yaşamış eski Yunan düşünürü Xenophanes tarafından yazılmış bir eserden alıntı yapmaktadır:
< Açmadılar başından tanrılar her şeyi ölümlülere;
Ama onlar zamanla bulacaklar arayarak daha iyiyi.
Ulaşamadı hiç kimse, tanrılar ve sözünü ettiğim
Tüm şeyler hakkındaki kesin gerçeğe, ulaşamaz da.
Açıklasa da biri kusursuz gerçeği,
Kendisi bilemeyecektir bunu,
Her şeyin sanılardan dokunmuş olduğunu. > Bkz. Popper, **Bilimsel**, s. 41.
[690] Popper, **Bilimsel**, ss. 289–304.
[691] Popper, **Bilimsel**, ss. 138 vd.
[692] Popper, **Bilimsel**, ss. 304-–312.

bağlı olarak bir ilerleme sağlayabilir. Bu daha çok, Einstein'in bilgi kuramıyla örtüşen bir yaklaşım olmaktadır. Yanlışlanabilirlik önermelerindeki sınırsızlık aslında hakikate ne kadar yaklaşabileceğimiz bakımından çözülmesi güç bir paradokstur.[693] Bu paradoks, onun şu cümlelerinde daha da kendini gösterir:

> *İtiraf etmek gerekirse; aslında hiçbir şey bilmiyoruz; ama bulmacayı çözüyoruz. Bulmacayı çözerken de doğada sırrını çözdüğümüz yasaları ortaya çıkarabileceğimize ilişkin bilimsel olmayan, fizikötesi inançla kendimizi yönlendiriyoruz.*[694]

Sonuç olarak Popper'in bilgi kuramının yukarıda belirtilen paradoksu aşamadığını söylemek gerekir. Popper'de *yanlışlanabilirlik* mutlak niteliktedir. Bu bağlamda bir bilginin doğrulanması olanaklı değildir. Eserinin sonunda yer verdiği şu görüşler bu sonucu açıkça doğrulamaktadır:

> *Tüm bilgi yalnızca tahmini bilgidir. Farklı tahminler ya da varsayımlar da sezgisel buluşlar; yani önsel bilgidir. Bunlar deneyimle, acı deneyimlerle ayıklanır ve yerine daha iyi tahminler yürütülerek yenileri aranır: İşte deneyimin bilimsel araştırmalara katkısı, yalnız ve yalnız budur.*[695]

Bu bağlamda deneyler de yalnızca kuramlarımızın olası yanlışlarını ortaya koymak için planlanmalı ve yapılmalıdır. Deneyimlerimizde ve gözlemlerimizde bu amacı gerçekleştirmek için adeta akustik radarlarıyla yönlerini bulan yarasalar gibi her zaman tetikte olmalıyız.[696]

---

[693] Popper, "*Yılmayan Bilim*", için bkz. Bolles, **Galileo'nun Buyruğu**, s. 47–55, Popper'in orijinali 1974 yılında yayınlanan bu makalesi Bolles, tarafından özetlenmiştir. Burada Popper, Einstein'ın yaklaşımından, bilimsellik adına övgüyle söz etmektedir: "Ancak beni belki de en çok etkileyen şu iki nokta olmuştur. (4) Einstein bu üç öndeyinin çok belirleyici olduğunu, eğer dakik teorik hesaplamalarla uyuşmazlarsa kuramının yanlışlığını kabul edeceğini ilan etmiştir. (5) Ancak Einstein gözlemler beklendiği gibi çıksa bile, kuramının yanlış olacağını söylemiştir: Doğruya Newton'unkinden daha yakın bir kuram olacağını, ancak bütün öndeyiler doğru çıksa da, onu neden doğru bir kuram olarak kabul etmeyeceğini açıklamıştır. Doğru bir kuramın (bir birleşik alan kuramı) sağlaması gereken bazı istemleri kısaca belirtmiş ve kuramının en iyisinden, henüz ortaya konmamış olan bileşik alan kuramına bir yaklaştırım olduğunu dile getirmiştir." Bolles, **Galileo'nun Buyruğu,** s. 52.

[694] Popper, **Bilimsel**, s. 314.

[695] Popper, **Bilimsel**, s. 596.

[696] Popper, **Bilimsel**, s. 596.

2) Popperci Bilgi Kuramının Desteklediği İfade Özgürlüğü Tezi ve Alternatifi

Buradaki iş, yukarıda incelenen Popperci bilgi kuramına dayalı bir tezin, gerçekliğe dayanan bir ifade özgürlüğü tezini destekleyip desteklemediğini açıklığa kavuşturmak; eğer desteklemiyorsa başka bir tezin, örneğin demokrasiye dayanan bir tezin parçası olup olmadığını araştırmaktır.

Schauer açık olarak Popper'in bilgi kuramına dayalı gerçekliğe dayanan bir tezin versiyonunu ileri sürmektedirler. Schauer öncelikle, *"eğer biz gerçeği hiçbir zaman bilemeyeceksek, hakikatin bir tanımlamasını da asla yapamayacağız"* gerekçesiyle Mill'e yöneltilen eleştiriyi yanıtlamaktadır. Eleştiriyi yöneltenler hakikati, mutlaklık ile karıştırmaktadırlar. Buradaki sorun, mutlaklıktan ziyade epistemik duruşla ilgilidir. Bu konuda Popper'in doğrulanabilirlik ve yanlışlanabilirlik arasında yapmış olduğu ayrıma dikkat çeken Schauer, "*yanlışın tespiti bizi doğruya yaklaştırmayabilir, ama yine de yanlışın tespiti istenen bir şeydir ve yanlış bir inancın reddi, her şeye rağmen epistemik bir ilerlemedir*", demektedir. Bu bağlamda O, Popper'in '*yanlış tespitine'* dayanan tezi ile Mill'in gerçekliğe dayanan tezinin paralellik arzettiğini ileri sürmektedir.[697]

Schauer'in gerçekliğe dayanan tez konusundaki tutumu sorunlu gözükmektedir. İlk olarak, yalnızca Mill'in '*On Liberty*'de (Hürriyet Üstüne) biraz da çelişkili biçimde ortaya koymuş olduğu argümanlara dayanılarak Mill'in epistemik duruşu hakkında hüküm çıkarmak yanıltıcı olmaktadır. Mill'in '*On Liberty*'deki (Hürriyet Üstüne) epistemik duruşunun sorunlu olduğu doğrudur; ne var ki, Schauer böyle bir sorunla ilgilenmemektedir; O, daha çok, '*On Liberty*'deki (Hürriyet Üstüne) duruşu, Popper'in bilgi kuramıyla paralel olarak değerlendirmeyi yeğlemiş görünmektedir. Kuşkusuz bu bakış açısı, Mill'in tezini hak etmediği eleştirilere açık hale getirmektedir. Mill'in tezi ile Popper'in tezi arasındaki farklılığa burada yeniden girmeye gerek yoktur. Yalnızca şu söylenmelidir ki; Mill'in savunmuş olduğu tez ile Popper'in bilgi kuramından türetilebilecek gerçekliğe

[697] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 35–36.

dayanan bir tez arasında önemli ayrılıklar olacaktır. Bu ayrılıkları iki ana başlık altında incelemek yerinde gözükmektedir.

Birinci temel ayrılık bakımından şunlar dile getirilebilir: Mill, ifade özgürlüğünü, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesinin vazgeçilmez bir aracı olarak görmüştür. Mill, gerçeğin bilinebileceğini yadsımamıştır. Öyle ki, Mill'e göre biz gerçeği mutlak olarak biliyor olsak bile, bu apaçık yalın hakikate karşı ileri sürülen görüşlere de izin vermeliyiz ki, hakikatin üzeri küllenmesin veyahut hakikat daha iyi anlaşılabilsin. Bu durum karşısında, Schauer'in sözünü ettiği, *"eğer biz gerçeği hiçbir zaman bilemeyeceksek, hakikatin bir tanımlamasını da asla yapamayacağız"* biçiminde Mill'e yöneltilen eleştirinin bir değeri olmayacaktır. Ancak bu eleştiri, Popper'in *yanlışlanabilirliğe* dayanan bilgi kuramı bakımından pekala geçerli olacaktır. Zira eleştiri, "*yanlışın tespiti bizi doğruya yaklaştırmayabilir*..." biçiminde dile getirilen Popperci bir ifade özgürlüğü tezine, gerçeklik bağlamında gayet uygun düşmektedir.

İkinci temel ayrılık daha ciddi gözükmektedir; çünkü buradaki ayrılık, Popperci tezin, aslında gerçekliğe dayanan bir tezin herhangi bir versiyonu olup olmadığını noktasıyla ilgilidir. Popperci tez, Millci epistemik duruşun aksine hakikatin bilgisine hiçbir zaman ulaşılamayacağını ileri sürmektedir. Bu bağlamda tez, objektivist bilgi kuramından çok kuşkuculuğa yakın durmaktadır. Kuşkusuz, böyle bir tez de başka bir bağlamda ifade özgürlüğünü destekler; ancak önemli olan bu bağlamın gerçekliğe dayanan bir tezle ne kadar ilgili olduğunun belirlenmesidir. Gerçekliğe dayanan tez eğer Aydınlanmanın çocuğu ise, başka bir deyişle, insanlığın akılcılığı ve mükemmel kılınabilirliğine dair iyimser bir görüşe bağlı olarak gerçeğin keşfi konusunda bütün insanların muhakeme yeteneğine, o yeteneğin gelişmesine izin verilmiş olması koşuluyla güvenmenin mantıksal bir sonucu ise,[698] o zaman Popperci bilgi kuramına dayanan bir ifade özgürlüğü tezi, Mill'in gerçekliğe dayanan teziyle zıt kutuplarda yer alacak demektir.

[698] Gerçekliğe dayanan tezin Aydınlanmanın çocuğu olmasıyla ilgili görüşler doğrudan, Schauer'den alınmıştır. Bkz. Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 37–38.

İki tez karşılaştığında, birinin yanlışlanması durumunda diğer tezin üstünlüğü kabul edilebilir.[699] Ancak bu üstünlük, Millci bir tez çerçevesinde hakikatin yanlışa galip gelmesi olarak algılanabildiği halde, Popperci bir tez çerçevesinde hakikatten söz etmek olanaklı olmayacaktır. Bu durumda Popperci tezin gerçeğin/hakikatin keşfi ile çok zayıf bir bağlantısı bulunacaktır. Bu zayıf bağlantı da tezin, varsayımsal bir bilginin yanlışlanabilirliği olasılığından ibaret olacaktır. Bir tezin yanlışlanmasının, onun karşısında yer alan bir tezin doğrulanması anlamına gelmediği düşünüldüğünde bu bağlantının zayıflığı daha iyi anlaşılır. Bu durumda tez, gerçekliğe dayanan tezden farklı bir tez haline gelir. Böyle bir bilgi kuramına dayanan bir tezin sosyal ve siyasal bilimler alanındaki yansımalarına bakarak nasıl bir siyasal sisteme kapı açtıklarını incelemek gerekir.

Bu araştırmayı yaparken öncelikle sorulması gereken soru şudur: doğa bilimleri alanında gerçekliğin kesin bilgisine sahip olamıyorsak, sosyal bilimler alanında gerçekliğin kesin bilgisine ulaşabilir miyiz? Bu sorunun yanıtı daha güçlü biçimde olumsuz olarak verilmektedir. Yani, doğa bilimlerinde ulaşamadığımız mutlak hakikate, sosyal bilimler alanında yaklaşmış bile sayılamayız. Bu gerçeği göz ardı eden pek çok düşünür, ideal bir toplum düzeninin mutlak ve evrensel yasalarının bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Birçok düşünür, toplumun yasalarının da fizik yasaları gibi oluşturulabileceğini savunmuştur. Ne var ki bu görüşler, içerdikleri iddianın büyüklüğü oranında kabul görmemiştir.[700] Uygun'un belirttiği gibi, insana insan olma özelliğini kazandıran, eşitlik, özgürlük ve adalet gibi değerlere dayanan bir sosyal düzen için mutlak siyasal doğru iddiasından vazgeçmek iyi bir başlangıç olacaktır. Uygun, şöyle devam etmektedir:

> *Kimsenin bilgisinin mutlak/tek doğru olmadığı kabul edildiğinde, tüm görüşler eşit saygı görecek ve korunacaktır. Mutlak doğrunun olmadığı yerde, toplum içinden bir kesimin, mutlak doğruyu bilmenin verdiği güçle diğerleri üzerinde iktidar kurması söz konusu olmayacaktır. İnsan doğasını,*

[699] Schauer hakikatin yanlışa üstün geleceği konusunda doğal bir avantaja sahip olduğu görüşünü reddederek, bu konuda Mill'den keskin çizgilerle ayrılmaktadır. Schauer'in bu konudaki kuşkuculuğu, onun gerçekliğe dayanan tezi zayıf bir tez olarak değerlendirmesine yol açmaktadır. Bu konuya, "tezin başarısının" ele alındığı yerde yeniden dönülecektir. Schauer'in hakikatin yanlışa üstün geleceği konusundaki olumsuz yaklaşımı için bkz. Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 38–39.

[700] Epistemoloji alanında ileri sürülen görüşlerin, sosyal ve siyasal alandaki yansımaları üzerine ayrıntılı bir çalışma için bkz. Uygun, **Demokrasinin**, ss. 219–274 (özellikle, ss. 269 vd).

toplum düzenini ve devleti açıklayan mutlak doğrular olmadığına göre, yapılması gereken, insanların, grupların, halkların görüş ve kanaatlerine, kendilerini tanımlama ve ifade etme biçimlerine, farklılıklarını koruma çabalarına ve geleceğe ilişkin beklentilerine saygı göstermektir… Demokrasi, mutlak doğru anlayışını reddeden böyle bir felsefi yaklaşım üzerine temellendirilebilir.[701]

Görüldüğü gibi, mutlak doğruya hiçbir zaman ulaşılamayacağı temeline dayanan bilgi kuramı, bir yönetim biçimi olarak demokrasinin temellendirilmesinde başarılı biçimde savunulabilmektedir. Fakat bu tez, Millci gerçekliğe dayanan tezden ayrı bir şeydir. Demokrasiyi temellendiren bilgi kuramının *kuşkucu* bir felsefi yaklaşıma sahip olması gerekmez. Bilgimizin sınırlı olduğunu, mutlak gerçeği hiçbir zaman bilemeyeceğimizi söylemek bilginin olanaksız olduğunu ileri sürmekten ayrı bir şeydir. Burada Russell'ın yaklaşımına değinmek yararlı olabilir. Russell da Popper gibi yanılabilirliği dışlamamakta; aksine, yanılabilirliği felsefesinin önemli bir unsuru yapmaktadır.

Russell ve Popper'in bilgi kuramları arasında ince bir ayrılık dikkat çekmektedir: Russell, deneye dayalı bir bilginin *mutlak* olmasa da *kısmen* doğru olabileceğini kabul ederken, Popper, doğrulanabilirliği tümden yadsımaktadır. Russell'ın yaklaşımı aslında, Mill'in *On Liberty*'deki yaklaşımıyla paralellik göstermektedir. Popper'in yaklaşımı ise *doğrulanabilirliği* tümden yadsıdığından bilgiye tahminden/sanıdan öte bir yer vermemekte ve kuşkuculuğa daha yakın durmaktadır. Russell'ın septizm/kuşkuculuk karşısındaki tavrı ilginçtir: Kuşkuculuk, mantıksal olarak kusursuzdur, psikolojik bakımdan ise olanaksızdır. Kuşkuculuğu kabul etmiş görünen her felsefi yaklaşımda bir parça samimiyetsizlik bulunmaktadır. Kuşkuculuk eğer kuramsal olarak savunulabilirse, o zaman deneye dayalı bütün çıkarsamaları reddetmek zorundadır ya da kısmi kuşkuculukta olduğu gibi *solipsism'*i (katı bir öznelciliği) benimsemek zorundadır.[702] Halbuki her bir insanın bildiği şey onun bireysel deneyimine dayanmaktadır. Bununla birlikte bilgimiz kendi öz deneyimlerimizden ibaret değildir. Başkalarının deneyimlerinden, bir olaydan diğer bir olay hakkında bilgi edinme sürecini sağlayan geçerli bilimsel yöntemler

[701] Uygun, **Demokrasinin**, ss. 269–270.
[702] Solipsism üzerine Russell'ın eleştirileri için bkz. Bertrand Russell, **Human Knowledge: Its Scope and Limits**, Second Printing, Allen and Unwin Ltd. UK 1951, ss. 191–197 (Bundan sonra metinde "Human Knowledge" olarak anılacaktır).

vardır. Russell, bu yöntemleri, bilimsel sağduyu (scientific common sense) olarak nitelendirmektedir. Popper'de olduğu gibi Rusell da bilimsel çıkarsamaları haklılaştıracak ilkeleri bulmanın önemine dikkat çekmektedir.[703]

Bu ilkelerin hedefi, başka bir deyişle söz konusu ilkelerin rehberliğinde elde edilecek bilimsel bilginin (scientific knowledge) amacı, kişisel olmayanı (impersonal) bulmaktır. Bilimsel bilgi, bireysel olanını değil, insanlığın ortak aklının keşfettiklerini açıklamaya çalışır. Deneye dayalı / ampirik bir bilgiye inanma nedenlerimizi düşündüğümüzde, kişisel sınırları bulunan algılarımızdan kaçmamız mümkün değildir. Bu bilginin algılarımızın sınırları içerisinde bulanıklaşabileceğini (kirlenebileceğini) dikkate almak zorundayız. Bu kirlenmeden ne kadar kurtulabileceğimiz ise kirlenmiş bilginin (information) bilimsel yöntemin süzgecinden geçirilerek ne ölçüde saflaştırılabileceği ile ilgili karmaşık bir sorundur. Fakat şurası açıktır ki, ilk algılama verisine güvenildiği ölçüde, bu veriye dayalı olarak engin kozmik yapıya ilişkin bir çıkarsamayı kabul etmek için bir neden olabilir.[704]

Bu bağlamda, Russell ve Popper'in epistemik duruşlarının demokrasinin temellendirilmesi açısından bir fark oluşturmadığını, her ikisinin de mutlak bilgiye karşı, yanılabilirlik temeline dayalı duruşlarının hemen aynı olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, Russell'ın epistemik yürüyüşü, gerçekliğe dayanan tezin desteklenmesinde olduğu kadar demokrasiye dayanan tezin içeriğinin belirlenmesi sorunu açısından da Popper'in tezine göre daha elverişli olduğunu söylemek gerekir. Bunun asıl gerekçesi, Russell'daki yanılabilirliğin yalnızca *mutlak* bilginin önüne set çekmesi, ve Russell'ın, *doğrulanabilirlik* açısından özellikle olasılığı (probability) dikkate almasıdır. Popper'in doğrulanabilirlik açısından yadsımış olduğu olasılık, Russel'ın kuramında, hakikatin derecelerini tayin etmek bakımından önemlidir.[705]

---

[703] Russell, **Human Knowledge**, *Introduction*, ss. 9–13.
[704] Russell, **Human Knowledge**, ss. 17–22.
[705] Russell, **Human Knowledge**, ss. 198–210; Russell'in bilgi felsefesi, kuşkucularla, (mutlak bilginin olanaklılığını savunan) yansımacı görüşler arasında bir yerdedir. Kuşkucu görüşlerin benimsenmesi, şu an yapmakta olduğumuz iş de dahil olmak üzere bütün bir yaşam kesitini anlamsızlaştırmaktadır. Öte yandan mutlak bilginin olanaklılığını savunan görüşler, çoğunlukla totaliter ve baskıcı siyasal sistemlerin kaynağı olmaktadırlar. Dahası, insanın yanılabilirliği konusunda bugün yüz yıl önce olduğundan çok daha fazla kanıt bulunmaktadır. Bilim ve teknolojideki gelişmeler bir yandan objektif (bilimsel) bilgimizdeki artışa bağlı olurken, diğer yandan yeni kuramlar eski kuramların yerlerini

Bununla birlikte, Popper'in olasılığı doğrulanabilirlik bakımından dışlamış olduğunu; ancak, olasılığının iki kuram (tez) arasında, hangisinin gerçeğe daha yakın durduğu konusunda halen bize yol gösterici bir yöntem olduğunu ve bu yöntem sayesinde iki kuram arasından bir tercih yapmamızın mümkün olabileceğini kabul etmiş olduğunu önemle belirtmek gerekir.[706] Popper, eğer olasılığı bu açıdan da dışlamış olsaydı, o zaman Popper'in bilginin olanaklılığı konusunda septiklerle aynı sınıfta yer alması uygun olurdu.

Şimdi, bir ölçüde Popper'in ve daha çok da Russell'in epistemolojik bakış açısı üzerinden gerçekliğe dayanan bir ifade özgürlüğü tezinin analizine yeniden dönebiliriz. Bilgimizin doğruluğunu bir derece meselesi olarak kabul ettiğimizde, bir takım bilgilerimize kimi diğerlerine göre daha fazla güvenebiliriz. Hakikati, felsefi anlamda mutlak olarak bilemesek de, günlük yaşamda bir takım bilgileri doğru kimi diğerlerini yanlış olarak niteleriz. Russell'ın belirttiği gibi, algılarımızın gerçekliğe uygunluğunu test etmek için bilimsel yöntemlerin bir benzerini mahkemelerde vs. kullanmaktayız.[707]

Öyleyse, bilgi ve inançlarımız arasında hakikate yakınlıkları bakımından bir derecelendirme yapabilme olanağına sahibiz demektir. Bu durumda, % 100 emin olamadığımız, ancak % 99 emin olduğumuz bir bilgiyi % 5 emin olduğumuz bir bilgi ya da inanca tercih edebiliriz.[708] Örneğin bir yargılamada, gerçeğin ortaya çıkarılması ve adaletin sağlanması işinde mahkemeler mutlaka bir sonuca varmak durumundadırlar. Bu da delillerin belirli usul ilkeleri doğrultusunda tartılması sonucunda elde edilmektedir. Burada, söz gelimi, bir cinayet davasında yargıç kararını verirken sanığın bu suçu işlemiş olduğundan mutlak olarak emin olabilecek midir? Sorunun yanıtı, şimdiye kadar açıklanmaya çalışılan bilgi kuramı çerçevesinde "hayır" biçiminde olacaktır. *Mutlak* olan bir şey varsa o da bilgimizin

---

almakta ve yanılabilirliğimizi bütün çıplaklığı ile göstermektedir. Bu konudaki felsefi tartışmalar için bkz. Uygun, **Demokrasinin**, ss. 255 vd.

[706] Popper, olasılık problemleri ile ilgili olarak kendisine yöneltilen eleştirileri, kitabının '*Ek*'ler bölümünde geniş olarak yanıtlamıştır. "Gerçeği bilmediğimizden, en azından iki ya da daha fazla kuramı yalnızca göreli olarak gerçeğe yaklaşıp yaklaşmadıklarını karşılaştırabiliriz. Bir kuramın olasılığı; yani kuramın olasılıklar hesabındaki gibi –olası olarak doğru- olduğunu hiçbir zaman söyleyemeyiz. Söyleyebileceğimiz tek şey, t(1) in en azından t(0) a göre gerçeğe yaklaşma olasılığının daha fazla olduğudur." Popper, **Bilimsel**, ss. 565–586 (alıntı kısım için s. 571).

[707] Russell, **Human Knowledge**, s. 22.

[708] Bu örnek ve değerlendirmesi için bkz. Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 25–26.

sınırlı oluşu nedeniyle yanılabilir olduğumuzdur. Zira belirli bir olayın mutlak olarak doğrulanabilirliği ile ilgili bütün *olasılıkları* tüketmemiz söz konusu bile olamayacaktır.

Burada benimsenen bilgi kuramına uygun olarak tanımlanan *gerçekliğe* dayanan ifade özgürlüğü tezi, aynı zamanda demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezinin içeriğine de uygun düşecektir. Burada anlatılmak istenen, böyle bir tezin demokrasinin haklılaştırılmasıyla ilgisi değildir. Fakat demokrasiye dayanan tezin *fonksiyonalist* bir ifade özgürlüğü tezi olması nedeniyle, demokrasinin varlığını *a priori* olarak kabul ettikten sonra tezin konusuna uygulanması ile olan ilgisidir.

C) Gerçekliğe Dayanan Tezin İfade Özgürlüğünün Temellendirilmesindeki Başarısı

Tezin ifade özgürlüğünü temellendirmedeki başarısını araştırırken, *gerçekliğe dayanan tezin* Millci versiyonu ile özellikle Popperci versiyonu arasında bir ayırım yapmak gerekir.

Öncelikle Popperci bir gerçeklik anlayışının gerçekliğe dayanan bir tezin gerekçesini oluşturamayacağını ve böyle bir argüman kabul edilse bile, bireysel özerkliğe dayanan bir tezin ifade özgürlüğüne sağladığı korumaya paralel bir koruma sağlayacağı belirtilmelidir.[709] Herkesin görüşlerinin eşit olarak kabul edilmesi, ifade özgürlüğü için bir koruma sağlar; ancak bu koruma bireysel özerklikte olduğu gibi oldukça sınırlı bir koruma olacaktır. Başkalarını rahatsız eden ifadelere izin vermek için bir neden yoktur. Kimi ifade kategorilerinin zararları konusunda bir eğilimin oluşması durumunda, bu ifadeleri korumak için bir gerekçe oluşturulamayacaktır. Özerklik ve eşitlik özellikle demokrasinin temellendirilmesi bakımından önemli

[709] Bu bakımdan da tezin, kapsayıcılığı konusundaki kusurları diğer tezlerle tamamlanabilir. Tezin özellikle, doğruluk/yanlışlık testine tabi olamayacak nitelikteki değer yargılarına ilişkin ifadeler için bir koruma sağlamadığı doğrudur. Öte yandan, fikirler piyasasından insanların hakikatleri bulacakları argümanı da kanıtlanmaya muhtaç kalmaktadır. Buna rağmen, tezin bu alanda ileri sürdüğü argümanların alternatiflerinin de daha başarılı bir savunma stratejisine sahip olmadıkları gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle, fikirler piyasasını kimin hangi gerekçelerle düzenlemesi gerektiği; başka bir ifade ile kimin hangi gerekçelerle ifadeler arasında bir seçim yaparak bunu halka sunması gerektiği sorusu yanıtsız kalmakta ya da en azından verilecek yanıtlar da dayanaksız kalmaktadır. Bu bakımdan tezin eksik kapsayıcılığına rağmen dikkate alınması gerekir. Özellikle ifade özgürlüğünün sosyal değer ve yararı açısından yapılan Millci temellendirmelere karşı ileri sürülen argümanlar için bkz. Hocking, ss. 72–76.

gerekçelerdir, ancak ifade yoluyla dahi olsa özerk bireylerin başkaları tarafından özerklik adına rahatsız (kimi zaman şok edici biçimde) edilmelerini haklılaştıran bir tez kendi içinde çelişkilidir. Böyle bir teze ilişkin incelememize, demokrasiye dayanan tezle ilgisi bakımından yeniden dönmek üzere burada son verebilir ve Millci tezin sağlayabileceği korumaya ve eleştirilerine geçebiliriz.

Yukarıda açıklandığı üzere Millci tez, ifade özgürlüğünü gerçeğin ortaya çıkarılmasının ya da daha iyi anlaşılmasının bir aracı olarak ele almaktadır. *Yanlışlanabilirlik* bir yana, burada hakikate ulaşılabileceği *a priori* bir kabule dayanır. Bu yaklaşım içerisinde denilebilir ki, gerçeğin ortaya çıkmasına katkısı olacak ifade kategorileri, devletin sınırlamalarına karşı etkin bir koruma işlevi üstlenebilir. Öyle ki, kabul edilen bir hakikate yüzde yüz ters düşen ifadeler dahi böyle bir korumanın kapsamı içerisine girerler. Bu tez bağlamında, sırf hakikate ters olduğu için bir ifadeyi sınırlamak meşru görülmez. Hatta bu türden ifadeler dahi hakikat olarak kabul edilenler kadar değerlidir, çünkü hakikatin değeri bu tür ifadeler olmadan anlaşılamaz. Hakikatler zaman içerisinde papağan gibi ezberlenmiş birer inanışa dönüşürler. Bütün bunlar Mill'in argümanlarıdır.[710] Mill, bireylerin rasyonelliği konusunda olduğu gibi, düşüncelerin serbestçe teşhir edildikleri bir pazarda erinde sonunda gerçeğin galip geleceği noktasında da tam bir iyimserliğe sahiptir.[711] Gerçekliğe dayanan teze yönelik eleştirilerin temelinde de büyük ölçüde işte bu iyimserlik yatmaktadır.

Aslında gerçekliğe dayanan tezin hem Millci hem de Popperci versiyonunun önemli kusurları bulunmaktadır. Öncelikle Millci tezin içerdiği önemli bir kusuru ortaya koymak için verilen şu örnek üzerinde duralım: "Sigara içmek sağlıklı bir

[710] Millci argümanların bugün dahi canlılığını koruduğunu söyleyebiliriz. ABD'de 11 Eylül sendromunun, toplumsal bir baskı yarattığı görülmektedir. 11 Eylülde Dünya Ticaret Merkezine yapılan saldırıları toplumda yaygın kanaatin (resmi açıklamalarla oluşturulmuş olan kanaatin) aksini ileri sürenler ya da genel olarak Batının ya da ABD'nin politikalarını eleştirenler işlerini kaybetmişlerdir. Bunlar kamu çalışanları olmadığından, elbette yüksek yargısal bir denetimin de dışında kalmıştır. Toplumdan gelen bu baskılara karşı pek çok yazar, ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplum için yaşamsal önemine dikkat çekmişlerdir. Burada kullanılan argümanlardan birinin çarpıcı biçimde Mill'in "*Hürriyet Üstüne*"de kullanmış olduğu argümanla aynı olduğu görülmektedir. Gazeteci Laws, şöyle demektedir: "Vatanseverlik, Genelkurmay Başkanının yönetmiş olduğu orkestradaki şarkıları bir papağan gibi tekrarlamak mı dır?". Laws, burada Mill'e değil ama Jefferson'a göndermede bulunmaktadır. Charlotte Laws, "*Patriots and Parrots: Imprisoning Tongues in America*", da dayanılan Millci gerekçeler için bkz.
http://www.leapnonprofit.org/phil%20art%20patriots%20and%20parrots.htm

[711] Gerçekliğe dayanan tezin iyimserliği konusunda bkz. Campbell, "*Rationales for…*", s. 31.

yaşam için gereklidir; sigara insan ömrünü uzatmaktadır."[712] Burada ileri sürülen bir görüşün Millci bir tez kapsamında bilimsel olarak çürütülmesi mümkündür. Bu konuda yapılan bilimsel araştırmalar, sigarının sağlığa yararlı olduğundan çok zararlı olduğunu *kanıtlayabilir*. Fakat böyle bir kanıtlama, sigaranın yararlı olduğunu ileri süren bir ifadeyi sınırlamak için yeterli değildir. Örneğin sigaranın TV reklâmlarında yer alması ve bu reklâmlara yetişkinlerin dahi erişmelerinin engellenmesi Millci bir ifade özgürlüğü teziyle taban tabana zıttır. Burada yetişkin ifadesinin üzerinde durmak gerekir. Mill, çocukların, gelişmemiş toplumların ve hatta eğitim düzeyi düşük olanların özgürlükleri kullanmalarının mümkün olmayacağını söylemektedir. Bu gruplar için, paraetorian (koruyucu, kollayıcı) bir tavır almak onların yararına olduğu için meşru olmaktan öte zorunludur.[713] Ancak gelişmiş ülkelerde (örneğin o dönemin İngiltere'sinde), böyle bir yasağa izin verilmemelidir. Bu sonuç, özellikle Mill'in "Toplumun Birey Üzerindeki Otoritesinin Sınırları"nı tartıştığı bölüm ile onun gerçeklik anlayışının birlikte okunması halinde daha da netleşir.[714]

Aynı reklâm örneği Popperci bir tez bakımından ise daha paradoksal bir durum yaratmaktadır. Eğer biz sigaranın yararlı olduğuna dair bir önermeyi yanlışlayabiliyorsak, önümüzde iki seçenek var demektir: (1) ya sigaranın zararlı olduğunu bularak bu önermeyi yanlışlamışızdır (2) ya da sigaranın yararlı olmadığını *doğrulayarak* bu önermeyi *yanlışlamış* olabiliriz. Eğer birinci durum, yani sigaranın zararını bularak bir *yanlışlama* söz konusu ise, o zaman sigaranın zararlı olduğu *doğrulanmış* olur. Yok eğer ikinci durum, yani sigaranın yararlı olmadığı belirlenmiş ise (ki, bu doğrulamadan başka bir şey değildir), o zaman sigaranın yararlı olmadığı *doğrulanmış* olacaktır. Dolayısıyla, Popperci *gerçeklik* anlayışı bu paradokstan kendisini kurtaramayacak; aslında gerçekliğe dayanan bir ifade özgürlüğü tezini de başarılı biçimde savunamayacaktır.

Sigara örneğinde, Sadurski'nin olgularla kanaatler arasında bir ayırımı haklılaştırmak için kullanmış olduğu şu örneğe bakalım[715]: "Bir kimsenin hayatını

---

[712] Sigara örneği, olgularla kanaatler arasında bir ayırım yapan Sadurski'nin, "XXX Sigaraları % 0.5 katran içermektedir." Örneğinden esinlenerek verildi. Bkz. Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, s. 4.
[713] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 41.
[714] Mill, **Hürriyet Üstüne**, ss. 129–186.
[715] Sadurski, olgu ve kanaat/görüş ayırımını Robert Post'un, "*The Constitutional Concept of Public Discourse*", **Harvard L. Rev**., 103 (1990)'da yayınlanan makalesinde ileri sürmüş olduğu görüşlerden almış olduğunu belirtmektedir. Bkz. Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, s. 6.

kısaltsa bile, sigara içmenin yanlış bir tarafı yoktur; kısa bile olsa mutlu yaşamak daha iyidir." Böyle bir örnek, Sadurski'nin son derece yerinde olarak belirttiği gibi gerçeklik analizine uygun düşmeyeceği[716] için gerçekliğe dayanan bir tezin konusu da olamaz. Aslında Mill, bu türden kanaatlerin de en azından bireyin özerkliği çerçevesinde toplumun denetiminin tamamen dışında kalacağını savunuyordu, ama bu daha çok özerkliğe dayanan bir tezin konusu olabilir.[717]

Popperci bir yaklaşım içerisinde, ahlaki yargılarımızı *metafizik bilgi*, özellikle doğa bilimleri gibi deneysel olarak sınanabilen ve yanlışlanabilen bilgiyi ise *bilimsel bilgi* (scientific knowledge) olarak ayırmanın, Sadurski'nin *olgu* ve *kanaat* ayırımına yeni bir açılım getirmesi beklenebilir. Ancak bu durumda da, hakikatin keşfine dayanan fikirlerin pazaryeri argümanının ifade özgürlüğü tezini destekleme noktasında önemli bir eksikliği ortaya çıkacaktır: olgulara ilişkin yanlışlanan ifadeler, fikirlerin pazaryerinin gerçeği arama işlevine engel olacaktır. Bu durumda yanlışlanan olgulara karşı olan tüm ifadelerin ifade özgürlüğü hakkının koruması dışına çıkarılması olanaklı hale gelmektedir. Sigara örneğindeki başarısızlığına rağmen, Millci ifade özgürlüğü tezi bu türden bir kusura sahip bulunmamaktadır. Çünkü Mill, *yanlışlanmış* ya da *doğrulanmış* olsun hiçbir fark gözetmeksizin tüm ifadelere aynı ölçüde değer verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Mill'in tezinin aksine olgular ve kanaatler arasında bir ayırım yapmak suretiyle oluşturulan gerçekliğe dayanan tezin bir versiyonu ise hakikatin bilinmesine katkısı olmayan ifadeleri koruma dışı bırakabilecektir.

Sadurski'nin, olgu ve kanaat/görüş ayırımına yöneltilebilecek böyle bir eleştiriyi aceleci bir tavır olarak değerlendirdiği görülmektedir. Öyle ki, yanlış ifadeleri tümüyle değersiz kılmak, yanlış olgusal değerlendirmelere ağır sonuçlar yüklemek ve böylece ifade özgürlüğü hakkının koruması dışına çıkarmak, şevk kırıcı bir etki yaratacağından doğru ifadelere de engel olunmasıyla sonuçlanacaktır.[718] Burada, yanlış ifadelere sağlanacak korumanın gerekçesinin Mill'in tezinde bulunmadığı ve böylece farklı bir tezin savunulduğu düşünülebilir. Ne var ki, bu farklılık yüzeyseldir ve Mill'in tezinde olduğu gibi, *yanlış* ifadeler *doğru* ifadeler

[716] Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, s. 5.
[717] Mill, **Hürriyet Üstüne**, (özellikle) ss. 160–161.
[718] Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, s. 7.

adına koruma görmektedir. İşin özünde, yanlış ifadelerin hakikatin ortaya çıkabilmesi adına savunulduğu söylenmelidir. Böyle bir tezi ise Millci bir tezden ayırmak için ikna edici bir dayanak gözükmemektedir.

Gerçekliğe dayanan tezin temel dayanağının hakikatin bilinemezliğinden çok bilinebilirliğine daha yakın durduğunu tekrar etmekte yarar vardır. Gerçeğin mutlak bilgisine ulaşma konusunu bir kenara bırakırsak, belirli bir durumda herhangi bir *doğru* üzerinde anlaşmamız olanaklıdır. İki kuram arasında birinin diğerine göre hakikate daha yakın olduğunu söyleyerek bir anlaşmaya varılmaktadır.

İngiltere'de 01 Temmuz 2007 tarihinden itibaren, kamuya açık tüm kapalı alanlarda sigaranın yasaklanması üzerine yapılan tartışmalar dikkat çekicidir. Dahası, sigaranın tümden yasaklanması ve uyuşturucu maddeler hakkındaki düzenlemelerin sigara için de geçerli olması gerektiği savunulmaktadır. Bu savaşımın başını özellikle tıp fakülteleri çekmektedir.[719] Sigara yasağına karşı kimse sigaranın yararlı olabileceği *olasılığı* üzerinde durmamaktadır. Böyle bir gerekçeye başvuran hiç kimse yok gibidir. Yasağa karşı çıkanlar, devletin birey üzerindeki otoritesinin ulaştığı noktaya dikkat çekmektedirler.[720] Bu daha çok, Millci bir liberalizmle Greenci bir müdahaleci demokrasi arasındaki savaşın Greenciler tarafından kazanılmış olduğunu göstermektedir. Sigara yasağına karşı çıkanların argümanlarının temelinde, devletin otoritesi karşısında bireysel özerklik savunusu yatmaktadır. Bireyler üzerinde devletin otoritesinin sorgulanması ise özerkliğe dayanan tezle birlikte demokrasiye dayanan bir tezin konusu olabilir. Schauer'e göre,

> *[g]erçekliğe dayanan tez, yalnızca insanın kendi verdiği hükümler konusundaki kuşkuculukla değil, kendilerine siyasi güç bağışladığımız kişilerin gerekçeleri ve yetenekleri hakkındaki daha büyük bir kuşkuculukla da temellendirilebilir.*[721]

---

[719] Örneğin CNS haberleri Londra bürosu şefi tarafından yazılmış olan şu makaleye bkz. Mike Wending, "*UK Medical Journal Calls for Total Ban on Smoking*", http://www.crosswalk.com/1234613/ (Çevrimiçi: 16/08/2007).

[720] Sigaranın yasaklanmasıyla mücadele etmek için bir dernek de kurulmuştur. Kısaca FOREST (Freedom Organization for the Right to Enjoy Smoking Tobacco/ Tütün İçme Keyfini Sürme Hakkı için Özgürlük Organizasyonu), sitesinde, sigara içmenin neden yasaklanmaması gerektiğine ilişkin argümanlara yer verilmekte; özellikle de devletin otoritesinin bireyin özel alanının neresine kadar ulaşmış olduğu sorgulanmaktadır. Sitenin web adresi için bkz. http://www.forestonline.org (Çevrimiçi: 20/09/2007).

[721] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 48.

Ancak böyle bir temellendirme, gerçekliğe dayanan bir tez için kuşkuludur. Devletin yanılabilirliği ile bireylerin yanılabilirliği arasında bir ayırım yapmak, epistemolojik bakış açısıyla nasıl bağdaştırılabilecektir. Gerçeğin ortaya çıkarılması sürecinde devletin bireylerden daha çok yanılabilir olması başka bir konudur; hakikatin ne olduğu konusunda devlete olan güvensizlik başka bir konudur. Otoriteye olan güvensizlik (ya da kuşkucu bakış), hakikatin ortaya çıkarılması süreciyle ilgili epistemik bir değerlendirmeyle tamamen ilgisiz bir konudur ve böyle bir bakış açısı olsa olsa demokrasiye dayanan bir tezin temelini oluşturabilir; gerçekliğe dayanan bir tezin değil. Schauer'in vardığı sonuç ise, onun gerçekliğe dayanan tez ile demokrasiye dayanan tez arasında var olduğunu savunduğu güçlü bağlantının bir sonucu olarak aslında iki tez arasındaki ayırımı fazlasıyla bulanık hale getirmesinden kaynaklanmaktadır.[722] Gerçekliğe dayanan tez ile demokrasiye dayanan tez arasında güçlü bir bağlantının olduğu kabul edilebilir; ne var ki, burada sözü edilen konu bağlantının en zayıf olduğu halkadadır. Siyasal iktidarın *doğrularını* benimsememek epistemik anlamda diğer herhangi bir kişi ya da grubun doğrularını benimsememekten farksızdır. Bununla birlikte, biz siyasal iktidarın *doğrularına* güvenmemeye özel bir önem atfediyorsak ya da daha yerinde bir deyişle, siyasal iktidarın kendi *doğrularını* topluma kabul ettirmeye kalkışmasına şiddetle karşı çıkıyorsak, bu karşı çıkışın temelinde *epistemik* bir tartışmadan çok siyasal iktidara güvensizlikle ilgili başka gerekçeler yatmaktadır.[723]

Son olarak, normatif alana ilişkin yargılarımızın *doğrulanabilirliği* ya da *yanlışlanabilirliği* üzerinde durulabilir. Yukarıda belirtildiği gibi, Millci bir tezle Popperci bir tez arasındaki önemli farklılıklardan biri de normatif alana ilişkin yargılarımızda yanılabilirliğimizi kabul eden Millci tezin aksine, Popperci tez, yalnızca doğa yasalarıyla ilgili olarak bir hakikat araştırmasının yapılabileceğini ileri sürmektedir. Popper'e göre, normatif alana ilişkin yargılarımızın doğruluğundan ya da yanlışlığından söz edemeyiz. Ahlaki bir yargının doğru/true olduğundan söz ediyorsak bu metaforik (değişmeceli/mecazi) bir doğrulamadan başka bir şey değildir.[724] Genel olarak, yasaklar ve emirlerden söz eden normatif hükümlerin yasa

[722] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 49.
[723] Bu gerekçelere diğer tezler incelenirken değinilecektir.
[724] Popper, **The Open Society**, s. 59.

olarak nitelendirilmesi yalnızca ortak bir sözcük (yasa sözcüğü) tanımlamasından ibarettir.[725] Normatif hükümler ile doğa yasalarını aynı biçimde yorumlayanlar, kapalı bir toplum modelinin önemli bir karakteristiğini ortaya koymaktadırlar. Bu yüzden, açık toplumun temel niteliklerinden birisi de eleştirel düalizm ya da uyuşumculuktur (conventionalism).[726]

Eleştirel düalizmin özelliği, olgular (facts) ile normlar arasında bir ayırım yapması ve normların olgulardan (her ikisi arasındaki bağlantıya rağmen) çıkarılamayacaklarını ileri sürmesidir. Bu, Hume'de ya da Kant'ta olduğu gibi, '*olması gereken'*in '*olan'*dan çıkarılamayacağını savunan bir görüş olmaktadır. Ancak, Popper, Hume'den ve Kant'tan farklı olarak normların kaynağına ilişkin bir tez ileri sürmemektedir. Hatta bu konuda farklı tezleri kabul etmeye hazır da görünmektedir. Buradaki temel kabul normların, tarihsel olarak insanoğlu tarafından yaratılmış oldukları ve bu yaratmanın olgulardan, doğadan çıkarsanmamış olduğudur. Normlar insanın kendi üretimi olduğundan, doğa yasaları gibi değişmezliklerinin savunulması düşünülemez. Normlardan, insan olarak tamamen biz sorumluyuz. Doğa yasalarını ahlaklı ya da ahlaksız olarak ayırmamız son derece saçma olurdu. Hâlbuki biz, "*ahlaka uygun ya da değil*" gibi tanımlamaları normlarla yaparız. Söz gelimi, köleliğe karşı oluşumuz, bütün insanların eşit ve özgür doğdukları; hiç kimsenin zincire vurulmuş olarak dünyaya gelmediği *gerçeğine* dayanmaz. Böyle bir duruş tamamen normatiftir (ahlaki) ve kimi insanların zincire vurulmuş olarak dünyaya gelmesi olasılığında da, bu insanların köle yapılmasına karşı çıkabiliriz. Aynı biçimde, "*cüzdanında bulunmayan miktardan daha fazla para çıkarma*" dediğimizde kimse bunun normatif bir yönünün bulunduğunu düşünmeyecektir. Fakat "*ayağını yorganına göre uzat*" dediğimizde, bunun normatif bir yönü bulunmaktadır. Birinci örnekte, olgusal bir durum betimlenmiştir; kişinin cüzdanında bulunandan daha fazla bir miktarı çıkarıp çıkarmaması bir seçim sorunu değildir. Fakat ikinci örnekte, kişilerin olgusal gerçeklikten ayrı olarak bir seçim yapmaları beklenmektedir. *Hırsızlık* olgusuna karşılık, "*çalma*!" ifadesi normatif bir ifadedir ve ahlak alanına ilişkin bir yargıyı da beraberinde taşımaktadır.[727]

[725] Popper, **The Open Society**, s. 60.
[726] Popper, **The Open Society**, s. 61.
[727] Popper, **The Open Society**, ss. 60–68.

Popper, psikolojinin ve sosyolojinin kimi yasalarının normatif kimilerinin ise doğal (natural) alana ilişkin olabileceğini; bu nedenle de normatif hükümlerin bu yasalarla ilişkilendirilebileceğini de kabul etmektedir. Ancak, yine de normatif yasaların doğa yasalarından çıkarılamayacağı vurgusunu yapmaktadır.[728]

Popper'in normatif alana ilişkin analizini netleştirmek için yeniden sigara örneğine dönelim. "Sigara içmek insan sağlığına zararlıdır" biçimindeki bir önermenin, söz edimleri (speech acts) ile ilgili tartışmaları bir kenara bırakırsak, normatif hiçbir yönü bulunmamaktadır. Ama, "sigara içmek kötüdür" veya "sigara içme!" gibi bir ifadede bulunduğumuzda, normatif anlamda bir hüküm tümcesi belirtmiş oluruz. Sigaranın insan sağlığına zararlı olduğunu belirten önermenin yanlışlanabilmesi olanaklıdır. Dolayısıyla bu bir normatif hüküm değildir. Ancak, "sigara sağlığa zararlı bile olsa içmek iyidir; insan kısa da olsa keyifli yaşamalıdır" gibi önermelerin yanlışlanması olanaklı değildir. Burada bir sorun gözükmemektedir.

Bir de bu durumu koşullu önermeler bakımından incelemekte yarar vardır. Örneğin, "eğer sağlığa zararlı ise sigara içmek kötüdür" biçiminde ifade edilen koşullu önermedeki koşul cümleciği iki olasılık altında çözümlenebilir: Birinci olasılıkta, sigara sağlığa zararlıdır ve bu durumda sigara içmek kötüdür. İkinci olasılıkta, sigara sağlığa zararlı değildir ve bu durumda da sigara içmek kötüdür yargısı ("sigara içmek iyidir" yargısına dönüşmez ama) temelsiz kalır. Fakat her iki durumda da koşul cümleciğinin çözümlenmesi olgusal (factual) bir duruma ilişkindir ve doğrulanması ya da en azından yanlışlanabilmesi söz konusudur.

Popper'in görüşü doğrultusunda, normatif alana ilişkin yargılarımızı yanlışlanabilirlik sınırlarının dışına çıkardığımızda, gerçekliğe dayanan tezin desteklediği ifadeleri normatif alana ilişkin olmayan ifadelerle sınırlı tutma zorunluluğu ortaya çıkar. Sigara örneğinde olduğu gibi, normatif alana ilişkin pek çok yargımızın temelinde (Popper'in deyimiyle ilişkisi bulunduğu) yine olgusal alana ilişkin vargılarımız bulunmaktadır. Kısacası, gerçekliğe dayanan tez, Popperci bilgi kuramı içerisinde de ifade özgürlüğünü desteklemeye devam edebilecektir.

Sonuç olarak, gerçekliğe dayanan tezin, bütün ifade kategorileri bakımından kuşatıcı olmadığı söylenmelidir. Bununla birlikte, tezin özellikle akademik özgürlük

[728] Popper, **The Open Society**, ss. 68–75.

alanında en güçlü ve yetkin korumayı sağladığı dikkate alındığında, ifade özgürlüğü hakkının korunması bakımından önemini sürdürdüğü görülecektir.

III) DEMOKRASİYE DAYANAN TEZ

Demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezinin çerçevesini oluştururken öncelikle iki noktanın açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bunlardan ilki, demokrasiyi temellendiren argümanlarla demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezinin argümanları arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulmasını gerektirir. İkincisi ise, demokrasiye dayanan tezin, hangi demokrasi tanımından yola çıkarılarak oluşturulabileceğinin aydınlatılmasını gerektirmektedir. Bütün bunlar yapıldıktan sonra, demokrasiye dayanan bağımsız bir ifade özgürlüğü temellendirmesinin yapılıp yapılamayacağı üzerinde durulabilir. Her iki noktayı da ayrı başlıklar altında incelemek yararlı olacaktır.

A) Demokrasiyi Temellendiren Argümanların Demokrasiye Dayanan İfade Özgürlüğü Tezinin Argümanlarıyla İlişkisi

Demokrasiyi temellendiren ya da haklılaştıran argümanlarla, demokrasiye dayanan ifade özgürlüğünü temellendiren argümanlar arasında ilk bakışta tam bir uyumun olması gerektiği yönünde bir düşünce akla gelebilir. Ne var ki, demokrasiyi haklılaştırmaya uygun olan bir felsefi yaklaşım, demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezini haklılaştırmayabilir; hatta tamamen ilgisiz de olabilir. Bunun gerekçelerini ortaya koymadan önce önemli bir noktanın altını çizmekte yarar vardır: Demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezi, gücünü demokrasinin varlığından almaktadır ve eğer demokrasi kuramı herhangi bir şekilde çökerse, demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezinin de çökeceğini *a priori* olarak kabul etmek durumundayız.

Bununla birlikte, gerçekliğe dayanan bir ifade özgürlüğü tezi, bütün diğer yönetim biçimleri çerçevesinde de geçerliliğini koruyabilir. Gerçekliğe dayanan tezin temelinde ifade özgürlüğünün, hakikatin ortaya çıkarılmasının vazgeçilmez aracı

olduğu düşüncesi yatar.[729] Hâlbuki demokrasiye dayanan bir tez, bütünüyle demokratik sürecin işleyişi ile ilgili fonksiyonalist (işlevselci) bir tezdir.[730]

Genel olarak demokrasinin haklılaştırılmasında kullanılan argümanlar, bireylerin ahlaki özerkliği, doğal eşitlik ya da kendi kaderini tayin hakkı gibi temel başlıklar altında ele alınabilir. Bu argümanların mantıksal sonucu olarak (rasyonel temellendirme), toplumun tüm üyelerinin çıkarlarına uygun kararların alınabilmesinin en güvenli yolunun, kararların alınmasına herkesin katılmasına olanak sağlanması olduğu söylenebilir.[731]

Russell ve Popper gibi düşünürlerin savundukları gibi, demokrasi ahlaki ve siyasal alandaki değişimlerin barışçıl olarak gerçekleşmesine izin veren tek rejimdir.[732] Fakat diğer rejimlerde değişim yalnızca ihtilal yoluyla mümkündür. Bunu olanaklı kılan şey, demokraside, eleştirel düşüncenin sürekli ve serbest bir hareketinin bulunmasıdır. Söz konusu serbestlik ya da özgürlük ortamı yöneticilerin bahşettiği bir lütuf olmayıp, sistemin yöneticileri bağlayan temel ilkelerinin bir gereği olmasıdır.[733]

Ayrıca demokrasi kuramının, *mutlak doğru* anlayışını yadsıması nedeniyle, geleneksel olarak kabul gören düşüncelere muhalif olan görüşlere karşı daha hoşgörülü olacağı söylenebilir.[734] Aynı gerekçeyle demokrasinin, kendi yanlışlarını düzeltecek mekanizmaya sahip olduğu da söylenebilir.[735] Bu bakış açısı daha çok, gerçekliğe dayanan ifade özgürlüğü tezinin, *yanılabilirliğe* ve *yanlışlanabilirliğe* yapmış olduğu vurguyla örtüşmektedir.

Buradaki epistemik duruş, demokratik sürecin sonucunu dikkate almaksızın demokrasiyi haklılaştırabilmektedir. Öyle ki, gerçeğin hiçbir zaman bilinemeyeceğini savunan bir görüş, hiç kimsenin görüşünü bir diğerininkine tercih etmeyecek, herkesin görüşüne eşit uzaklıkta duracaktır. Başka bir deyişle demokrasinin başlıca

---

[729] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 52–52.
[730] Campbell, "*Rationales for…*", s. 37.
[731] Demokrasinin temellendirilmesiyle ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Uygun, **Demokrasinin,** , ss. 285 vd; Demokrasinin diğer rejimler karşısındaki üstünlüğü ve arzulanabilirliği üzerine ayrıca bkz. Robert A. Dahl, **Demokrasi Üstüne**, Çev. Betül Kadıoğlu, Phoenix Yayınevi, Ankara 2001, ss. 47–65.
[732] Bu konduda bkz. Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 53.
[733] Spitz, s. 284.
[734] Uygun, **Demokrasinin**, ss. 266–274.
[735] Spitz, s. 283.

dayanaklarından biri olan bireylerin ahlaki eşitliği postülası mantıksal olarak her bir bireyin fikirlerinin de eşit olarak saygı görmesini gerektirecektir.[736] Böylece kurulacak sistemin, hakikati bulmayı değil uygun (adil) sürecin sonunda kabul gören görüşü sınırlı bir siyasal doğru olarak benimseyecektir. Burada süreç, başlı başına bir *amaç* olmakta; sürecin sonucunda hakikatin ortaya çıkarılıp çıkarılamayacağı sorunu dikkate alınmamaktadır.[737]

Demokrasiyi haklılaştıran bütün bu gerekçeler tamamen *ampirik* bir temele de dayandırılabilir: tarihsel deneyimlerimiz göstermiştir ki, bütün olumsuz yanlarına rağmen demokrasi diğer rejimlere oranla insanın insan olma niteliğini; başka bir deyişle, akıl ve vicdan sahibi olmanın getirdiği özellikleri daha iyi korumaktadır.[738]

Dahası, demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezi, demokratik sürecin işleyişiyle doğrudan bağlantılıdır. Yöneticilerin seçimi, siyasal iktidarın eşit dağılımı, konsensüs/oydaşma arayışı, çoğulcu yapının tanınması/korunması ve yönetimle ilgili karar alma sürecinin gereği gibi işletilebilmesi gibi modern demokrasi tanımının içinde mevcut olan pek çok unsurla bağlantılıdır. Dolayısıyla da, yukarıda sözü edilen argümanların haklılaştırdığı bir yönetim biçiminin (ki, bu demokrasi olmaktadır) gerçekleşebilmesi ve işleyebilmesi ifade özgürlüğünün en geniş biçimde tanınmasına bağlı olmaktadır. Campbell'in belirttiği gibi, ifade özgürlüğü demokrasinin kurucu unsurlarından biri olarak görülmektedir.[739]

Emerson, ifade özgürlüğü sisteminin temel işlevlerinden birinin, karar alma sürecine toplumun bütün üyelerinin katılabilmesine olanak sağlayan açık tartışma ortamının yaratılması olduğunu belirtmektedir. Çünkü toplumun bütün üyelerinin kendi inanç ve görüşlerini biçimlendirme ve sahip oldukları bu inanç ve görüşleri başkalarına iletme hakkına sahip olmaları demokratik bir toplumun olmazsa olmaz koşuludur. Emerson'a göre, demokrasiye dayanan tez, yalnızca siyasal sürecin

---

[736] Fiss, "*The Censorship…*" s. 257.

[737] Burada söz konusu edilen tezin, (aşağıda incelenecek olan) A. Meiklejohn tarafından savunulan fonksiyonalist (demokrasiye dayanan) bir tez olduğu dikkate alınmalıdır. Nitekim bu yöndeki görüşlerin demokrasinin epistemic bir temelde haklılaştırılabileceğini savunan D. Estlund tarafından da ifade edilmiştir. Bkz. David M. Estlund, "*Deliberation and Wide Civility*", **The Boundaries of Freedom of Expression & Order in American Democracy**, Edited by Thomas R. Hensley, The Kent University Press, USA 2001, ss. 76–79.

[738] Uygun, **Demokrasinin**, ss. 296 (Böyle bir temellendirmenin *ampirik* olduğu görüşü Uygun tarafından belirtilmemiştir).

[739] Campbell, "*Rationales for...*", s. 37.

işlemesi konusunda alınan kararlarla sınırlı değildir; siyasal süreçle doğrudan bağlantılı olsun veya olmasın bireylerin sahip oldukları inanç ve görüşleri toplumun diğer üyelerine iletmeleri demokrasinin bir gereğidir.[740]

Demokrasiye dayanan tez, ifade özgürlüğünün diğer tezleriyle bağlantılı olarak, bir yandan bireysel özerklik teziyle, diğer yandan gerçekliğe dayanan tezle ilgili olarak yapılan tartışmalarla yakından ilgilidir. Bireysel özerklik kavramı, bizzat demokrasiyi haklılaştıran önemli argümanlardan biridir ve demokratik süreçle ilgili pek çok gerekçe oradan çıkarsanır. Ne var ki, bireysel özerklik kavramının çıkarsandığı ahlaki ilkeler, demokrasiyi haklılaştıran epistemik duruşla zıt platformlarda yer alırlar; çünkü bu ilkeler *evrenseldir* ve bu ilkelere dayanmayan bir (örneğin) düşünce ve vicdan özgürlüğünden söz edilemez. Başka bir deyişle düşünce ve vicdan özgürlüğü septik/kuşkucu bir teze dayandırılamaz.[741] Aynı durumun ifade özgürlüğü bakımından geçerli olacağını söylemeye gerek yoktur. İnsan haklarının dayandırıldığı bir tezin, aynı zamanda demokrasiyi temellendiren tezlerle çelişmesi mümkündür. Örneğin eşitlik ve özgürlüğün evrensel birer hak olduğu söylenilmeden, demokrasinin temel ilkeleri belirlenmiş olmayacaktır. Eşitlik ve özgürlük evrensel birer hak olarak kabul edildiğinde[742], bireylerin neden eşit ve özgür olmaları gerektiğini temellendiren epistemik gerekçeler geçerliliğini kaybederler. Ne yazık ki bu paradokstan kaçınmak mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle de, demokrasiye

---

[740] Emerson, **General Theory**, ss. 8–9; Burada şu noktanın altının çizilmesinde yarar vardır: Bireylerin inanç ve görüşlerini diğerlerine iletmelerinin demokrasinin gereği olması ya da demokrasinin kurucu unsurlarından biri olması, ifade özgürlüğüne özerkliğe dayanan tezin sağladığı korumadan daha fazla bir koruma sağlamayacaktır. Böyle bir tez, demokrasiye dayanan bir ifade özgürlüğü tezinden çok demokrasiyi haklılaştıran tezlerden biri olmaktadır. Ahlaki özerklik argümanı böyle bir tezin kaynağı olabilir; ama tez demokratik sürecin işleyişiyle ya da halkın yöneticileri denetleme hakkı ile ilgili değildir. Bu yüzden demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezini özellikle A. Meiklejohn'un savunmuş olduğu argümanlar çerçevesinde ele alacağız. Ancak demokratik sürecin işleyebilmesi için açık tartışma forumuna yapılan vurgu, demokrasiye dayanan bir ifade özgürlüğü tezinin konusudur.

[741] Bu konuda örneğin bkz. Rawls, **A Theory of Justice**, ss. 243 vd.

[742] Eşitlik ve özgürlüğün evrensel birer hak olarak ya da doğal birer hak olarak kabul edilmesi gerektiğini, aslında hiçbir doğal hak kabul etmeyen pozitivist bir gelenekten gelen H.L. Hart'ın da benimsemiş olduğu görülmektedir. Eşitlik ve özgürlük kavramlarının, sözleşmeci / Kantçı bir gelenekten gelen J. Rawls tarafından da adalet kuramının temel ilkesi yapıldığı görülmektedir. Rawls'a göre, hakkaniyet olarak adalet, belirli bir siyasal geleneğin ürünü olabilir. Bu geleneğin yaratmış olduğu iki temel ilke vardır: bütün vatandaşların özgür ve eşit oldukları ilkesi ile siyasal adalet kavramına uygun olarak yönetilen düzenli toplum (well-ordered society) düşüncesi ya da ilkesidir. Hart'ın görüşleri için bkz. H.L.A. Hart, "*Are There Any Natural Rights*?", **Political Philosophy**, Ed. By Anthony Quinton, Oxford Readings in Philosophy, Oxford University Press, UK 1967, ss. 53–66; Rawls'un görüşleri için bkz. Rawls, **Political Liberalism**; ss. 13 vd.

dayana tez, demokrasiyi haklılaştıran argümanlardan bağımsız olarak demokratik sürecin işleyişine bağlı argümanlarla desteklenebilir. Değilse, demokrasi temellendirmesi ile demokrasiye dayanan tezin temellendirilmesinin kümülatif olduğu düşüncesi yanıltıcı olacaktır.

Siyasal faaliyet alanıyla ilgili olarak ifade özgürlüğünün özel bir anlamı vardır. Demokratik rejimde, toplumun refahı ve ilerlemesiyle ilgili yaşamsal öneme sahip olan tüm kararlar siyasal süreç içerisinde alınırlar. Dolayısıyla da toplumun tüm üyelerine açık bir tartışma forumunun yaratılması, karar alma sürecinin sağlıklı biçimde işlemesi için zorunlu olmaktadır. Hangi yönetim biçimi söz konusu olursa olsun, asgari bir ifade özgürlüğünün tanınması, yönetilen süjenin (vatandaşın) ihtiyaçlarının ve sıkıntılarının bilinmesi ve ona göre siyasaların üretilebilmesi için gereklidir. Yönetimde olanların muhalif fikirleri bastırma konusunda istekli olacakları da bilinmektedir. İktidarda olanlar, iktidarlarını devamlı kılmak için muhalif düşünceleri ortadan kaldırmaya çalışırlar. Demokrasi, halkın yönetimi olduğundan, yöneticileri halk belirler ve gerektiğinde bu yöneticileri görevden uzaklaştırarak yerlerine yenilerini tayin eder. Bütün bu süreçlerin gerçekleşebilmesinin açık tartışma ortamına, başka bir deyişle ifade özgürlüğüne bağlı olduğu su götürmez bir gerçektir.[743]

Diğer yandan, epistemik anlamda olmasa bile, K. Popper'in, *ahlaki ve siyasal alana ilişkin üzerinde anlaşabileceğimiz siyasal doğrular olabileceği* yönündeki görüşüne uygun bir siyasal tercih belirleme sürecinin gerçekliğe dayanan tez tarafından desteklenmesi, demokratik sürecin işleyebilmesi açısından gerekli görünmektedir; çünkü demokratik sürecin işleyişi, kamuoyunun oluşumu ile yakından ilgilidir. Bununla birlikte her iki tezi birbirinden ayıran önemli bir çizgi bulunmaktadır: gerçekliğe dayanan tezde, ifade özgürlüğü gerçekliğin ortaya

[743] Emerson, **General Theory**, ss. 10–11; Aynı biçimde Dahl da "demokrasi ifade özgürlüğüne neden gerek duyar?" sorusuna şu yanıtı vermektedir: "Öncelikle, ifade özgürlüğü vatandaşların siyasi hayata etkin olarak katılması için gereklidir. Hükümetin işleyişini ilgilendiren her konuda kendilerini özgürce ifade edemezlerse, görüşlerini nasıl ortaya koyup diğer vatandaşları ikna edebilir ve temsilcilerinin bu fikirleri benimsemelerini sağlayabilirler? … Özgür ifade sadece sesinizi duyurmak hakkınız olduğu anlamına gelmez. Aynı zamanda başkalarının söyleyeceklerini duyma hakkına da sahip olmanız demektir…Sessiz vatandaşlar, otoriter bir hükümdar için kusursuz uyruklar olabilirler, ancak onlar demokrasi için büyük bir felaket olurlardı." Bkz. Dahl, **Demokrasi Üstüne**, s. 101; Demokrasi kavramı ve demokrasinin unsurları konusunda ayrıca bkz. Bihterin Dinçkol, "*Klasik Demokrasinin Temel İlkeleri ve Anayasa Mahkemesinin Kararları*", **İBD**, C. 65, S. 1-2-3, ss. 47–50.

çıkarılabilmesinin bir aracı olarak görülürken, demokrasiye dayanan tez, gerçekliğe dayanan argümanı, demokratik sürecin işleyebilmesi açısından yalnızca bir araç olarak görmektedir. Böylece de, demokrasiye dayanan tezin içerisinde gerçeklik argümanı ikincil bir yer tutmaktadır. Kamuoyunun oluşumunda gerçeğin ortaya çıkarılması demokratik sürecin işleyişi bakımından önemli olsa da, demokrasiye dayanan tezi temellendiren argüman, bu sürecin sonunda gerçeğin ortaya çıkmasına bağlı değildir.

Nihayet belirtmek gerekir ki, demokrasi ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişki ampirik ve analitiktir. Başka bir deyişle ifade özgürlüğünün, demokrasinin işleyebilmesi için olmazsa olmaz bir unsur olması, ifade özgürlüğünün ve demokrasinin bağımsız temellerinin olamayacağını göstermez. İfade özgürlüğü de, Dahl'ın deyimiyle söylemek gerekirse, demokratik *sürecin* yapı taşlarından birisidir.[744] Bu açıdan *demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezinin* temellerinin *demokrasiyi temellendiren argümanlardan* bağımsız düşünülmesi gerekir.[745] Demokrasiye dayanan tezin argümanları incelenirken bu noktaların göz önünde bulundurulmasında yarar vardır.

B) Alexander Meiklejohn ve Demokrasiye Dayanan Tezin Koruduğu Mutlak İfade Özgürlüğü Hakkı

İfade özgürlüğünün, demokratik sürecin sağlıklı biçimde işleyebilmesini sağlayan temel elamanlardan biri olarak tanımlanması demokrasiye dayanan fonksiyonalist tezin ana fikrini oluşturmaktadır. Bu tezin en güçlü savunucularından biri Amerikalı düşünür Alexander Meiklejohn'dur. Meiklejohn'un tezi ABD'de Yüksek Mahkemesi yargıçları üzerinde etkili olmuştur. Liberalizmin (egalitarian) 20.

[744] Dahl, **Demokrasi Üstüne**, s. 52.

[745] R. Dahl da demokrasi ve diğer temel haklar arasındaki ayırıma dikkat çekerken şöyle konuşmaktadır: "Değerler ve faydalar evreninde demokrasinin çok önemli bir yeri vardır. Ancak faydalı olan tek şey o değildir. Demokratik süreç için gerekli olan diğer haklar gibi, özgür ifadenin de kendi değeri vardır. Çünkü özgür ifade, ahlaki özerkliğin ahlaki yargısı ve iyi bir hayatın aracıdır." Bkz. Dahl, **Demokrasi Üstüne**, s. 54.

yüzyıldaki önde gelen temsilcilerinden John Rawls da ifade özgürlüğü savunusunu doğrudan Meiklejohn'un tezine dayandırmıştır.[746]

Meiklejohn'un tezi bütünüyle demokratik sürecin işleyişi üzerinde odaklanmakta ve bu çerçevede siyasal ifadeyle sınırlı kalmaktadır. Bununla birlikte tez, siyasal ifadeye özel bir önem atfettiği için, bireysel özerkliğe dayanan tez ile gerçekliğe dayanan tezin ifade özgürlüğüne sağladığı korumaya göre siyasal ifadeye çok daha güçlü bir koruma sağlamaktadır.[747] Tezin, diğer ifade kategorilerine yeterli korumayı sağlamaması önemli bir eksiklik değildir. Çünkü ifade özgürlüğü tezlerinden hiçbiri ifade özgürlüğü hakkına kuşatıcı bir koruma sağlamamaktadır. Yukarıda görüldüğü gibi her bir tez ya belirli bir alanda etkili olmakta ya da ifadeye daha güçlü bir korumanın gerekli olduğu belirli bir alanda (örneğin siyasal ifade alanında) başarısız olmaktadır. Bu yüzden demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezini, Meiklejohn'un anladığı biçimde ele almak ve incelemek siyasal ifadeye sağlanan korumanın temellendirilmesi bakımından aydınlatıcı olabilir.

Meiklejohn, İkinci Dünya Savaşının hemen sonrasında kaleme aldığı eserinde[748], ifade özgürlüğü ve demokrasi arasındaki ilişkinin niteliğine dikkat çekmiştir.

Meiklejohn, ABD Anayasasının Birinci Değişikliğinde yer alan, "Kongre, … ifade özgürlüğünü sınırlandıran bir yasa çıkaramaz" biçiminde formüle edilen düzenlemenin anlamını açıklığa kavuşturabilmek amacıyla bir takım sorular sorarak incelemesine başlamaktadır: Bizi temsil etmek üzere seçtiğimiz ve yetkilendirdiğimiz kişilere, sınırlama hakkını tanımadığımız "ifade özgürlüğü" ne anlama gelmektedir? Kongre tarafından, sözleri ulusun genel refahı için zararlı, ulusun genel çıkarlarına karşı düşmanca bulunan bir kimse bu sözleri ifade etmekten

---

[746] Tezin fikir babasının Meiklejohn olduğu konusunda ABD doktrininde tam bir ittifakın bulunduğu söylenebilir. Bkz. Emerson, **General Theory**, s. 10'daki 4 numaralı dipnot; Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 54; Tucker, **Law, Liberalism**, s. 24; Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, s. 22; Rawls, **Political Liberalism**, 348; Archibald Cox, **Freedom of Expression**, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1981, s. 2.

[747] Tezin ortaya koymuş olduğu gerekçelerin, ABD ve AİHS sistemleri içerisinde uygulanmakta olan ifade özgürlüğü rejimlerinin benimsemiş oldukları kademeli sınırlama sistemini haklılaştırdığı açıktır. Kademeli sınırlama sistemi, ifade kategorileri arasında bir ayırım yapılarak, siyasal ifadeye diğer ifade kategorilerine göre daha fazla bir koruma sağlayan bir sistemdir.

[748] Meiklejohn, çeşitli üniversitelerde vermiş olduğu ders notlarını kitap haline getirerek yayınlamıştır. Bkz. Alexander Meiklejohn, **Free Speech and Its Relation to Self-Government**, (Originally Published by Harper Brothers in 1948), Third Ed., The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey 2004 (Bundan sonra metinde "Free Speech" olarak anılacaktır).

neden alıkonulamaz? Biz, örneğin, Birinci Değişikliğin (ifade özgürlüğü hakkının) ortadan kaldırılmasını savunan bir kimseye de (bizzat Birinci Değişiklik tarafından öyle öngörülmüş olduğu için) ifade özgürlüğü hakkını tanımak zorunda mıyız? İktidarı ele geçirdiklerinde bu hakkı bize tanımayacak olanlara karşı da ifade özgürlüğü hakkını tanımak durumunda mıyız? Bütün yanıtlar, ifade özgürlüğü hakkının tanınması yönünde olmak zorundadır. Kimi ifadeler, ulusun çıkarları için *tehlikeli* bulunduğu için sınırlandırılamaz. Ne var ki, FBI, Amerikan Karşıtı Faaliyetler Komitesi, Adalet Bakanlığı ve Başkan aksini düşünmektedirler. Bu kurum ve kişiler, Amerikan halkının özellikle dışarıdan yabancı güçler tarafından yapılan kimi propagandaları duymalarının ulusun güvenliği için tehlikeli olduğuna inanmaktadırlar. Biz, Amerikan halkı, zihinsel olarak korunmaya gerçekten muhtaç mıyız? Dünyanın genel refahı, ifade ve iletişim özgürlüğünü hiçbir şekilde sınırlamamamızı mı gerektirmektedir? Ya da tam aksine her ulus, kurmuş olduğu yönetim biçimine, endüstriyel yapılanmasına (kapitalist ya da komünist vs) karşı tehlikeli bulduğu görüş ve düşünceleri, kurmuş olduğu sistemin korunması ve devamlılığının sağlanabilmesi amacıyla yasaklayabilir mi? Hangi görüş doğrudur, hangisi yanlıştır? İşte Meiklejohn'un yanıtlamaya çalıştığı sorular bunlardır.[749]

Meiklejohn,'a göre siyasal özgürlüğün anlamı bilinmeden ifade özgürlüğünün bir tanımlamasının yapılabilmesine olanak yoktur. Böylece o, ilk olarak siyasal özgürlük tanımlaması yapar: Siyasal olarak özgür olmak, toplumun kendi kendisinin efendisi olmasıdır. Toplumun, yöneticilerini kendisinin belirlemesi, denetlemesi ve gerektiğinde görevden uzaklaştırarak yerlerine yenilerini atamasıdır. Başka bir anlatımla iktidarın meşruiyetinin kaynağı halk ve onun rızası olmaktadır. Siyasal iktidarı, toplumdaki kimi insanların kimi diğerleri üzerinde baskı icra etmeleri olarak tanımlayanlar, iki şeyi birbirine karıştırmaktadırlar: Siyasal özgürlük, denetimden özgür olmak anlamına gelmemektedir. Ancak bu denetimin, denetimin süjesi konumundaki kişiler tarafından yapılması, yönetenle yönetilenin aynı olmasıdır. Denetime tabi olanların rızasına karşı bir denetim ya da yaptırımın uygulanması ile bu denetimin bizzat süjeler tarafından kararlaştırılması durumunu anarşistler birbirine karıştırmaktadırlar. Denetimin ve baskının dışsal olduğu yerde, örneğin

[749] Meiklejohn, **Free Speech**, *Foreword*, ss. IX-XIV.

yabancı bir gücün işgali altındaki bir ülkede, yöneten ve yönetilen arasındaki ilişki de dışsaldır; ilişkinin bir yanında baskı ve zorlama diğer yanında da itaat ya da direnme bulunur. Böyle bir yerde siyasal özgürlükten elbette söz edilemez. Yönetilenin aynı zamanda iktidar olduğu bir sistemde, kararların alınmasına bütün vatandaşların katıldığı, kamusal siyasaların uygulanması ile ilgili bütün kararların, bu kararların alınması sürecine katılan (katılması gereken) bütün bireyler hakkında eşit biçimde bağlayıcı olduğu ve bu bağlayıcılığın uygun hukuksal usullerle gerektiğinde uygulanacağı, siyasal toplumu kuran ana sözleşme tarafından belirlenmiştir. Böyle bir sözleşmeye uymayacağını söyleyen kimse, despotizme karşı durmuş olmamakta, fakat siyasal özgürlüğe karşı olmaktadır. Kendi kendini yönetme ideali, yöneten "ben/self"in kendi iradesini etkin kılmadığı bir yerde anlamsızdır.[750]

Ne var ki, *denetim/control* sözcüğü, özgür insanın yüreğinde dehşet ve korku yaratır. Bu korkunun sonucu olarak, bizi kontrol eden iktidarın da denetlenmesi gerektiği konusunda güçlü bir istek oluşur. Ancak soru şudur: iktidar, kim tarafından, hangi yollarla denetlenebilir?

Meiklejohn'a göre sorunun yanıtı oldukça basittir: Özgür insanların iktidarı, en uygun biçimde yine kendisi tarafından kontrol edilebilir. Bu denetimi bırakabileceğimiz başka bir kişi ya da grup olabilir mi? Bu ancak bir durumda geçerli olabilir: İktidarın meşru olmadığı ya da meşruiyetini kaybettiği yerde, Amerikan kolonilerinin 1776'daki isyanında olduğu gibi bir durumda geçerli olabilir. Bu istisna dışında, siyasal özgürlük ortamında daima bir kontrol vardır; kendi kendini yöneten (kendi kendisinin efendisi olan) bir toplumda kontrol yine toplumun kendisindedir ve bu özellik onu geriye kalan rejimlerden (örneğin despotik bir yönetimden) ayırır. Kısacası, özgür insan, yönetilmeyen kişi(ler) değildir; ancak, yine kendisi tarafından yönetilen kişi(ler)dir.[751]

Kısaca belirtmek gerekirse, siyasal özgürlük, kendi kendini yönetme, başkasının değil ancak kendisinin denetimini kabul etme anlamına gelmektedir. Anayasanın Birinci Değişikliğinde yer alan ifade özgürlüğü güvencesi, işte bu perspektiften okunmalı ve yorumlanmalıdır.

---

[750] Meiklejohn, **Free Speech**, ss. 1–9.
[751] Meiklejohn, **Free Speech**, ss. 10–16.

Meiklejohn'a göre ABD Anayasasının Birinci Değişikliğinde yer alan, Kongrenin ifade özgürlüğünü sınırlandıran bir yasa çıkaramayacağına ilişkin hüküm, lafzıyla ve ruhuyla mutlak bir ifade özgürlüğü hakkı yaratmaktadır. Hükmün formülasyonundaki mutlaklık (absolutness), pek çoklarını şaşırtmaktadır; ama bunda şaşıracak bir şey yoktur: Hüküm, bütün ifade kategorileriyle ilgili değildir. Birinci Değişikliğin koruduğu ifade kategorisi kamusal tartışma ortamının oluşmasını sağlayan *siyasal ifadedir.*[752] Bu, diğer ifade kategorilerinin korumasız bırakıldığı anlamına gelmez; diğer ifadeler, eylemler için uygulanan sınırlamalarda geçerli olan *hukuki usul ve esaslara uyularak* (due process of law) sınırlandırılabilir.[753] Burada, yasamanın diğer eylemleri sınırlandırma konusunda sahip bulunduğu takdir hakkı geçerlidir. Meiklejohn, sınırlanabilen ifade kategorisini kamusal olanından (public discussion) ayırmak için, özel ifadeler (private speech) diye adlandırmaktadır.[754]

İfade özgürlüğünü formüle edenler, sınırlama konusunda hiçbir istisnaya yer vermemişlerdir. Bu kişilerin, ulusal güvenliğin tehlike altında bulunabileceği, örneğin, savaş hali gibi bir takım olağanüstü durumları öngörmemiş olacaklarını düşünmek doğru değildir. Olağanüstü rejimin standartları, diğer hak ve özgürlüklerin rejiminde olduğu gibi kuşkusuz ifade özgürlüğü rejiminde de değişiklik yapar. Olağanüstü halin devreye girdiği bir yerde, özgür tartışma sürecinin kırıldığı kabul edilir. Burada artık toplumun müzakere sürecini yapabileceği bir ortamın ortadan kalkmış olduğu kabul edilir. Durumun izin verdiği gerekler çerçevesinde bütün tartışmaların durdurulması düşünülebilir. Böyle bir dönemde, tartışmanın bir tarafının konuşma hakkını sürdürerek diğer tarafın susturulması söz konusu olamaz. Ancak ve ancak, *toplantının*[755] yapıldığı çatı çökerken, toplantıyı yönetmekle görevli kişinin toplantıyı çatı onarılıncaya kadar ertelemesi söz konusu olabilir.[756] Tartışma

---

[752] Meiklejohn, **Free Speech**, s. 17.

[753] Burada, "due process of law" ibaresinin Güran tarafından yapılmış olan çevirisi esas alınmıştır. Güran'ın çeviri gerekçeleri için Bkz. Sait Güran, **İfade Hürriyeti Üzerine İdarenin Yetkileri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1969, ss. 32 vd.

[754] Meiklejohn'un kamusal tartışmaya katılım olarak değerlendirdiği sınırlanamaz nitelikteki ifadelerle, sınırlanabilen özel ifadeler arasında yapmış olduğu ayırım için bkz. Meiklejohn, **Free Speech**, ss. 37–41.

[755] Buradaki "toplantı" ifadesi, New England'ın geleneksel kasaba meclislerinin yapmış olduğu toplantılara işaret etmektedir.

[756] Meiklejohn, **Free Speech**, ss. 55–56; Olağanüstü dönemlerde tehlikenin somut, gerçek ve halihazır olması gerektiğine dikkat çekerken Meiklejohn, sanki ulusalüstü insan hakları hukukunun bu ifadelerine geçmişten gönderme yapıyor gibidir. Ulusalüstü insan hakları hukukunun olağanüstü rejim

sürecinin, bir takım düşünce ve görüşlere açık tutularak kimi diğerlerine kapalı tutulması, yönetici konumunda bulunanlara halkı maniple etme imtiyazını sağlayacaktır. İnsan(lığ)ın maniple edilmesi ise, kendi kendini yönetme temeline dayanan demokrasi yönetiminin tahrip edilmesi demektir.[757]

Öyle ki, Birinci Değişikliğin düzenlemiş olduğu ifade kategorisi (siyasal ifadeler) normal zamanlarda olduğu kadar ulusal güvenliğin tehlike altında olduğu dönemlerde de korunabilsin diye düzenleme *mutlak* bir dille kaleme alınmıştır. Buradaki mutlaklığın, ifadenin içeriğine yönelik olduğunun altını çizmek gerekir. İfade ile ilgili yer, zaman ve yöntem düzenlemesinin durumun gerekleri çerçevesinde yapılacağını; bunun bir meşruiyet tartışmasının konusunu oluşturmayacak bir zorunluluk olduğunu Meiklejohn da kabul etmektedir. Onun *sınırlamadan* kastettiği şey, *içerik* sınırlamasıdır.[758]

Meiklejohn, Birinci Değişikliğin koruduğu siyasal ifade kategorisinin mutlak niteliğini gerekçelendirmek için New England'ın geleneksel kasaba toplantılarının yapısını örneklemektedir. Buna göre, kasabanın bütün sorunlarının görüşüldüğü bir kasaba meclisi bulunmaktadır. Kasaba meclislerine, kasabada oturan tüm bireyler katılma hakkına sahiptir. Toplantıya katılan her bireyin, görüşülecek sorunlar hakkında kendi düşüncesini oluşturması ve bunu diğerlerine iletmesi hem bir hak hem de bir ödevdir. Bu toplantıları açan ve yöneten bir görevli bulunmaktadır. Toplantının gereği gibi yapılabilmesi için, görevli toplantıyla ilgili (yine kasaba meclisi tarafından kabul edilmiş) kuralları bildirir ve bu kurallar uyarınca toplantıyı yönetir. Bu kurallar uyarınca, bir kimsenin diğerinin sözünü kesmesi, görevlinin onayı olmadan söz alması yasaktır. Kurallara uymayanlar uyarılır; uyarılara kulak asmayanlar ise toplantıdan dışlanırlar. Bu kuralların uygulanması kuşkusuz toplantıya katılanların ifade özgürlüğü üzerinde bir sınırlama oluşturur; ne var ki, buradaki sınırlama toplantıya katılanlarını görüş ve düşünceleri üzerinde bir sınırlama olmayıp; yalnızca ifadenin kullanış biçimine yönelik zorunlu bir sınırlama

---

standarları konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. M.Semih Gemalmaz, **Olağanüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1994, s. 83.

[757] Meiklejohn, **Free Speech**, s. 8; Meiklejohn'un bu manipülasyona karşı bu tavrı kuşkusuz Kant'ı anımsatmaktadır.

[758] Meiklejohn, **Free Speech**, s. 17; Yer, zaman ve yöntem sınırlaması konusu çalışmanın son bölümünde İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması konusunun ele alındığı yerde incelenmiştir.

niteliğindedir. Bu örnekteki gibi bir sınırlama Birinci Değişikliğin yasaklamadığı türden bir sınırlama olmaktadır.[759]

Öyleyse, Birinci Değişiklik tarafından mutlak olarak korunan ifade özgürlüğü nedir? Bu sorunun yanıtını, kasaba meclisi örneğinde bulabiliriz. Kasabanın kamusal sorunları hakkında en doğru kararın alınabilmesi için herkesin düşüncesini hiçbir baskı altında kalmaksızın açıklaması gerekir. Burada konuşmacının ifade özgürlüğünden çok dinleyicinin ifade özgürlüğü hakkı önem taşımaktadır. Dört başı mamur bir tartışma ortamı sağlanmadan yapılan oylamada alınacak karar, siyasal açıdan yerinde bir karar olmayacaktır. Kamusal sorunların tartışıldığı bir ortamda, birilerinin görüşleri tehlikeli ya da sakıncalı bulunduğu için sınırlandırılamaz. Bu sürecin işleyebilmesi, makul fikirler kadar akıl dışı düşüncelerin; güvenli (safe) düşünceler kadar tehlikeli fikirlerin; ülke yararını güden fikirler kadar düşmanca fikirlerin de dinlenmesine bağlıdır.[760] Belirtildiği gibi, söz konusu sürecin temel dayanağı, toplumun kendi kendisinin efendisi olduğu, yönetilenle yönetenin aynı olduğu bir yönetimin (demokrasi yönetiminin) temel gerekçelerinde aranmalıdır. Böylece mutlak (siyasal) ifade özgürlüğünün temeli, ne doğal haklar doktrininde ne de genel olarak aklın (reason) emirlerinde aranmalıdır. Bu özgürlüğün gerekçesini, kamusal sorunların genel oy ilkesiyle karara bağlanacağı esasını belirleyen temel anlaşma (basic agreement) oluşturmaktadır.[761] Kamusal tartışmaya katılım hakkını güvenceye alan (siyasal) ifade özgürlüğü sınırlandırıldığında, kendi kendini yönetme

[759] Meiklejohn'a göre Birinci Değişikliğin koruduğu ifade özgürlüğü, hiç kimsenin, hastane odasında doktorun ya da hemşirenin siyasal sorunlar hakkında dilediği gibi bir ses tonuyla konuşmaya hakkı olduğu anlamına gelmez. Aynı şeyin bir sınav ya da ders sırasında yapılabileceği de düşünülemez. Bu türden sınırlamalar, ifade özgürlüğünün düzenlenmesiyle ilgili konulardır ve hak tarafından korunmaz. Tartışmalar için bkz. Meiklejohn, **Free Speech**, ss. 22–25; Meiklejohn, siyasal ifadenin içeriğine yönelik sınırlamaları kabul etmezken, yer, zaman ve yönteme ilişkin sınırlamaları onaylamaktadır. Meiklejohn'un bu görüşlerinin bugün ABD Yüksek Mahkemesi tarafından büyük ölçüde benimsenmiş olduğu söylenebilir.

[760] Meiklejohn, farkli düşünceleri işitme hakkının konuşmacının haklarından daha üstün olduğuna vurgu yapmakta ve yabancıların (vatandaş olmayanların) konuşma özgürlüğünün sınırlanmasının, vatandaşların onları işitme özgürlüğünü sınırlandıracağını; böylece de kamusal tartışma sürecinin zayıflatılmış olacağını ileri sürerek, önemli olan yabancıların konuşma özgürlüğü değil, bizim onları işitme özgürlüğümüzdür sonucuna varmaktadır. ona göre, ABD Yüksek Mahkemesinin aksi sonuca varmış olması, Mahkemenin bu ayırımı yapamamasından kaynaklanan tuhaf bir çelişki olmaktadır. Bkz. Meiklejohn, **Free Speech**, ss. 60–61.

[761] Meiklejohn, **Free Speech**, ss. 26–27, 93–94.

ideali (yönetilenle yönetenin aynı olduğu demokrasi yönetimi) de yeryüzünden silinmiş olacaktır.[762]

Meiklejohn, (siyasal) ifade özgürlüğünün mutlak bir hak olduğu argümanını, yasama sorumsuzluğu ilkesinin gerekçeleriyle desteklemeye çalışmaktadır. Öyle ki, halkın temsilcileri, Mecliste yapılan tartışma ve konuşmalardan dolayı hiçbir şekilde sorumlu tutulamazlar. Bu ilke öylesine sağlamdır ki, hiçbir demokratik ülkede halkın temsilcilerinin bu ayrıcalığı tartışma konusu yapılmamaktadır. Buradaki sorumsuzluk mutlaktır, tartışma dışıdır. Söz konusu ilke, ulusun güvenliğinin tehlikede olduğu dönemlerde ya da daha açık bir ifadeyle savaş halinde geçerliliğini kaybetmekte midir? Elbette ki "hayır". Peki, temsilcilerin başkanın yürütmüş olduğu bir politikaya yönelik yapmış oldukları eleştiriler, sokaktaki vatandaşların yapmış oldukları eleştiriler kadar etkili değil midir? Örneğin, hükümet tarafından savaş durumunda yürütülen ve başkan ve kabinesi tarafından ulusal güvenliğin çok kritik önemi olduğu vurgulanan bir politika, sokaktaki vatandaş tarafından eleştirildiğinde, aynı siyasanın Meclis içerisinde temsilciler tarafından eleştirilmesinden daha mı etkili olmakta; söz konusu siyasanın gücünü daha mı çok kırmaktadır? Benzeri biçimde, Yüksek Mahkeme'de çoğunluk görüşünün, ülkenin yaşamsal çıkarlarına ciddi bir tehdit oluşturan bir faaliyetin yasaklanmasına "evet" dediği bir durumda, azınlıkta kalan yargıçların şiddetle "hayır" demeleri, sokaktaki vatandaşın "hayır"ına göre söz konusu siyasanın geçerliliği üzerinde daha az mı etkili olmaktadır?

Meiklejohn'a göre, kuşkusuz herkes bilir ki, bu kurumlarda söz konusu noktalarda bulunan kişilerin yapmış oldukları tartışmalar, sokaktaki vatandaşın yapmış olduğu tartışmadan daha etkili olabilmektedir. Bu durumda, sokaktaki vatandaşın yapmış olduğu tartışmaya müdahale edilmesinden yana olan hiç kimsenin çıkıp, temsilcilere ya da yargıçlara müdahale edilmesi gerektiğini savunmamış olması gerçekten tuhaf bir çelişki olmaktadır. Mecliste ya da kürsüde, kamusal tartışmanın sağlıklı bir şekilde yapılarak en *doğru kararın*[763] alınabilmesi için her iki kuruma mutlak olarak tanınmış olan ifade özgürlüğü hakkının, yönetilenle yönetenin aynı olduğu bir sistemde (self-government) vatandaşlardan esirgenmesinden daha

[762] Meiklejohn, **Free Speech**, s. 63.
[763] Meiklejohn, Yüksek Mahkemede alınan kararların biçimsel olarak hukuksal oldukları noktasını tartışmamaktadır. Bu kararlar da kamusal tartışmalarla, yani siyasalarla ilgilidir. Burada önemli olan da kararların niteliğinden çok ne ile ilgili olduklarıdır.

büyük bir çelişki ne olabilir ki![764] Bu çelişkinin sonucu, gerçek anlamda yasa yapıcı konumunda olan halkın, kamusal tartışmaya katılmasının sınırlanmasından başka bir şey değildir.[765]

Bu durumda, Anayasa iyidir diyenler kadar Anayasa kötüdür diyenlerin de söz söylemeye hakları olacaktır. Savaş zamanında dahi bir kamu binası, savaşa evet diyenlere olduğu kadar hayır diyenlere de açık olacaktır. Tezkerenin, ahlaken iyi olduğunu savunanlar kadar, ahlaksız ve gereksiz olduğunu savunanların da ifade özgürlüğü olacaktır. ABD siyasal sisteminin, İngiltere'ninkinden ya da Rusya'nınkinden iyi olduğunu ileri sürenler kadar; bu ülkelerin siyasal sistemlerinin ABD'dekinden daha üstün olduğunu savunanların da konuşmaya hakları olacaktır. Bu tartışmalarda taraflardan birinin haklı ya da haksız olması konuyla tamamen ilgisizdir. Burada önemli olan, bu tartışmaların, kamusal tartışma süreciyle olan ilgisidir. Düşüncelerin sınırlanması, demokratik yönetim modeliyle (self-government) bağdaşamaz.[766]

Meiklejohn'a göre, sınırlandırılamaz düşünceler yalnızca akademik ve zararsız soyut fikirlerden ibaret değildir. Her düşünce aynı zamanda kendi icra planını içinde barındırır. Dinleyicisini, düşünce istikametinde hareket etmeye teşvik ve tahrik eder. Holmes'ün belirttiği gibi, "eğer Komünist Manifesto'da tasarlanmış olan proletarya diktatörlüğü düşüncesi, kamusal tartışmalar sonucunda uzun vadede toplumun baskın güçteki bir oranı tarafından benimsenecek ve uygulanmak istenecekse; ifade özgürlüğünün buna diyeceği bir tek şey vardır: onlara [Komünist Manifesto'daki düşünceleri benimseyenlere] böyle bir yolu deneme şansı verilmelidir".[767] Holmes, bunu söylerken doğru yerde durmaktadır. Bu düşüncelerin yalnızca akademisyenler tarafından soyut bir şekilde savunulmaları durumunda korunacağını; sokaktan insanların eylemli savunularına (başkalarını büyük bir

---

[764] Bütün bu tartışmalar için bkz. Meiklejohn, **Free Speech**, ss. 35–41.
[765] Meiklejohn, **Free Speech**, s. 57.
[766] Meiklejohn, **Free Speech**, s. 27.
[767] Burada Meiklejohn, yargıç Holmes'ün (Yargıç Brandies'in de katılmış olduğu) Gitlow v. New York kararındaki karşı oy yazısına gönderme yapmaktadır. Söz konusu karar için bkz. **Gitlow v. New York**, 268 U.S. 652 (1925); Karar için bkz. Gunther/Sullivan, **Constitutional Law**, ss. 1050–1054; Kararın tam metnine şu adresten ulaşılabilir: http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/gitlow.html (Çevrimiçi: 03/05/2007); ABD Yüksek Mahkemesinin kararlarına ulaşılabilecek resmi ve gayriresmi pekçok adres hakkında bkz. http://www.supremecourtus.gov/opinions/obtainopinions.pdf (Çevrimiçi: 03/09/2007); Kararların ulaşılabileceği Mahkemenin resmi (official) web sitesi için bkz. **http://www.supremecourtus.gov**

coşkuyla ikna etmeye çalışmalarına) karşı bir korumanın olamayacağını söylemek, ifade özgürlüğü hakkını, bir avuç seçkin (aristokrat) entelektüelin, hakikat takipçiliği ya da arayışı oyununu rahat icra edebilsinler diye korunmaları amacına özgülemiş oluruz. Halbuki Birinci Değişikliğin korumuş olduğu özgürlük, insanlara her türlü siyasa hakkında düşüncelerini açıklama, başkalarını düşüncelerine inanmaya teşvik etme hakkını vermektedir. Bir kimsenin, demokrasiyi savunmasıyla, demokrasiye karşı komünist ya da başka hangi tür olursa olsun bir sistemi savunması arasında, o kişinin kendini ifade etme özgürlüğü açısından hiçbir fark olamaz. Eğer sistem, kamusal tartışma süreci sonucunda yanlış düşüncelerin (demokrasi karşıtı) galip gelmesiyle değişecek; örneğin proletarya diktatörlüğü kurulacaksa, bunun da yolu açıktır. Bu yüzden, sistem karşıtlarının, bu düşüncelerinden dolayı hapishanelere konulmalarından utanç duymalıyız.[768]

Meiklejohn'un tezi pek çok açıdan eleştirilmiştir. Teze yöneltilen en temel eleştiri, tezin kapsayıcılığına yönelik olmuştur. Buna göre tez, yaratmış olduğu ifade kategorisi ayırımına bağlı olarak oldukça sınırlı (sensu stricto) bir ifade alanını korumaktadır. Böylece korumanın gerekçesi ile korunan alan arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır.[769]

Teze yöneltilen daha önemli bir eleştiri ise, demokrasiye dayanan tezde mantıken halk egemenliği ilkesi ile ifade özgürlüğünün birleştirilmiş olduğu temeline dayanmaktadır. Egemen seçmen, egemenlik yetkilerini kullanırken hangi önermeleri doğru kabul edip hangilerini yanlış kabul edeceğine karar verecektir. New England'ın geleneksel kasaba meclislerinde olduğu gibi tartışma süreci pratik olarak bir çoğunluk kararıyla neticelendirilmektedir. Böylece tezin temeli olan egemenlik kavramı, gerçekte çoğunluğa karşı da bir güvence oluşturan (oluşturması gereken) ifade özgürlüğü hakkını reddetmiş olmaktadır. Ya da en azından bu hakkın çoğunluğa karşı kullanılmasını reddetmektedir. Eğer çoğunluğa karşı durabilecek bağımsız bir ifade özgürlüğü hakkı yoksa o zaman bir temel hak tartışması yapmanın da anlamı bulunmamaktadır.[770]

[768] Meiklejohn, **Free Speech**, ss. 45–47.
[769] Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, ss. 23–24.
[770] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 54–64.

Son olarak, demokrasiye dayanan tezin kendi kendini yönetme ve kendi kendini sınırlama (kontrol etme) argümanının pratik bir çözümleme olmadığı ileri sürülmektedir. Tezin buradaki en önemli kusuru, bireysel kendi kendini sınırlama ile ortaklaşa kendi kendini sınırlama kavramlarını aynı anlamda kullanmış olmasıdır. Bireysel kendi kendini sınırlama, bireyin özgürlüğü ile bağdaşabilir.[771] Ancak, ortaklaşa kendi kendini sınırlama durumunu ayrı düşünmek gerekir, çünkü burada artık sınırlama yapanların kimliği sınırlamaya maruz kalanlardan ayrılmıştır.[772] Burada elbette sınırlama kararının konsensüsle (oydaşmayla) alındığı durumları istisna tutmak gerekir. Eğer sınırlama kararı konsensüsle alınmış ise, o zaman bireysel kendi kendini sınırlama ile ortaklaşa kendi kendini sınırlama kavramlarının pratik olarak da birbiriyle örtüştüğü sonucu ortaya çıkar. Ancak demokrasilerde kararlar, genellikle adi bir çoğunlukla alınmaktadır. Kaldı ki, kararların nitelikli bir çoğunlukla alınması durumunda dahi, karara karşı çıkanlara yönelik olarak uygulanacak sınırlamalarda, bireysel kendi kendini sınırlamadan söz edilemeyecektir. Bu durumda tezin büyük ölçüde cazibesini kaybetmiş olacağı ileri sürülebilir.

Meiklejohn'un tezine yönelik yapılan tüm bu eleştiriler önemli gözükmektedir. Ancak teze yöneltilen eleştiriler, tezle ilgili önemli ayrıntıları gözden kaçırmaktadırlar. Tezin kapsayıcılığıyla ilgili olarak yapılan ilk eleştiri kuşkusuz yerindedir.[773] Fakat ifade özgürlüğü tezlerinden hiçbirinin kusursuz olmadığı da ortadadır. Özerkliğe dayanan tez kapsayıcılık konusunda bir eksikliğe sahip değildir;

---

[771] Burada elbette pozitif özgürlük yanlılarının ileri sürmüş olduğu yabancılaşmaya dayalı iddialar dikkate alınmamış, siyasal özgürlük dışsal baskılardan özgür olma olarak algılanmıştır. Bu tartışmalar için çalışmanın Birinci Bölümüne bakılabilir.

[772] Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, ss. 26–29.

[773] Nitekim bu eleştiri, eserin yayımının hemen sonrasında Z. Chaffee tarafından yapılan "book review"de (kitap eleştirisi/değerlendirmesi) kendisine yöneltilmiştir. Eleştirilerin yerinde olduğunu farkeden Meiklejohn, yayınlamış olduğu makalesinde, siyasal ifadenin kapsamını genişletmiş ve yalnızca siyasal sürecin işlemesine katkı sağlayan ifadelerin değil; aynı zamanda, bireylerin gelişimine katkı sağlayan her tür ifadenin siyasal ifade kapsamında düşünülmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Kuşkusuz bu çabalar, diğer ifade özgürlüğü tezlerine değer vermeyen bir düşünür için anlaşılabilir. Ancak bu çalışmada bütün ifade özgürlüğü tezlerinin önemli olduğu ve her bir tezin farklı kategorideki ifadeler için farklı gerekçeler sağlayabileceği savunulmaktadır. Bu yüzden de Meiklejohn'a tezinin kapsayıcılığı konusunda yöneltilen eleştiriler haklı da olsa, bu durum onun tezinin siyasal ifadeye sağlamış olduğu gerekçeleri önemsizleştirmez. Chaffee'nin söz konusu eleştirileri için bkz. Zechariah Chaffee, "*Free Speech and Its Relation to Sefl-Government*", **Book Review, 62 Harvard L. Rev**. 5, 1949; Meiklejohn'un savunusunun yer aldığı makale için bkz. Alexander Meiklejohn, "*The First Amendment Is an Absolute*", **Supreme Court Rev**., 1961,ss. 245–255.

tez bütün ifade kategorileri açısından kuşatıcı olmakla birlikte, ifade özgürlüğüne sağladığı koruma yeterince güçlü değildir. İfade özgürlüğünün, neden diğer davranış biçimlerine göre daha fazla bir korumayı hak ettiğini özerkliğe dayanan tez açıklayamamaktadır. Özellikle ifade ve zarar ilişkisinde, ifadenin her zaman zarar karşısında kaybetme olasılığı bulunmaktadır. Gerçekliğe dayanan tez de doğrulanabilirlik değeri olmayan ifadeler için hiçbir koruma sağlamamaktadır. Bu yüzden demokrasiye dayanan teze yöneltilen bu eleştiri yerinde olmakla birlikte, tezin alternatifini sunamamaktadır. Bu bakımdan tezlerin bütün açılardan kümülatif olmadığını eklektik olduklarını kabul etmek gerekir.[774]

Halk egemenliği ile ilgili olarak yapılan ikinci eleştiri ise, Meiklejohn'un tanımlamış olduğu demokrasi anlayışı çerçevesinde çözümlenebilir. Meiklejohn, tanımladığı demokrasi modeliyle birlikte bu modelin dayanmış olduğu ilkeleri a priori olarak kabul etmektedir. Bu ilkeleri burada tekrar etmeye gerek yoktur; ancak şu kadarı söylenebilir: siyasal toplum başlangıçta temel bir anlaşma (basic compact) ile hangi yönetim biçimini belirleyeceğini kararlaştırmıştır. O, Amerikalıların benimsemiş oldukları yaşam biçimine uygun olarak bir anayasa ile temel ilkeleri saptamış olduklarına vurgu yapmaktadır. Bu temel ilkeler, aynen New England'ın geleneksel kasaba yönetimlerinde olduğu gibi, oyunun kurallarının önceden tayin edilmiş olduğu bir sistem olmaktadır. Bu sistemde yöneten ve yönetilen arasındaki ayrılığı ortadan kaldıran belirli usul kuralları bulunmaktadır. Seçmen, yönetim işiyle görevlendirdiklerini sürekli olarak denetleme olanağına sahiptir. Seçmenin bu denetimi yapabilmesi için kamusal müzakere sürecinin kesintisiz olarak işlemesi gerekir. Her bir seçmen, belirli bir kamusal sorun hakkında görüşlerini açık ve hiçbir baskı altında kalmaksızın ifade etmeli diğerleriyle paylaşmalıdır ki, bu süreç işleyebilsin. Eğer halk kendi kendisini yönetiyorsa, halkın sesinin kısılmaması gerekir.[775]

---

[774] Tezlerin pek çok yönden birbirleriyle rekabet içinde olduklarını ve kimi sınırlı durumlarda kümülatif bir yapı oluşturabildiklerini Campbell de açıkça belirtmektedir. Bkz. Campbell, "*Rationales for* …", ss. 42–43.

[775] Meiklejohn'un siyasal ifadenin işlevi üzerine yapmış olduğu vurgu hakkında bkz. James L. Swanson, "*Judicial Elections and the First Amendment: Freeing Political Speech*", **Cato Supreme Court Rev**., 9 Sept. 2002 (özellikle ss. 91–93)'de yayınlanan makale için bkz. https://www.cato.org/pubs/scr/2002/swanson.pdf (Çevrimiçi: 06/09/2005).

Gerçekten de, D. Spitz'in belirtmiş olduğu gibi, yönetim biçimleri içinde yalnızca demokrasi karşı görüş ve kanaatlerin ifadesine izin verir. Hatta farklı görüş ve düşüncelerin çarpışmasını yönetimin temeli kabul eder. Bu nedenledir ki geçici olarak iktidara gelenler, yönetilenlere karşı sorumlu tutulurlar ve kendi düşünce ve görüşlerini daha etkin biçimde ifade edebilmek için birlikler ve dernekler kurmalarına izin verilen vatandaşlar, içinde yaşamış oldukları düzenin kurulmasına eşit biçimde katılırlar. Sistem, belirli (sabit) bir çoğunluğu iktidar yapmaz; azınlıkların da çoğunluk haline gelerek iktidar olmalarını sağlayan tek rejimdir. Bu yüzden, muhalefetin olmadığı bir sistemi demokratik saymaya olanak bulunmamaktadır.[776]

Meiklejohn'un argümanı da bu ilkeleri temel almaktadır; ona göre, oyunun kurallarını değiştirirseniz o artık başka bir oyun olur. Örneğin bir boks maçında ayakları da kullanacağız dediğinizde, artık maçtaki oyun, boks olmaktan çıkar; yeni bir oyun olur, izin verilen kurallara göre, oyun ya bir kick-boks ya da tekvando vs. olmuştur.

Eğer Meiklejohn, kurallar değiştirildiğinde de oyunun yine aynı kalacağını ileri sürmüş olsaydı, o zaman bu bir çelişki olurdu. Ancak o, tam tersine oyunun kurallarının değişebileceğini bunun bir güvencesinin olamayacağını ileri sürmektedir. Meiklejohn, demokrasiyi temellendiren argümanlarla ilgilenmemektedir. Hatta o, halkın oyunun kurallarını değiştirebileceğini de kabul etmektedir. Meiklejohn'un şu sözleri konuyu bütün açıklığıyla ortaya koymaktadır:

> *Bizim [Amerikalıların] yönetim planımız, mükemmel olmayan bir bilgi (knowledge) üzerine kuruludur ve değişimlere ve yeniliklere sonsuza kadar açıktır. Sosyal koşullar değiştikçe, insanın bakış açısı değiştikçe bu plan da değişecektir. Hiç kimse şimdiden bakarak, bu değişimin ne kadar hızlı ya da yavaş; ne kadar yüzeysel ya da radikal olacağını söyleyemez. Biz, Amerikan halkı, Anayasa çerçevesinde hareket ederek bu konuya ilişkin kararlarımızı zaman içerisinde peyderpey vereceğiz. Bizim şimdi yapmış olduğumuz gibi, yerimizi alacak olan nesiller de hangi yönetim biçiminin kendileri için daha uygun olduğuna tamamen özgür olarak kendileri karar vereceklerdir.*[777]

[776] Spitz, 23–24.
[777] Meiklejohn, **Free Speech**, s. 85.

Oyunun kurallarını değiştirmek halkın bileceği bir şeydir; ancak bu kurallar, yine halkın koymuş olduğu kurallara ve usullere uygun olarak değiştirilecektir. Burada önemli olan kuralların değişip değişmemesi değildir; kuralların kimin tarafından değiştirileceğidir. Kuralları belirleyen toplum sözleşmesi (anayasa), halk tarafından yapılan bir sözleşmedir. Anayasanın başlangıcında ve Bağımsızlık Bildirisinde, yönetenlerin meşruiyetinin kaynağının yalnızca yönetilenlerin rızaları olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla da siyasal özgürlükler, anayasanın temelini oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Birinci Değişikliğin korumuş olduğu ifadelerin, siyasal ifadeler olacağı ve diğer ifade kategorileriyle Birinci Değişikliğin hiçbir ilgisinin bulunmadığı söylenmelidir, Meiklejohn'a göre.[778]

Öte yandan Meiklejohn, ifade özgürlüğünün hakikatin keşfi ile bir ilgisinin bulunmadığının da altını çizmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, ifade özgürlüğü bir takım seçkin kimselerin hakikat arama eğlenceleri değildir. Özgür tartışma sürecinin sonucunda hakikatin ortaya çıkıp çıkmaması, ifade özgürlüğü ile ilgili bir konu değildir. Ancak Meiklejohn'un, Rousseau'nunkine benzer bir argüman ileri sürmemiş olsa da özgür müzakere süreci sonucunda verilen kararın halkın yararına olacağını savunduğu söylenebilir. Burada özgür tartışma süreci, bir hakikat üretme süreci değildir; ancak ortaya çıkan sonucun büyük bir olasılıkla halkın yararına olacağı da kabul edilmektedir. Özellikle Z. Chaffee'in bu yöndeki argümanlarına iltifat etmiştir.[779] Bununla birlikte, eserinin pek çok yerinde hakikat arayışını ifade özgürlüğüne temellendirme yapanları (özellikle fikirlerin pazaryeri argümanının başta gelen temsilcilerinden Holmes'ü) ağır bir dille eleştirmiştir.[780] Bu yönüyle onun tezi özgündür ve diğer iki tezden ayrılabilir.

IV) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜ TEMELLENDİREN DİĞER TEZLER

Buraya kadarki incelemede, ifade özgürlüğünü destekleyen tezlerin yalın biçimlerine değinildi. Tezler üç ana başlık altında ele alındı ve tezlerin birbirleriyle

[778] Meiklejohn, bu görüşlerini diğer eserlerinde de yinelemiştir. Örneğin bkz. Alexander Meiklejohn, **Political Freedom**: **The Constitutional Powers of the People**, Greenwood Press, UK 1979, ss. 94–96.
[779] Meiklejohn, **Free Speech**, ss. 66–70.
[780] Meiklejohn, **Free Speech**, ss. 62–65, 69, 87–88.

ilişkisi olduğu kabul edilmekle birlikte, her bir tezin diğerlerinden bağımsız bir savunusunun yapılabileceği bir ölçüde kanıtlandı. Ne var ki, ifade özgürlüğünü destekleyen ya da temellendiren tezler yalın olarak bu üç tezden ibaret değildir. Diğer tezler genellikle yukarıda incelenen tezlerin bir sürümü ya da karışımı biçiminde bir görünüm sergilemektedirler. Tezlerin yapılarına daha yakından bakmak için öncelikle hangi başlıklar altında bir inceleme yapılacağını belirtmekte yarar vardır. Diğer tezleri, üç başlık altında incelemek mümkündür: (1)hoşgörüye ve çoğulculuğa dayanan tez, (2) sosyal psikoloji ile temellendirilen tezler ve (3) iktidara güvensizliğe dayanan tez.

A) Hoşgörüye ve Çoğulculuğa Dayanan Tez

Hoşgörüye ve çoğulculuğa dayanan tezin ilk belirgin (hoşgörü ibaresine yer veren) versiyonunun, John Locke'un *A Letter Concerning Toleration* (Hoşgörü Hakkında Bir Mektup) adlı eserinde savunmuş olduğu görüşlere kadar uzandığı söylenebilir. Locke'un mektubunun yayımlandığı yerde (önsözünde) Popple[781], hükümetinin dinsel konularda taraflı olması bir yana, bu taraflılıktan kaynaklanan politikalardan çok acılar çekmiş olanların da hoşgörü savunularının da maalesef kendi mezheplerinin çıkarları doğrultusunda olduğunu; başka bir anlatımla, bu kimselerin, hoşgörünün yalnızca kendi mezheplerine gösterilmesi gerektiğini, diğerlerinin hoşgörüye layık olmadıklarını savunduklarını belirtmektedir. Locke'a göre ihtiyacını duyumsadığımız şey, mutlak özgürlük, adil ve gerçek özgürlük, eşit ve tarafsız özgürlüktür.[782]

Mektupta, kilise ile devlet işlerinin ayrı olduğu (olması gerektiği) vurgusu yapılmakta ve Hıristiyanlığın farklı mezheplerine karşı devletin (magistrate) tarafsız olması gerektiği ifade edilmektedir. Herhangi bir mezhebe karşı düşünceler ifade eden bir kimse kilise tarafından aforoz edilebilir; ancak bu aforoz, kişinin sahip olduğu medeni haklara bir halel getirmemelidir. Kilisenin, istemediği kişiyi dışlaması elbette hakkıdır, ne var ki, bir kilisenin (mezhebin) dışlamış olduğu kimsenin sapkın

[781] Önsözün yazarı olduğu düşünülen kişi.
[782] John Locke, **The Second Treatise of Civil Government and A Letter Concerning Toleration**, Basil Blackwell, Oxford 1946 (Bundan sonra metinde "A Letter" olarak anılacaktır).

(heretic) ya da hain olduğu anlamı çıkarılmamalıdır. Hatta, Hıristiyanlıktan Müslümanlığa dönen bir kimsenin dahi dinsiz olduğu söylenemez. Bu gibi kişilerin, sadakatsiz oldukları söylenebilir ama bu kişilerin sapkın (heretic) oldukları gerekçeleriyle ruhlarını kurtarmak için sahip oldukları medeni haklardan mahrum bırakılmamaları gerekir. Din ve vicdan özgürlüğü, kişinin içinden gelerek (samimi olarak) duyumsayabileceği bir insan faaliyetidir. Bir kimsenin dini inançları konusunda (kişinin samimi ya da değil olduğu hakkında) kararı bilebilecek olan Tanrı verebilir. Devletin işi dini inançlar konusunda kişileri yargılamak olmamalıdır. Bu iş, Tanrı'nın işidir.[783]

Toplumdaki farklılıklara karşı hoşgörülü olmak gerektiği üzerinde kurulu olan argüman, aynı zamanda farklı inanç ve düşüncede olanların savunmuş oldukları görüş ve düşüncelere karşı hoşgörülü olmak gerekir biçiminde ifade edilmeye başlanmıştır. Böylece ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğünün doğal bir uzantısı olarak ele alınmaktadır.[784]

Hoşgörüye dayanan tez, bu yönüyle demokrasiye dayanan tezin bir versiyonu olmaktadır. Meiklejohn tarafından ortaya atılan demokrasi argümanının, bütünüyle prosedürel/yöntemsel olmasına yöneltilen eleştirilere karşı, hoşgörüye dayanan tez daha içeriksel (substantive/maddi) bir argümanla yanıt verilebileceği iddiasını taşımaktadır. Hoşgörüye dayalı tezin diğer tezler karşısında üstünlüğünü savunan David A. J. Richards, ifade özgürlüğünün, demokrasi yönetiminin temelini oluşturan anayasal ilkelerin biçimlendirilmesinde temel bir işlevinin bulunduğunu; çünkü ifade özgürlüğü güvencesinin, din ve vicdan özgürlüğünü koruyan her türden ifade kategorileri hakkında devletin, *iyi* ya da *kötü* değerlendirmesini yapmasına izin vermediğini belirtmektedir. Başka bir deyişle, eğer devletin, din ve vicdan özgürlüğünün dışa vurumu anlamına gelen ifadeler hakkında bir iyi-kötü yargısında bulunma hakkına sahip olabileceği kabul edilirse, bu aynı zamanda din ve vicdan özgürlüğü alanında devletin bir iyi-kötü tanımlaması yapma hakkının bulunduğu

[783] Locke, **A Letter**, ss. 123–165; Locke'un 18. yüzyılda söylemiş olduğu bu sözler kuşkusuz oldukça cesur ve önemli sözlerdir. Bununla birlikte Locke'un din ve vicdan özgürlüğü konusundaki görüşlerini günümüzün standartlarıyla yorumlarken, onun hoşgörüsünün zayıf olduğu da söylenebilecektir. Zira Locke, Hıristiyanların mezheplerine ya da diğer semavi dinlere karşı hoşgörülü olmak gerektiğini vurgularken, aynı hoşgörünün ateistlere gösterilmeyebileceğini ileri sürmüştür. Locke, **A Letter**, s. 156.

[784] Richards, **Free Speech**, s. 22.

anlamına gelecektir. Bu da dolaylı biçimde din ve vicdan özgürlüğünün ihlali anlamına gelecektir. Buradaki gerekçe, devletin belirli dinsel görüşler hakkındaki yargılarında her zaman yanılabileceği gibi bir temele dayanmamaktadır; fakat bu konular hakkında bireylerin kendi yargılarını makul biçimde icra etme haklarına devletin saygı yükümlülüğünü ihlal etmemesi gerektiği temeline dayanır. Jefferson'ın belirtmiş olduğu gibi, yanlış ve kötü inanışların yaratabileceği olumsuz etkilere karşı çare, medeni bir devletin ajanlarının müdahale etmesinde değil, özgür tartışma ve müzakere ortamının sağlanmasında aranmalıdır. Bunun dışında her türlü müdahale din ve vicdan özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır.[785]

Hoşgörüye dayanan tez, ifadenin değerliliği üzerinde devletin bir yargıda bulunamayacağını, aksi takdirde yalnızca ifade özgürlüğünün ihlal edilmiş olmayacağını; aynı zamanda dokunulmaz bir hak olan din ve vicdan özgürlüğünün de ihlal edilmiş olacağını ileri sürmektedir. Vicdan özgürlüğü, siyasal iktidarın denetim alanının dışında kalması gereken temel insan hakkıdır. Liberal siyasal toplum kuramının temelini oluşturan *sözleşme* argümanının bir gereği olarak bütün bireyler eşit saygı hakkına sahiptir ve siyasal toplumun meşruiyeti konusunda olduğu gibi, ahlaki değer yargıları hakkında da bireyler mutlak egemenlik haklarını korurular. Sözleşmeci liberal kuramın bu argümanı, din ve vicdan özgürlüğünü ve bu özgürlüğün bir uzantısı olan ifade özgürlüğünü başka bir takım amaçların aracı olarak görmediğinden dolayı deontolojik bir niteliktedir.[786]

Bireylerin ahlaki (ve tabii dinsel) alana ilişkin yargıları üzerinde mutlak bir egemenliklerinin bulunduğu argümanı, insan haklarını temellendiren deontolojik tezle aynıdır. Yine bireylerin, siyasal iktidarın meşruiyeti ile ilgili yargılar konusunda mutlak bir egemenliklerinin bulunduğu iddiası, demokrasiye dayanan tezin bir sonucudur.

Öte yandan hoşgörüye dayanan tezin, demokrasi için yıkıcı sayılabilecek ifadelere demokrasiye dayanan teze göre daha fazla bir koruma sağlayacağını ileri süren Richards'ın bu argümanı ikna edici gözükmemektedir. Demokrasiye dayanan tezin, demokrasiye karşı düşünce ve görüşleri koruma noktasında başarılı bir tez olduğu daha önceden Meiklejohn'un gerekçeleriyle açıklandığı için burada yalnızca

[785] Jefferson'ın görüşleri için bkz. Richards, **Free Speech**, s. 24.
[786] Richards, **Free Speech**, s. 25.

hoşgörüye dayanan tezin başarısı üzerinde durulacaktır. Hoşgörüye dayanan tez, demokratik sistem içerisinde (din ve vicdan özgürlüğü bağlamında) hoşgörünün bir kendinden iyi olduğunu, bizatihi bir amaç olduğunu ileri sürmektedir. Özellikle ırkçı nefret ifadelerinden, yabancı düşmanlığına ve oradan her çeşit ayırımcılığı körükleyen ifadelerin korunmasına kadar farklı görüş ve düşüncelerin özgürce dile getirilebilmesinin, toplumda hoşgörünün, farklı görüş ve düşüncelere saygının gelişebilmesi için gerekli olduğu ileri sürülmektedir.[787]

Hoşgörüye dayanan tezin bu argümanı ifade özgürlüğüne, diğer davranış biçimlerine göre neden daha fazla bir koruma sağlanması gerektiğini açıklayamamaktadır. Eğer ifade özgürlüğü toplumda hoşgörünün artması için gerekli ise, bir metropoldeki trafik sıkışıklığının hoşgörünün artmasına yardımcı olduğu için katlanılması gereken bir durum olduğu ileri sürülebilir. Benzeri biçimde, eğer toplumsal farklılıklarımızı korumak için ifade özgürlüğünün gerekli olduğunu ve farklılıklarımızın aynı zamanda alternatif yaşam biçimlerini ve siyasal politikalarımızı belirlememizde yaşamsal bir öneminin bulunduğunu ileri sürüyorsak, o zaman, Schauer'in haklı olarak belirttiği gibi ifade özgürlüğüne, neden diğer herhangi bir davranış biçiminden daha fazla bir koruma vermemiz gerektiğini açıklayamayız.[788]

Diğer yandan, ifade özgürlüğünün, toplumsal hoşgörünün artmasının bir aracı olarak düşünülmesi, bu özgürlüğü bütünüyle konuşmacıdan dinleyiciye kaydırmaktadır. Bu durumda konuşmacıların neyi söylemeye hakları olduğundan çok, konuşmacıların söylediklerinin muhatapları üzerindeki etkilerinin hesaplandığı söylenebilir. Konuşmacılar, muhataplarının (ve dolayısıyla da toplumun) hoşgörü düzeyini arttırmaktadırlar. İfadeler ne kadar ağır ve kırıcı olursa dinleyicinin hoşgörü düzeyi o kadar artmış olacaktır. Bu bir anlamda bireylerin ahlaki erdemliliği öğrenmesi için toplumda yetiştirilmesi gerektiğini ileri süren ataerkilci bir düşünce biçimidir.[789]

---

[787] Lee C. Bollinger, **The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America**, Oxford University Press, UK 1986, s. 125–135; Richards, **Free Speech**, ss. 26–27.
[788] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 96–97.
[789] Feinberg ve Schlag tarafından hoşgörüye dayanan teze yöneltilen eleştiriler için bkz. Sadurski, **İfade Özgürlüğü,** ss. 40–41.

Ancak belirtildiği gibi hoşgörüye dayan tezin bütün argümanları toplumsal hoşgörünün artması temeline dayanmamaktadır. Özellikle bireylerin ahlaki ve siyasal alanda kalan kanaat ve düşüncelerinin, devletin denetimi dışında kaldığı argümanı, demokrasiye dayanan tezin bir sürümü (substantive version) olarak daha etkili bir argümandır. Ahlaki ve siyasal alanda bireylerin sahip oldukları inanç, kanaat ve düşüncelerin devlet tarafından değerlendirilmesi ve söz konusu inanç ve kanaatlerin ifade edilmesinin sınırlanması, bağımsız vicdanların ahlaki eşitliğine dayalı siyasal toplum modelini yıkmaktadır. Özgür bir toplumda, inançların ve kanaatlerin değerlendirmesi yine toplum tarafından özgür tartışma ortamı içerisinde yapılabilir. Devletin, bir görüşe taraftar olarak diğer görüşlere zora dayalı müdahalesi özgür bir toplumda kabul edilebilir değildir. Vicdan, varsayımsal bir yanlış üzerine devletin müdahale edebileceği bir alan olmaktan çıkmadıkça özgür olmayacaktır. Vicdanın özgür olmadığı bir yerde ise siyasal iktidarın meşruluğundan söz edilemez.[790]

Hoşgörüye dayanan tez, ifade özgürlüğüne özellikle toplum içerisindeki azınlıklara yönelik nefret ifadeleri bakımından geniş bir koruma sağlamaktadır. Zira tez bu şekliyle ahlaki ve siyasal alanda gruplara ya da azınlıklara yönelik nefret ifadelerini yasaklamanın yalnızca konuşmacının vicdani kanaatlerine bir sınır koymadığını, ayrıca nefret ifadelerine muhatap olan grup ya da azınlıkların (konuşmacıların devlet eliyle susturulmasından kaynaklanan) yapısal adaletsizliğin (structurel injustice) kurbanı haline getirildiklerini ve dolayısıyla da insan onurunun (human dignity) yaralandığını ileri sürmektedir.[791]

Görüldüğü gibi hoşgörüye dayanan tezin bu versiyonu, özellikle ırkçı nefret ifadelerinin yasaklanması gerektiği konusundaki gerekçeleri tersinden okumaktadır. Gerçekte nefret ifadelerinin yasaklanması gerektiğini savunan temel argümanlar, büyük ölçüde toplumdaki yapısal adaletsizlikleri hedef almaktadırlar. Özellikle tarihsel bakımdan hassasiyetleri bulunan (örneğin Kanada gibi) toplumlarda, yapısal adalet savunucuları, ilk başta nefreti körükleyen ifadelerin (hate speech) yasaklanmasıyla işe başlanması gerektiğini ileri sürmektedirler.[792] Hâlbuki

[790] Richards, **Free Speech**, ss. 28–30.
[791] Richards, **Free Speech**, ss. 30–34.
[792] Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Stefan Braun, **Democracy off Balance: Freedom of Expression and Hate Propaganda Law in Canada**, University of Toronto Press, Canada 2004, (özellikle) ss. 12–33.

hoşgörüye dayanan tez, bütün bu argümanların tersine işlev gördüğünü ve dolayısıyla da kendi içinde çelişkiye düştüğünü savunmaktadır. Tezin sahibi olan Richards, uluslararası insan hakları hukukunda ırkçı nefret ifadelerinin yasaklanmasının devletin pozitif edim yükümlülüğü kapsamında değerlendirildiğine dikkat çekerek, bunun İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan ve en geniş anlamda militan demokrasi anlayışı çerçevesinde temellendirilen bir argüman olduğunu belirtmektedir. Toplum içerisindeki azınlıklara ve gruplara yönelik nefret ifadelerinin yasaklanması, ayrımcılığın doğurduğu adaletsizliğe karşı bir reçete gibi algılanmaktadır. Ne var ki bu reçete, söz konusu adaletsizliğin giderilebilmesi için zorunlu olan kamusal tartışma ortamını yok etmekte ve hastalığı tedavi etmekten çok ağırlaştırmaktadır. Kıta Avrupasındaki uygulamanın aksine Amerikan ifade özgürlüğü uygulaması, ayrımcılığa dayalı yapısal adaletsizliğin çaresini daha fazla tartışma ortamının oluşturulmasında görmüş ve ayrımcılık karşısındaki suskunluğu duyarlı vatandaşların yükselen sesleriyle bozabileceği bir atmosferi yaratabilmiştir. Richards'a göre ABD siyasal tarihinde, ayrımcılığın yarattığı yapısal adaletsizlikler bir ölçüde giderilebilmiş ise, siyasal toplum bunu ifade yasaklarına değil, özgür tartışma ortamına borçludur. Eğer ortodoks görüşlere karşı ifade özgürlüğü güvencesi ve bu güvencenin yaratmış olduğu özgür tartışma ortamı bulunmasaydı, bugün ne siyahlara yönelik yapısal adaletsizliklerin düzeltilmesinde ne de eşcinsellere yönelik hoşgörünün gelişmesinde bir ilerleme sağlanabilirdi.[793]

Böylece, Richards tarafından formüle edilen hoşgörüye dayanan tezin bu şekli, yasaklamanın ters sonuç doğurduğu ya da en azından yasaklama amacıyla hiçbir uyumunun bulunmadığı temeline dayanmaktadır. Tezin güvenilirliği, ifade özgürlüğünün belirtilen alanlarda (ırkçı nefret vs) sınırlanmasının, yasaklanan ifadelerin yol açtığı ileri sürülen yapısal adaletsizlik durumuna bir çare olmadığı gibi, söz konusu yapısal adaletsizliği derinleştirdiğinin kanıtlanmasına bağlı kalmaktadır. Richards, özellikle ABD tarihinden örnekler vererek tezini kanıtlamaya çalışmaktadır. Richards'ın tezini kanıtlama yöntemi, Locke (A Letter Concerning Toleration/Hoşgörü Hakkında Mektup) ve Mill'in (Hürriyet Üstüne) yöntemleriyle paralellik göstermektedir.

[793] Richards, **Free Speech**, ss. 30–59, 126–150.

Richards'ın argümanlarının bir benzerini Rawls'ın siyasal liberalizminde de görmek mümkündür. Rawls'a göre, eğer başkalarının (eşit) hak ve özgürlüklerine yönelik hemen vuku bulabilecek bir tehlike söz konusu değilse, hoşgörüsüze de hoşgörü gösterilmelidir. Ne zaman ki, anayasa ve onun dayanmış olduğu ilkelere yönelik bir tehlike ortaya çıkar, o zaman hoşgörülünün hoşgörüsüzü hoşgörülü olmaya zorlaması haklılaştırılabilir. Rawls, hoşgörüsüze tanınmış olan özgürlüklerin, hoşgörüsüzü özgürlüğe inanmaya ikna edeceğini, hoşgörüsüzün yavaş yavaş bu anlayışını terk ederek vicdan özgürlüğüne inanacağını, bunun psikolojik temellerinin bulunduğunu ileri sürmektedir.[794]

Böylece, hoşgörüye dayanan tez, deontolojik olduğu iddiasına karşın, ampirik bir temellendirme çabası içerisine girmektedir.

B) Sosyal Psikoloji ile Temellendirilen Tezler

Sosyal psikoloji ile temellendirilen tezler iki başlık altında incelenebilir: (1) Yasaklamanın Ters Sonuç Doğuracağına İlişkin Tez, (2) ifade özgürlüğünün toplumsal basıncı ayarlayan bir supap olduğu Tezi. Her iki tez de toplumsal psikoloji üzerinden temellendirilmektedir.

Yasaklamanın hedefinde bir yandan doğru inanç ve görüşlerin toplumda yaygınlaşmasını sağlamak diğer yandan da yanlış inanç ve düşüncelerin toplumdan uzaklaştırılması vardır. Dolayısıyla yasaklama eylemi, yasaklanan düşünce ya da görüşün, yasaklandıktan sonra toplumda daha az kabul göreceği öncülüne dayanır. Hâlbuki insan doğasında yasaklanan şeylere karşı bir ilginin bulunduğu ve yasağın yasaklanan düşünce ya da görüşe karşı bu ilgiyi körükleyeceği temeline dayanmaktadır.[795]

> *[İ]nsanoğlu öyle inşa edilmiştir ki, ifade ve tartışmanın söz konusu olduğu durumlarda, özgürlük düşmanları, özgürlüğün reddedilmesi haliyle karşı karşıya kalırlar; iyi niyetli pek çok insan sonunda yasaklanan öğretide bir şeyler olduğundan şüphelenmeye başlayacaklardır. Yanlış öğretiler, yok*

[794] Rawls'un hoşgörü ve hoşgörüsüzlük üzerine görüşleri için bkz. Rawls, **A Theory of Justice**, ss. 216–221.
[795] Schauer**, İfade Özgürlüğü**, s. 108–110.

sayılmanın üzerinden beslenip gelişirler. Eğer gün ışığına maruz bırakılırlarsa, ölürler.[796]

Devlet yasaklamış olduğu bir görüşün *doğru* olmasından kuşku duymuyorsa, neden o görüşü yasaklamaktadır? Öte yandan devlet, bir görüşü zorlamaya dayalı bir tutumla kabul ettirmeye çalışıyorsa, o görüş neden *doğru* olsun? Böylece yasaklamanın toplumda ters sonuç doğuracağını savunanlar, bir yönüyle gerçekliğe dayanan bir teze dayanmaktadırlar. Eğer hakikat, doğru yanlış bütün görüş ve düşüncelerin katıldığı bir pazaryerinde (marketplace of ideas) ortaya çıkacaksa, o zaman yanlış öğretilerin, doğru olanlar karşısında kaybetmesine ve etkilerini yitirmelerine izin verilmelidir. Eğer fikirlerin pazaryerinden doğru görüş ve düşüncelerin galibiyetiyle çıkılacağından eminsek, yanlış olduğuna inandığımız bir görüş ve düşünceyi yasaklamamız için hiçbir neden olmayacaktır. Eğer insanlar buna inanmakta iseler, yasaklanan bir düşünce ya da görüşün yanlış olduğundan büyük bir *kuşku* duyacaklardır ve böylece yasaklama ters sonuç doğuracaktır.

Schauer'in tezi çürütmek üzere vermiş olduğu *Skokie kararı* örneği ise konuyla bütünüyle ilgisizdir. Schauer, Amerikan Nazi Partisinin Yahudilerin yoğun olarak yaşadıkları bir mahallede yürüyüş yapmalarının yasaklanması durumunda, mahalle sakinlerinin Nazi Partisinin görüşlerine tezin savunmuş olduğu *kuşku* doğrultusunda bir ilginin oluşacağını beklemenin pek de makul olmayacağını ifade etmektedir.[797] Gerçekte buradaki konu, kuşkunun (Nazi) Partililerin görüşlerine karşı mahalle sakinlerinde (Yahudilerde) oluşup oluşmaması ile ilgili değildir; ancak Nazi Partisinin görüşlerinin yasaklanmasının toplumda genel olarak bir ilgiyi çekip çekmeyeceği ile ilgilidir.

Yasaklamanın ters sonuç doğuracağı konusu ampirik olarak temellendirilen bir tez olduğundan kanıtlanmaya ihtiyaç duymaktadır. Bu bakımdan gerçekliğe dayanan tezle güçlü bir bağlantıya sahiptir. Böyle bir kanıtlama çabası, gerçekliğe dayanan tezin Popperci bir versiyonu ile değerlendirildiğinde başarı şansı bulunmamaktadır. Tez hiçbir zaman doğrulanamayacak ya da her zaman yanlışlanabilecektir. Tezin lehinde ileri sürülebilecek argümanlar kadar, farklı

[796] William Halley'in "*What standards for Broadcasting*", Measure, Vol. I, 1950, ss. 211-212'den özetleyen Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 109.
[797] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 111–112.

toplum tasavvurları açısından tezin aleyhinde ileri sürülebilecek argümanlar da savunulabilir. Tezin ampirik verilere dayalı olması nedeniyle, sosyal bilimler alanında ileri sürülebilecek epistemik bir yaklaşım, ancak A. Comte'un toplum hakkındaki görüşleriyle güçlü bir savunma stratejisi elde edebilir. Zira Comte, matematik ve fen bilimleri alanında geçerli olan ilke ve kuralların bir benzerinin sosyal bilimler alanında da yaratılabileceğini ileri sürmüştür. Comte'a göre, o güne kadar entelektüel faaliyet alanında eksiz olan şey, homojenliktir. Başka bir deyişle, bu faaliyetlerin bir bölümünde geçerli olan ilkelerin diğer alanlarda geçerli olmamasıdır. Matematik ve fen bilimleri alanında tam anlamıyla pozitivist bir yaklaşım benimsenirken diğer pek çok alanda teoloji ya da metafiziğin hakim olması büyük bir tutarsızlıktır.[798] Comte'a göre sorun, oldukça çok sayıda sistem arasından yalnızca bir rasyonel sistemi bulup çıkarmaktır.[799] Örneğin, hayvanlar dünyası ile insan toplumu arasında karşılaştırma yapılmasına karşı çıkılması son derece irrasyonel bir tutumdur.[800]

Comte'un toplum bilimi konusundaki bu yaklaşımının, ifade özgürlüğü tezlerinin yukarıda ayrıntılı olarak ele alınan hiçbir versiyonu tarafından kabul görmeyeceği söylenebilir. Buradaki ampirik temellendirmenin toplum psikolojisine bakan yönleri olduğu dikkate alındığında, yasaklamanın ters sonuç doğurup doğurmayacağına ilişkin argümanın gözlem ve deney yoluyla ispatı zor görünmektedir. Bununla birlikte yasaklamanın ters sonuç doğurduğu argümanının, ifade özgürlüğünü temellendirmede önemli bir katkısı bulunabilir. Eğer yasaklanması düşünülen bir görüş ya da düşüncenin, yasaklanmasıyla elde edilmesi hedeflenen sonuç büyük ölçüde belirsiz ve bilinemez bir nitelikte ise, o zaman ifade özgürlüğünün gerçekleştirilmesinin, yasaklamayla elde edilmek istenenden daha

[798] Bkz. Auguste Comte, **The Positive Philosophy** (of Auguste Comte), Translated by Harriette Martineau, (Original Pub. London George Bell & Sons, 1896) Batoche Books, Kitchener 2000, Vol. 1, ss. 42 vd.
[799] Comte, **The Positive Philosophy, Vol**. 1, s. 48.
[800] Comte'a göre toplum bilimi (sociology), diğer bilimler gibi bağımsız bir bilimdir ve özellikle de biyoloji ile çok yakın bir ilişki içerisindedir. Bu bağlamda, biyoloji için geçerli olan prensiplerin toplum bilimi için de geçerli olduğu söylenmelidir. Comte, **The Positive Philosophy, Vol. 2**, s. 207–220.

üstün olduğunu söylemek için pek çok gerekçe var demektir. Bu durumda yasağı uygulamamak için daha güçlü nedenlerimizin bulunduğu söylenebilecektir.[801]

Yasaklamanın ters sonuç doğuracağına ilişkin tezin toplumsal psikoloji hakkındaki görüşlerine paralel bir başka argüman ise, ifade özgürlüğünün toplumda oluşan negatif basıncı (gerilimi) boşaltıcı bir etkiye sahip bulunduğunu ileri süren bir tez olmaktadır. Tezin orijinal biçimi, Yargıç Brandies tarafından, *Whitney v. California* kararında yazmış olduğu şu görüşlere dayanmaktadır:

> *[B]askı, devletin istikrarını tehdit eden bir nefreti doğurur ve besler; devletin istikrarına yönelen bu tehdidin ortadan kaldırılmasının biricik yolu, söz konusu mağduriyetlerin ve bu mağduriyetleri gidermek için sunulabilecek çözüm önerilerinin özgürce tartışılabilmesine olanak sağlanmasıdır.*[802]

Böylece ifade özgürlüğü, toplumda bir şekilde kendisini mağdur görenlerin tepkilerini şiddete alternatif olarak göstermelerine imkan sağlayan bir araç olmaktadır.[803]

Yargıç Brandies'in savunmuş olduğu bu görüşler daha sonradan, T. Emerson tarafından geliştirilerek ifade özgürlüğünü destekleyen tezlerden biri olarak sunulmuştur. Emerson'a göre ifade özgürlüğü, toplumda gerekli oydaşma/consensus ile sağlıklı bir ayrışma arasındaki dengeyi kurmanın bir aracıdır; dolayısıyla da ifade özgürlüğü, istikrarlı bir toplum düzeni oluşturabilmek için en uygun yöntemi sağlamaktadır. İfade özgürlüğünün bastırılması, aklın yerine gücü/zoru koymak suretiyle toplumda rasyonel kararlarının oluşturulmasını olanaksız kılar. Baskı, toplumun gelişen koşullara ayak uydurmasını engeller, yeni fikirlerin oluşumunu durdurur, toplumun karşılaştığı gerçek sorunların gizlenmesine yol açar; böylece, katılığın (esneksizliğin) ve körü körüne saplanmışlığın artmasına yol açar. Halbuki ifade özgürlüğü, toplumda birleşmenin ve uyumun sağlanmasına büyük katkı sağlar; çünkü insanlar karar alma sürecine kendilerinin de katılmış oldukları kararları, (bu kararlar) aleyhlerine bile olsa daha kolay benimserler. Kısacası ifade özgürlüğü,

---

[801] Söz konusu nedenlerin, bu çalışmada incelenen ifade özgürlüğü tezleri olduğunu anımsamak gerekir.
[802] **Whitney v. California**, 274 U.S. 357.
[803] Watkins, **The Mass Media**, s. 11; Yusuf Ş. Hakyemez, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000, ss. 130–132.

toplumun ilerleyebilmesi için gerekli olan çatışmanın (farklılıklardan kaynaklanan düşünsel çatışmanın) toplumu yok etmeden gerçekleştirilebilmesine olanak sağlar. Bu, istikrar ve değişim arasındaki dengeyi sağlayan bir mekanizma olmaktadır. Bir toplumun, değişen koşullara karşı uyum sağlamak zorunluluğu bulunmaktadır. Toplum, değişime ayak uyduramadığında varlığını sürdüremez ve yok olur. Değişimin, toplumsal düzeni bütünüyle yıkıp yok etmeden gerçekleşebilmesi ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulmasına bağlı bulunmaktadır.[804]

Görüldüğü gibi Emerson, ifade özgürlüğünü toplumda dengeli bir değişimin sürdürülebilmesinin biricik aracı olarak görmektedir. İfade özgürlüğü burada bireysel bir insan hakkı olmamakta; daha çok bir sosyal araç, mekanizma vs. olmaktadır. Emerson'un bu yaklaşımı, Russell ve Popper'in, *barışçıl değişime izin veren tek rejimin demokrasi olduğu* biçimindeki argümanıyla bağlantılıdır. Emerson'un tezinde, barışçıl değişimin gerçekleşebilmesinin demokratik toplum içerisindeki biricik yolunun özgür tartışma ortamı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla Emerson'un tezinin, fonksiyonalist bir tez olarak demokrasiye dayanan tezin bir versiyonu olduğu söylenebilir. Meiklejohn'un teziyle arasındaki fark, buradaki tezin daha içeriksel (substantive) bir argümana sahip olmasıdır. Zira tezdeki vurgu, demokratik rejimin varlığını sürdürebilmesi için vazgeçilmez olan süreçten (prosedure) ziyade (zorunlu değişime ayak uydurması gereken) demokratik toplum düzeninin korunmasını sağlayacak olan mekanizmaya (ifade özgürlüğü sistemine) yönelmiş olmaktadır.

C) İktidara Güvensizliğe Dayanan Tez

İktidara/yönetime güvensizliğe dayanan tez, F. Schauer tarafından diğer tezlere bir alternatif olarak savunulmuştur. Schauer'e göre, ifade özgürlüğü her şeyden önce yönetime karşı bir haktır. Demokratik bir toplumda, yönetim halk çoğunluğuyla özdeşleşmektedir. İfade özgürlüğü eğer çoğunluğu sınırlamak için tasarlanmamış olsaydı, basmakalıp sözlerden başka bir şey olmayacaktı. Demokrasiye dayanan tez, kendi içinde çelişkilidir. Eğer halkın işitmek istemediği

[804] Emerson, **The System**, ss. 8, 46–47.

şeylerin de söylenmesine izin verilecekse, bu durumda tezin halk egemenliği ilkesine dayanmasının bir anlamı olmayacaktır.[805]

Schauer' göre sorun, ifadenin denetlenmesininin kim tarafından hangi ölçütler doğrultusunda yapılacağıyla ilgilidir. Tarih boyunca ifadenin denetlenmesi, bizim bugün eleştirdiğimiz pek çok olumsuz sonuçlara yol açmıştır. Galileo'nun mahkumiyeti ya da ortaçağ boyunca yapılan işkence ve eziyetler hep bu denetimin ürünü olmuşlardır. Öte yandan iktidar, prestij, misyon veya para gibi nedenlerle insanlarda yöneticilik görevlerine ulaşma arzusunu kamçılar; onlara bu görevlerde kalma isteğini telkin eder.[806]

Siyasal ifadelerin denetlenmesi, doğal hukukta ifade edilen, "*kimse kendi davasının yargıcı olmamalıdır*" ilkesinin tam anlamıyla bir ihlalini oluşturmaktadır. Yasayı yapan ve uygulayan kişilerin, mevcut yönetim düzeninin korunmasında kişisel çıkarları bulunduğu göz önüne alındığında, 18 ve 19. yüzyıllarda, halkı temsil etmesi nedeniyle özgürlüklerin güvencesi olarak görülen jürinin müdahalesi bile aynı sonucu doğurmaya yeterli olacaktır. Çünkü hiç zararı yok gibi görünse bile, aynı düşüncede olmadıkları bir ifadeyi yasaklama konusunda şiddetli bir dürtünün bulunduğu gözlemlenmektedir.[807]

Aslında tezin bu yönü büyük ölçüde, otorite kavramına karşı bir tavır ve duruşu ortaya koymaktadır. Klasik liberal demokrasi anlayışı, bir takım kişilerin diğerleri üzerinde iktidar kullanmasının özünde yanlış bir şey olduğu düşüncesine dayanır. İdeal demokrasi anlayışı, iktidarın kullanılmasında bütün grupların eşit katılımını öngörür. Bunun istisnası olarak, babaların çocuklar üzerinde ya da siyasal toplumun suçlular üzerinde kullanmış olduğu iktidar gösterilmektedir ki; her iki durumda da söz konusu kişilerin aslında tam bir "kişi/person" olamadıkları ileri sürülür.[808] Böylece ideal demokrasi anlayışının önemli ilkelerinden biri de her hangi bir biçimde iktidarı kullananların otoritelerinin asgari düzeyde tutulmasının yanında, sınırlarının açıkça belirlenmiş olmasını gerektirir. Eğer bu sınırlar, otoriteyi icra edecek olanlar için, keyfiliğe yol açabilecek bir takdir alanı bırakıyorsa (ideal)

[805] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 58–59.
[806] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 116–117.
[807] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 117–118.
[808] İdeal demokrasi anlayışı ve otorite/yetke ya da iktidar/power arasındaki ilişki için bkz. Frank H. Knight, "*Authority and the Free Society*", **Authority**, Ed. By Carl J. Friedrich, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1958, ss. 67–77 (özellikle, ss. 69–70).

demokrasinin dayanmış olduğu önemli temellerden biri de yıkılmış olacaktır. Buna bir de iktidar sahiplerinin bu gücü kötüye kullanma eğiliminde olacaklarına ilişkin argümanlar eklendiğinde tezin gücü daha da belirginleşir.[809]

İfadenin, lingustik ve semantik açılardan aşırı kapsayıcılığı göz önüne alındığında, sınırın nereden çizileceği konusunda her zaman bir tartışma ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla da ifade özgürlüğü davalarının çoğunda sınırın nereden çizileceği konusunda önemli bir belirsizlik ortaya çıkacaktır (kaygan yamaç argümanı).[810] Dilsel aşırı kapsayıcılığın teorik olarak formüle edilebilir olduğunu kabul etsek bile, Schauer'in aşağıda yapmış olduğu şu yorum geçerliliğini korur:

> *[Tezin] uygulanması için yöneticilerin yeteneklerinin ötesinde teorinin bir külliyatının anlaşılmasını ve içselleştirilmesini gerektiriyorsa, bu durumda anlamanın söz konusu olmadığı her bir durum, kaygan yamaç riskini arttırır… uyuşmazlık ve itirazın önemi özellikle ters yönde sezgisel ise, buradaki kaygan yamaç riski, bir kez daha normalden yüksektir ve ifadenin denetlenmesine yol açan özel öğrenilebilirlik sorunlarını göğüslemeye yarayan bir Özgür İfade İlkesi oluşturmak üzere, olumsuz anlama dayanan tezi kullanmak için yine bir gerekçe söz konusu olur…İfade özgürlüğü, büyük oranda iktidarın gerekli ayırımları yapma yeteneğine ilişkin bir güvensizliğe dayanmaktadır… Özgür İfade İlkesi için en ikna edici tezin, yönetimin yetkisizliğine dayanan tez…olduğunu söyleyerek [konuyu] özetleyebilirim.*[811]

Schauer tarafından dilin aşırı kapsayıcılığına bağlı olarak ortaya konulan bu argümanın kaynağı aslında dil felsefesinin önemli tartışma konularından biridir. İngiliz düşünürü J. Locke, insanların, sözcüklerin yüklenmiş oldukları anlamların, bütünüyle kurallı bir biçimde bir takım ideleri yansıtmak üzere tasarlanmış olduklarını düşünme eğiliminde olduklarını söylemektedir. Ancak, insanlar sözcüklere çoğu zaman tümüyle keyfi biçimde kendi özel idelerini de yükleyerek ifade ederler ve insan sözcükleri, istediği ideyi belirtmek için kullanmada öylesine özgürdür ki, hiç kimse kendisiyle aynı sözcükleri kullanan başka insanların da

[809] İktidarın, sahiplerini yozlaştıracağına ilişkin özellikle ABD Anayasasını hazırlayanlar tarafından ileri sürülen görüşler için bkz. Dahl, **Demokrasi Üstüne**, ss. 77–78.
[810] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 120 vd.
[811] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 122–124.

zihinlerinde kendisiyle aynı ideye sahip bir uyumun gerçekleşmesini sağlayacak bir güce sahip değildir.[812]

Dil, fonksiyonel açıdan her zaman bir yetersizlik içerisinde bulunur ve sözcükler doğaları gereği kaçınılmaz biçimde kuşkulu ve belirsiz anlamlara açık bulunurlar. Kendi düşüncelerimizin kaydedilmeleri bakımından, bir sözcüğün her zaman aynı ideye karşılık gelecek biçimde kullanılması durumunda bir sorun ortaya çıkmayabilir; ancak, dilin iletişimsel etkisi bakımından bir sözcüğün her zaman aynı ideye karşılık gelecek biçimde kullanılması yeterli değildir. İletişimin birincil amacı muhatabına konuşmacının istediği mesajı iletmek olduğundan, her hangi bir sözcüğün dinleyicisinde, konuşmacının zihnindeki ile aynı ideyi uyandırması gerekir. Ne var ki, pek çok durumda sözcükler böyle bir uyuşumu olanaklı kılabilecek bir kesinlikten yoksundurlar ya da çeşitli nedenlerle sözcükler doğal olarak ilişkilendirildikleri idelerden koparılarak kullanılırlar. Locke'a göre bu, her dilde geçerli olan çok yaygın bir durumdur.[813]

Dilin sözü edilen bu yapısı, belirli bir ifadenin sınırlanması konusunda çoğu zaman sınırın nereden çizileceği ile ilgili ciddi sorunlar ortaya koyar. Kaygan yamaç (slippery slope) doktrini olarak tanımlanan bir argümanla ifadenin sınırlandırılmaması konusundaki gerekçelerin böyle durumlarda belirsizliği ifade özgürlüğü lehine kullanmayı zorunlu kıldığı ileri sürülür. Bütün hakaret davalarında konu, diğer davaların aksine eylemler hakkında zihinde karşılıkları bulunan fiziksel idelerle ilgili olmayıp; yine zihinlerde karşılığı sözcüklerden oluşan bir ideler dünyasıyla ilgilidir. Eylemlerin sahip olduğu yaşamın normal kabul edilen akışı içerisinde test edilebilir kesinliğini sözcüklerin salt kavramsal olarak zihinde işgal

---

[812] Locke'a göre, bir insanın sözcükleri genel anlamıyla ya da dinleyicisinin anladığı tikel içerikten farklı kullanması ne kadar önemli ise de, onları kullandığı anlam kendi ideleri ile sınırlıdır ve başka hiçbir idenin işareti olmazlar. Bkz. John Locke, **İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Deneme**, Çev. Meral Delikara Topçu, Öteki Yayınevi, İkinci Basım, Ankara 2000, ss. 19–20 (Bundan sonra metinde "Bir Deneme" olarak anılacaktır).

[813] Locke, dilin yetersizlikleri konusunda pek çok neden sayar; bu yetersizlik genel olarak ya sözcüklerin anlamlarındaki belirsizlikten ya da sözcüklerin kötü kullanımından kaynaklanmaktadır. Kötü kullanım konusunda da Locke pek çok neden sıralar; örneğin, eski sözcükler, yeni ve alışılmamış anlamlarda kullanılmaya başlanır veya insanların yeteneklerinin ve bilgi düzeylerinin tartışma becerisiyle ölçüldüğü durumlarda; insan zekâsı, sözcüklerin anlamlarını saptırmak ve olmayacak karşıtlıklar içerisinde kullanmak üzere çalıştırılır. Locke tarafından konu üzerine sunulan ayrıntılı gerekçeler için bkz. Locke, **Bir Deneme**, ss. 112–174.

ettikleri ideler dünyasında bulmak olanaklı değildir.[814] Bu nedenle de özellikle hakaret davaları, Schauer'in belirtmiş olduğu dilin aşırı kapsayıcılığı ile ilgili argümanın kalbinde yer alırlar.[815]

Schauer'in deyimiyle, dildeki aşırı kapsayıcılığın yaratmış olduğu kaygan yamaç argümanı, yalnızca sözcüklere yüklenen anlamlarla sınırlı bir durum değildir. Aşırı kapsayıcılık, sistemli biçimde savunulan doktrinler bakımından da geçerlidir. Görüş ve düşüncelerin sınıflandırılması konusunda siyasal iktidarı yetkili kılmak, ifade özgürlüğü ilkesi bakımından savunulamayacaktır, çünkü "*faşist*", "*ırkçı*" veya "*totaliter*" olanların özgür ifade haklarının reddedilmesi, aynı hakların demokratlar,

---

[814] Bir sözcükler dünyasının sürekli bir evriminin bulunduğu da dikkate alındığında, bu karışıklık ya da aşırı kapsayıcılık daha da bir önem kazanır. Bir sözcüğün anlamının her zaman orijinal anlamında kullanılmadığının pek çok örneği bulunmaktadır. Sözcükler kimi zaman tarihsel olay ve olgulara göre toplum ve bireyler tarafından biçimlendirilirler. Sözcüklere kimi zaman orijinal anlamının tam aksi yönde yeni anlamlar yüklenir; kimi durumlarda bu anlamlar ortadan kalkabilir ve sözcük orijinal anlamına dönebilir. Ancak bu durumun hangi sözcük için hangi kullanıcı bakımından nasıl kullanıldığının belirlenmesi sorunsuz olarak yapılabilecek bir iş değildir. Sözcüklerin, kavramlarla ilişkisi ve tarihsel ve sosyal değişimle etkileşimi üzerine ayrıntılı bir analiz için bkz. Quentin Skinner, "*Language and Social Change*", **Meaning and Context**, Edited and Introduced by James Tully, Princeton University Press, New Jersey 1988, ss. 119–132.

[815] Aslında kaygan yamaç argümanı, özellikle bu argümanın geçerli olduğu yerlerde, başka bir deyişle, sınırın nereden çizileceğinin belirlenemediği durumlarda oldukça etkili bir argümandır. Argümanın, ifade özgürlüğü ile ilgili diğer pek çok davanın yanında, özellikle hakaret davalarının hemen hepsinde geçerli olacağında kuşku bulunmamalıdır. Neyin hakaret neyin değil olduğunu belirlemek yargıçlar için Schauer'in "yetkisizlik" tezini haklılaştıracak kadar zor bir konudur. Türk doktrini tarafından yapılan şu tanımlamalara bir göz atmak bile, yamacın ne kadar kaygan olduğunu ortaya koymaya yeter. T. Senkeri tarafından yapılan şu tanıma bakalım: "Tahkir etme, hor görme, küçük, aşağı görme, aşağılama ve hakaret etme demektir." (vurgu bize aittir). Burada '*tahkir*'in bir tanımı yapılmıştır. Bir diğer yerde, S. Erman tarafından yapılmış olan 'tezyif' kavramının tanımı ise şöyledir: "*Tezyif,* bayağı, adi, küçük düşürücü ve mağdurun şeref ve haysiyetini pek büyük ölçüde rencide edici, bir kelime ile hakir görücü tahkirleri ifade eder". Bu tanımlamanın ardından, H. Zafer, bu kez Ç. Özek'ten şöyle devam etmektedir: "Tezyif, tahkiri de kapsar ve ondan daha ağırdır. Tezyif halinde fail tahkirden daha fazla düşünerek, şuurlu bir şekilde hareket eder." Tanımlayan kavramlar, tanımlanandan daha fazla tanıma muhtaç görünmektedirler. "Hor görme" ile "küçük görme" arasında ya da bu deyimlerle "aşağı görme" veya "aşağılama" arasındaki ayırımları yapmak mümkün müdür? Öte yandan, "pek büyük ölçüde rencide edici kelime" ile "büyük ölçüde rencide edici" kelime arasında bir ayırım yapılabilir mi? "Tahkir"i "tezyif"ten ayıracak sınırları belirlemek için hangi ölçütler kullanılacaktır? "Tezyif" teki "şuur" faildeki manevi unsurla mı ilgilidir? Ya da failin "tahkir"e göre daha fazla düşünmüş olduğu nasıl belirlenecektir. Yoksa bütün bunlar, dildeki aşırı kapsayıcılıktan başka bir şey değil midir? Kuşkusuz bu sınırlar, bir yerden sonra sezgi ile çizilmeye başlanacaktır. Burada matematiksel bir kesinlik arama boşunadır. Yargıç, yamaçtan kayarken bir yerde sınır çizgisini çizecektir. Bu çizgi, neden bir birim aşağıdan ya da yukarıdan değil de burada çizildinin yanıtı olmayacaktır. Gökyüzünün şekline ve derinliğe bağlı olarak denizin değişik tonlarda renkleri yansıttığını görürüz. Uzaktan bakarken, kimi yerin açık mavi kimi bölgenin de lacivert olduğunu kolaylıkla söyleriz. Fakat renk değişiminin nerede başlayıp nerede bittiğini kesin çizgilerle belirleyemeyiz. İşte ifade özgürlüğü davaları da çoğunlukla renklerdeki bu geçişler kadar belirsiz ve bulanıktır. Sınırın tam olarak nereden başlayıp nerede bittiğini söyleyemeyiz. Zafer'in yapmış olduğu tanım ve alıntılar için bkz. Hamide Zafer, "*Halkın Bir Kısmını Aşağılayarak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü*", **İÜHFM**, C. LXII, S. 1–2, 2004 İstanbul, ss. 209–261.

cumhuriyetçiler, liberaller, muhafazakârlar veya *Katolikler* için de reddedilmesi anlamına gelecektir. Aslında sorun, kimin liberal kimin ırkçı vs. olduğunun belirlenmesinin kim tarafından hangi ölçütler uyarınca yapılacağı noktasında düğümlenmektedir.[816]

İfadenin sınırlandırılmasının gündeme geldiği tüm özgül ifade özgürlüğü davalarında, tarafsızlık diye bir şeyin olamayacağını, ifadeyi sınırlandırma konumunda olanlar için dahi belirli bir siyasal duruşun varlığını koruyacağını ileri süren görüş ve düşüncelerin de Schauer'in bu tezine destek vereceği söylenebilir. S. Fish'e göre, pek çok yazar gerçekte tarafsız/neutral bir kuram ortaya koyduklarını söylerken bile belirli bir tarafta durmaktadırlar. Aynı biçimde mahkeme kararları da kimi zaman eylem/ifade arasındaki ayırımı maniple ederek gerçekte varmak istedikleri sonuca varırlar. Kimi durumlarda, ifadenin yol açabileceği ileri sürülen zararlar gerekçe gösterilerek ifade sınırlandırılır. Ne var ki bu zararların ne tanımlanmaları ne de belirlenmeleri pek de kolay bir iş değildir. Formel/biçimsel soyutlamalarla varılan sonuçlar çoğunlukla partisan bir duruşun haklılaştırılmasından öte bir anlam taşımazlar.[817] İfadenin sınırlanması sürecinde ortaya çıkan bu keyfilik eğer dildeki aşırı kapsayıcılığa bağlı ise buradaki teze bir destek sağlayacaktır. Değilse bu görüşler yalnızca ifade özgürlüğünün sınırlanması konusunda değil, adaletin gerçekleştirilmesi ilgili tüm süreçler bakımından da geçerli sayılacaktır ki; bu durumda konu ifade özgürlüğü ile ilgili olmaktan çıkacaktır.

Dildeki aşırı kapsayıcılık temelinde ifadeyi sınırlandırma konusunda iktidarın yetkisizliğine dayanan tez yine de kimi açılardan sorunlu gözükmektedir. Buradaki asıl sorun, devletin yetkili ajanlarının (yargısal makamlar) sınırlandırılması söz konusu olan iletişimsel faaliyetin anlamı konusunda konuşmacının zihnindeki idelerle tam bir uyuşma içerisinde olduğunun, ajan ve konuşmacı arasında kararlaştırıldığı durumlarda, iletişimsel faaliyetin yol açtığı zararlarla ifadeyi

---

[816] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 224–225; Tezin uluslararası insan hakları hukuku tarafından benimsenmiş olan ifade özgürlüğü rejimiyle bağdaşmadığı ortadadır. Zira bu rejim, devlete belirli ifade kategorileri söz konusu olduğunda tarafsızlık bir yana aktif görev vermekte ve ifadeyi yasaklama konusunda devleti yükümlülük altına sokmaktadır. Konunun ayrıntıları, Dördüncü Bölümde, uluslararası insan hakları hukukunun tartışıldığı yerde incelenmiştir.

[817] Bu görüşlerin ayrıntılı bir tartışması için bkz. Stanley Fish, "*The Dance of Theory*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002, ss. 199–231.

korumak için ileri sürülen gerekçeler arasında bir tartmanın nasıl yapılacağına ilişkin Schauer'in tezinin hiçbir argüman ortaya koyamamasından kaynaklanmaktadır. Eğer biz ifadenin sınırlanması konusunda devletin yetkisizliğinin temelini dildeki aşırı kapsayıcılığa bağlarsak, ifadenin anlamı konusunda belirtilen uyuşmazlığın olmadığı durumlarda, ifadeyi koruma noktasında son kozumuzu erkenden oynamış oluruz. Ama eğer Schauer, ifade özgürlüğünün sınırlanması konusunda devletin yetkisizliğinin temelinde dildeki aşırı kapsayıcılığın yanında söz konusu tartma işleminin yapılmasındaki güçlüklere dikkat çekiyorsa, onun bu görüşünü paylaşmamak için bir nedenimiz yoktur. Yine de böyle bir tartma faaliyetinin ifade özgürlüğü hakkını temellendiren diğer tezlerle birlikte düşünülmesi durumunda elimizde ifadeyi korumak için güçlü gerekçeler olabilecektir. Schauer'in de özellikle demokrasiye dayanan tezin siyasal ifadeye sağladığı korumayı önemli bulması, kendi tezini diğer tezlerle birlikte düşünmek gerektiği konusunda bize yeterli ipuçlarını vermektedir.[818]

Örneğin tez, gerçekliğe dayanan tezin argümanlarını güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Gerçekliğe dayanan tez, gerçeğin özgür tartışma ortamının sağlandığı bir ifade piyasası içerisinde hakikatin kendini, makul ve rasyonel bireyler için bilinir kılacağını ileri sürmektedir. Schauer'e göre bu sav büyük ölçüde ampiriktir ve hakikatin kendini özgür tartışmanın sağlandığı her yerde bilinir kıldığına dair tam bir kanıtlama bugüne kadar ikna edici biçimde yapılamamıştır. Ne var ki, devletin işe karışması ve ifade özgürlüğü piyasasına müdahale etmesiyle ortaya çıkabilecek hataların yaratabileceği tehlikenin, devlet dışı kişi ve kuruluşlar tarafından yaratılabilecek hata riskinin yaratabileceği tehlikeye göre daha az olacağını söylemek için elimizde pek çok gerekçe vardır. Söz konusu riskin meydana getirebileceği tehlikenin boyutu hakkında, özellikle devletin sahip olduğu kaynaklar ve meşru güç kullanma konusundaki tekeli dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır.[819]

---

[818] Schauer, demokrasiye dayanan tezin dar kapsamlı olmasına karşın siyasal ifadeye sağlamış olduğu koruma bakımından güçlü bir tez olduğunu belirtmektedir. Bkz. Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 65–66.

[819] Schauer'e göre bu durum, ifade özgürlüğü piyasasına, ifade özgürlüğünü genişletmek ve arttırmak amacıyla pozitif edim yükümlülüğü anlamında Devletin bir müdahalede bulunamaması olarak yorumlanmamalıdır. Özellikle, kimi konuşmacıların diğerlerinin boğazını sıktıkları, diğerlerini konuşmamaları için tedhiş ettikleri ya da bir kısım insanların diğerlerinden daha fazla konuşma

Öte yandan tez, demokrasiye dayanan tezin zayıf yönlerini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır; ancak tezin, savunmuş olduğu argümanlar itibariyle demokrasiye dayanan tezin, özellikle ampirik bir takım gerekçelerle[820] diğer tezlerle birleştirilmiş bir versiyonu olduğu görülmektedir. Dilsel aşırı kapsayıcılık temelinde ileri sürülen *kaygan yamaç* argümanı bir kenara bırakılırsa[821], iktidarın ifade karşısındaki tarafsız konumunu koruması temelinde savunulacak bir argüman, büyük ölçüde iktidara güvensizlik teziyle demokrasiye dayanan tezin her ikisinin de merkezinde yer alacaktır. İktidara güvensizlik tezi özellikle siyasal ifadeye sağladığı koruma bakımından demokrasiye dayanan tezi güçlendirmektedir. İktidara güvensizlik, demokrasinin işlemesini sağlayan süreci iktidarın müdahalesine karşı sağlamlaştırmaktadır. Bu bakımdan da ifadenin özellikle yönetime yönelik olduğu durumlarda bu korumanın daha etkin olması gerektiğini ima etmektedir.[822]

---

hakkına sahip oldukları adaletsiz bir yerde devletin müdahalesi savunulabilir. Bkz. Frederick Schauer, "*Free Speech in a World of Private Power*", **Freedom of Communication**, Ed. by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publisher, Great Britain 1994, ss. 11–15.

[820] Yönetimin ifadeyi düzenleme konusunda aşırı hata eğilimli olduğu öncülünün kavramsal olmaktan çok ampirik bir öncül olduğu noktasına L. Alexander tarafından da dikkat çekilmiştir. Bkz. Alexander, **İfade Özgürlüğü Hakkı Var mı?**, ss. 207–209.

[821] Burada "kaygan yamaç/slippery slope" argümanını özellikle dışarıda tutmamızın önemli bir nedeni, bu argümanın aynı zamanda ifade özgürlüğü ilkesini ya da ifade özgürlüğü hakkını zayıflatmak üzere kullanılmasıdır. Örneğin, Fish ifade özgürlüğünün mutlak bir hak olmadığı kabul edildiğinde (ona göre öyle olmadığı da açıktır), aslında her sınırlama/restriction ya da düzenleme/regulation faaliyeti, yamaçtan kayma faaliyetinden başka bir şey değildir. Bu bakımdan söz konusu belirsizliğin giderilmesinde elimizde hiçbir sağlam ölçü de bulunmamaktadır. Bu yüzden de bir ifade özgürlüğü ilkesinin var olduğunu söyleyemeyiz. Burada Fish'in ifade özgürlüğünün gerekçeleri ile onun sınırlanmasında ortaya çıkan güçlükleri birbirine karıştırdığını belirtmek gerekir. Fish'in değerlendirmeleri için bkz. Stanley Fish, **There's No Such Thing As Free Speech and It's A Good Thing Too**, Oxford University Press, USA 1994, ss. 110 vd.

[822] Ekonomik hukuk kuramının başlıca savunucuları arasında olan R. A. Posner, ifadenin hiyerarşik denetiminin anlamsız olduğunu ileri sürmektedir. Posner'a göre siyasal yönetimler, yalnızca kendisine yönelen eleştirileri değil; aynı zamanda popüler olmayan tüm görüş ve düşünceleri sınırlama eğilimi taşırlar. Bu yüzden de siyasal ifadenin yönetime güvensizlik teziyle daha fazla korunması gerektiğini ileri sürmek doğru değildir. Ona göre ifadenin denetlenmesi her somut olayda denetleme ile denetlememe sonrasında ortaya çıkabilecek durumun matematiksel bir analizi (ekonomik ve fizibl olup olmadığının analizi) ile ortaya konulmalıdır. Örneğin, İspanya ve İtalya'da modern çağın başlarında devletin bilimsel ifadeye yönelik müdahalelerinin sonuçlarının herhangi bir politik eleştirinin yasaklanmasına yönelik sonuçlarına göre daha zararlı olduğunda kimse kuşku duymamalıdır Posner'a göre. Posner'ın bu görüşlerini paylaşmaya imkan yoktur. Onun temel yanılgısı, ifadenin sonuçlarının her zaman kolayca ortaya konulamayacağına ilişkin iddiaları yanıtladığını düşünmesidir. Bu sonuçları çoğunlukla hesaplamak durumunda kalacak olan kurum ve kuruluşların siyasal iktidarın bir parçası olabileceğini ve ifadeyi denetleme konusunda Schauer tarafından savunulan yetkisizlik/ehliyetsizlik tezinin bu kurum ve kuruluşlar bakımından da (örneğin yasama ve yargı) geçerli olabileceğini gözden kaçırmasıdır. İspanya ve İtalya'da eğer siyasal ifadenin denetlenmesine daha fazla karşı durulabilseydi, söz konusu bilimsel ifadelerin denetlenmesinin de önüne geçilebilirdi. Rejimin özgürlükçü ya da demokratik olmasını eş anlamlı olarak kullandığımızda, siyasal ifadenin daha fazla korunması gerektiği konusunda bir anlayışın bulunduğu bir rejimde

Bu tezin aslında, ABD Yüksek Mahkemesi tarafından formüle edilmiş bir sınırlama sisteminin de özünü oluşturduğu dikkate alındığında önemi daha iyi anlaşılır. Yüksek Mahkeme, ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalelerde uygulanacak ilkeyi (sıkı inceleme/strict scrutiny ya da daha esnek inceleme vs.), siyasal iktidarın ifade karşısındaki tutumuna bağlı olarak belirlemektedir. Bu bakımdan da tezin, ABD hukuk sistemine özgü bir yapısının bulunduğunun altını çizmek gerekir.[823]

V) MİLİTAN DEMOKRASİ ANLAYIŞINA DAYANAN TEZ

A) Militan Demokrasi Anlayışının Tanımı ve Uygulama Örnekleri

Buraya kadar incelenen ifade özgürlüğü tezleri, liberal demokrasi anlayışı çerçevesinde savunulmuştur. Bu, bütün tezlerin ancak liberal bir demokrasi modeli içerisinde geçerli olacakları anlamına gelmemektedir. Örneğin, gerçekliğe dayanan tez, monarşinin diğer rejimler içerisinde en iyi rejim olduğunu ileri süren; ancak bunun mutlak bir yargı olmadığını kabul eden bir rejim içerisinde de geçerliliğini korur. Kısacası bilgi felsefesi açısından yanılabilirliği dışlamayan bütün rejimlerde kuramsal olarak *gerçekliğe dayanan tezin* geçerli olabileceğini söylemek mümkündür. Öte yandan, halkının içerisinde bulunduğu sorunları anlamaya önem veren ve bu bakımdan da özgür bir tartışma ortamının iktidarı için iyi olduğunu düşünen bir krallık yönetiminde de bu tezler belirli ölçüde geçerli olacaklardır. Aynı şekilde, toplum psikolojisi ile ilgili olarak sunulan argümanların da liberal demokrasi dışındaki yönetimler için de savunulabilir oldukları açıktır. Bu yaklaşımın pratikteki başarısı ise konumuzun dışındadır.

Bununla birlikte, bireysel özerkliğe dayanan tezin demokrasi dışı bir yönetim modelinde savunulabileceğini söylemek mümkün değildir. Zira bireysel özerkliğe

özgürlüklerin güvenceye alınması; özellikle de siyasal iktidara karşı güvenceye alınması ideali daha fazla gerçekleşme olanağını bulacaktır. Bu açıdan da kategorik (ifadenin hiyerarşik denetimine olanak veren) bir yaklaşımın ifade özgürlüğünün ve diğer özgürlüklerin korunması bakımından daha elverişli olduğunu söylemek gerekir. Posner'ın görüşleri için bkz. Richard A. Posner, "*The Speech Market and The Legacy of Schenck*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002, ss. 121–151.

[823] Konu, ABD ifade özgürlüğü rejiminin tartışıldığı Dördüncü Bölümde ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

dayanan tezin temel felsefesi, bireylerin eşit ve özerk oldukları temeline dayanmaktadır. Bütün bireylerin ahlaken eşit ve özerk olduğu iddiası bütün elitist ve oligarşik modelleri reddetmeyi gerektirir. Toplumda herkesin inanç, kanaat ve düşüncelerinin eşit saygıyı hak ettiği yönündeki bir anlayışı demokrasi dışı bir yönetimde bulmak mümkün değildir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, demokrasiye dayanan tezin, demokrasi dışı bir yönetim modeli açısından savunulması açık bir mantıksal çelişkidir. Bu tez, gücünü tümüyle demokrasiden almakta ve tezin varlığı demokrasiye bağlanmaktadır. Tez, ifade özgürlüğünü demokratik sürecin yapısal bir unsuru haline getirmekte ve demokrasi tanımının kalbine yerleştirmektedir. Demokrasiye dayanan tez, liberal demokrasi anlayışına bağlı olarak geliştirilmiş bir tez olduğundan, liberal demokrasi modelini reddeden bir yönetim modeli içerisinde de tezin geçerliliğini koruyup koruyamayacağının araştırılması gerekmektedir. Militan demokrasi anlayışı, liberal demokrasiye alternatif bir kuram olarak sunulmaktadır. Bu nedenle de incelemenin, söz konusu araştırmanın, yalnızca demokrasiye dayanan tez açısından değil; diğer temel ifade özgürlüğü tezlerini içine alacak şekilde yapılması yerinde olacaktır.

Militan demokrasinin nasıl bir ifade özgürlüğü tezini destekleyebileceğini araştırmadan önce, bu alternatif kuramın argümanlarının kısaca belirtilmesinde yarar vardır. Militan demokrasi üzerine yapılan bir incelemede şu tanımlamaya yer verilmiştir:

> *Militan demokrasi; faşizm, nasyonal sosyalizm, komünizm ve benzeri özgürlükçü demokratik düzeni açıkça tehdit eden ve ortadan kaldırmayı amaçlayan totaliter akımlar karşısında, kendi demokratik değerlerini korumak amacıyla bu tür yıkıcı akımları savunan bireylerin ve grupların ifade ve örgütlenme özgürlüklerini kısıtlayan ve bunlara karşı hukuksal, siyasal ve toplumsal alanda aktif bir tutum içerisine giren, klasik (liberal) demokrasinin 1930'lardan sonra siyasal ve toplumsal koşulların ortaya çıkardığı farklı bir yorumudur.*[824]

Bu yazara göre, militan demokrasi evrensel bir boyutta belirmesine karşın, alınacak önlemlerin kapsamı ve niteliği ülkelerin kendi koşullarına göre

[824] Hakyemez, ss. 33–34 (Metindeki vurgu bize aittir).

değişebilecektir.[825] Militan demokrasi Kıta Avrupasında iki dünya savaşı arasında ortaya çıkan siyasal gelişmelerin sonucunda liberal demokrasi modelinin kendini koruma konusundaki başarısızlığına bir tepki olarak kendini koruyan, mücadeleci bir demokrasi kuramı oluşturma iddiasıyla ortaya çıkmıştır. Savaşın gölgesinden kendini kurtaramamış olan Almanya'da Hitler'in iktidara gelmesiyle kurulan nasyonal sosyalist rejim ve İtalya'da Mussolini tarafından kurulan faşist rejim, liberal demokrasinin kendini koruma konusundaki zayıflığına verilmiştir.[826] Bu rejimlerin hangi koşullar altında gelişerek ortaya çıktıkları konusundaki siyaset biliminin ve sosyolojinin argümanlarını burada incelemek bu çalışmanın işi değildir. Ne var ki, söz konusu totaliter rejimlerin ortaya çıkmalarının nedeninin, liberal demokrasinin sağlamış olduğu gereğinden fazla geniş özgürlük ortamına bağlanmasının, ifade özgürlüğü açısından tartışılması gerekmektedir.

Militan demokrasi düşüncesinin köklerinin Fransız Jakobenizmine kadar uzandığı belirtilmektedir. Bu kuramın temel felsefesi, özgürlüğü yok etme özgürlüğünün olamayacağı ya da özgürlük düşmanlarına özgürlük tanınamayacağı görüşüne dayanmaktadır. Başka bir ifadeyle, hoşgörüsüze karşı hoşgörülü olma zorunluluğunun bulunmadığı savunulmaktadır. Demokratik rejimin sağlamış olduğu özgürlük ortamından yararlanılarak kurulan 20. yüzyılın totaliter rejimleri, iktidarı ele geçirdiklerinde demokrasinin kendilerine sağlamış olduğu özgürlüğü yok etmişlerdir. İnsanlığın yaşamış olduğu bu kötü deneyimden ders alınmalı ve özgürlük düşmanlarına fırsat verilmemelidir.[827]

Görüldüğü gibi, militan demokrasi anlayışının hedefinde totaliter rejim savunucuları bulunmaktadır. Demokrasi ve özgürlük karşıtı rejim savunucularının demokratik rejimin kendilerine sağladıkları özgürlük ortamını (hak ve özgürlükleri) kötüye kullanarak demokrasiyi yıkmalarının önlenmesi için devletin bu kötülerle aktif bir savaşım içerisinde olması gerekir.

Söz konusu savaşım (mücadele) yönteminin ne olacağı ve savaşımın sınırları konusunda, militan demokrasi savunucuları arasında bir uzlaşı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, savaşımın kapsam ve sınırları konusunda militan demokrasi

[825] Hakyemez, s. 34.
[826] Hakyemez, ss. 26–28.
[827] Hakyemez, ss. 23–34.

savunucuları arasında ikili bir ayırım yapmak olanaklıdır. Birinci grupta bulunanlar, demokrasi ve özgürlük karşıtı düşüncelerin soyut olarak savunusuna izin verilmesi gerektiğini; buna karşılık bu düşüncelere sahip olanların örgütlenmelerine izin verilmemesi gerektiğini savunmaktadırlar.[828] Dolayısıyla, derneklerin ya da siyasal partilerin ifade özgürlüğü ile *örgütlenmemiş bireylerin* ifade özgürlüğü arasında bir ayırım yapılması gerektiğini savunmaktadırlar.[829] Özellikle siyasal partiler hukukunun müdahaleci pozitif bir anlayışla biçimlendirilmesinin, demokrasisi tam olarak yerleşmemiş olan ülkelerde yaşamsal önemi olduğu belirtilmektedir. Örneğin Sağlam şu bu konuda şu değerlendirmeleri yapmaktadır:

> *Türkiye'de siyasal partiler hukukunun önündeki en büyük engel, siyasal partiler yelpazesinde demokrasiyi içtenlikle benimsememiş partilerin yaygınlığıdır. Ülkemizde bugün egemen olan siyasal kültürün sağlıklı bir demokrasinin yerleşmesi için yeterince olgunlaşmış olduğunu söylemek güçtür…Partilere egemen olan kadroların büyük çoğunluğu demokrasiyi bir yaşam biçimi olarak düşünmemekte, onu kendilerini siyasal iktidara götürmekle işlevini tamamlayacak bir araç olarak görmektedir…Bu tür partilerin her somut olayda rejim pazarlığına yönelmesi, Türkiye'de demokratik bir konsensusun varlığını şüpheye düşürecek boyutlara varmıştır.*[830]

Sağlam'ın bu görüşlerinin genel olarak ifade özgürlüğü rejimi bakımından savunulmuş olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Sağlam, bu görüşlerini siyasal partilerin örgütlenme özgürlükleri çerçevesinde savunmaktadır. Militan demokrasinin buradaki alanı, demokrasiyi *içtenlikle* benimsememiş olan partilerin yaygın olduğu; demokratik bir *konsensusun* bulunmadığı ülkelerle sınırlı olarak tanımlanmıştır. Sağlam'ın argümanı, genel olarak militan demokrasi savunucularının argümanlarında olduğu gibi, analitik ve normatif olmayıp; daha çok ampirik bir nitelik taşımaktadır.

---

[828] Savcı, Bahri, "*Siyasi Partiler Rejiminin Esasları*", **AÜSBFD**, C. XX, No: 1, Mart 1965, s. 190–192.

[829] Siyasal partiler hukukunun özellikle Federal Almanya'da militan demokrasi anlayışı çerçevesinde biçimlendirildiği belirtmek gerekir. Ancak bu anlayışın ülkelerin koşullarına göre farklı uygulamalarının olduğu da belirtilmektedir. Bkz. Sağlam, Fazıl, **Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları**, Beta Yayını, İstanbul 1999, ss. 9–10 (Bundan sonra metinde "Siyasal Partiler" olarak anılacaktır.)

[830] Sağlam, **Siyasal Partiler**, s. 190.

Ayrıca Sağlam, mücadeleci demokrasinin öngörmüş olduğu önlemlere ancak zorunlu durumlarda, bir son çare olarak başvurulacağını belirtmek suretiyle, aslında bu türden önlemlerin demokrasilerde bir kural olmadığını, istisnai bir niteliğinin bulunduğunu ifade etmiş olmaktadır.[831]

İkinci grupta olanlar ise, her ülkenin tarihsel, sosyal ve siyasal koşullarının göz önünde bulundurularak ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda bir sonuca ulaşılması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, demokrasiyi ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan düşüncelere demokrasisi henüz oturmamış olan rejimlerde (örneğin Türkiye'de) izin verilmemelidir.[832] Bu görüşte olanlara göre toplum, demokrasi ve özgürlükler konusunda belirli bir yeterlilik düzeyine ulaştıktan sonra demokrasi ve özgürlük karşıtı düşüncelerin ifade edilmesine izin verilebilecektir.

Son olarak, militan demokrasi anlayışının Kıta Avrupasına özgü bir rejim olmadığını; bir dönem ABD hukuk sistemi tarafından da benimsenip uygulandığını söylemek gerekir. 1917 yılında Sovyet Rusya'da gerçekleşen Bolşevik devriminin ardından kurulan Rus hükümetlerinin, sosyalizmi bütün dünyaya yayma çabaları, sosyalist blokun dışında kalan ülkelerde büyük bir korku ve tedirginlik yaratmıştır. 1920'li yıllarda Amerikan ekonomisindeki bozulmalar, komünizm korkusunun ABD'de ciddi biçimde artmasına yol açmıştır. Komünizm tehlikesinin toplumda yarattığı panik havası, federal ve federe yönetim düzeyinde, yıkıcı düşüncelerin ifade edilmesini ve (siyasal parti biçiminde dahi olsa) örgütlenmesini yasaklama eğilimini güçlendirmiştir. Getirilen yasaklara uymayanlar hakkında kovuşturmalar yapılmış ve bu kovuşturmalar sonucunda ağır mahkûmiyetler verilmiştir. İşte bu mahkûmiyetlerin dayanağı olan yasalar, Federal Yüksek Mahkeme önüne getirildiğinde, Mahkeme kendisini, ülkenin içinde bulunduğu genel korku ve panik havasından soyutlayamamıştır. Bu dönemde Mahkeme, doğrudan ifadenin içeriğine yönelen sınırlamaları *zararlı eğilim* (bad tendency) olarak adlandırılan bir testi uygulamak suretiyle Anayasaya uygun bulmuştur. Bu dönem, 1920'li yıllardan 1960'lı yıllara kadar sürmüştür.

---

[831] Fazıl Sağlam, "*Mücadeleci Demokrasi-Avrupa Mekanı ve Türkiye*", **İnsan Hakları ve Güvenlik,** Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yayın No. 1, Ankara 2001, s. 66.

[832] Aksoy'un (Muammer) görüşleri için bkz. Hakyemez, s. 53.

Yüksek Mahkemenin, zararlı eğilim testini ilk olarak tanımladığı ve uyguladığı karar 1925 tarihli *Gitlow v. New York* kararıdır.[833] Bu karar esas alınmak suretiyle zararlı eğilim testinin temel özellikleri şu şekilde belirtilmektedir:

> *Ciddi ve önemli bir zarara götürücü, yol açıcı temayülü [eğilimi] olan ve yasama organınca böyle bir temayülü olduğuna makul bir düşünüşle inanılabilen ifade hareketi men edilebilir.*[834]

Bu dava yıkıcı ve bozguncu ifadeleri suç sayan New York Ceza Yasasının Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi ile ilgilidir. Yüksek Mahkemeye göre, devletin kurulu düzeninin hukuk dışı araç ve yöntemlerle yıkılmasını savunan görüşlerin yasaklanması ve cezalandırılması Anayasaya aykırılık oluşturmaz. Aksi durumun kabulü, devletin asli ve meşru müdafaa hakkının elinden alınması anlamına gelecektir.[835]

Zararlı eğilim testinin pekiştirildiği karar, Gitlow'dan iki yıl sonra verilen *Whitney v. California*[836] kararı olmuştur. Bu kararda Yüksek Mahkeme, ifade özgürlüğünün mutlak bir hak olmadığı görüşünü yinelemiş; halkın barış ve huzurunu bozan veya devletin temellerini tehlikeye sokan, yasadışı araç ve yöntemlerle devletin kurulu düzenini ortadan kaldırmayı amaçlayan ifadelerin yasaklanabileceğini bir kez daha tekrarlamıştır.[837]

Bu kararlardan, zararlı eğilim testinin iki önemli unsuru ortaya çıkmaktadır: İlk olarak, belirli bir düşüncenin ya da görüşün *içeriği* esas alınarak toplum ve devlet için tehlikeli olup olmadığının takdirini yasama organı yapabilecektir. Eğer yasama organının yapmış olduğu bu tespit, toplumdaki makul bir birey tarafından yapılabiliyorsa, yasama organının söz konusu takdirine müdahale etmek mahkemelerin işi değildir.[838]

Yüksek Mahkemenin, militan demokrasi anlayışını yansıtan kararlarında uyguladığı bir başka test ise *dengeleme testi* (balancing test) olarak adlandırılmaktadır. Dengeleme testinin, zararlı eğilim testi ile açık ve mevcut tehlike

---

[833] **Gitlow v. New York**, 268 U.S. 652 (1925).
[834] Güran, ss. 81–82.
[835] Güran, ss. 82–83.
[836] **Whitney v. California,** 274 U.S. 357 (1927).
[837] Güran, s. 83.
[838] Güran, s. 84.

testi arasından bir yerde olduğu; zararlı eğilim testinin dışladığı ifade özgürlüğü değerlerine önem verdiği ve bu arada da açık ve mevcut tehlike testinin kapsamadığı kimi ifade özgürlüğü alanlarına kapsayıcı çözüm getirebilme yeteneğinin bulunduğu belirtilmektedir. Dengeleme testinin temel özellikleri ise şöylece açıklanmaktadır:

> *Mahkeme her bir davada, ifadeyi sınırlayan tasarruf ile elde etmeye, ulaşmağa çalışılan toplumsal menfaate karşı, ifade hürriyetinin kendisinde mevcut ve mündemiç ferdi ve toplumsal menfaati dengelemelidir.*[839]

Dengeleme testinin tipik bir uygulaması olduğu belirtilen, 8 Mayıs 1950 tarihli *American Communications Association v. Douds* kararı[840], soğuk savaş döneminin etkisinin en yüksek olduğu; dolayısıyla da komünist paronoyanın zirveye çıktığı bir dönemde verilmiştir. Bu kararda Yüksek Mahkeme, Başyargıç F. M. Vinson'un kaleminden şu görüşleri dile getirecektir:

> *Bu devlet baki kalacaksa kendisini, hukuk dışı hareketlere ve bazı ahvalde, hukuk dışı hareketlerde bulunmağa teşvik ve tahriklere karşı müdafaa yetkisine sahip olmalıdır… Muayyen [belirli] bir hareket tarzı amme intizamı mefaatine [kamu düzeni yararına] tanzim edildiğinde ve bu tasarruf da, söz hürriyetinin dolayısıyla şarta bağlı ve kısmi şekilde kayıtlanması sonucunu yaratıyorsa, Mahkemelerin görevi, muhalefet halinde bulunan, çatışan bu iki menfaatten, arz olunan özel şartlar altında hangisinin daha geniş ölçüde müdafaaya layık olduğunu kararlaştırmaktır.*[841]

Dengeleme testi, zararlı eğilim testine göre daha geniş bir ifade özgürlüğü alanında hareket yeteneğine sahip olabilir; ancak söylenenin aksine, ifade özgürlüğüne daha fazla bir koruma sağlamamaktadır. Mahkemenin her bir olayda, ifade özgürlüğünün sınırlanmasıyla elde edilecek toplumsal menfaat ile ifade özgürlüğünün korunmasıyla elde edilecek bireysel ve toplumsal menfaat arasındaki dengeyi gözetmesi, ifade özgürlüğüne zararlı eğilim testinin sağladığı korumadan daha geniş bir koruma sağlayabilir. Ne var ki, böyle bir tartma faaliyetinde ifade özgürlüğünün korunması ile elde edilecek yararın hangi ölçütlere göre belirleneceği yaşamsal önem taşır. Burada hangi ifade özgürlüğü tezlerinin devreye gireceği

---

[839] Güran, s. 96.
[840] **American Communications Association, C.I.O. v. Douds**, 339 U.S. 382 (1950).
[841] Güran, s. 98.

önemlidir. Her şeyden önce, toplumsal yarar ve ifade özgürlüğünün, terazinin kefelerine konularak tartılması, saf bir yararcılığa varabilir. Böyle bir yararcılık ise, Bentham'ci mutluluk hesabındaki kadar karmaşık ve belirsiz bir sonuç doğurur. Nitekim, dengeleme testinin uygulandığı pek çok kararda ABD Yüksek Mahkemesi, 1940-1950'li yıllarda cadı avı olarak bilinen bir takım totaliter uygulamalara geçit vermiştir. McCarthizm'in zirveye çıktığı 1950'li yıllarda komünizm paranoyası içerisine giren Amerikan toplumu ve aynı paranoyayı paylaşan Yüksek Mahkemenin kararları, pek çok kişinin yalnızca düşünceleri için uzun süreli hapis cezalarına çarptırılmalarına geçit vermiştir.[842]

Bu kararlarda, komünist faaliyetlere katıldığı belirlenen kişilerin fişlenmelerinin meşru olduğu savunulmuştur. Muhafazakar-dengeciler olarak nitelendirilen Yargıç Harlan ve Frankfurter tarafından açıklanan bir dizi Yüksek Mahkeme kararlarında, 1950 tarihli *The Subversive Activities Control Act*[843] (Yıkıcı Faaliyetleri Kontrol Yasası)'nın uygulamaları Anayasaya aykırı bulunmamıştır. Bu kanunun ve uygulamalarının haklılaştırılmasında Yüksek Mahkemenin dayanmış olduğu temel gerekçe, Kongrenin komünist tehlikenin büyüklüğü ve önemi konusunda yapmış olduğu araştırmalar sonucunda elde etmiş olduğu "ciltler dolusu delillere dayanan bulguların"[844] Mahkeme tarafından denetlenemeyecek bir konu olmasıdır. Öyle ki bu durum, Mahkemenin yasama organının takdirinde bulunan bir konuda karar veremeyeceği durumlardan biri olmaktadır. Kısacası, bir görüş ve düşüncenin ülke ve toplum için gerçekten bir tehdit oluşturup oluşturmadığının takdirini Mahkemeler değil, yasama ve idare yapar.[845]

Hangi düşünce ve ifadelerin toplum ve devlet için bir tehlike oluşturup oluşturmadığının takdirini yasama organı yapacağına göre, dengeleme testinin çekirdeği ve özüyle zararlı eğilim testinin çekirdeği ve özü arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Her iki test de yasama organına, düşünce ve ifadenin içeriğine Anayasal bir sınır söz konusu olmaksızın müdahale hakkını vermektedir. Siyasal ifadenin içeriğine dayalı yapılan bir kategorik sınırlama, militan demokrasi tanımıyla örtüşmekte ve aslında bu anlayışın özünü oluşturmaktadır. Böylece ABD'de 1960'lı

[842] Güran, ss. 96–108.
[843] Yasanın metni için bkz. http://www.rosenbergtrial.org/docmcaran.html (Çevrimiçi: 17/08/2007).
[844] Tırnak içinde Yüksek Mahkeme kararından alıntılanan ifade için bkz. Güran, s. 112.
[845] Güran, ss. 109–113.

yılların ortalarına kadar devam eden ifade özgürlüğü uygulamaları militan demokrasi anlayışının tipik bir örneğini oluşturmaktadır.[846]

Militan demokrasi anlayışının tipik örneği elbette ABD uygulamasıyla sınırlı değildir. Bu anlayış özellikle rejim karşıtı düşünce ve görüşlerin örgütlenmeleri bir yana; bu görüş ve düşüncelerin bireysel olarak ifade edilebilmelerini dahi sınırlandıran TCY'nın 3713 Sayılı Kanunla 1991 tarihinde yürürlükten kaldırılan 141, 142 ve 163. maddelerinde tipik örneğini bulmuştur. Düşünce suçu ya da daha teknik anlamda siyasal suç olarak adlandırılan[847] bu hükümlerin, Türk doktrininde savunucuları olduğu gibi, bu düzenlemelerin salt düşünceyi cezalandırdığı gerekçesiyle demokratik bir toplumda kabul edilemez olduğunu ileri süren yazarlar da olmuştur. Bu düzenlemelerin lehinde olanlar[848], Devletin herkes kadar meşru müdafaa hakkının bulunucağı görüşünü dile getirmişlerdir. Bu hükümler, "*hürriyeti yok etme özgürlüğü olamaz*" biçiminde dile getirilen *evrensel* bir ilkenin ceza hukukundaki görünümünden başka bir şey değildir.[849] Örneğin, Z. Hafızoğulları, özellikle İtalyan hukukçu Manzini'ye atıf yaparak bu konuda şu gerekçeleri ortaya koymaktadır:

---

[846] Yüksek Mahkeme, komünist partisine üye olanların tescilini öngören yasa hükmünü 1965 yılında vermiş olduğu bir kararında (Albertson v. Subversive Activities C.B.) anayasaya aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkemenin gerekçesi tescilin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği temeline dayanmamaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, komünist partisi üyesi olarak tescil edilenler, Smith yasasına göre kovuşturulmaları durumunda, bu durum aleyhlerinde delil olarak kullanılmaktadır. Bu durum, bir ceza yargılamasında, kimsenin kendi aleyhine tanıklığa zorlanamayacağı ilkesini (self-incrimination) ihlal etmektedir. Dolayısıyla da olayda, tescil yaptırmayanlar hakkında uygulanan yaptırım anayasaya aykırıdır. Bkz. **Albertson v. Subversive Activities Control Board**, 382 U.S. 70 (1965) kararı.

[847] Bu maddelerin kapsamında siyasal ifadenin olduğu konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Bu yüzden de bu düzenlemelerin siyasal suçu tanımladığı belirtilmiştir. Örneğin genel nitelikteki suç işlemeye alenen tahrik suçunda da sınırlandırılan ifade olmaktadır. Dolayısıyla da bu suçun da konusunu "ifade" oluşturmaktadır. Bununla birlikte içeriği siyasal olmayan ifadenin oluşturduğu suç siyasal olarak nitelendirilmemektedir. Siyasal suç konusunda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Köksal Bayraktar, **Siyasal Suç**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, ss. 103 vd.

[848] Örneğin, N. Toroslu, Ç. Özek tarafından düşünce özgürlüğü ile ilgili olarak sunulan bir özgürlük savunusu bildirinin ardından şu soruyu yöneltmiştir: " Düşünce özgürlüğünü, bu düşüncelerin açıklanmasıyla birlikte mütalaa etmek gerekir. Acaba sorunu bu şekilde ortaya koyacak olursak, vatandaşın Anayasaya uygun düşünme mükellefiyeti yoktur denebilir mi? Bu hususu öğrenmek isterim." Burada Toroslu, düşünce özgürlüğü ile düşünceyi açıklama özgürlüğü arasında bir ayırımın bulunduğuna dikkat çekerek, düşünce özgürlüğünün, bu düşünceler açıklanmadığı sürece sınırsız olabileceğini; ancak bu düşünceler açıklandığında Anayasa uygunluk testine tabi olması gerektiğini ima etmektedir. Bkz. Nevzat Toroslu, "*Tartışmalar*", **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği**, İÜHF Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü, İstanbul 1977, s. 558.

[849] Hafızoğulları, Zeki, "*TCK'nun 142. Maddesi Üzerine Bilirkişi Raporları*", **AÜSBFD**, C. XLIII, No: 1–2, 1988, s. 199–221.

[İ]ster totaliter, ister liberal, ister demokratik, isterse sosyalist vs. olsun her Devlet, eğer işlevlerinin ve menfaatlerinin bilincindeyse, varlığı, düzeni, bizzat faaliyetlerini etkili kılmak ve canlandırmak için zorunlu olan moral/ahlaki enerji bakımından tehlikeli görünen her şeye karşı kendini korumak görev ve hakkına sahiptir. Gerçekten meşru menfaatlerinin sahibi her hangi bir süjenin, zorlanmaksızın, bu faaliyetlerinden vazgeçmesini veya savunabilme imkanına sahip olduğu halde söz konusu menfaatlerine karşı bir faaliyete seyirci kalmasını ummak saçmalıktır.[850]

Açıktır ki, bu görüşler yalnızca "Devlet" kavramını merkeze almakta, fakat söz konusu Devletin (yönetim) biçiminin ne olduğunun bir önemi yokmuş gibi davranmaktadır. Türk doktrininde özellikle Ç. Özek ve B. Tanör, düşünce ve ifade özgürlüğünü *demokratik rejim* bakımından inceleyerek, ifade özgürlüğünün ruhuna uygun bir yaklaşım ortaya koymuşlardır.

Özek, TCY'nın 141 ve 142. maddelerinin kaynağının 1930 tarihli faşist İtalyan Ceza Yasası olduğunu belirtmektedir.[851] Bu ilk düzenlemenin gerekçesinden de açıkça anlaşılacağı üzere değişiklikle getirilen hükümlerin amacı *Devletin selamet ve hayatını* tehdit eden *muzır ve yıkıcı komünist ve faşist faaliyetlerin* ve bunların propagandasının yasaklanmasıdır.[852] 1938 yılında 3531 sayılı kanunla yapılan bir değişiklikle, cebir ve şiddet unsuru bu maddelerden çıkarılmıştır. Bunun anlamı, *muzır* ve yıkıcı faaliyetlerin ve bunların propagandasının cebir ve şiddet içermese de cezalandırılacağıdır. 1949 ve 1951 yılında yapılan değişiklerde ise, maddelerin cebir ve şiddet unsuru olmadan uygulama alanı genişletilmiş ve cezalar ağırlaştırılmıştır.[853]

---

[850] Hafızoğulları, "*TCK'nun…*", s. 200.

[851] 23 Haziran 1936 tarihli ve 3038 sayılı kanunla Ceza Kanunumuzda yapılan değişiklikte 141 ve 142. maddeler yeniden düzenlenmiştir. Madde metinlerinde şu hükümlere yer verilmiştir: "Memleket dahilinde içtimai bir zümrenin, diğerleri üzerinde tahakkümünü şiddet kullanmak suretiyle tesis etmek veya… memleketin siyasal ve hukuki herhangi bir nizamını yıkmak için propaganda yapan kimse … cezalandırılır." Bkz. Çetin Özek, **141 142,** Ararat Yayınevi, İstanbul 1968, s.121.

[852] "Bu maddelerle ilgili özel gerekçede ise şu görüşler ortaya konulmuştur, "141. madde, Türkiye'de teşekkül etmiş veya edecek olan ve maksatları siyasal ve içtimai nizamı bozmağa matuf bulunan siyasi cemiyetleri istihdaf etmektedir. Maddenin sarahatine ve ihtiva ettiği unsurlara nazaran komünist ve anarşist cemiyetler bu maddenin şumulüne dahil bulunmaktadır. Devletin selamet ve hayatını bu gibi muzır ve yıkıcı faaliyetlere karşı korumak için böyle bir maddeye lüzum vardır." "142. madde, 141. maddede siyasi ve içtimai nizamı bozmağa matuf cemiyetleri cezalandırmaktadır. Bu madde ise, bu gayeye matuf propagandaları tecziye etmektedir. Bir içtimai sınıfın diğeri üzerine hakimiyetini tesis etmek veya bir içtimai sınıfı ortadan kaldırmak veya cemiyetin siyasi ve hukuki herhangi bir nizamını bozmak veya milli hissi sarsmak gibi maksatlarla yapılan propagandalara müsamaha etmek Devletin emniyet ve selameti ile telif edilemeyeceğinden, bu maddeler memleket ve rejimin en kuvvetli müeyyidelerinden birini teşkil etmektedir." Bkz. Özek, **141 142**, ss. 123–124.

[853] 141 ve 142. maddelerde 1949 yılında bir değişiklik yapılarak amaca ulaşmak için cebir tehdit açıkça beyan edilmemiş olsa da zorunlu görülüyorsa bunun dahi cebir ve tehdit var kabul edilerek

Özek'e göre bu maddeler, sınıf bilincinin toplumda gelişmesinin engellenmesi ve kurulu kapitalist düzenin korunması için tasarlanmışlardır. Yapılan bütün değişiklikler ve gerekçeleri de bu amaca hizmet ettiklerinin açık bir göstergesidir.[854]

Doktrinde bu maddelerin soyut düşünce suçu yarattığı konusunda neredeyse bir oydaşma bulunmaktadır. Başka bir anlatımla söylemek gerekirse ifade, yer, zaman ya da yönteme bağlı (biçim düzenlemesine bağlı) olarak sınırlandırılmamakta; fakat bütünüyle içeriğe (muhteva/content) bağlı olarak sınırlandırılmaktadır. Özek'in deyimiyle, cezalandırılan eylem olmayıp, düzenle aynı temele oturmayan salt düşüncelerdir. Örneğin, işçi sınıfının iktidarını ya da sosyalist bir ekonomik ve sosyal yapıyı savunmak suç sayılmaktadır.[855]

141 ve 142. maddelerin soyut düşünce açıklamalarını cezalandırdığı, Türk Anayasa Mahkemesinin bu maddelerin Anayasaya aykırılığı ile ilgili iddiaları değerlendirdiği kararında açıklamış olduğu gerekçelerle de bir kez daha teyit edilmiştir. Tanör'ün son derece yerinde olarak belirttiği üzere AYM, mevcut siyasal ve ekonomik sistemi bireylerin (ya da grupların) eleştirme ve değişimini isteme hak ve özgürlükleri olup olmadığını araştırmak yerine, savunulan görüş ve düşüncelerin Anayasanın kurmuş olduğu düzenle bağdaşır olup olmadığını inceleyerek bir sonuca varmıştır. Böylece de kurulu düzene karşı görüş ve düşünce açıklamalarının sınırlandırılabileceği yönünde karar vermiştir.[856] Tanör'e göre Anayasa Mahkemesinin temel yanılgısı şurada yatmaktadır:

> *Anayasanın mevcut hükümleriyle, belli bir doktrin ya da sistemin uygulanmasına açık olup olmadığı meselesi, aynı Anayasanın söz konusu sistemin savunulması hürriyetine açık olup olmadığı meselesiyle karıştırılmakta, neticede "şu sistemin uygulanmasına kapalı olan Anayasa"nın, aynı sistemin yayılıp savunulmasına da kapalı olduğu yanılgısına düşülmektedir.*[857]

---

maddelerin uygulanacağı belirtilmiştir. Nihayet 1951 yılında yapılan değişiklikle maddeler, yürürlükten kaldırılmadan önceki son halini almıştır. Son değişikle cemiyet kurmağa "tevessül" de madde kapsamına alınmış ve cezalar daha da ağırlaştırılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özek, **141 142**, ss. 124–135.

[854] Özek'in ayrıntılı açıklamaları için bkz. Özek, **141 142**, ss. 135–163.

[855] Özek, **141 142**, ss. 165–172.

[856] Tanör'ün görüşleri için bkz. Bülent Tanör, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, Öncü Kitabevi, İstanbul, ss. 158 -159 (Bundan sonra metinde "Siyasi Düşünce" olarak anılacaktır); Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. E. 1963/173, K. 1963/40, KT. 26/09/1965, AMKD S. 4.

[857] Tanör, **Siyasi Düşünce**, s. 160.

Benzeri biçimde, 163. madde de laik ve demokratik sisteme karşı din temelinde ileri sürülen düşünce ve görüşleri cezalandırmaktadır. Bununla birlikte Özek, 163. maddenin anti-laik düşünceleri sınırlandırdığını bunun ise Anayasanın 19. maddesi ile bağdaşır olduğunu ileri sürmektedir.[858] Buradaki konumuz, anti-laik görüşlerin sınırlandırılmasının Anayasa ile bağdaşır olup olmadığının teknik bir değerlendirmesini yapmak değildir. Ne var ki, konu totaliter görüş ve düşüncelerin de demokratik bir sistem içerisinde savunulabilip savunulamayacağı ile ilgilidir. Özek'in bu konudaki görüşleri çelişkilidir. Bir yandan siyasal düşünce özgürlüğünün içerik olarak sınırsız olduğunu benimseyip diğer yandan Anayasanın kurmuş olduğu sisteme karşı düşünceler arasında bir ayırım yaparak sonuca varmak tutarlı gözükmemektedir. Nitekim Tanör, bu çelişkiye dikkat çekmekte ve yazarla aynı görüşleri paylaşmasının mümkün olmadığını belirtmektedir.[859]

Belirtmek gerekir ki, 141, 142 ve 163. maddelerin uygulaması siyasal düşünce özgürlüğünün salt içerik olarak sınırlandırıldığını göstermektedir. Yargının madde metinlerini yorumlama biçimi son derece katıdır. Başka bir anlatımla yargı bu maddeleri yorumlarken siyasal ifadeye, yalnızca kurulu düzenle bağdaştığı ölçüde izin vermektedir. Örneğin Yargıtay, "bu nizamın iyi olmadığını" ve "fabrikalarla toprakların özel mülkiyete konu olamayacağını" belirten bir ifadeyi suç saymıştır.[860] Öyle ki, kurulu düzene karşı bir düşünceyi benimsemiş olmak ve bunu açık etmek başlı başına suç sayılmaya yetmiştir. Sosyalizmi onurlu bir rejim sayan bilimsel bir

---

[858] Özek, Türkiye'de laikliğin devletin temel düzenini oluşturduğunu ve batı ülkelerinde ayrı bir koruma rejimine tabi tutulmasının gerekli olduğunu savunmaktadır. Özek'e göre, "Türkiyede devlet, dini düzene karışmak durumundadır, Türkiyenin bütün sosyal ve siyasi temel nizamları *laikliktir*… laiklikl Türkiye bakımından çok geniş bir mana ifade eder. Bir toplum asayişi ile izah edilemez… Bu bakımdan, nizamın kurulması ve korunması bir zaruretin icabıdır…[163. madde tarafından] cezalandırılan hürriyetlerin suistimali olunca esas hürriyet mevcut demektir… gerçekten,… propaganda ve telkinin suç teşkil etmesi için…failde: devletin temel nizamlarını dini esas ve inançlara uydurma, şeklinde bir kastın mevcudiyeti gereklidir…Bunun dışında, her şeyden evvel Toplumun menfaati gelir…toplumun yararına olan tedbirler, toplum direnci ile dahi karşılaşsa tatbik edilirler… Laiklik toplum için zaruri olarak kabul edilince; hürriyetleri aşırı şekilde tahdit şeklinde de olsa bu müessesenin muhafazası ve aykırı hareketlerin cezalandırılması gerektir…Bu bakımdan laikliği korumak hürriyetten olmak manasına bile gelse biz laikliğin seçilmesinden, tercih edilmesinden yanayız." Bkz. Çetin Özek, **Türkiyede Laiklik-Gelişim ve Koruyucu Ceza Hükümleri**, Baha Matbaası, İstanbul 1962, ss. 280–308.

[859] Tanör, **Siyasi Düşünce**, s. 171.

[860] Yargıtayın, 8CD 11/05/1976, 76/1045–3909 kararından yapılan alıntı için bkz. Turgut Kazan, "*Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü*", **İBD**, C. 52, S. 10–11–12, 1978, s. 683.

değerlendirmeyi Yargıtay, bilimsel açıklamayı aşan bir davranış olarak görmüş ve 142. madde kapsamında mahkum etmiştir.[861] Bir başka kararında, bir mektupta yer alan "eziyetten ve sömürüden kurtulmaya dönük dilekleri" 142. madde kapsamında komünist propaganda olarak kabul etmiş ve mahkum etmiştir.[862] Öte yandan, Yargıtay, Yehova Şahitlerinin, bütün insanlığı kucaklayacağı iddiasıyla temel düzeni din esasına dayandırmaya yönelik propagandalarını 163. madde kapsamında değerlendirebilmiştir.[863] Bir başka kararında Yargıtay, "said-i nurisinin fikirlerini benimsiyorum" diyen ve evinde bu kişiye ait kitapları bulunduran kimseyi 163. maddeden mahkum etmiştir.[864]

B) Militan Demokrasinin Özgürlük Anlayışının İfade Özgürlüğü Tezleri Bakımından İrdelenmesi

Militan demokrasi anlayışının bir önceki başlık altında örneklendirilen biçimi, özgürlük düşmanlarına özgürlük olamayacağı gerekçesiyle temellendirilmiş olmakla birlikte demokrasi ve ifade özgürlüğü tezleri bakımından oldukça sorunludur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, demokrasiyi diğer rejim biçimlerinde ayıran en temel özelliklerden birisi, öngördüğü sisteme karşı görüş ve düşüncelerin savunulmasına izin vermesidir. Demokratik bir toplumda herkesin düşüncesini açıkça savunabilmesi bu rejimin temel ilkelerinden biridir. Bu bağlamda ifade özgürlüğü hakkının bulunmadığı bir rejimi demokratik olarak adlandırabilmek de mümkün değildir. İfade özgürlüğü hakkı, eğer yalnızca toplum çoğunluğunun onayladığı görüşlere ya da rejimi onaylayan ve övenlere tanınacaksa, bu durumda bağımsız bir ifade özgürlüğü hakkını savunmanın bir anlamı da olmayacaktır. Bu hak her şeyden önce, yönetime ve yönetimi elinde bulunduran çoğunluğa karşı savunulabildiği ölçüde bir insan hakkı olma niteliğini koruyacaktır. Kurulu düzenden rahatsız olan ya da düzenin değişmesini isteyen kişilerin bu düşüncelerini açık etmelerinin sınırlandırılması siyasal düşüncenin sansür edilmesi anlamına gelmektedir. Burada belirli görüş ve düşünceler önceden belirlenmek suretiyle yasaklanmış (cezai

[861] Yargıtayın, 9CD 1/4/1977, 77/1088–1006 kararından yapılan alıntı için bkz. Kazan, s. 684.
[862] 9CD 14/12/1977, 77/3814–4118 kararından yapılan alıntı için bkz. Kazan, s. 683.
[863] 9CD 20/10/1976, 76/47-54 kararından yapılan alıntı için bkz. Kazan, s. 685.
[864] 9CD 08/02/1978, 78/454 kararından yapılan alıntı için bkz. Kazan, s. 686.

yaptırıma bağlanmış) olduğu için teknik anlamda bu bir sansürdür. Komünist ya da dine dayalı bir rejimi savunan kişilerin görüşleri kategorik olarak önceden sınırlanmış olduğundan; ancak ağır cezai yaptırımları göze alanlar böyle bir savunuya kalkışacaktır. Kısacası böyle bir yasal sınırlama, gerçekte iki yüz yıldan uzun bir süre önce İngiliz düşünürleri Milton ve Blackstone'un kınadıkları sansür niteliği taşımaktadır.

Siyasal iktidarın (demokratik olma iddiasındaki bir rejimde teknik olarak çoğunluğun) belirli siyasal görüş ve düşüncelerin toplumda dile getirilmelerini sansür etmeleri, bu görüş ve düşüncelerin toplumda işitilmelerini engellemeleri, istenmeyen bu görüş ve düşünceler bir tek kişi tarafından savunuluyor ve destekleniyor olsa bile, Mill'in deyimiyle insanlığın susturulması anlamına gelecektir. Siyasal iktidarın böyle bir hakka sahip olmasının meşruluğunu savunmak, Hobbes'un *Leviathan*'da savunmuş olduğu modeli savunmakla aynı şeydir. Hobbes da siyasal iktidarın devletin selameti için zararlı olduğuna inandığı doktrin ve düşünceleri yasaklayabileceğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla, militan demokrasinin bu biçimi, Hobbes'un savunmuş olduğu görüşlerle paralellik göstermektedir.[865]

İkinci olarak, demokrasinin en iyi rejim olduğunu savunanlar, bu rejimin diğer rejimlerle bir kıyaslamasını yapmakta; eşitlik ve özgürlük gibi kavramların insan onurunun korunmasının vazgeçilmez olduğuna vurgu yaparak bu kavramlara en yüksek değeri veren rejimin demokrasi olduğunu ileri sürmektedirler. Öyle ki, yalnızca demokratik rejim bütün bireyleri eşit kabul eder ve toplumun bütün bireylerinin görüş ve düşüncelerinin eşit olarak toplumsal forumda savunularak karara bağlanmasına izin verir. Demokrasi kuramının temelinde bireylerin özerk ve eşit oldukları ilkesi yatar. Özerklik, bireylerin kendi kararlarını kendilerinin alacakları bir siyasal toplum modeline sahip olmalarını gerektirir. Eşitlik ise bireylerin görüş ve düşüncelerinden dolayı bir ayırıma tabi tutulmamalarını ve bu görüş ve kanaatlerini toplumun diğer üyeleriyle serbestçe paylaşmalarını

[865] Hobbes'a göre hangi görüş ve doktrinlerin barış için zararlı hangilerinin yararlı olduğuna karar verme yetkisi egemene aittir. Öyle ki kitaplar basılmadan önce kimin tarafından incelenerek hangilerinin basılıp hangilerinin basılmayacağına da yine egemen güç karar verecektir. Bkz. Hobbes, **Leviathan**, s. 116.

gerektirir.[866] Bu bağlamda bireysel özerkliğe ve kişinin kendi kendisini gerçekleştirmesine dayalı ifade özgürlüğü tezinin etkin olabileceği tek rejim türü demokrasi olmaktadır. Buradaki bireysel özerklik anlayışı yalnızca konuşmacı (ifade özgürlüğü hakkının ajanı) bakımından değil; T. Scanlon'un savunmuş olduğu biçimiyle dinleyicilerin özerkliğini ihlal etmektedir. Ataerkil (paternalistic) devlet anlayışını yansıtan militan demokrasi anlayışı bireyleri zararlı saydığı görüş ve düşüncelere karşı korumayı hedeflemiş olmaktadır. Scanlon'a göre devletin bu tarz müdahalesi, dinleyici konumundaki bireylerin ahlaki özerkliğini ihlal ve onları aşağılama (insulting) anlamına gelir.[867]

Liberal demokrasi kuramcıları, bireylerin çıkarlarını koruma konusunda rasyonel oldukları ve yine bu çıkarları uzlaştırma noktasında da makul (reasonable) oldukları temelinden hareket eder. Bu bağlamda söz konusu çıkarları en iyi biçimde koruyan ve uzlaştıran rejimin demokrasi olduğunu savunurlar. Önemli bir liberal kuramcı olan Rawls'ın deyişiyle, özgür bir toplumda vatandaşlar, biri diğerinin adalet duyusu hakkında yetersizlik iddiasında bulunamazlar. Böyle bir yargı ancak eşit özgürlük idealinin korunmasının zorunlu olduğu yerde söz konusu olabilir.[868]

Militan demokrasi ise, bireylerin hangi rejimin kendileri için uygun olacağına karar verebilecek yetiye sahip bulunmadıklarını iddia etmek suretiyle gerçekte liberal demokrasinin özgürlük anlayışını değil, totaliter rejimlerin özgürlük anlayışını savunmaktadır. Bir devletin, vatandaşlarının bir takım görüş ve düşünceleri işitmelerinin onları yoldan çıkaracağı gerekçesiyle söz konusu görüş ve düşünceleri bastırması insan onurunu kıran, bireyi aşağılayan bir tutumdur. Bu tutumun bir Devletin yetişkin vatandaşlarına sürekli olarak çocuk muamelesi yapması ve böylece onları vesayet altında tutması anlamına gelmektedir. J. Milton'ın belirttiği üzere, çocuk muamelesine tabi tutulan yetişkinler de çocuk gibi davranmayı sürdürecekler ve böylece de Devletin vesayetinden hiçbir zaman kurtulamayacaklardır.[869]

---

[866] Siyasal düşünce özgürlüğünün içerik olarak sınırlandırılmasının eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacağı konusunda bkz. Tanör, **Siyasi Düşünce**, ss. 179–180.
[867] Scanlon'ın dinleyici odaklı ifade özgürlüğü argümanı için bkz. Thomas M. Scanlon, "*A Theory of Freedom Expression*", ss. 204–208.
[868] Bkz. Rawls, **A Theory of Justice**, s. 219.
[869] John Milton'a ait bu değerlendirmeler için bkz. Vincent Blasi, "*Free Speech and Good Character: From Milton to Brandies to the Present*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002, ss. 61–73.

Buna karşın liberal demokrasi kuramı, yıkıcı fikirlerin savunusunun bastırılmasını, bunların nedenlerini ve gerekçelerini ortadan kaldırmakla; dolayısıyla da toplumu oluşturan bireylerin adalet sistemi ve sosyal politikalar üzerine akla dayalı tartışma ve görüş alış verişini yok etmekle aynı değerlendirmektedir. Bu durumda, temel bir hak olan düşünce özgürlüğü ihlal edilmiş olmaktadır.[870]

Militan demokrasi anlayışının epistemik duruşu, mutlak hakikat anlayışına dayanır. Çünkü bu anlayışa göre halk için en iyi yönetim biçiminin mevcut anayasanın kurmuş olduğu demokratik(!) model olduğu mutlak bir hakikattir. Ne var ki, söz konusu mutlak hakikatin bilgisine halk ulaşamaz; dolayısıyla halkın yalnızca doğru ve kendisi için yararlı görüşlere ulaşmasının devlet eliyle sağlanması gerekir. Anayasanın kurmuş olduğu rejimin ilkeleri *evrensel* ve *yanılmaz* (yanlışlanamaz/infallible) bir niteliktedir. Öyleyse, bu ilkelerin gücünü azaltacak karşı düşüncelerin savunulmasına hatta bilinmesine ne gerek vardır! Halbuki gerçekliğe dayanan Millci bir tez, bu ilkelere karşı ileri sürülen görüş ve düşüncelerin bulunmaması durumunda bu ilkelerin değerini yitireceğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda militan demokrasinin dayanmış olduğu tez epistemik anlamda mutlak hakikat anlayışını benimseyen, ancak bu hakikatin kitlelerce kavranamayacağını ileri süren faşist öğretilere daha yakın durmaktadır. Epistemik anlamdaki bu mutlakçı duruş bu yönüyle de *elitisttir/seçkincidir* ve demokrasinin olanaksız olduğunu savunan düşünürlerin görüşlerini doğrulamaktan öte klasik demokrasi anlayışıyla hiçbir bağlantısı bulunmaz.[871]

Böylece militan demokrasi anlayışı, liberal demokrasi savunucularının en ağır eleştirileri yöneltmiş oldukları (komünist/faşist/şeriatçı rejimlerin) pozitif özgürlük anlayışıyla aynı paralelde yer almaktadır.[872] Düşünce ve görüşler belirli bir süzgeçten

---

[870] Liberalizmin Yirminci Yüzyıldaki önemli kuramcılarından biri olan J. Rawls'un bu yöndeki görüşleri için bkz. Rawls, **Political Liberalism**, ss. 343–348.

[871] Demokrasinin, iddiasının aksine elitist/seçkinci bir rejim olduğunu ve dolayısıyla da imkânsız olduğunu savunan düşünürlerin görüşleri için bkz. Spitz, 38–116.

[872] Militan demokrasi anlayışı, demokrasiyi ve insan haklarını korumak amacıyla demokrasiyi ve insan haklarını yok etmeyi amaçlayan görüş ve düşüncelerin sınırlandırılması gerektiğini savunmaktadır. Düşünce ve görüşlerin bu şekilde kategorize edilerek bir ayırımının yapılması ve kimi görüş ve düşüncelerin yasaklanması, aslında ifade özgürlüğü doktrininin belirli bir ideolojiye dönüştürülmesi anlamına gelir. İfade özgürlüğü doktrini, ifade özgürlüğünün en geniş biçimde olmasını gerektiğini savunanlar kadar bu özgürlüğün hiç olmaması gerektiğini savunanlara da hakkı teslim etme noktasında eşit uzaklıktadır. Militan demokrasi anlayışı, bu bağlamda liberal demokratik bir yönetim kuramından oldukça uzak bir noktada durmaktadır. İfade özgürlüğü savunusunun bir

geçirilerek, zararlı olanlar ayıklanarak halkın bilgisine sunulmakta olduğundan halk zararlı görüş ve doktrinlerden korunmaktadır. Böylece militan demokrasinin bu biçimi totaliter rejim yanlılarının savunmuş oldukları türden bir pozitif özgürlük anlayışına dayanmaktadır.

Ayrıca, militan demokrasinin bu biçimi, kurulu rejime karşı görüş ve düşüncelere karşı ağır yaptırım uygulaması dolayısıyla liberal demokrasinin temel argümanlarından biri olan farklı görüş ve düşüncelere karşı hoşgörülü olma ilkesini reddetmekte ve hoşgörüye dayanan ifade özgürlüğü tezini de dışlamaktadır.

Nihayet militan demokrasi anlayışı, baskı ve zorbalıkla rejim karşıtı görüş ve düşüncelerin ortadan kaldırılabileceğine inanmaktadır. Topluma ve rejime yönelik en sarsıcı görüş ve düşüncelerin serbestçe ifade edilmesine izin verilmesinin, rejimin ve kamu düzeninin korunması (bu kişilerin görüş ve düşüncelerinin bilinmesini sağlama ve ayrıca görüş ve düşüncelerin ifade edilmesinden dolayı bir nefes alma ortamının oluşmasını sağlama) bakımından zararlı olmak bir yana olumlu etkisinin bulunacağını ileri süren ifade özgürlüğü tezlerini de dışlamış olmaktadır.

İfadenin militan demokrasi anlayışı çerçevesinde denetlenmesi, demokrasinin kendi çelişkisini yaratmaktan (self-contradictory) başka bir şey değildir. Bu çeşit bir denetim, bir yandan resmi tezleri ve görüşleri topluma yönetim tarafından dayatmayı sürdürürken, diğer yandan dayanmış olduğu sistemin (demokrasi) en güvenilir ve en doğru sistem olduğunu ileri sürmektedir. Gerçekte bu denetim, sistemin güvenilmez ve her toplum tarafından alt üst edilebileceğini, dolayısıyla da resmi tezlerin dayatılması suretiyle korunması gerektiğini vurgulamakta; ama ne yazık ki, diğer yandan söz konusu denetimleri yapacak olan kurum ve kuruluşlara mutlak olarak

---

ideolojiye dönüşmesiyle ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Frederick Schauer, "*The First Amendment As Ideology*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995, ss. 10–25; Sağlam, militan devlet/militan demokrasi ayırımını yaparak, militan demokrasinin, kimilerince sanıldığının aksine, hak eksenli bir kuram olduğunu savunmaktadır. Sağlam'a göre, "*Unutmamak gerekir ki burada kullanılan militan sözcüğü, soyut anlamda bir devletin değil, özgürlükçü demokratik devletin, yani insan haklarına dayanan devletin bir sıfatıdır. Demokrasinin temel felsefesi açısından önemli olan, 'özgürlüğün temel bir değer olarak korunması ve yasağın bu temel değere hizmet ettiği ölçüde var olması ve uygulanması'dır. Bir ülke, bu hassas dengeyi koruyabildiği ölçüde demokrattır.*" Bkz. Sağlam, "*Mücadeleci Demokrasi*", s. 70; Sağlam'ın, bu görüşlerini özellikle siyasal partilerin örgütlenme özgürlüğü bağlamında ifade etmiş olduğunu burada belirtmek gerekir.

güvenilebileceğini savunmaktadır.[873] Bu argümanlar, özellikle ifadeyi sınırlama konusunda devletin yetkisizliğine ya da siyasal iktidara güvensizliğe dayanan bir tezle birlikte düşünüldüğünde, militan demokrasi anlayışına karşı oldukça güçlü bir eleştiri oldukları görülecektir.

Kısacası, militan demokrasi anlayışının yukarıda ele alınan biçimi, bu çalışmada incelenmiş olan bütün ifade özgürlüğü tezleriyle çatışmakta; bu anlayış çerçevesinde gerçekte *militan demokrasi* kavramında bulunmaması gereken "*demokrasi*" sözcüğüne yalnızca söz olarak yer verilmiş olmaktadır.[874] S. Baer'in belirttiği gibi, militan demokrasi kavramı, demokrasinin ikilemidir, çünkü militan demokrasi bir yandan demokrasiyi savunmayı ve korumayı ilke edinirken diğer yandan böyle bir koruma, demokrasinin terk edilmesiyle sonuçlanabilecektir.[875]

[873] Braun, **Democracy off Balance**, ss. 258–259; Bu görüşler S. Braun tarafından, toplumda nefreti körükleyen ifade kategorilerinin (hate speech) denetlenmesinin gerekliliğini savunanlara karşı ileri sürülmüştür. Militan demokrasi anlayışının özellikle söz konusu kategori ifadeler bakımından bugün Kıta Avrupasında ya da Kanada'da etkin biçimde savunulduğu görülmektedir.

[874] 20 nci Yüzyılın başlarından beri, *demokrasi* evrensel bir kabule sahip olmuştur. Bu bağlamda faşist rejimler dahi kendilerini "demokratik" olarak tanımlamışlardır. Ancak bu tanımlamaların içerikleri, demokratik bir rejimin olmazsa olmazlarının hiçbirisine sahip olmayacak kadar demokrasiden uzaktır. Örneğin, Mussolini rejiminin sözcülerinden biri olan Giovanni Gentile, Italyan rejiminin demokratik bir rejim olduğunu ileri sürebilmiştir. Gentile'a göre İtalya, halkın arzularına uygun biçimde yönetilmektedir. Hocking'in belirttiği gibi gerçekte, bu rejimde "halkın arzuları/istekleri, Duce'nin (Liderin/Mussolini'nin) arzuları" demekti. Bkz. Hocking, ss. 23–24.

[875] Baer, Susanne, "*Violence: Dilemmas of Democracy and Law*", **Freedom of Speech and Incetement Against Democracy**, Ed. by D. Kretzmer/F.K. Hazan, Kluwer Law International, The Hague 2000, ss. 81–82.

Dördüncü Bölüm
İfade Özgürlüğü Hakkının Sınırlandırılması ve İfade Özgürlüğü Tezleri Bakımından Değerlendirilmesi

I) NEGATİF EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE HAKKIN KONUSU VE NORM ALANIYLA SINIRLILIK

A) İfade Özgürlüğü Hakkının Konusu ve Norm Alanı Ayırımı

Özgürlüğün ideal biçimde gerçekleşebilmesi için, gerek pozitif özgürlük yanlılarının gerekse negatif özgürlük yanlılarının ileri sürmüş oldukları argümanların önemli olduğunu yinelemek gerekir. Felsefenin yapmış olduğu bu tartışmaların ideal özgürlük ortamının oluşturulması bakımından, devletin pozitif ve negatif edim yükümlülüklerinin belirlenmesindeki katkısı açıktır. Devletin pozitif edim yükümlülüğü bakımından ifade özgürlüğü hakkının konusu ve norm alanının belirlenmesi işinin ardından sıra, devletin negatif edim yükümlülüğü açısından hakkın konusunun ve norm alanının belirlenmesine gelmiştir. Ancak hakkın norm alanı belirlendikten sonra, hakkın sınırlanmasıyla ilgili tartışmalara geçilebilir. Zira *sınırlama*, meşru bir amaçla hakkın *norm alanı* üzerinde yapılmaktadır.

Negatif özgürlük anlayışı açısından ifade özgürlüğü hakkının *konusunun* öncelikle belirlenmesinin pratik bir yararı bulunmaktadır. Hakkın konusu içerisine giren *ifadenin,* kural olarak hakkın *norm alanı* içerisinde olduğu varsayılır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ifade özgürlüğü hakkının *konusunu*, hakkın kurumsallaştırılmasıyla ilgili olarak devletin olumlu edim yükümlülüğünün yanında, her türlü *ifade* oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü hakkını düzenleyen uluslararası insan hakları belgelerinde, hakkın norm alanı üzerinden, ifade üzerinde bir kısıtlama yapılmamıştır. Örneğin, MSHS'nin 19. maddesinde (2 No'lu bendinde), herkesin

ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğundan söz edilmektedir.[876] Aynı biçimde, AİHS m. 10'da, "Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir"[877] ifadesine yer verilmiştir. Ancak MSHS m. 20, AİHS m. 11'de düzenlenen toplantı ve dernek kurma hakkının *norm alanı*, "*barışçıl/peaceful*" ibaresi ile *daraltılmıştır*.[878]

Hakkın norm alanı üzerinde yapılan daraltmaya verilebilecek bir başka örnek ise, eski SSCB Anayasasının 50. maddesinde yer alan düzenlemedir. Buna göre, "*Halkın çıkarlarına uygun olarak ve sosyalist sistemi güçlendirip geliştirmek amacıyla, SSCB vatandaşlarının söz, ... hakları güvence altına alınmıştır."* Bu maddenin koruma kapsamına aldığı hakların ancak, "*halkın çıkarlarına uygun olarak*" ve "*sosyalist sistemi güçlendirip geliştirmek amacıyla*" kullanılabileceği açıkça öngörülmüş ve böylece güvencenin kapsamında bir daraltmaya gidilmiştir.[879] Başka bir anlatımla, bu madde kapsamında, örneğin, "*halkın çıkarlarına uygun olmayan*" bir ifade, hakkın *norm alanı*, dolayısıyla da hakkın koruması dışında kalacaktır. Burada artık, *"halkın çıkarlarına uymayan"* ifadenin *sınırlandırılmasından* da söz edilmeyecektir.[880]

Benzeri bir daraltmanın ifade özgürlüğü hakkı üzerinde yapılmamış olduğu görülmektedir. Bu durum karşısında, Sözleşmelerde belirtilen "*ifade*" kavramı içerisine giren her türlü *ifadenin,* ifade özgürlüğü hakkının norm olanı içerisinde bulunduğu sonucuna varılacaktır.

Bununla birlikte ifade özgürlüğünün konusu içerisinde olsa bile, bütün ifadeler iletişimsel etkilerine karşın, hakkın norm alanı içerisinde bulunmayabilirler. İfade özgürlüğü hakkı, bir takım ifadeleri korurken diğer bir takım ifadeleri

---

[876] Sözleşmenin İngilizce metninde yer alan cümle şöyledir: "Everyone shall have the right to *freedom of expressin*;"… (vurgu bize aittir).

[877] Sözleşmede yer alan ibarenin İngilizcesi şöyledir: "Everyone has the *right to freedom of expression*." (vurgu bize aittir).

[878] Alman hukukçusu Müller'in norm alanının daralması konusunda vermiş olduğu bu örnek için bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, s. 49; Temel hak ve özgürlüklerin norm alanının daraltılması konusunda ayrıca bkz. Uygun, **1982 Anayasası**, ss. 54 vd.

[879] Uygun, **1982 Anayasası**, ss. 56–57.

[880] Norm alanının belirlenmesinin son derece önemli sonuçları vardır. Çünkü hakkın norm alanı içerisinde kalan ifadelerin sınırlanmasında, uygulanan sınırlamanın bir takım koşulları/ölçütleri sağlaması gerekecektir. Örneğin, meşru bir sınırlama nedeninin bulunduğu bir durumda dahi sınırlamanın, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı, yapılan sınırlamanın hukuksal bir dayanağının bulunup bulunmadığı ya da sınırlamanın izlenen amaçla orantılı yapılıp yapılmadığı gibi bir takım ölçütleri sağlaması ve testleri (özellikle ABD hukukunda uygulanan) geçmesi söz konusu olmaktadır. Halbuki norma alanı dışında kalan ifadeler bakımından bu ölçütlerin denetiminden söz edilmeyecektir.

korumamakta, yani *norm alanının* dışında tutmaktadır. Hakkın koruduğu ifadelerin belirlenebilmesi, öncelikle "*ifade"* kavramının tanımlanmasına bağlıdır. *İfade* genellikle *eylemden* ayrı olarak ele alınmakta ve eyleme göre daha fazla bir koruma görmektedir. Ancak neyin eylem neyin ifade olduğu her zaman kolaylıkla belirlenememektedir. Bu konuda kimi yazarlar, semantik teoriye (anlam bilimi) gönderme yaparak konuya bir çözüm bulma eğilimindedirler.[881]

Gerçekten de kimi ifadeler, dış dünyada bir takım değişiklikleri doğrudan sonuç verebilecek bir nitelikte olabilmektedir. Böyle bir değişikliği yaratma niteliğine sahip olan ifadeler, meydana gelen değişiklik hukuk düzeninin haklı olarak korumadığı ve genellikle de suç saydığı bir durum olduğunda hakkın norm alanının dışında kalmaktadır. Kimi durumlarda ise, bir *eylemin* kendisi *ifade* olabilmekte ve ifade özgürlüğü hakkı kapsamında korunabilmektedir. Dilin temel fonksiyonu haberleşme olmakla birlikte, haberleşme yalnızca sözcüklere bağlı değildir; kimi eylemler de dilin söz konusu haberleşme fonksiyonunu yerine getirebilmektedir.[882]

Denilebilir ki, negatif özgürlük konsepti içerisinde ifade özgürlüğü hakkının konusunu, sözcüklerden oluşan ifadelerle (dil/language) birlikte, haberleşme etkisine sahip kimi eylem ve davranışlar (acts/conducts) oluşturabilir. İfade özgürlüğü hakkının norm alanını ise hakkın koruduğu ifadeler oluşturmaktadır. Bu bağlamda, bir kimsenin memura yapmış olduğu rüşvet teklifi (performative speech act) bir *ifade* olduğu gibi, bir siyasetçinin kuklasını ya da haç/bayrak vs. yakma eylemleri de bir *ifade* olabilir ve ifade özgürlüğü hakkının konusu içerisine girer. Gamalı haç takma ya da başörtüsü giyme eylemleri de birer sembolik ifade olabilirler. Ancak bu eylemlerin iletişimsel etkilerinin bulunması gerekir. Bir kimsenin eskimiş ve küflenmiş bir bayrağı evde yer kaplamasın diye yakması durumunda böyle bir iletişimin varlığından söz edilemeyecek, dolayısıyla da bu eylem bir ifade sayılmayacaktır. [883]

Benzeri biçimde, soğuktan üşüyen bir kimsenin başını örtmesi de ifadenin iletişimsel etkisinden yoksun, ifade özgürlüğü hakkı ile ilgisi bulunmayan bir eylem

---

[881] Bu konudaki tartışmalar için bkz. Rae Langton, "*Speech Acts and Unspeakable Acts*", **Philosophy and Public Affairs**, 22 (1993) yayınlanmış olan makale için **Freedom of Communication**, ss. 95-129; Ayrıca bkz. Sadurski**, İfade Özgürlüğü**, ss. 98–100.
[882] M. Ruth Kempson, **Semantic Theory**, Cambridge University Press, Great Britain 1977, ss. 47.
[883] Trager/Dickerson, ss. 15–30.

niteliğinde olacaktır. Bununla birlikte, laikliğe karşı olduklarını vurgulamak için türban takanların eylemleri siyasal ifade niteliğinde olacaktır. Ancak yalnızca dini inançlarını yerine getirmek için başlarını örtenlerin bu eylemleri, yine bir ifade olmakla birlikte siyasal ifade niteliğinde olmayacaktır. Bu son durumda konu, ifade özgürlüğünden çok din ve vicdan özgürlüğü ilgili olacaktır.

Alman hukukunda Müller tarafından verilen şu örnekler, hakkın konusu ve norm alanının açıklanabilmesi açısından yararlıdır. Müller, oyma yapmak, işlemek (ve böylece sanatını icra etmek) amacıyla odun çalan heykeltıraşın çalma eyleminin ifade özgürlüğü hakkının norm alanı dışında kaldığını belirtmektedir.[884] Öncelikle söylemek gerekir ki, verilen örnekte odun çalma *eylemi* başlı başına bir *ifade* değildir. Bu durum, eylemin sözcüklerle aktarılmamasından değil; fakat *eylemin* herhangi bir haberleşme/iletişim etkisine (communicative effect) sahip olmayışından kaynaklanmaktadır. Savaş karşıtı olan bir kimsenin, askeri bir malzemeyi tahrip etmesinde eylem, söz konusu haberleşme etkisine sahiptir ve ifade özgürlüğü hakkının konusu içine girer. Fakat Müller tarafından verilen örnekteki durum böyle değildir; oradaki eylem bizatihi bir ifade olma niteliğinden uzaktır.

Bu halde değerlendirmenin devletin pozitif edim yükümlülüğü açısından yapılması gerekmektedir. Schauer'in Hyde Park örneğinde olduğu gibi söz konusu odunu alamayacak durumdaki bir heykeltıraşın özgül durumda (sanatsal) ifade özgürlüğünü gerçekleştirmesi olanaklı olmayacaktır. Burada bir özgürlük engeli söz konusudur ve bu engelin nitelikli bir koşul olup olmadığı incelenmelidir. *Odun temini* eğer nitelikli bir koşul ise, odun çalmanın da ifade özgürlüğünün konusuna dahil olduğu söylenebilir. Olayı *hırsızlık* boyutunun dışında ele almak, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayabilir. Şöyle ki, söz konusu sanatçının odun satın alabilecek parasının olmadığı ve devlete, kendisine bu olanağı (para ya da odun) sağlaması için bir başvuru yaptığı düşünülsün. Devletin bu başvuruyu reddetmesi halinde, sanatçı bu özel durumda ifade özgürlüğünü gerçekleştiremeyecektir. Burada bir özgürlük engeli ortaya çıkmaktadır. Devletin sanatçıya odun sağlamaması, ifade özgürlüğü hakkı ihlali midir? Bu durum, bir kimsenin basın tesisi kurmak üzere devletten kredi

[884] Müller'in "*odun çalma*" örneğinde, konu sanat özgürlüğü açısından ele alınmıştır. Sanat özgürlüğü, uluslararası insan hakları hukukunda, ifade özgürlüğünün kapsamı içerisinde yer almaktadır. Bu bağlam içerisinde, konuyu *sanat* ya da *ifade* özgürlüğü olarak ele almanın, konumuz bakımından bir fark yaratmadığını belirtmek gerekir. Sağlam, **Hakların Sınırlaması**, s. 50.

ya da teşvik istemesiyle aynı nitelikte bir olaydır. Etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulabilmesi için basının devlet tarafından desteklenmesi gerektiği savunulabilir. Böyle bir fonksiyonalist tezin, basına sağlanması gereken olanakları norm alanı kapsamına alması düşünülebilir. Ama yine de bu konu devletin pozitif edim yükümlülüğünün kapsamı açısından oldukça tartışmalı bir konu olacaktır.[885] Odun sağlanması olayında ise ifade özgürlüğü sistemiyle ilgili bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Dolayısıyla, ideal bir ifade özgürlüğü hakkının gerçekleşmesi için, sanatçıya odun sağlanmasının gerekli olduğu ileri sürülse bile, odun çalma eylemi, ifade özgürlüğünün konusu dışında kalacaktır.

Özgürlüğün ideal biçimde gerçekleşebilmesi için gerekli ortamın hazırlanması kuşkusuz devletin görevidir. Ancak bu ortamın devletin sahip olduğu olanaklara bağlı olarak gerçekleşebileceği de gözden uzak tutulamaz. Sınırlı pozitif özgürlük anlayışının benimsediği biçimde, insan onuruna dayalı bir insan hakları anlayışının sosyal ve ekonomik hakları, insan haklarının ayrılmaz bir parçası olarak gördüğü dikkate alınırsa sorunun farklı bir boyutta çözümlenmesi gerektiği anlaşılır. Eğitimsizlik de odun eksikliğine benzer biçimde bir özgürlük engeli olduğu gibi, işitme bozukluğu olan bir kimsenin sağlık sorunu da bir ifade özgürlüğü sorunu (bir özgürlük engeli) oluşturabilir. Ancak bütün bu özgürlük engelleri ifade özgürlüğü hakkı bağlamında niteliksiz birer karakter koşul olarak görülmelidir. Bunlar ifade özgürlüğünün konusu içerisinde değil; (verilen sıraya göre) eğitim hakkının ve sağlık hakkının konuları içinde değerlendirilmeli ve çözümlenmelidir. İfade özgürlüğü hakkının konusu dışında kalan bir koşulun ifade özgürlüğü hakkının norm alanı açısından incelenmesine gerek bulunmamaktadır. Hakkın norm alanı, yalnızca hakkın konusu içinde kalan unsurlar bakımından söz konusu edilebilir.

Bununla birlikte yine Müller tarafından verilen şu örnek hakkın norm alanının belirlenmesi bakımından önemli bir tartışma konusu olabilir. Müller, bir ressamın, bir cadde ortasında dörtyol ağzında sehpasını kurup resim yapmak isteyen bir kimsenin yapmak istediği bu faaliyetin hakkın norm alanı dışında kalacağını ileri sürmektedir. Cadde ortasında resim yapmak, sanatsal bir faaliyettir. Bu faaliyetin, cadde ortasında yapılmasının asıl olmadığı, atölyede yapılmasının asıl olduğu,

[885] Devletin pozitif edim yükümlülüğün kapsamı ile ilgili tartışmalar İkinci Bölüm içerisinde yapılmıştır.

Müller'in kendi nesnel sınırlar öğretisine göre savunulabilir mi? Eğer böyle bir faaliyetin hakkın norm alanında olmadığı söylenebilirse, ifade özgürlüğü üzerinde yapılan *sınırlamaların* büyük bir bölümünün gerçekte birer sınırlama olmadıkları; fakat hakkın *norm alanın* dışında kalan düzenlemeler oldukları pekala söylenebilecektir. Örneğin, gece belirli bir saatten sonra yapılacak toplantılarda konuşmalar için bir ses sınırı konulması ya da el bildirisi dağıtımının çevre kirliliğinin önüne geçilebilmesi amacıyla yasaklanması durumunda bir *sınırlamadan* değil; *norm alanı* dışında kalan düzenlemelerden söz edilecektir. Aynı biçimde saldırgan nitelikli savaş kışkırtıcılığı, hakaret ve sövme ya da şiddete tahrik ve teşvik eden bütün ifadelerin hakkın norm alanı dışında kaldıkları söylenebilecektir.

Belirtilen bu durumları, hakkın norm alanı dışında kaldığını söyleyerek hakkın koruması dışına çıkarmak, ifade özgürlüğü hakkını oldukça dar bir alana hapsedecek ve devlete ifadeyi sınırlama konusunda geniş bir takdir yetkisi sunacaktır. Gerçekte verilen bu örneklerde, kimi durumlarda bir yer, zaman ve yöntem; kimi durumlarda da bir içerik sınırlamasından söz edilecektir. Müller'in varmış olduğu bu sonuçları yadırgamamak gerekir; çünkü bilim ve sanat özgürlüğünün mutlak olarak düzenlendiği Alman hukukunda, *norm alanı* kavramının bu şekilde yorumlanması, sözü edilen *sınırlamaları* haklılaştırmanın bir yolu olmaktadır.

B) Söz Edimleri Kuramı ve Semantik İnceleme

Klasik liberal kuram, ifadenin (speech) zararlı olabileceği yönündeki tezleri oldukça sınırlı durumlar dışında yadsır. S. Baer bunun libertarian bir retorik olduğunu söylemektedir. İfadenin zararlı olabileceğini kabul eden liberaller de, bu zararın fiziksel olarak (eylemle) meydana getirilen zarardan farklı ya da en azında daha düşük düzeyde bir zarar olduğunu ileri sürmektedirler.[886] Karşı tezler ise, ifadenin de en az eylemler kadar etkili ve zararlı olabileceğini ileri sürmektedirler. Bu durum, ifade üzerine semantik bir analizi zorunlu kılmaktadır.

[886] Bkz. Baer, "*Violence…",* s. 81.

Aslında sözcüklerin soyut birer varlık olmaktan öte kimi zaman doğrudan birer *eylem* oldukları tezi (genel olarak söz edimleri/speech acts) felsefenin önemli tartışma konularından biri olmuştur.[887] Bu bağlamda, *"kalem kudretli bir kılıçtır"*[888] ifadesi dilin ne kadar etkili olabileceğine yapılan bir vurgudur.[889] Bu, özellikle *"sopalar ve taşlar kemiklerimi kırabilir, fakat sözcükler asla beni yaralayamaz*" biçiminde ifade edilen bir İngiliz atasözüyle temellendirilen ifade özgürlüğü anlayışına karşı bir duruştur. Bu aslında, sözcüklerin fiziksel bir varlığı olduğunu kabul eden ve ağızdan çıkan her sözcüğün aynı zamanda bir varoluş sürecini başlatan ya da en azından bu süreci etkileyen bir yapısının bulunduğunu savunan eski inanışlarla paralel bir duruştur.[890]

Pek çok yazar, ifadenin (yalnızca sözcüklerden oluşmuş olsa bile) taşlar ve sopalar kadar etkili olabileceğini ileri sürmekte[891] ve bu gerekçeyle de kimi ifade kategorilerinin sınırlandırılması gerektiğini savunmaktadırlar.[892]

J.L. Austin tarafından ortaya atılan söz edimleri (speech acts) kuramına göre insan, dili bir şeyleri gerçekleştirmek ya da yaptığı şeyleri betimlemek üzere kullanır.

---

[887] Kent Bach, "Speech Acts", Routledge Encyclopedia of Philophy, http://www.sfsu.edu/kbach/spchacts.htm

[888] Bu deyimin orijinali, "*The Pen is Mightier than a Sword*" (kalem, kılıçtan daha kudretlidir), biçimindedir ve ilk kez bir İngiliz romancı (Edward George Bulwer Lytton, 1803–1873), tarafından kullanılmıştır. Bkz. http://humanities.byu.edu/elc/student/idioms/proverbs/the_pen.html (Çevrimiçi: 02/9/2006).

[889] James Tully, "*The Pen is a Mighty Sword*", **Meaning and Context: Quentin Skinner and His Critics**, Ed. by James Tully, Princeton University Press, New Jersey 1998, ss. 8 vd.

[890] Sözcüklerin varoluş sürecini biçimlendirdiği yönündeki eski inanışların bu gün de geçerli olduğunu savunan bir çalışma için bkz. Diana Glancy, "*Speaking the Corn into Being*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995, ss. 278–282.

[891] Sözcüklerin özellikle çocuklar üzerinde son derece somut ve tehlikeli sonuçları olduğu konusunda ampirik çalışmalar da ortaya konulmuştur. İfadenin çocuklar üzerindeki etkileri kuşkusuz ayrı bir tartışma konusudur. Burada ifadenin yetişkinler üzerindeki etkileri, özellikle de duygusal acı ve eleme yol açtığı gerekçesiyle sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. İfadenin çocuklar üzerinde, son derece olumsuz somut etkilere yol açabileceği konusunda bkz. James Garbarino / Ellen deLara, **And Words can Hurt Forever: How to Protect Adolescent from Bullying, Harresment and Emotional Violence**, The Free Press Publishing, NY 2002, özellikle ss. 1–15; Kimi yazarlara göre, bu durum yalnızca çocuklarla sınırlı değildir: Taşların ve sopaların açmış olduğu yaralar kısa zamanda iyileşebilirse de sözcüklerin açmış olduğu yaraların yaşam boyu terapilere rağmen iyileşmedikleri görülmektedir. Örneğin bkz. Deborah Lindsey, "*In the Beginning There was the Word*", http://www.selfhealthandawarenesscenter.com/power_of_words.htm , (Çevrimiçi, 11/09/2006).

[892] Örneğin bkz. Mari J. Matsuda, "*Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*", **Words That Wounds: Critical Race Theory, Assaultive Speech and The First Amendment**, by M.J. Matsuda/C.L. Lawrence/R. Delgado, Westview Press Inc., USA 1993, ss. 17–52.

Dil ayrıca söz verme, onaylama, eleştirme ya da aşağılama gibi diğer pek çok işlevi gerçekleştirmek için de kullanılır.[893] Söz edimleri (speech acts) doğrudan söz edimleri şeklinde ortaya çıkabilecekleri gibi dolaylı söz edimleri olarak da kullanılabilirler.[894]

Austin'e göre bir tümceyi kullanan kişi, üç ayrı eylemle ilişki içerisinde bulunur. İlk olarak, kişi tümceyi belirli/certain bir anlamı iletmek için kullanır. Burada kişinin kullandığı cümleye belirli bir anlamı yükleme eyleminden söz edilir. Austin, bu durumu *locutionary act* olarak tanımlamaktadır. İkinci olarak, kişi yapmış olduğu bu ifade eylemi dolayısıyla bir övgüyü, eleştiriyi ya da anlaşmayı/uyuşmayı gerçekleştirmeyi hedeflemiş olabilir. Burada bir *illocutionary act*'in varlığından söz edilir. Nihayet kişi ifade eylemini, ifadenin muhatabının (dinleyicinin) belirli yönde bir tepki (yanıt) vermesini sağlamak amacıyla gerçekleştirebilir. Bu halde de bir *perlocutionary act*'in varlığı söz konusu olmaktadır.[895]

"*Bisiklet kullanabilir misiniz?"* sorusunu yönelten kişi doğrudan bir söz edimi gerçekleştirmektedir. Ancak, kapıdan içeri giren bir kimseye, *"kapıyı açık unuttunuz"* ifadesini yönelten kimse dolaylı bir söz ediminde bulunmaktadır. Konuşmacı muhatabından kapıyı kapatmasını istemektedir. Ancak bu, birincil söz edimine bağlı olarak değil, söz ediminin gerçekleştiği bağlama göre belirlenebilecek bir durum olmaktadır. Aynı biçimde, bir turistin, *"pardon! Hilton otelinin nerede olduğunu biliyor musunuz?"* sorusuna, *"evet gayet iyi biliyorum"* yanıtını verdikten sonra yürüyüp giden bir kişinin, ikincil söz edimini dikkate almadığı, konuşmacıyı tam olarak anlamadığı var sayılacaktır. Burada konuşmacının, soruyu yönelttiği kişiden beklentisi, *biliyorsa otelin yerini kendisine tarif etmesidir*.[896]

Yatmak istemeyen çocuğa karşı annenin, "*ışığı söndüreceğim*" tümcesiyle, öncelikle ışığı söndürme olgusuna işaret ettiği söylenecektir *(locutionary act)*. Bu, ışığın düğmesini kapatmak suretiyle söndürülmesinin dış dünyada oluşturacağı gerçekliktir. Burada anne, çocuğa yönelik bir tehdit eyleminde de bulunuyor olabilir (*illocutionary act*). Nihayet anne, çocuğun sessiz olmasını ve uyumasını sağlamak amacıyla bu sözü sarf etmiş de olabilir *(perlocutionary act)*. Bu eylemler arasında bir

[893] Kempson, s. 50.
[894] George Yule, **The Study of Language**, Cambridge University Press, Great Britain, 1985, s. 101.
[895] Kempson, s. 50.
[896] Yule, s. 101.

ayırımın yapılması ifadenin anlamının her bir durumdaki anlamını belirlemek açısından önem taşımaktadır. İkincil söz edimlerinin *(illocutionary acts)*, birincil söz edimleriyle *(locutionary acts)* anlam bütünlüğü içerisinde olması gerekmez. Işığı söndürme olgusunu anlatan birincil edim, lingustik olarak ikincil edimle doğrusal bir bağlantıya sahip değildir. Bağlamdan (*context*) bağımsız olarak düşünüldüğünde herhangi bir tehdit iması bu tümceden çıkarılamaz.[897]

Özetle bir tümce, öncelikle belirli bir anlamı taşır *(locutionary)*, bir güç/zorlama imasını *(illocutionary force)* içerebilir ve dinleyiciyi belirli biçimde yanıt vermeye sevk etmeyi hedefleyebilir. Tümcede kullanılan sözcüklerle ikincil söz edimi *(illocutionary act)* arasında doğrudan bir ilişkinin olması da gerekmez.[898]

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, ikincil (illocutionary) ve üçüncül *(perlocutionary)* söz edimlerinin birer ima *(implication)* olmalarıdır. İfade özgürlüğü ile ilgili bir çözümlemede bunun üstünde ayrıca durulmaya değerdir.[899]

---

[897] Kempson, s. 51.

[898] Kempson, bunu şu örnekle açıklamaktadır: "*James bu geceki partide olacak*" tümcesini ifade eden konuşmacı, muhatabının James ile uzun yıllar birlikte yaşamış kişi olduğunu düşünerek bir uyarı niteliğinde bu sözleri ifade etmiş olabilir. İkinci olasılıkta, James'in, dinleyicinin hayranı olduğu ünlü bir yazar olduğu düşünüldüğünde, dinleyiciye karşı bir övünme olarak da bu sözler konuşmacı tarafından söylenmiş olabilecektir. Dolayısıyla, ikincil söz edimleri (illocutionary acts) kullanılan sözlerden bağımsız olarak ortaya çıkabilmektedirler. Bkz. Kemson, s. 60.

[899] Söz edimleri (speech acts) kuramının, ifade özgürlüğü hakkının norm alanına etkileri bakımından iki durum söz konusu olabilir: Birinci durumda, ifade eylemleri ya doğrudan bir eylem olarak görülmekte ve buna göre sınırlandırılmaları gerektiği söylenebilir ya da ifadenin eylemle arasındaki doğrudan ve yakın ilişki nedeniyle sınırlandırılmaları gerektiği savunulabilir. İkinci durumda ise, ifade eylemlerinin teknik anlamda eylemle bir ilişkisinin olup olmadığına bakılmaksızın, ifadenin kendisi bir eylem olarak kabul edilerek sınırlandırılması gerektiği savunulabilir. İfadenin doğrudan bir eylem olarak görüldüğü duruma, kiralayanın, kiralık katile "tetiği çek" komutu gösterilebilir. Katilin tetiği çekmesi durumunda, komutu veren de birinci dereceden fail olarak görülür. Kalabalık bir tiyatroda "yangın var!" diye bağıranın durumu da, ifadenin eylemle doğrudan ve yakın ilişkine verilebilecek bir örnek olmaktadır. Burada, sınırlandırılan ifadenin içeriği olmayıp, yer, zaman ve yönteme bağlı bir sınırlama olmaktadır. Örneğin, Tiyatronun çıkışlarının, orada bulunanların tahliyesi bakımından hiçbir tehlike oluşturmadığı durumda, "yangın var" ifadesinin sınırlandırılması da –en azından açık ve yakın tehlike kriterine dayalı olarak söz konusu olmayacaktır. İfadenin müstehcen tanımı içine girdiği ya da hakaret ve sövme oluşturduğu durumlarda ise sınırlama içeriğe dayalı olarak yapılmaktadır. Özellikle hakaret ve sövme oluşturan ifadelerin sınırlanması, ifadenin herhangi bir eylemle ilişkisi dolayısıyla değildir. Burada sınırlama, doğrudan ifadenin içeriğine yönelmektedir. Bu yüzden her bir olayda, ifadenin içeriğinin hakaret ve sövme oluşturup oluşturmadığının bütün ifade özgürlüğü tezleri de dikkate alınarak, lingustik ve semantik analizler ışığında ortaya konulması gerekmektedir. Bu da çoğunlukla oldukça karmaşık ve sınırları kolaylıkla belirlenemeyen bir analizin yapılması anlamına gelmektedir. Zira dil, yapısı gereği söz konusu karışıklık ve belirsizlikleri taşır. Dolayısıyla burada yapılması gereken ilk iş, söz edimlerinin birincil, ikincil ve üçüncül biçimlerinin ortaya konulmasıdır. İkincisi ise, ifade-eylem ilişkisinin yine söz edimleri çerçevesinde çözümlenmesi olacaktır. Bu son durum "icrai söz edimleri" olarak ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

İkincil ve üçüncül söz edimlerinin açık olmadığı durumlarda, sözlerin ima ettiği anlamlara dayanılarak hakkın sınırlandırılmaması gerekir. İkincil ve üçüncül söz edimlerinin açık bir kesinlikte olmadığı durumlarda (*olabilirliğin* söz konusu olduğu bütün durumlar böyle sayılmalıdır) yalnızca birincil söz edimi açısından bir değerlendirme yapılabilir. Annenin çocuğuna "*ışığı kapatacağım*" biçimdeki sözü yalnızca ışığı kapatma olgusu olarak ele alınabilir. Zira ikincil ve üçüncül söz edimleri objektif bir kesinlik içerisinde belirlenebilir değildir. Böyle bir sonuca ancak yorum yoluyla varılabilmektedir. Böyle bir yoruma izin vermek, ifade özgürlüğü üzerinde devletin keyfi tasarruf etmesine izin vermekle aynı kapıya çıkar.

Bir terör örgütünün elebaşı olarak on binlerce insanın ölümünden sorumlu olduğu mahkeme kararlarıyla belirlenmiş olan bir kişi hakkında "*sayın*" ifadesini kullanan konuşmacının durumu nedir? Konuşmacının ifadesi, birincil söz edimi *(locutionary act)* olarak hukukun ilgi alanının dışında kalır. Konuşmacı, ikincil söz edimi *(illocutionary act)* ile sözcüğün yakıştırıldığı kimsenin övgüye değer olduğunu, böylece bu kişiyi ve işlerini takdir ettiğini açıklamak istiyor olabilir. Nihayet konuşmacı, üçüncül söz edimiyle *(perlocutionary act)* ifadenin muhataplarına (dinleyicilerine), bu kişinin izlediği yolu takip etmelerini, onun hedeflerini gerçekleştirmelerini arzu ediyor olabilir.

Bu durumda, konuşmacının işlenmiş bir suçu ve suçluyu övdüğü sonucuna varılarak cezalandırılması, yani bu ifadenin hakkın koruması dışına çıkarılması gerekir mi? Bu soruyu yanıtlamadan önce şu örneğin üzerinde durmak gerekir. Vatandaş (A) nın bir kamu kurumundaki işiyle ilgili olarak dosyasının durumu hakkında görevli memurdan bilgi istemesi üzerine, görevli memurun yanıt olarak, *"senin işin uzar, görüyorsunuz çok yoğun çalışıyoruz"* dediğini düşünelim. Memurun kullanmış olduğu bu ifadenin Austin'in kuramı çerçevesindeki çözümlemesi şöyle olabilir: Birincil söz edimiyle memur, çok yoğun çalışmalarına karşın vatandaşın işinin tamamlanmasının zaman alacağını ifade etmektedir. İkincil söz edimiyle, memur vatandaştan rüşvet beklentisi içinde olduğunu (bunun da emeğinin bir karşılığı olduğunu) ifade etmek istiyor olabilir. Nihayet, memur üçüncül söz edimiyle sözün muhatabının belirli bir eylemi gerçekleştirmesini (kendisine bir miktar para vermesini) arzuluyor olabilir. Bu durum karşısında, memurun rüşvet talebinde bulunduğundan söz edilebilir mi? İkincil ve üçüncül söz

edimleri için olasılık ne kadar yüksek olursa olsun memura hukuken izafe edilemezler. İfadenin korunup korunmayacağı birincil söz ediminin yorumuyla sınırlıdır.

Benzeri bir durum toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, "*ordu göreve*" şeklinde açılan pankartlar hakkında da söz konusu edilebilir. Kullanılan ifade, birincil söz edimi açısından ordunun belirli bir görevi yerine getirmeye çağrılması şeklinde anlaşılabilir. İkincil söz edimi açısından bakıldığında ordunun demokratik, laik rejimi koruma görevini savsadığı ve söz konusu görevini yerine getirmesi çağrısında bulunuluyor olabilir. Üçüncül söz edimi olarak, ordunun demokratik laik rejimi içinde bulunduğu tehlikeye karşı korumak için yönetime el koymaya *(coup d'etat*) çağrılması söz konusu olabilir.

Dil bilimi (*linguistic*) ve anlam bilimi açısından (*semantics*), burada birincil söz edimi dikkate alındığında, ifadenin hukuk açısından bir sorun oluşturması beklenemez. Zira kullanılan ifade ordunun göreve çağrılmasından ibaret olup, bu görevin bir tanımlanmasını yapmamaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi ikincil ve üçüncül söz edimlerinin olasılığa bağlı olması, ifadeyi sınırlamak için yeterli bir neden oluşturmamalıdır. Olasılık, çoğunlukla bir niyet okuması temeline dayanmaktadır. Lingustik ve semantik açıdan dilin bu türden olasılıkları yapısında barındırdığı düşünülürse, ikincil ve üçüncül söz edimlerine dayalı bir sınırlandırma ifade özgürlüğünü ortadan kaldırma riskini her zaman taşır.[900]

İfade özgürlüğünün temel sorunlarından biri olan, konuşmacının kastının araştırılması büyük ölçüde ifadenin yorumlanması üzerinden yapılmaktadır. İfadenin yorumu ise lingustik ve semantik bir analizi gerektirmektedir. Lingustik analiz, kullanılan sözcüklerin anlamları üzerinden yapılmaktadır. Semantik analiz ise, anlam bilimiyle ilgili olarak hem anlamı (*meaning*) hem de bağlamı (*context*) içine alacak biçimde kapsamlı bir analiz olmaktadır. İfadenin içeriği üzerinde yapılan lingustik ve semantik analizlerde, öncelikle birincil söz edimleri dikkate alınmalıdır. Çünkü ikincil ve üçüncül söz edimleri, ifade özgürlüğü hakkını sınırlamayı haklı

[900] Konunun ikinci yönünün lingustik ve semantik bir analizle ilgisi yoktur. Bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılanların açmış oldukları pankartın orduyu yönetime el koymaya çağırmasının (bunun birincil söz edimiyle gerçekleşmiş olması olasılığında dahi) sınırlanmasının ifade özgürlüğünü ihlal edip etmemesiyle ilgilidir. Bir kamu kurumu olan ordunun ve üyelerinin kamu görevlisi oldukları düşünüldüğünde, görevle ilgili olarak tanımlanacak bir çağrının bu kurumu suç işlemeye özendirmesini düşünmek biraz tuhaf bir durum olacaktır.

gösterebilecek bir kesinliğe sahip değildirler. Bunlar, ifadenin anlamını ortaya çıkarma bakımından bir olasılıkla (İngilizcede "*may*" kipiyle) ifade edilirler. Bununla birlikte, ikincil ve üçüncül söz edimlerinin belirlenmesi, ifade özgürlüğünün lehinde bir sonuç veriyorsa, bu konuda bir araştırmaya girişilebilir. İkincil ve üçüncül söz edimleri araştırması, ifadenin kullanıcısının, birincil söz edimine ilişkin kastını ortaya koyabilmek için bir yöntem olarak kullanılabilir.

Bu konuda yakın tarihli bir davada Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay CGK) tarafından verilmiş bir içtihat, söz edimleri araştırması bakımından bir örnek olarak kullanılabilir. Yargıtay CGK, söz konusu içtihadında, 765 Sayılı TCK'nın 159. maddesi kapsamına giren bir olayı değerlendirmiştir.[901]

Yerel Mahkemece verilen mahkumiyet kararındaki gerekçeler Yargıtay 9. Dairesince onanmış, bunun üzerine karar Yargıtay C. Başsavcılığınca YCGK önüne taşınmıştır. Yargıtay Başsavcılığı tarafından yapılan inceleme, konumuz bakımından önemli bir değer taşımaktadır. Burada Başsavcılık, öncelikle davaya konu olan ifadelerin iki farklı algılanma biçimi olduğunu; bunlardan birinin sanığın hakaret kastının bulunmadığı sonucuna varılacak algılanma biçimi; diğerinin de hakaret kastını ortaya koyacak algılanma biçimi olduğunu belirttikten sonra şu analizi yapmaktadır:[902]

> *Bu iki algılama biçiminin somut duruma uygun olanı ortaya konulmalıdır. Söylenen sözler polemik yaratsa da, abartılı, rahatsız edici olsa da; yazı bütünlüğünü gözetmeyen ve cümle yapısını analiz etmeyen bir kısım kitlede farklı ve yanlış anlamalara yol açsa ve bu yanlış anlamanın nedeni sanık olsa da, sanığın kastı ortaya konularak bir sonuca gitmelidir. Bunun için sanığın kavramları nasıl anlamlandırdığı incelenerek, sözleri bu doğrultuda amaçsal olarak yorumlanmalı; sözleri makale ve yazı dizisi bütünlüğü içerisinde ele alınmalı, gerçek amaç ve kastı saptanmalıdır.*[903]

Başsavcılığın, sanığın kastını araştırmak amacıyla ortaya koymuş olduğu analiz biçiminin yerinde olduğu söylenmelidir. Başsavcılık, kullanılan ifadenin dinleyiciler tarafından iyi analiz edilmemesi yüzünden yanlış anlaşılmasının

---

[901] Yargıtay CGK'nın, E: 2006/9-169, K: 2006/184, İ: 34001, G: 11/07/2006 kararı için bkz. **Ceza Hukuku-Özel Sayı**, **İBD**, Ocak 2007, ss. 143–188; Yazarın sözlerinden yapılan alıntı için, s. 144.
[902] Anılan İBD Özel Sayı, ss. 150–151.
[903] Anılan İBD Özel Sayı, s. 151.

sorumluluğunu dinleyiciye yüklemekte böylece ifade özgürlüğünden yana tavır almaktadır. Sanığın kavramlara yüklemiş olduğu anlamların dikkate alınması gerektiğini belirterek, Başsavcılık, ifade özgürlüğü lehinde ikinci bir kural geliştirmiş olmaktadır. Gerçekte böyle bir kuralın uygulanması, aşırı öznelciliğe açık kapı bırakabileceği için son derece güç bir durum olacaktır. Ancak Yargıtay'ın ifadenin sınırlanması konusunda, özel kastı dikkate almasının anlamı, ifadenin sınırlandırılabilmesi için kişinin, hakaret saikiyle (motive) hareket etmiş olup olmadığının araştırılması demektir. Hakaret saikiyle (motive, special intent/malicious intent) hareket etmiş olmadıkça kişinin kullanmış olduğu ifadelerin içeriği objektif olarak hakaret oluştursa bile hakaret kapsamında düşünülmeyecektir.[904]

Ne yazık ki, ifade özgürlüğüne etkin bir koruma sağlayabilecek bu görüşlere Yargıtay CGK tarafından itibar edilmemiştir. Yargıtay CGK'na göre,

> *[s]anık, Mustafa Kemal Atatürkün "Muhtaç olduğun kudret, damarlarındaki asil kanda mevcuttur" sözünden de çıkarım yaparak… "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur" demek suretiyle Türklüğü aşağılamıştır. …Cumhuriyet Başsavcılığınca da ileri sürüldüğü gibi, "zehirli kan" sözcüğü ile amaçlananın, Ermeni kimliğindeki sağlıklı yapıyı bozan saplantı olduğu; Türk söz sözcüğü ile de Ermenilerdeki "Türk ogusunun" kastedildiği görüşlerine katılınmamış… yazarın Türkler için "paranoya", Ermeniler için "travma" sözcüklerini kullanması … değerlendirildiğinde... "zehirli kan" sözcüğünün Türklere yönelik olduğu kötü niyetle ve tezyif amacıyla kullanıldığı anlaşılmıştır.*[905]

Mahkumiyete dayanak yapılan ifadenin "*zehirli kan*" ibaresi olduğu anlaşılmaktadır. Mahkum edilen yazarın, Yargıtay CGK kararında da dikkate alınan

---

[904] Başsavcılığın yapmış olduğu yorum, ifade özgürlüğü açısından son derece önemlidir. Başsavcılık, buradaki analizinde, sanığın mahkûm edilebilmesi için (özgül durumda, ifadenin içeriğine yönelik yapılan sınırlandırmanın meşru sayılabilmesi için), genel kastın yeterli olmayacağı; özel kastın aranacağı sonucuna ulaşmıştır. Kuşkusuz bu yorum, 765 Sayılı TCK'nın 159. maddesinde (yeni TCK m. 301) yer alan düzenlemenin siyasal ifadenin sınırlandırılmasını hedeflediği dikkate alındığında, ABD Yüksek Mahkemesinin **New York Times v. Sullivan**, 376 U.S. 254 (1964) kararında varmış olduğu sonuçlarla büyük bir benzerlik içerisindedir. Bu kararda Mahkeme, siyasal ifadenin içeriğinin hakaret oluşturup oluşturmaması noktasında özel kastın gerekli olduğunu belirtmiştir. Buradaki özel kast, ifadenin kullanıcısının yalnızca hakaret etmek amacıyla (malicious intent) bu ifadeleri kullanmış olması gerektiğini belirtmiş; ayrıca ispat yükünün hakaret iddiasında bulunan tarafta olduğu sonucuna varmıştır. Sullivan kararının ayrıntıları için aşağıda "Diğer Siyasal İfade Kategorileri" başlığı altında, ABD ifade özgürlüğü rejiminin ele alındığı yere bakılabilir.

[905] Yargıtay CGK kararından yapılan alıntı için bkz. anılan **İBD Özel Sayı**, ss. 163-164.

şu görüşlerini aktardıktan sonra, Yargıtay'ın söz konusu ifadeleri yorumlama yönteminin ifade özgürlüğü hakkı bakımından nasıl bir tehlike taşıdığı konusuna geçilebilir. Davaya konu yazıda şu görüşlere yer verilmiştir:

> *...Ermeni kimliğinin bugünkü yapısını şekillendiren ve Ermeni kimliğinde bir tür kanserojen tümör işlevi gören asıl etken "Türk olgusudur."...Türkler 1915'e bakışlarında empatik bir yaklaşıma girmedikçe, Ermeni kimliğinin sancılı kıvranışı devam edecektir... "Türk", Ermeni kimliğinin hem zehri hem panzehiridir. Asıl önemli sorun ise Ermeni'nin kimliğindeki bu Türk'ten kurtulup kurtulamayacağıdır...[Bunun] iki yolu vardır: ... İkinci yol ise bizzat Ermeni'nin Türk'ün etkisini bizzat kendi kimliğinden atması. ... Ermeni kimliğinin sağlığını Fransız'ın, Alman'ın, Amerikalı'nın ve ille de Türk'ün soykırımı kabul edip etmemesine endeksli bir durumda bırakmak, Ermeni dünyasının artık terk etmesi gereken bir hatadır. ... Ermeni dünyasının kendisini Türk'ten kurtardığında, kimliğinde bir boşluk yaşayacağını... kimliksel çözünürlüğünün hız kazanacağını sananlar aldanırlar. Ermeni kimliğinde "Türk"ten geriye kalacak boşluğu dolduracak çok daha yaşamsal bir olgu söz konusudur; o da bizatihi bağımsız Ermenistan devletinin varlığıdır. ...Ermeni kimliğinin Türk'ten kurtuluşunun yolu gayet basittir: Türk'le uğraşmamak... Gayri Ermenistan'la uğraşmak. ... Türk'ten boşalacak o zehirli kanının yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur.*[906]

Yazarın alıntılanan görüşlerinin bağlamsal (contextual) bir değerlendirmesini yapmadan önce, "zehirli kan" ibaresinin mahkumiyete esas alınan cümle içerisinde kullanılan biçimiyle birincil söz edimi açısından neyi ifade ettiğini ortaya koymak gerekir. Şayet birincil söz edimi, ifadenin içeriğinin nesnel açıdan sınırlandırılmasını gerektirici bir nitelikte ise, bu durumda Yargıtay C. Başsavcılığı tarafından belirtilmiş olduğu gibi, (özellikle siyasal ifade kategorileri bakımından) geçerli olması gereken özel kast (special intent=malicious intent) araştırmasını yapmak gerekir.

Yazıdan açıkça anlaşıldığı üzere, "zehirli kan", bu gün yaşamakta olan Ermeninin kanıdır. Bu da mecazi anlatımıyla, Ermeni kimliğindeki "Türk olgusudur".[907] Yoksa yazar, Ermenilerle Türklerin biyolojik olarak birleşmeleriyle Türk'ün Ermenilerin kanını zehirlemiş olduğundan söz etmemektedir. Kaldı ki, "zehirli kan"ın Ermenilerde Türk olgusundan dolayı bulunduğu kabul edilse bile, bu

[906] Anılan **İBD Özel Sayı**, ss. 160–163.
[907] Bu görüşler, hem Yargıtay Başsavcılığınca hem de karşı oy yazılarında belirtilmiştir.

bizatihi "kan"ın zehirli olduğunu göstermez. Kan ne kadar temiz dahi olsa, kanı uyuşmayan başka birinde zehir etkisi pekala yapabilir. A Rh. (+) kan taşıyan bir kimse için A Rh (-) kan zehirleyici bir etkiye sahip olabilir. Bu nedenle de birincil söz edimi açısından, yazının Yargıtay CGK'nun anladığı biçimde anlaşılması durumunda (ki, bu yazıda kullanılan bağlamı tümüyle görmezden gelmek demektir) da, hakaret ya da aşağılama niteliğinde görülemez. Demek ki yazar, yalnızca Türk'lüğü aşağılamak (özel) kastıyla bu ifadeyi kullanmış olsaydı dahi, birincil söz edimi nesnel olarak böyle bir sınırlamayı haklılaştıramazdı. Başka bir deyişle, birincil söz ediminin (*locutionary act*) içeriğe dayalı nesnel (objektif) analizi bu ifadeyi sınırlandırma konusunda bize hiçbir gerekçe sağlamamaktadır.

İfadenin[908] semantik analiz çerçevesinde sınırlandırılabilmesi için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir:

Birinci koşul, birincil söz ediminin, ifadenin içeriğine bakan nesnel (objektif) bir analiz çerçevesinde belirlenmesidir. İkinci koşul ise, Başsavcılığın belirtmiş olduğu subjektif koşul; yani ifadenin kullanıcısında bulunması gereken özel kasttır. Bu ikinci koşul bakımından, hakaret oluşturduğu ileri sürülen sözün, ikincil ve üçüncül söz edimleri bakımından da incelenmesi gerekir. "Zehirli kan" ibaresinin geçtiği cümlenin ikincil ve üçüncül söz edimleri hiçbir kuşkuya bırakmayacak biçimde yazar tarafından yazıda ortaya konulmuştur. Yazar Ermenilere hitaben, kanlarınızı zehirleyen, *soykırımı kabul ettirmeye endekslenmiş bir anlayışı* terk edin, yani bu zehirden kurtulun çağrısı yapmaktadır (*illocutionary force/ikincil söz edimi*). Nihayet yazar, (Ermenilere hitaben) zehirlenmiş olduğunuz kandan kurtulduklarında kansız kalmayacaklarını; Ermenistan'la kuracakları ilişkiyle yeni ve temiz bir kana kavuşacaklarını "*zehirli kan*" metaforuyla anlatmaktadır. Yazar, zehirlenmiş kandan kurtulmak ve yerine temiz kan koymak için Ermenistan'la ilişki kurun çağrısı yapmaktadır (perlocutionary force).

Mahkûmiyete esas teşkil eden altı çizili cümlenin, birincil, ikincil ve üçüncül söz edimlerinin Yargıtay CGK'nın yorumladığı biçimde olmadığı görülmektedir. Bu kararda altının özellikle çizilmesi gereken nokta, konuşmacı tarafından kullanılan ifadenin *anlamı* üzerinde Yargıtay C. Başsavcılığı ile çoğunluk görüşünün düşmüş

[908] Buradaki incelememizin siyasal ifadenin içerik denetimiyle sınırlı olduğu dikkate alınmalıdır.

olduğu ihtilaftır. İfadenin *anlamı* konusunda ihtilaf, yalnızca Savcılık makamı ile çoğunluk görüş arasında olmayıp; aynı zamanda çoğunluk görüş ile azınlık görüş arasında da ortaya çıkmıştır. Bir ifadenin, norm denetimine tabi tutulabilmesi için, öncelikle ifadenin anlamının açık ve net olarak çözümlenebilmesi gerekir. Söz konusu kararda, böyle bir çözümlemenin oy birliği ile yapılamadığı görülmektedir. Genel kurulda, iki üye ve Yargıtay C. Başsavcılığı ifadenin anlamının çözümlenmesi noktasında, çoğunluk görüşten (bize göre de) haklı gerekçelerle kararın sonucunu doğrudan etkileyebilecek nitelikte farklı (çoğunluk görüş de bunu kabul etmektedir) sonuçlara varmışlardır. Dildeki aşırı kapsayıcılık nedeniyle devletin ifadeyi denetleme konusunda yetkisiz olduğunu ileri süren *iktidara güvensizliğe dayalı tezin* geçerli olduğu tipik bir örnekle karşı karşıya bulunmaktayız. Dava, tezin uygulama alanı bulacağı açık bir örnektir.

Yargıtayın varmış olduğu sonuç son derece basittir: belirli bir ifade kategorisi içerisinde, metaforlarla dahi *rahatsız edici* bir üslubun olmaması gerekmektedir. İfadenin anlamının objektif bir kesinlik içerisinde belirlenemediği durumlarda, ifadenin değinmiş olduğu konuya karşı hassas olanların zihinsel çarpıtmalarına kapalı olmayan bir ifade eğer rahatsız edici ise sınırlanabilecektir. TCK 159. maddenin (yeni TCK m. 301) koruduğu değerlere karşı herhangi rahatsız edici, sevimsiz ifadenin kullanılması, metaforlarla dahi söz konusu edilemez. Burada hakkın norm alanında doğrudan bir daralma görülmektedir: Yargıtay'ın 159. madde yorumu bu kararda maddenin yeniden formüle edilmesi anlamına gelmektedir: "*Herkes, Türklüğü, Türk Milletini… rahatsız etmeyecek bir üslup içerisinde uluslararası insan hakları standartlarına uygun, tam bir ifade özgürlüğü hakkına sahiptir*". Kullanılan üslubun, bütün muhataplarının zihinlerinde aynı anlamın yükleneceği objektif bir kesinlik içerisinde *rahatsız edici* olmaması koşulu da, ayrı bir (norm alanında) *daraltma* gibi durmaktadır.

Bu noktada, AİHM Yargıcı Rıza Türmen tarafından dile getirilmiş olan şu görüşler konumuz bakımından önemli gözükmektedir:

> *Türkiye'de, her zaman yazdığından, çizdiğinden, söylediği sözden dolayı mahkum olan yazar, gazeteci var. Yani 301'i kaldırsanız, yerine 501'i*

koysanız yine aynı sorun devam edecektir. Eksik olan şey, savcıların ve hakimlerin meseleye bakış açıları.[909]

Yinelemek gerekirse, sorunun temelinde öncelikle yargının ifade özgürlüğü hakkını yorumlanma biçimi yatmaktadır. Hakaret ve sövme içerikli, müstehcen ya da şiddeti tahrik eden ifadelerin sınırlandırılabileceği konusunda uluslararası insan hakları hukuku bakımından neredeyse bir tartışmanın olmadığı doğrudur. Ne var ki sorun, hangi ifadenin hakaret, hangisinin hak tarafından eleştiri olarak korunan ifade olduğunu somut olaylarda yapılan *lingustik* ve *semantik* analizler çerçevesinde ayrıştırma noktasında yatmaktadır. Bu da yorumcunun, ifade özgürlüğü hakkını bütün yönleriyle kavramış olmasına bağlıdır.

C) İcrai Söz Edimleri ve İfade-Eylem İlişkisinin İfade Özgürlüğü Hakkının Norm Alanına Etkisi

Bütün söz edimleri aynı biçimde gerçekleşmezler; kimi durumlarda söz edimi ile gerçekleşmesi istenilen sonuç (eylemi) arasındaki bağlantı açık ve doğrusaldır. John Searl'ün ifadesiyle, dinleyici eğer sağır bir taş değilse konuşmacının ifade ettiği sözü (utterance) standart (ve başarılı) biçimde algılar.[910] *"Yarın X mekânında Y zamanında yapılacak toplantıya katılacağıma söz veriyorum"*, *"Bu geminin adını, Queen Elizabeth koyuyorum"* ifadeleri böyledir. Bu tip ifadelerin özelliği icrai (performative) söz edimleri olmalarıdır.[911]

İcrai/performative söz edimleri, ifade özgürlüğü hakkının norm alanının belirlenebilmesi açısından üzerinde durulmaya değer bir konudur. Kimi söz edimleri ifade edildikleri anda dış dünyada bir değişiklik yaparlarken, kimi diğerleri bu değişikliği dolaylı olarak, yani dinleyici üzerindeki etkisine bağlı olarak gerçekleştirirler. Bir futbol maçında, hakemin *"penaltı"* sözcüğünü kullanması ya da bir yargıcın, hüküm cümlesini açıklaması veyahut (yasal olarak evlendirme yetkisine

---

[909] Özge Tatar'ın, AİHM'deki Yargıcımız Rıza Türmen'le yapmış olduğu, "*301 Değil Hakimler Değişmeli*" başlıklı röportaj için bkz. **Sabah Gazetesi**, 31/10/2006.

[910] Searl, John, Speech Acts, Cambridge University Press, UK 1969, Chapter 3'ten aktaran Kempson, s. 52.

[911] Gillian Brown / George Yule, **Discourse Analysis**, Cambridge University Press, USA/Australia 1998, s. 231–232.

sahip) papazın *"sizi karı-koca ilan ediyorum"* sözü böyledir.[912] Bu sözler açıklandıktan sonra dış dünyada hemen bir değişiklik meydana gelmektedir.

Böylece kimi ifadeler, dış dünyada hukuk düzeninin korumadığı (suç saydığı vs.) bir takım sonuçları ya doğrudan yaratırlar ve dolayısıyla da ifade özgürlüğü hakkının *norm alanının dışında kalırlar* veya böyle bir tehlikeyi meydana getirme potansiyeline sahip bulundukları için *sınırlandırılırlar*. Kullanılan ifadenin neticesinde eylem gerçekleşebilir ya da bu olasılık doğrultusunda siyasal toplumun tolera etmeyeceği bir tehlike ortaya çıkabilir. İfadenin yol açtığı eylemin sınırlandırılması ile eylemi ya da başkaca bir tehlikeyi yaratma potansiyeline dayalı olarak ifadenin sınırlandırılması ayırımının yapılması, hangi ifadelerin norm alanı dışında kaldığının belirlenmesi bakımından bir ölçüt sağlayabilir. Burada ilk analizin, ifade ve eylem arasındaki ilişkiyi belirlemek üzere yapılması gerekir.[913]

Bir kimsenin, kiraladığı katile "*şimdi tetiği çek*" demesi icrai/performative bir söz edimidir. Ceza hukukunda azmettirme ve müşterek faillik kavramı, doğrudan icrai/performative söz edimleriyle ilgilidir.[914] İfadenin bir eylemle bağlantısından dolayı korunmadığı durumlarda, ifade ile eylem arasındaki nedensellik ilişkisinin belirlenmesi önem taşımaktadır. İcrai söz edimleri kimi durumlarda, siyasal toplumun meşru görmediği bir eylemle (act) uygun bir nedensellik ilişkisi içerisinde bulunabilirler. Söz ediminin icra edilmesinden sonra uygun nedensellik ilişkisi içinde eylem gerçekleşmişse ve söz konusu eylem hukuk düzeni tarafından meşru olarak

---

[912] Brown/Yule, s. 232.

[913] Eylem/ifade ayırımının, hakkın norm alanını belirlemek bakımından tek başına bir ölçüt oluşturmayacağının altı çizilmelidir. Kimi eylemlerin, ifade olarak tanımlanması mümkündür. Buradaki temel ölçüt, öncelikle ifadenin bir haberleşme etkisinin bulunmasıdır. Bir gösteride, başkan Bush'un tahtadan yapılan heykelinin yakıldığını düşünelim. Buradaki eylemin bir ifade olduğunda kimse tereddüt etmeyecektir. Buna karşılık, çek yazma faaliyetinin hiçbir iletişimsel etkiye sahip olmadığı nedeniyle bir hak çerçevesinde bir *ifade* olmadığı ya da en azından bu türden bir faaliyetin ifade özgürlüğü hakkının norm alanı dışında kaldığı söylenebilecektir. Bu konuda bkz. Öykü D. Aydın, "*YTCK Açısından Salt İfade Suç Tiplerine Eleştirel Bir Bakış*", **HPD**, S.6, Mayıs 2006, ss. 119–143.

[914] Azmettirme 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu 38 maddesinde "başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır" ifadesiyle yer almış olup suç işleme düşünce ve kararı bulunmayan bir kimseyi bu düşünce ve karara sevk etme anlamına gelmektedir. Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 804; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukuku**, s. 527. *Yardım etme,* kavramı TCK madde 39'da düzenlenmiş olup suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak suçun işlenmesinden önce vaya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak fiillerini kapsar Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 811.

sınırlandırılan bir eylem ise, sorun ceza hukukunun genel hükümleri çerçevesinde çözülecektir. Bu yönüyle konu, ifade özgürlüğü bağlamında bir özellik göstermeyecektir. Örneğin, bir kimsenin başka birini suça azmettirmesi sonucunda işlenen suçta, azmettirenin eylemi sözcüklerden ibarettir ve bu sözcükler ifade özgürlüğü hakkının konusu içinde olsa bile hak tarafından korunmazlar. Zira gerçekleşen eylemle söz edimi arasında uygun bir nedensellik bağı bulunmakta, suç oluşturan eylem *ifade* nedeniyle gerçekleşmekte ve ifadenin sahibi bu sonucu istemektedir. Özetle burada sınırlamanın hedefinde *ifade* olmayıp doğrudan *eylem* vardır.

Tehdit suçu bir takım *sözcüklerin* karşı tarafa iletilmesi ile gerçekleşir. Burada, konu tehdidin içeriğini oluşturan ifadeler olmayıp, ifadelerin kullanılmasıyla ortaya çıkan yeni statü, yani tehdit olgusunun içeriğini oluşturan yasadışı eylemlerdir.[915] Memurun, kendisinden hizmet bekleyen vatandaşın işini yapmak için rüşvet istemesi ya da tanığın mahkemede yalan söylemesi *eylemlerini* oluşturan *ifadeler* icrai söz edimleri olmaktadır.[916] Yalan yere tanıklıkta, iftira olgusunda veya rüşvet olgusunda, sınırlamanın hedefinde ifadeler olmayıp; kullanılan ifadelerin yaratmış olduğu yeni olgular (rüşvet, iftira, yalan yere tanıklık vs) bulunurlar.[917] Bu türden yeni bir statü yaratan icrai söz edimlerinin klasik anlamda ifade (expression) olmadıkları ve dolayısıyla da hakkın norm alanı dışında kaldıkları savunulabilir.[918]

---

[915] Tehdidin konusunu, kişinin hayatının veya vücut bütünlüğünün tehlikeye maruz bırakılacağının ona karşı suç teşkil eden belli bir fiilin işleneceğinin veya herhangi bir kötülüğü (örneğin şerefine, itibarına veya iktisadi durumuna işlişkin) gereçekleşetirlikeceğinin beyanı oluşturmaktadır. Adem Sözüer, "*Tehdit Suçu"*, **İHFM**, C. LIV, S. 1–4, 1994, s. 129 vd.

[916] Rüşvet alma suçunun meydana gelmesi için taraflar arasında bir anlaşmanın yapılması gerekecektir. Anlaşmanın bulunması için kamu görevlisi tarafından kişiye veya kişi tarafından kamu görevlisine doğrudan veya dolaylı teklifin yapılması ve bunun da karşı tarafça kabul edilmesi gerekir. Artuk /Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 650.

[917] İftira suçunda korunan hukuki menfaat karma nitelik taşır. Adliyeye ve bireye ilişkin menfaatler şeklinde özetlenebilir. Masum bireyin ceza kovuşturmasına uğramamak konusundaki menfaatlerinin tümü ile devletin masum vatandaşları hakkında ceza kovuşturması yapmama ve adli makamların yanıltılmasını önleme hususundaki menfaati olarak belirtilmiştir. Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.732. Burada bizi temel olarak ilgilendiren nokta, ifadenin kullanılmasıyla birlikte ortaya çıkan yeni hukuki statünün ifadeyle söz konusu statü arasına girilemeyecek kadar yakın ve kesintisiz olmasıdır. Başka bir deyişle ifadenin kullanılmasıyla birlikte başka bir kişinin kovuşturulması ya da mahkum edilmesi gibi yeni hukuksal statüler oluşmaktadır.

[918] Bu türden icrai söz edimlerinin ifade özgürlüğü tarafından korunmamalarının gerekçesi olarak Greenawalt de, ortaya çıkardıkları yeni statüyü ya statü değiştiren etkilerini göstermektedir. Bkz. Kent Greenawalt, "*Clear and Present Danger and Criminal Speech*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002, ss. 110 vd. (dipnotlarla birlikte).

Hakaret ve sövme suçlarında hareketi/eylemi oluşturan ifadeler birer icrai söz edimleridir. Hakaret ve sövme suçunun *eylemini* oluşturan *ifadeler* herhangi bir başka eylemle bağlantı içinde olmak zorunda değildir. Bu ifadeler, kendileri birer söz edimi olarak muhatapları üzerinde doğrudan bir etkiye sahiptirler. Ancak burada, ifadenin yaratmış olduğu yeni bir statünün varlığından söz edilemez; sınırlama doğrudan ifadenin içeriğine yöneliktir. Kimi sözler, yüze inen bir tokattan muhatabına verdiği acı itibariyle daha büyük bir etkiye sahip olabilirler. Bu bakımdan da hakaret ve sövme suçlarının eylemini oluşturan söz edimlerinin, ifade özgürlüğü hakkının norm alanında bulunup bulunmadığı önemli bir tartışma konusu olabilir.[919]

Kimi söz edimlerinin hakkın norm alanı içerisinde bulunup bulunmadığı sorunu, ifade özgürlüğünün en tartışmalı konularını oluşturmaktadır. Özellikle, iki konu ifade özgürlüğü bakımından zor vakalar/davalar (hard cases) olarak değerlendirilmektedir. Bunlardan biri pornografi, diğeri de (özellikle ırkçı) nefret ifadeleri (hate speech) üzerine yapılan tartışmalardır. Pornografinin bir ifade olmadığını ve böylece ifade özgürlüğü hakkının konusu dışında kaldığını ileri süren görüşler[920] olduğu gibi, pornografinin kadınların ifade özgürlüğü üzerinde yıkıcı bir etkisinin (susturma etkisinin) bulunduğunu ve böylece ifade özgürlüğünün norm

[919] Türk doktrininde Özek, kişilerin şeref ve haysiyetlerine karşı saldırı niteliğindeki açıklamaların; müstehcen nitelikteki yayınların, sözlerin ya da açıklamaların "düşünce kavramı" içerisinde yer almadığını; aynı biçimde, kötüleyici, aşağılaştırıcı, bilimsel değeri bulunmayan ve sanat eseri sayılmayan açık saçık ürünlerin düşünceyi açıklama özgürlüğünün dışında kalacağını, zira "düşünce"nin belirli bir konuda sistematik tezi ifade etmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşün, ifade özgürlüğü hakkının konusu ve norm alanı açısından geçerli kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır. Özek'i bu yoruma sevk eden, düşünceyi açıklama özgürlüğünü sınırsız bir hak olarak kabul etmiş olmasıdır. "Düşünceyi açıklama özgürlüğü" ya da bu çalışmada belirtildiği biçimde "ifade özgürlüğü hakkı", sınırsız bir hak değildir. Özek'in düşünce özgürlüğünün konusu dışına çıkardığı durumlar, ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılmasının meşru kabul edilebileceği kimi durumlar olabilir. Kimi "kötüleyici" ifadeler hakkın norm alanında olabileceği gibi, hiçbir "sistematik tez" içermeyen saçma sapan görüşler de hakkın norm alanında olabilir. Hakkın hangi durumlarda ne şekilde sınırlandırılabileceği buradaki konunun dışında kalmaktadır. Özek'in görüşleri için bkz. Özek, Türk Basın Hukuku, ss. 50-93.; Tanör de düşüncenin içerik/muteva bakımından sınırsız olduğu görüşünü savunduğu için, "kaba, bayağı, müstehcen, saldırgan..." ifadelerin "düşüce açıklaması kavramına girmeyeceği görüşündedir. Bkz. Tanör, **Siyasi Düşünce**, ss. 17–18.

[920] Bu görüşün en önemli temsilcisinin F. Schauer olduğu söylenebilir. Schauer'e göre *pornography (pornografi),* fiziksel bir deneyimin ötesinde hiçbir şey değildir. Pornografi, haberleşme etkisi bulunmayan salt bir eylem niteliğindedir; bu nedenle de ifade özgürlüğü ile ilgili bir konu değildir. Bkz. Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 243–256.

alanı dışına taşınması gerektiğini savunan görüşler[921] de bulunmaktadır. Bu ifadelerin, hakkın norm alanının dışına çıkarılması gerektiğini savunanlar doğrudan ifadenin içeriğini (content-based regulation) esas almaktadırlar; değilse bu ifadelerin zaman, yer ve yöntem (time, place and manner regulation) açısından sınırlandırılması gerektiğinden söz etmemektedirler. Dolayısıyla, söz konusu içeriğe sahip ifadelerin kamu düzeni için açık ve mevcut tehlike yaratıp yaratmaması, başka bir deyişle ifadelerin dış dünyada başka bir eylemi sonuç vermeleri ya da verme tehlikesini doğurmaları araştırılmayacaktır. İfadeler, kendileri hukuk düzeninin korumamasının meşru sayıldığı birer söz edimi (speech act, eylem) olarak nitelendirilmektedirler. Bu türden icrai/performative söz edimlerinin, *sınırlanabileceği* konusunda, uluslararası insan hakları standartları bakımından bir tartışmanın bulunmadığı söylenebilir. Ne var ki, söz edimlerinin sınırlandırılabileceklerini söylemekle, hakkın *norm alanı* dışına taşınmaları gerektiğini söylemek aynı şey değildir.[922]

Burada ele alınan nitelikteki söz edimlerinin hakkın norm alanında bulunup bulunmadığına ilişkin sorunun çözümü gerçekten zor görünmektedir. Azmettirme durumunda sınırlananın, ifade olmadığı, eylem olduğu kabul edilebilir. Rüşvet, yalan yere tanıklık, tehdit ve iftira hukuku bakımından da benzeri gerekçeler ileri sürülebilir. Ne var ki, ifadenin bu gibi durumlarda norm alanının dışında kaldığının savunabilmesi, söz konusu suç tiplerinin düzenlenmesi ve uygulanması konusunda

---

[921] Catharine MacKinnon ve Andrea Dworkin gibi feminist hukuk kuramcıları tarafından pornografiye karşı yapılan itirazların özlü bir anlatımı için bkz. Beth Gaze, "*Theories of Free Speech, Pornography and Sexual Equality*", **Freedom of Communication**, Ed. by T. Campbell/W. Sadurski, Darthmouth Publishing, Great Britain 1994, ss. 131–150; Pornografinin, kadınlar üzerinde "susturma" etkisine sahip olduğuna ilişkin feminist tezlerin bir analizi için ayrıca bkz. Sadurski, **İfade Özgürlüğü**", ss. 142–161; Pornografinin, ırkçı ya da cinsiyetçi (sexist) ifadelerin, aynen tehdit, şantaj ya da örgütlü suçta örgüte katılma beyanı gibi bir niteliğinin bulunduğunu; dolayısıyla da bu ifade kategorilerinin hakkın norm alanı dışında kaldıklarına ilişkin görüşler için bkz. Robert Jensen / Elviar Arriola, "*Feminism and Free Expression*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995, ss. 210 vd.

[922] BM İnsan Hakları Komitesi, MSHS'nin 20 inci maddesinde yer alan ifade özgürlüğü yasaklarının, 19. maddedeki sınırlama rejimine bağlı olacağını açıkça ifade etmektedir. Bu durum, 20. maddede yazılı yasakların, norm alanında bir daralma anlamına gelmediğinin bir kanıtı olmaktadır. Şu halde (20. maddede yazılı) savaş kışkırtıcılığının, ya da ırkçı nefret ifadelerinin yasaklanmasını öngören düzenleme karşısında burada tanımlanan ifade kategorilerinin de hakkın norm alanında kaldığını söylemek gerekecektir. Komitenin kararı için bkz. **Ross v. Canada**, Communication No. 736/1997, 18 October 2000, UN doc. Gaor, A/56/40 Vol. II pp. 72–75 kararı için bkz. http://www.bayefsky.com/pdf/165_canada736.pdf

evrensel bir standardın bulunmasına bağlıdır.[923] Hakaret ve sövme, pornografi ya da şiddeti teşvik ve tahrik eden ifade kategorilerinin ise, dilin yapısından kaynaklanan güçlükler yanında, muhatap, bağlam ve yöntem gibi kavramların yaratabileceği yorum farklılıkları dolayısıyla hakkın norm alanı içerisinde kaldığının savunulması zorunludur. İfadenin hakkın norm alanında kaldığını söylemek, sınırlandırılamayacağını söylemek anlamına gelmediğinden, her somut olayda ifadeyi sınırlamak için meşru bir nedenin olup olmadığı ve sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı, izlenen amaçla orantılı olup olmadığı gibi kriterlerin göz önünde tutulması gerekecektir. Böyle bir yorum, ifade özgürlüğü hakkının içeriğinin boşaltılması riskini ortadan kaldıracaktır. Aksi takdirde, norm alanı dışına taşınan ifadenin sınırlandırılmasından söz edilmeyecek; ifade özgürlüğü hakkı üzerinde keyfi bir tasarrufun önü açılabilecektir. Özetle, ifade-eylem ilişkisinde hakkın konusu içerisine giren ifadenin öncelikle hakkın norm alanında olduğu varsayımıyla değerlendirilmesi ve sonra, meşru sınırlama nedenlerinin araştırılması yerinde bir yöntem olacaktır. Yalnızca taşların ve sopaların değil, sözlerin de yaraladığı bir gerçektir; ne var ki sözleri, taşların ve sopaların tabi olduğu rejimden ayrı bir rejime bağlı tutmak için ifade özgürlüğünü destekleyen tezlerin gerekçeleri önümüzde durmaktadır. Ancak bunun ifade ve eylem arasındaki bir ayırımla gerçekleştirileceğini savunmak zor görünmektedir. Burada özellikle "ifade" kavramının "eylem" kavramından ayrılmasındaki güçlükten söz edilebilir. Kimi ifadelerin bir eylem olarak ortaya çıkmalarının mümkün olduğu yukarıdaki örneklerde görülmektedir. Tezkere kartının yakılmasını "ifade/expression" ve bir caddenin trafiğe kapatılmasını "eylem/conduct" olarak nitelendirmek için nasıl bir

[923] Örneğin ABD hukuk sisteminde, bu türden durumlara karşı hakkın norm alanına ilişkin bir tartışmanın bulunmadığı; buna karşılık belirtilen türden söz edimlerinin örneğin "açık ve mevcut/yakın tehlike (clear and present danger) testi ışığında sınırlandırılmasının ittifakla kabul edildiği söylenebilir. Burada ifadenin yaratmış olduğu yeni olgusal statü o kadar açıktır ki; artık ifade ve eylem arasına girilemeyeceği herkesçe kabul edilmektedir. Dolayısıyla da bu türden ifadelerin hakkın norm alanı dışında kaldıkları ya da hak tarafından korunmadıkları ittifakla kabul edilir. Greenawalt, bu türden ifadeleri "criminal speech" (suç oluşturan ifadeler) olarak nitelendirmektedir. Greenawalt'a göre, bu türden ifadeler, gerçekte mahkemeler tarafından açık ve yakın tehlike ölçütü çerçevesinde bir değerlendirme yapılmaksızın sürekli olarak sınırlandırılmaktadır. Aslında Greenawalt'ın burada söylemek istediği şey, bizim bu çalışmada yapmış olduğumuz norm alanı içi/dışı ayırımının ABD mahkemelerince de de-facto olarak uygulanıyor olmasıdır. Başka bir deyişle, ABD mahkemeleri de üstü örtülü biçimde sınırlandırılması gündeme gelen ifadenin norm alanında olup olmadığını değerlendiriyor demektir. Greenawalt'ın bu konudaki değerlendirmeleri için bkz. Greenawalt, "*Clear and…",* ss. 97 vd.

linguistik analiz yapılacağı belirsizdir. Her iki durum da (iletişimsel etkisi dolayısıyla) eylemli ifade olarak nitelendirilebilir. Kart yakma olayının ifade özgürlüğü bağlamında korunması ve caddenin trafiğe kapatılmasının korunmaması eylem ve ifade arasındaki ayırıma dayanılarak değil; sınırlamanın demokratik bir toplumda haklılaştırılabilip haklılaştırılamayacağına dayalı bir sınırlama analizi sonucunda açıklığa kavuşturulabilir.[924]

İfade ve eylem arasındaki ilişkinin ne denli karmaşık olduğu, çoğu zaman ifadenin yakın ya da uzak bir geleceğe yönelen bir eylemi tahrik ya da teşvik gücüne sahip olabileceği gerçeği dikkate alındığında böyle bir sonucu benimsemenin ifade özgürlüğü hakkının korunması bakımından önemi daha iyi anlaşılır.[925]

II) ABD HUKUK SİSTEMİNDE UYGULANAN SINIRLAMA SİSTEMİ

A) İfade Özgürlüğü Hakkının Genel Görünümü

ABD Anayasasının ifade özgürlüğü hakkını düzenleyen Birinci Değişikliği, *"Kongre… ifade özgürlüğünü… sınırlandıran bir yasa çıkaramaz."* demek suretiyle, ifade özgürlüğü hakkını mutlak bir hak olarak formüle etmiş görünmektedir. Anayasa, ifade özgürlüğü hakkını mutlak bir dille formüle etmiş olsa da, gerek Yüksek Mahkemenin gerekse doktrinin, ifade özgürlüğü hakkının mutlak bir hak olmadığı, sınırlı bir hak olduğu noktasında görüş birliği içinde olduğu söylenebilir. Aslında ifade özgürlüğünün sınırsız bir hak olduğunu ileri süren Meiklejohn gibi

---

[924] Buradaki örnek, D.S. Allen tarafından verilmiştir. Allen, T. Emerson tarafından iki örnek arasında yapılan eylem/ifade ayırımının ikna edici olmadığını; burada yapılacak müdahalenin siyasal bir tercih olduğunu belirtmektedir. Ne var ki, Allen'ın bu yaklaşımı ifade özgürlüğü rejimini siyasal iktidarın seçimine ve insiyatifine bırakmaktadır. Burada mutlaka bir siyasal tercihten söz edilecekse bu daha temelde temel hakların yönetim tarafından benimsenmesiyle ilgili bir tercih olabilir. Değilse hakkın bu iki somut örnekte uygulanması bakımından objektif ilkelerin ifade özgürlüğü tezleri çerçevesinde belirlenmesi olanaklıdır ve öyle de olmalıdır. Allen'ın bu konudaki görüşleri için bkz. David S. Allen, "*The Creation of An (In)active Public Sphere*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995, ss. 95–96.

[925] İfade ve eylem arasındaki karmaşık ilişkiden dolayı, ifadenin sınırlanması konusunda eyleme göre hiçbir farklı özelliğin bulunmadığını dolayısıyla da ifade özgürlüğü ilkesinden objektif olarak söz edilemeyeceğini savunan S. Fish, ifadenin yasadışı bir eylemi tahrik etme ya da yaratma özelliğine sahip olmasına karşın korunduğu durumları gözden kaçırmaktadır. Bu gibi durumlarda ifade/eylem ilişkisinin bir yakınlık ve derece sorunu olduğunu vurgulayan Holmes'ün görüşleri daha tutarlı gözükmektedir. Fish'in görüşleri için bkz. Fish, **There's No Such…**, ss. 105 vd.

düşünürlerle, Black ve Douglas gibi Yüksek Mahkeme yargıçları da ifade özgürlüğünün norm alanını daraltmak suretiyle dolaylı bir sınırlamanın bulunduğunu kabul etmişlerdir.[926]

1791 yılında formüle edilen Birinci Değişiklik, ifade özgürlüğünün sınırları ve sınırlamanın sınırları konusunda hiçbir hüküm koymamıştır. Bu durumda hakkın sınırlarını ve sınırlamanın sınırlarını belirleme görevi Yüksek Mahkemeye ve doktrine kalmıştır. Yüksek Mahkeme, ifade özgürlüğü ile ilgili önemli sorunlarla ilk defa Birinci Dünya Savaşı sırasında karşılaşmıştır. O döneme kadar ifade özgürlüğü hakkının mutlak bir hak olarak formüle edilmesi, sansür yasağı olarak algılanmaktaydı.[927] Ancak bu dönemde, savaş karşıtı görüşlerin ifade edilmeye başlanması ve iktidarın izlemiş olduğu siyasalara karşı yapılan protestolar, ifade özgürlüğünü ülke gündeminin önemli bir başlığı haline getirmiştir. Bu durum, 1917 Bolşevik Devrimiyle birlikte komünizmin ülkede yayılmasını engellemek amacıyla federe ve federal yönetim düzeyinde çıkarılan yasalarla yoğunluğunu arttırarak sürmüştür.[928]

İfade özgürlüğü alanının siyasal iktidarın siyasalarına karşı ileri sürülen görüş ve düşüncelerden ibaret olmadığını belirtmek gerekir. Bir önceki başlık altında incelendiği üzere, ifade özgürlüğü hakkının norm alanının geniş bir ifade alanına karşılık geldiği söylenebilir. İfade özgürlüğü hakkı, bireysel özerklik alanının

---

[926] Norm alanında yapılan daraltma, Meiklejohn'da Birinci Değişiklik kapsamına giren ifade kategorisinin siyasal ifadeyle sınırlandırılması biçiminde ortaya çıkmıştır. Mutlakçılar olarak anılan yargıçlar ise, eylemle doğrusal ve yakın bağlantı içerisinde olan ifadelerin korunmayacağını kabul etmek suretiyle, bu türden icrai söz edimlerini hakkın norm alanının dışına taşımışlardır.

[927] Birinci Değişikliğin dilinin mutlak olarak ifade edilmiş olmasının, ifadenin ön izne (sansüre) karşı olduğu görüşü, ünlü İngiliz hukukçu Blackstone'un bu konudaki görüşlerine dayanmaktadır. Blackstone'un Commentaries, IV, s. 151'deki görüşleri için bkz. Chafee, **Free Speech in the United States**, s. 9; Ne var ki demokrasiye dayanan tezin başta gelen savunucusu A. Meikle John tarafından tez, ABD Anayasasının Birinci Değişikliğindeki hüküm esas alınarak formüle edilmiştir. Başka bir anlatımla tez, Anayasa hükmünün ifade özgürlüğü hakkını mutlak bir dille ifade etmiş olmasına dayalı olarak temellendirilmiştir. Tez bu bağlamda büyük ölçüde orijinalist olma iddiasındadır. Ancak orijinalizmin ABD ifade özgürlüğü rejimindeki gelişmeler karşısında geçerli ve etkili bir yorum yolu olmadığı söylenmektedir. Bu anlayışa göre ABD ifade özgürlüğü rejimdeki gelişmeleri daha çok sosyo-politik bir çerçevede ele almak ve değerlendirmek gerekir. Buna karşılık Yargıçlar Black ve Douglas'ın pozitivist bir perspektifle (hukukun bir irade olduğu-command theory) yorumladıklarını ve bu yorumun da ABD ifade özgürlüğü rejimi üzerinde aşağıda inceleneceği üzere bir takım etkilerinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu konuda ayrıntılı tartışmalar için bkz. David A. Strauss, "*Freedom of Speech and The Comman - Law Constitution*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002, ss. 33–59.

[928] Söz konusu davaların gelişimiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Güran, ss. 75–190.

korunması bakımından öncelikle siyasal iktidara karşı bir hak konumunda bulunduğundan, bütün ifade özgürlüğü tezleri önemlidir. Bu durumda ifade kategorileri içerisinde hakkın öncelikle siyasal iktidara ve dolayısıyla demokratik rejimlerde çoğunluğa karşı özgürlüğün bir güvencesi olduğu göz önüne alındığında, siyasal ifadenin önemi daha iyi anlaşılır. Demokrasiye dayanan tezin sağladığı koruma, büyük ölçüde siyasal ifadeye olmaktadır. Demokrasiye dayanan tezin sağladığı korumanın diğer tezlerin sağladığı korumadan daha güçlü olduğunu burada anımsamak gerekir. Nitekim 20. yüzyılın ilk çeyreğinde Yargıç Holmes tarafından kaleme alınan kararlarda, ifade özgürlüğünün gerçekliğe dayanan Millci formülasyonun Amerikan pragmatizmi ile harmanlaşmış bir versiyonu ön plana çıkmıştır. Yargıç Holmes, J.S. Mill'in yolundan giderek, fikirlerin pazaryeri argümanını ifade özgürlüğü temellendirmesinde esas almıştır. Holmes'e göre, ifade özgürlüğünin sözkonusu pazarın işlemesindeki önemi göz ardı edilemez; ifade özgürlüğü olmadan, fikirler piyasasının hakikatin ortaya çıkmasındaki işlevi gerçekeşemez.[929] Holmes'ün bu yaklaşımı, -yine Millci tez bakımından geçerli olduğu gibi- siyasal ifadeye yeterli korumayı sağlayamamıştır.

Bununla birlikte Yargıç Holmes'ün de katılmış olduğu, Yargıç Brandies tarafından kaleme alınan Whitney kararındaki[930] karşı oy yazısında ifade özgürlüğüne Millci yararcı bakış açısı dışlanmıştır. Öyle ki, karşı oy yazısında bütün tezlerin bir özetini bulmak mümkündür. İfade özgürlüğünün hakikatin ortaya çıkması için bir araçtan ibaret olmadığı burada açıkça dile getirilmiştir. İfade özgürlüğü başlı başına bir amaçtır da. Siyasal değişimin önünü kesmek amacıyla ifade özgürlüğünü sınırlamak meşru olamaz. Zira devletin nihai amacı, bireylerin zihinsel fakültelerini geliştirmelerine elverişli bir özgürlük ortamını yaratmaktır. Rejimi tehdit eden ifadeleri sınırlandırarak bir yere varılamaz. Demokratik bir sistem içerisinde çözümü,

[929] ABD ifade özgürlüğü rejimi bakımından fikirlerin pazaryeri (hakikatin ortaya çıkma aracı olarak ifade özgürlüğü) argümanı halen geçerliliğini korumaktadır. Bu argümanın kullanıldığı örneğin şu Yüksek Mahkeme kararlarına bakılabilir: Turner Broadcasting System v. FCC, 507 US 1301, 1304 (1993); Red Lion Broadcasting Co. v. FCC 395 US (1969); McIntyre v. Ohio Elections Comm'n 514 US 334, 341 (1995); Hustler Magazine v. Falwell, 485 U.S. 46, 52, 56 (1988); Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. Robert Post, "*Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002, ss. 153 vd. (Özellikle ss. 154–165 vd. kararların alındığı yer için dipnot 32).

[930] **Whitney v. California**, 274 U.S. 257 (1927).

düşüncenin baskı yoluyla susturulmasında değil; daha çok tartışmaya izin vermekte aramak gerekir. Brandies'in savunmuş olduğu bu görüşler, ilerleyen yıllar içerisinde ABD'de bugünkü siyasal ifade özgürlüğü rejiminin benimsenmesinde etkili olmuştur.[931]

Demokrasiye dayanan tezin özellikle aşağıda ele alınacak olan "*açık ve mevcut tehlike*" testinin çağdaş versiyonu olan Brandenburg testiyle siyasal ifadeye neredeyse mutlak bir koruma sağladığı söylenebilir.[932] Ancak, demokrasiye dayanan tezin sağladığı korumanın yalnızca siyasal ifade bakımından etkili olduğunun altı çizilmelidir. Bu bağlamda öncelikle hangi ifade kategorilerine ne kadar koruma sağladığının incelenmesiyle işe başlanmalıdır.

İkinci olarak, ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılmasında kamusal makamların "*ifade*" karşısındaki tutumuna bağlı, ABD ifade özgürlüğü rejimine özgü bir sınırlama sisteminin bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu bağlamda ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında, "*içerik*", *"bakış açısı*" ve *"yer, zaman ve yöntem (manner)"* bakımından yapılan sınırlamalar karşısında Yüksek Mahkemenin tutumu ele alınacaktır.

B) İfade Kategorileri Bakımından Uygulanan Sınırlama

ABD ifade özgürlüğü rejiminde, hak mutlak olarak kabul edilmediği gibi; ifade özgürlüğünün kimi alanlarının kimi diğerlerine göre daha değerli kabul edildiği ve daha yüksek bir korumanın sağlandığı görülmektedir. Bunun anlamı, ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılması bakımından kamusal makamların takdir yetkisinin daha geniş tanındığı ifade kategorileriyle, takdir yetkisinin oldukça sınırlı bir alanda tanındığı ifade kategorileri arasıda bir ayırım yapılmaktadır. Sadurski'nin belirtmiş olduğu gibi, yapısına bakmadan bütün ifadelerin eşit olarak korunması

---

[931] Brandies ve Holmes'ün görüşlerinin karşılaştırması için bkz. Sunstein, **Democracy**, ss. 25–28; Yargıç Brandies'in ABD ifade özgürlüğü rejimine yapmış olduğu olumlu katkıların bir değerlendirmesi için bkz. Blasi, "*Free Speech and Good Character*", ss. 73 vd.

[932] Demokrasiye dayanan tezin ABD Yüksek Mahkemesi kararlarında önemli bir yerinin olduğunu söylemek gerekir. Örneğin Brandenburg kararından önceki şu kararlarda Yüksek Mahkeme doğrudan demokrasiye dayanan bir tez kullanmıştır: Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931); Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88 (1940); bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Post, "*Reconciling Theory...",* ss. 160,165 vd.

gerektiğini bir karine olarak savunmak, saçma olduğu gibi, gerçekten değerli olan ifadenin özgürlüğüne de aykırı bir tutum olacaktır.[933]

Birinci kategoride, yani ifadeye daha az korumanın sağlandığı kategoride *ticari ifadeler* ve *müstehcen ifadeler* yer almaktadır. İkinci kategoride ise kamusal tartışmanın sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için neredeyse mutlak bir koruma sağlanan siyasal ifade kategorisi yer almaktadır.[934] Bu çalışmanın amacı doğrultusunda, müstehcen ve ticari ifade kategorilerine kısaca değinilecek, buna karşılık siyasal ifade kategorisine daha ayrıntılı yer verilecektir.

1) Müstehcen ve Ticari İfadeler

İlk olarak belirtmek gerekir ki, müstehcen ifadelerin sınırlandırılması konusunda Yüksek Mahkeme, kamusal makamlara daha geniş bir takdir payı bırakmaktadır. Bu demek değildir ki, kamusal makamlar diledikleri gibi bir müstehcenlik tanımı yapmak suretiyle ifadeyi sınırlayabilirler. Aksine müstehcenliğin tanımını Yüksek Mahkeme kendisi yapmaktadır. Buna göre müstehcenlik, toplumun çağdaş standartları[935] göz önünde bulundurularak ortalama bir kimsenin durumuna göre belirlenecektir. Salt şehveti tahrik eden materyal müstehcen sayılabilecektir. Ancak normal, sağlıklı cinsel dürtüleri tahrik eden materyal bunun dışındadır. Ayrıca, sanatsal, edebi ve bilimsel materyalin de müstehcenlik kavramının dışında tutulduğunu belirtmek gerekir. Sosyal/toplumsal (social) önemi haiz olan materyalin de müstehcen olduğu gerekçesiyle yasaklanması söz konusu olamaz. Müstehcen ifadeyi sınırlandıran yönetimin, bunu hangi çerçeve içinde yaptığını açıkça düzenlemesi gerekmektedir. Öyle ki, bir eyaletin söz gelimi, *hard core* cinsel eylemlerle ilgili materyali sınırlandırdığını belirtmesi ve *hard core*

[933] Sadurski'ye göre hukuk düzeni, bütün ifadelerin korunması konusunda tek tip bir standart talebiyle karşı karşıya geldiğinde, genel korumanın derecesini düşürerek buna yanıt vermesi kaçınılmaz olacaktır. Bu yüzden de, hukuk düzeninin ifade kategorileri içerisinde bir ayırım yaparak kimi ifadeye daha yüksek bir koruma sağlaması gerekir. Bkz. Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, ss. 45–46.

[934] ABD Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilen ve uygulanan kademeli/hiyerarşik sınırlama sistemi, yakın tarihli bir kararda, Yargıç Stevens tarafından açık biçimde özetlenmiştir. Yargıç Stevens'ın katılım yazısı için bkz. **R.A.V. v. St. Paul**, 505 U.S. 377 (1992).

[935] "Toplumun çağdaş standartları" deyimi Roth kararında ulusal standartlar olarak algılanmış; bununla birlikte daha sonraki Miller kararında bu standartların yerel olarak algılanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. **Roth v. U.S**., 354 U.S., 476 (1957).

tanımını açıkça ortaya koyması gerekir. Salt çıplaklığın ya da çıplak dans gösterilerinin müstehcenlik tanımı içerisine girmediği Mahkemece belirtilmiştir. Mahkeme ayrıca, yetişkinler tarafından bulundurulan materyalin müstehcen olduğu iddiasıyla suça konu edilemeyeceğini de açıkça karara bağlamıştır. Bunun tek istisnası ise çocuk pornografisidir.[936] Bunun dışında, müstehcen ifadenin çocukların korunması amacıyla yer zaman ve yöntem düzenlemesine (biçim düzenlemesine) bağlı tutulması mümkündür.[937]

İkinci olarak, ticari ifadelerin de müstehcen ifadeler için olduğu gibi, siyasal ifadeye göre daha zayıf bir korumaya tabi olduğu söylenmelidir. Hatta ticari ifadelerin, ifade özgürlüğü hakkının norm alanı dışında kaldığı da ileri sürülmüştür.[938] Yüksek Mahkemeye göre, tamamıyla ticari amaçla yapılan reklâmlar ifade özgürlüğü hakkının norm alanı dışında kalırlar. Bunun anlamı, söz konusu ifadelerin düzenlenmesinde devletin diğer iş alanlarında sahip olduğu yetkilere sahip olduğudur.[939]

Ancak Yüksek Mahkeme daha sonraki bir içtihadında bu görüşünü değiştirmiş ve tamamen ticari amaçlı yapılan reklâmların da Birinci Değişikliğin korumasından yararlanacağına karar vermiştir. Mahkeme, bu sonuca varırken klasik anlamda Millci gerçekliğe dayanan argümana yaslanmıştır. Mahkemeye göre, ticari bilginin serbest akışında toplumsal yarar bulunmaktadır. Aksi durumda tüketicilerin

---

[936] Çocuk pornografisinin yasaklanma gerekçeleri, ifadenin müstehcenliği temeline dayanmamaktadır. Burada yasaklamanın gerekçesi tamamen çocukların istismar edilmelerinin yanlışlığı ve önlenmesi temeline dayanmaktadır. Başka bir deyişle, burada ataerkilci bir anlayışla ifadenin hedefinde olan kitlenin ya da muhataplarının korunması söz konusu değildir; burada korunan pornografinin aracı olarak kullanılan çocuklar olmaktadır. Bkz. Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, ss. 98-99.

[937] Müstehcenlik konusunda Yüksek Mahkeme tarafından yapılan bu tanımlamalar için bkz. anılan **Roth v. U.S**. kararı; **Jacobellis v. Ohio**, 378 U.S., 184 (1964); **Miller v. California**, 413 U.S., 15 (1973); **Brockett v. Spokane Arcades, Inc**., 472 U.S., 491 (1985); **Barnes v. Glen Theatre, Inc**., 501 U.S., 560 (1991); **Stanley v. Georgia,** 394 U.S., 557 (1969); Bununla birlikte eyaletler, müstehcen materyalin dağıtımını ve gösterimini suç haline getirebilecekler. Yüksek Mahkemenin müstehcenlik konusundaki içtihatlarıyla çelişen bu tutumu için bkz. **U.S. v. Reidel**, 402 U.S., 351 (1971) ve **Marks v. U.S**., 430 U.S. 188 (1977).

[938] Şirketler tarafında ürün fiyatlarına ilişkin yapılan reklamların, ABD sistemi içerisinde ifade özgürlüğü hakkı kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Haberleşme (iletişimsel) hiçbir değer taşmıyan salt ekonomik içerikli ilanların ya da reklamların, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilerek devletin denetim alanının dışına çıkarılması, 1930'lu yıllardan itibaren etkisini yitiren laissez-faire (libertaryan) ekonomi anlayışının libertaryanlar tarafından yeniden diriltilmesi olarak yorumlanmaktadır. Bu durumu "oportünizm (fırsatçılık)" olarak yorumlayan Schauer'in bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeleri için bkz. Frederick Schauer, "*First Amendment Opportunism*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002, ss. 175–197.

[939] **Valentine v. Chrestensen**, 316 U.S. 52 (1942).

belirli bir ürün hakkında bilgisiz kalma tehlikesi bulunmaktadır.[940] Yüksek Mahkeme benzeri gerekçelerle, avukatlara uygulanan reklam yasağını da Anayasaya aykırı bulmuştur.[941]

Yüksek Mahkeme, ticari ifadelerle ilgili olarak yanıltıcı ve aldatıcı ya da yasadışı herhangi bir faaliyete özendirici nitelikteki ifadelerin kamusal makamlarca sınırlandırılabileceğini kabul etmiştir.[942] Kısaca, ticari ifade alanının düzenlenmesinde devlete daha geniş bir takdir alanı bırakılmaktadır.

2) Siyasal İfade

Siyasal ifade, diğer ifade kategorilerine göre daha geniş bir koruma görmektedir. Bunun temel nedeni, siyasal ifadenin demokrasiye dayanan tez tarafından korunan ifade alanı olmasıdır. Özellikle Meiklejohn tarafından formüle edilmiş olan argümanları burada yinelemeye gerek yoktur. Bütün demokratik rejimlerde ifade özgürlüğünün rejimin temel ilkelerinden birini oluşturduğunda neredeyse bir tartışma bulunmamaktadır.

İfade özgürlüğünü salt yararcı pragmatik temellere oturtmaya çalışanların, siyasal ifade ile diğer ifade kategorileri arasında bir ayırımı yapmaları beklenmemelidir. Çünkü siyasal ifadenin çoğu zaman kurulu düzene ve siyasal iktidarın özellikle halk çoğunluğu tarafından onaylanan siyasalarına karşı kullanılabileceği düşünüldüğünde, yarar hesaplamaları genellikle siyasal ifadenin aleyhine gerçekleşebilecektir. Bu durum karşısında klasik faydacılığın/utilitarianism argümanlarıyla siyasal ifadeye diğer ifade kategorilerine göre daha fazla koruma sağlanması düşünülemeyecektir.[943]

ABD doktrin ve uygulamasında siyasal ifade ile diğer ifade kategorileri arasında bir ayırımın gerçekten var olup olmadığı ya da böyle bir ayırımın

---

[940] **Virginia Pharmacy Bd. V. Virginia Consumer Council**, 425 U.S. 748 (1976).
[941] **Bates v. State Bar of Arizona**, 433 U.S. 350 (1977); In re Primus R.M.J., 436 U.S. 412 (1078); bu kararın full text (tam metni) için bkz. http://supreme.justia.com/us/455/191/case.html (çevrimiçi: 02/03/2007)
[942] In re Primus R.M.J., 455 U.S. 191 (1982); **Pittsburgh Press Co. v. Human Relations Commission**, 413 U.S. 376 (1973).
[943] Temel hakların faydacılık bakımından tartışıldığı bir çalışma için bkz. Dworkin, **Taking Rights Seriously**, ss. 266–278.

yapılmasının ifade özgürlüğü hakkının niteliğine uygun olup olmadığı konusunda bir tartışma mevcuttur. Bu tartışmanın kökleri, Yargıç Holmes ve Brandies arasında yukarıda sözü edilen ifade özgürlüğü temellendirmesi farklılığına kadar uzanmaktadır. Anayasanın ifade özgürlüğü hakkını mutlak olarak tanımladığını ileri süren (bunlara mutlakçılar denilmektedir) yargıç ve yazarların böyle bir ayırımı temellendirmeleri güç görünmektedir.[944]

Ayrıca siyasal ifadenin net bir tanımının verilemeyeceği ve dolayısıyla da kapsamının belirlenemeyeceği; belirlenebilecekse bile, bu belirlemeyi kimin yapacağı gibi çözülmesi güç sorunların bulunduğu ileri sürülmektedir. Bu durumda ifadenin siyasal bir niteliğinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın başka ölçütler doğrultusunda bir sonuca varılması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşte olanlara göre, söz konusu ölçüt ifadenin yol açtığı zarar ve korunması gereken diğer değerler olmalıdır. Bunun ötesinde bir ayırım, ifade özgürlüğünün denetlenmesi konusunda devlete olması gerekenden daha geniş bir takdir alanı bırakacaktır.[945] Ancak bu eleştirilerin gerek uygulamada gerekse doktrinde belirlenen ifade kategorileri karşısında zayıf kaldığını belirtmek gerekir. Uygulama, işin niteliği gereği kendiliğinden böyle bir ayırımı gerçekleştirmiştir. Bu durumun yalnızca ABD uygulamasına özgü olmadığını özellikle AİHS sistemi içerisinde de geçerli bir uygulama olduğunu söylemek gerekir.

Bu durumda yapılması gereken iş, siyasal ifadeden hangi tür ifadelerin anlaşılacağının belirlenmesidir. Bu konuda kapsamlı ve kuşatıcı bir tanım vermek güç olsa da siyasal ifade için ayırt edici temel bir takım özelliklerin belirlenmesi olanaklıdır.

Siyasal ifade üzerine C. Sunstein tarafından verilen tanım, Meiklejohn'un demokrasiye dayan tezine uygun bir tanımlamadır. Buna göre siyasal ifade, kamusal

---

[944] Yargıç Black ve Douglas tarafından müstehcen ve ticari ifadelerle ilgili kararlarda yazılan karşı oy yazıları bunun tipik örnekleri olmaktadır. **Roth v. U.S**., 354 U.S. 476 (1957); **Albert v. California**, 354 U.S. 476 (1957); **Miller v. California**, 413 U.S. 419 (1973) kararında, Yargıçlar, Douglas, Brennan, Stewart ve Marshall karara muhalif kalmışlardır. **Paris Adult Theatre I v. Slaton**, 413 U.S. 446 (1973) kararında da Yargıçlar, Brennan, Stewart ve Marshall, Mahkemenin müstehcen ifade kategorisi için tutarlı ilkeler geliştirememiş olduğunu ve bu durumun Birinci Değişiklik tarafından korunması gereken ifade kategorileri için bir tehlike oluşturacağını ileri süren bir karşı oy yazısı kaleme almışlardır. Bu yargıçlar karşı oy yazısında, Roth kararında yargıçlar Black ve Douglas tarafından yazılmış olan karşı oy yazısına gönderme yapmışlardır.

[945] Tartışmalarla ilgili olarak bkz. Sunstein, **Democracy**, ss. 124–128, 148–150.

düşünce ve tartışma sürecine katkı sağlayan tüm ifadeleri içerir. Yazarın da belirtmiş olduğu gibi bu oldukça geniş kapsamlı bir tanımlamadır. Ancak bu durum siyasal ifadenin içeriğinin belirlenmesini olanaksız kılmaz. Bu konuda gerek konuşmacının niyeti, gerekse dinleyicinin ifadenin içeriğini algılaması, bir ifadenin siyasal olup olmadığının belirlenmesinde temel ipuçlarını verebilecektir. Özellikle dinleyicilerin ifadenin içeriğini algılama biçimi noktasında, bütün dinleyicilerin değil fakat makul olarak bir kısım dinleyicilerin, ifadenin içeriğini siyasal olarak algılamaları belirleyici olmalıdır. Aksi takdirde özellikle edebi ve sanatsal ifadelerin siyasal bir içerik taşıyıp taşımadıkları önemli bir sorun haline gelebilir. Öte yandan yalnızca ifadenin ajanı tarafından ileri sürülen ancak hiç kimsenin siyasal içeriğe ulaşamadığı bir ifadenin de siyasal ifade olarak nitelendirilmesi, siyasal ifade ile diğer ifade arasındaki ayırımı bütünüyle ifadenin ajanının sübjektif durumuna bağlı kılacağı ve böylece belirsiz hale getireceği için kabul edilemez. Sınırlamanın konusu olan ifadenin, kamusal tartışma sürecine katkısının bulunup bulunmadığına; başka bir anlatımla, siyasal ifade niteliğinde olup olmadığına her bir olayda mahkemelerin karar vermesi gerekmektedir.[946]

İfade özgürlüğünün her şeyden önce devlete (siyasal iktidara/demokratik rejimlerde özellikle çoğunluğa) karşı bir hak olduğu dikkate alındığında siyasal iktidarın siyasalarına ya da bizzat kurulu rejime karşı siyasal ifadeye sağlanması gereken korunmanın diğer ifade kategorilerine göre daha geniş olması gerektiği anlaşılabilir.[947] Önde gelen bir liberal kuramcıya göre, demokrasi karşıtı yıkıcı fikirlerin yasaklanması, liberal demokrasinin temel özelliklerinden biri olan akla dayalı tartışma ve düşünme sürecini ortadan kaldırmak demektir. Bu da açık biçimde (yalnızca ifade özgürlüğünün değil) düşünce özgürlüğünün (freedom of thought) ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.[948]

Öte yandan siyasal ifade özgürlüğü yalnızca yıkıcı düşünce ve görüşlerin savunusu ile ilgili değildir. Siyasal ifade aynı zamanda hakaret ve sövme (libel and defamation) hukuku bakımından da belirleyici bir konuma sahiptir. Bu durumda siyasal ifadenin sınırlarının belirlenmesi; başka bir anlatımla devletin bu ifade

[946] Sunstein, **Democracy**, ss. 130–137, 152–159.
[947] Bu argüman özellikle Schauer tarafından bağımsız bir ifade özgürlüğü ilkesinin temellendirilmesinde kullanılmaktadır. Bkz. Schauer, **İfade Özgürlüğü**, ss. 9–13.
[948] Rawls, **Political Liberalism**, ss. 340–348.

kategorisi üzerindeki denetiminin sınırlarının belirlenmesi önem taşımaktadır. Her iki durumu da ayrı başlıklar altında ele almak yararlı olacaktır.

a) Yasadışı Eylemlerin Savunulması ve Tahrik Edilmesi Bakımından Siyasal İfadenin Sınırlandırılması

ABD ifade özgürlüğü rejiminde, Birinci Dünya Savaşı sırasında savaş karşıtlarına verilen mahkumiyetlerle, sonrasında komünistlere verilen mahkumiyetler, siyasal ifadenin sınırlandırıldığı tipik örnekleri oluşturmaktadır. 20. yüzyılın ilk çeyreği siyasal ifade özgürlüğü alanında önemli ilkelerin ortaya çıktığı bir dönemdir. 1919 yılında *Schenk v. U.S.* kararında (Schenck kararı)[949]Yargıç Holmes tarafından "*açık ve yakın/mevcut/hazır tehlike*" (*clear and present danger*) testi formüle edilmiştir. Test siyasal ifadeye yeterli korumayı sağlayamamış; bizzat Holmes'ün karşı oy yazısı yazdığı kimi kararlarda çoğunluk görüş bu testi uyguladığını ileri sürebilmiştir.[950] Testin temel özelliği, kullanılan ifadenin her bir olayda devletin önlemekte haklı ve meşru olduğu ciddi ve önemli zararı (substantive evils) doğurabilecek biçimde açık ve mevcut bir tehlike oluşturup oluşturmadığının mahkemelerce belirlenmesinden ibaret olmaktadır. Holmes'ün deyimiyle, *bu bir derece ve yakınlık meselesidir*.[951] Bu bağlamda barış zamanında söylenmesine izin verilebilecek pek çok sözlerin savaş zamanında söylenmesi sınırlandırılabilir. Başka

[949] **Schenck v. United States**, 249 U.S. 47 (1919).
[950] Örneğin bkz. **Abrams v. United States**, 250 U.S. 616 (1919); Bu kararda Holmes yazmış olduğu karşı oy yazısında, Holmes, açık ve mevcut tehlike kriterinden söz ederken bu kararda, *derhal meydana gelebilecek yakınlıkta* bir tehlikeye (immnent danger) dikkat çekmektedir. **Gitlow v. New York**, 268 U.S. 652 (1925); Gitlow kararında Yargıçlar Holmes ve Brandies (katılıyor) karşı oy yazılarında, işçi sınıfını toplu grevler ve diğer kitlesel devrimci yöntemlerle proletarya diktatörlüğünü kurmaya çağıran "Sol Kanat Manifestosu'unun açık ve yakın tehlike yaratabildiğine dair bir niteliğinin olmadığına dikkat çekmişlerdir. Ayrıca bkz. **Whitney v. California**, 274 U.S. 357 (1927); Bu kararda Yargıçlar Brandies ve Holmes (bu defa Holmes katılıyor), açık ve yakın tehlike ölçütünün çağdaş formülasyonu olan Brandenburg testinin temellerini atmışlardır. Brandies'e göre düzenli bir toplum yalnızca zora dayalı bir susturma ve korkuyla sürdürülemez; çünkü korku, baskıyı doğurur, baskı nefreti …. ve nihayet nefret devletin istikrarını tehdit eder. İfadenin, devletin önlemekte meşru sayılabileceği ciddi ve önemli bir zarar tehlikesini doğurup doğurmadığını belirleme görevi yasamanın değil; her somut olayda yargının görevidir.
[951] Holmes'ün ifadesi şöyledir: "*It's a question of proximity and degree*."

bir anlatımla, kriz ve savaş dönemlerinde devletin ifade özgürlüğü üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırları, barış zamanında olduğundan daha geniş olacaktır.[952]

Holmes, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında açık ve mevcut tehlike ölçütünü gerekçelendirmek için kalabalık bir tiyatroda (olmadığı halde) "*yangın var*" diye bağıran bir kimsenin ifadesinin korunamayacağı örneğini vermektedir.[953] Bu örnek ifade ile eylem (performative speech act) arasındaki ayırımı dikkate almadığından ABD doktrininde ağır eleştirilerle karşılaşmıştır.[954] Açık ve yakın/mevcut tehlike kriterinin çağdaş versiyonu olan Brandenburg testi işte bu eleştirilere yanıt verebilecek bir niteliğe sahiptir.[955] Brandenburg testi ABD halen yürürlükte olduğundan, bu testin Yüksek Mahkeme tarafından ortaya konulduğu *Brandenburg v. Ohio* kararına[956] yakından bakmak gerekmektedir.

Brandenburg kararında, Ohio'da Ku Klux Klan lideri konumundaki bir kişinin, Cincinnati'de bir çiftlikte lideri bulunduğu grubun üyeleriyle yapmış olduğu bir toplantıdaki konuşması üzerine bu kişi hakkında yerel mahkemece verilen mahkûmiyet kararı değerlendirilmiştir. Karara konu olan olayda Brandenburg (Klan lideri), bir TV muhabirini arayarak söz konusu toplantıyı kaydetmesi amacıyla davet etmiştir. Muhabir tarafından çekilen filmin yayınlanması üzerine Brandenburg'un toplantıda yapmış olduğu konuşmanın Ohio Kriminal Sendikacılık (Ohio Criminal Syndicalism Act) Yasasını ihlal ettiği gerekçesiyle bu kimse hakkında mahkûmiyet kararı verilmiştir. Konuşmanın yapıldığı grubun diğer üyeleri silahlıdır ve yüzleri maskelidir. Brandenburg, söz konusu konuşmasında, zencilerin Afrika'ya, Yahudilerin ise İsrail'e sürülmeleri gerektiğini belirtmiştir. "Biz intikamcı bir örgüt değiliz; ne var ki, Başkanımız, Kongremiz, Yüksek Mahkememiz beyaz Kafkas

---

[952] Anılan Schenck kararı; Barış ve savaş zamanı ayırımını Yargıç Holmes, **Abrams v. United States** kararında yazmış olduğu karşı oy yazısında da yapmaktadır. Holmes, açık ve mevcut tehlike kriterinden söz ederken bu kararda, *derhal meydana gelebilecek yakınlıkta* bir tehlikeye (immnent danger) dikkat çekmektedir.

[953] "Yangın" örneği, Yargıç Holmes tarafından (üstte anılan) Schenck kararında verilmiştir.

[954] Doktrinde bu örneğe ve aslında Holmes'ün bu örnekten yola çıkarak formüle etmiş olduğu açık ve mevcut tehlike testine en ağır eleştiri A. Meiklejohn tarafından yöneltilmiştir. Bkz. Meiklejohn, **Free Speech**, ss. 28-56; "Kalabalık bir tiyatroda yangın var" örneğinin eleştirisi için ayrıca bkz. Rawls, **Political Liberalism**, s. 345.

[955] Brandenburg testinin, açık ve yakın tehlike testinin en kapsamlı biçimde yapılmış yeni bir formülasyonu olduğu belirtilmektedir. Bkz. Samuel Issacharoff, "*Fragile Democracies*", **Harvard L. Rev**. Vol. 120, No: 6, April 2007, s. 1416.

[956] **Brandenburg v. Ohio**, 395 U.S. 444 (1969).

ırkını ezmeye devam ederse, kimi intikamların alınması zorunluluğu doğabilir. Biz, yüz binler, 4 Temmuz günü Kongre'ye yürüyeceğiz…"[957]

Brandenburg'un mahkûmiyetine dayanak oluşturan Ohio özel ceza yasası, 1919 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu yasanın benzerleri yirmi eyalette daha mevcuttur. Nitekim Whitney, Ohio yasası ile neredeyse aynı hükümleri içeren California yasası tarafından mahkûm edilmiş ve bu yasa da Yüksek Mahkemenin testinden geçerek onaylanmıştı.[958] Brandenburg, "sabotaj, şiddet ve yasadışı terörist yöntemlerin, hedeflenen endüstriyel ya da siyasal reformları gerçekleştirebilmek için gerekli ve aynı zamanda bir ödev olduğunu savunmaktan" mahkûm edilmişti. Şimdi bu davada Yüksek Mahkeme, söz konusu Ohio yasasının düzenlemiş olduğu bu türden yıkıcı düşünce ve görüşlerin savunulmasının ifade özgürlüğü hakkı tarafından korunup korunmayacağına karar vermek durumundaydı. Bu aynı zamanda, Yüksek Mahkemenin Whitney'de vermiş olduğu kararın yeniden bir değerlendirmesini yapmak anlamını taşıyordu.[959]

Yüksek Mahkeme vermiş olduğu kararında, şiddet yoluyla yönetimin devrilerek yerine başka (faşist, komünist, anarşist) yönetimlerin getirilmesi gerektiğini savunan düşünce ve görüşlerin ifadesinin Anayasanın koruması altında olduğuna karar vermiş ve Ohio yasasını Anayasaya aykırı bulmuştur. Bu kararda, Whitney kararının da reddedildiği (reversed) açıkça belirtilmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, şiddet kullanılmasının ya da suç işlenmesinin savunulduğu bir ifadenin sınırlandırılabilmesi için iki koşulun varlığı gerekmektedir: (1) söz konusu savununun derhal vuku bulabilecek (hemen gerçekleşebilecek) yasa dışı bir eylemi doğrudan tahrik ve teşvik etmesi gerekir. (2) tahrikin (inciting) söz konusu eylemin gerçekleşmesine elverişli bulunması gerekmektedir.[960]

Brandenburg kararıyla, rejimin şiddete başvurularak devrilmesinin gerekliliğini (hatta bunun işçi sınıfı için bir ödev ve sorumluluk olduğunu) ileri süren

[957] Anılan **Brandenburg v. Ohio** kararı.
[958] **Whitney v. California**, 274 U.S. 257 (1927).
[959] Anılan **Brandenburg v. Ohio** kararı.
[960] Karardaki ifade, the advocacy is "directed to inciting or producing imminent lawless action" and the advocacy is also "likely to incite or produce such action" biçimindedir. Bkz. Anılan **Brandenburg v. Ohio** kararı.

doktrinlerin savunulmasının Anayasanın ifade özgürlüğünü düzenleyen Birinci Değişikliğinin koruması altında olduğu açıkça ifade edilmiştir.[961]

Karara katılım şerhi yazan Yargıçlar Black ve Douglas, mutlakçı görüşün savunucuları olarak Birinci Değişiklik içerisinde açık ve mevcut tehlike testine yer olamayacağını; burada uygulanan testin ise, Birinci Değişikliğin özüne ve ruhuna uygun yeni bir test olduğunu ileri sürmüşlerdir.[962] Testte, ifadenin doğrudan eylemi tahrik ve teşvik etmesi gerektiği, soyut doktrinlerin içerikleri ne olursa olsun, bu doktrinlerin savunularının eylemle bağlantıları doğrudan (direct) olmayıp, dolaylı (indirect/doktrin aracılığıyla) olduğu için sınırlandırılamayacağına ilişkin birinci ilkenin, Federal Temyiz Mahkemesi yargıcı Learned Hand tarafından formüle edilmiş olan testten geldiği belirtilmektedir. Tahrik ve teşvikin, eylemi gerçekleştirme yönündeki yakınlığı ve elverişliliği koşulunun ise Holmes'ün açık ve yakın/mevcut tehlike testinden geldiği belirtilmektedir.[963] Brandenburg'da uygulanan testin, önceki testin (açık ve mevcut/yakın tehlike testinin) modern versiyonu olduğu yönündeki görüş, doktrinde hakim görüştür.[964]

Brandenburg kararı, siyasal ifade özgürlüğünün belirli bir çerçevede (yasadışı eyleme ya da şiddeti tahrik ve teşvik ettiği ileri sürülen ifadenin) içerik olarak sınırsız olduğunu ortaya koyan bir karar olması itibariyle ifade özgürlüğü bakımından bir dönüm noktası niteliğindedir. Bundan böyle siyasal iktidarın belirli kategorideki ifadeyi tehlikeli bularak sınırlandırması olanağı ortadan kaldırılmıştır.[965] Kararın,

---

[961] Anılan **Brandenburg v. Ohio** kararı.

[962] Anılan **Brandenburg v. Ohio** kararı.

[963] Hand testiyle Brandenburg arasındaki ilişkiye yönelik yorumlar için bkz. Steven L. Emanuel, **Constitutional Law**, 17th Ed., Emanuel Publishing Corp., NY 2000, ss. 438–444.

[964] Bu konuda bkz. Öykü D. Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku I – Amerika Birleşik Devletleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, ss. 171–172.

[965] Yüksek Mahkeme daha sonraki kararlarında da belirli kategori ifadelerin doğrudan yasama tarafından tehlikeli bulunarak sınırlandırılmasına karşı çıkmıştır. Adalet Soruşturma Komisyonu önünde yürütülen gizliliği konusunda karar alınan soruşturmalarla ilgili bilgi ve belgelerin kamuya açıklanmasını suç sayan bir Virginia Ceza Yasası hükmünü aynı gerekçelerle Yüksek Mahkeme iptal etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre bu yasanın genel geçer bir kural olarak herkese uygulanabileceğinin kabul edilmesi olanaksızdır. Yasa, üçüncü kişilere ve özellikle de basın mensuplarına uygulanamaz. Söz konusu bilgi ve belgelerin kamuya duyurulmasının Anayasanın korumadığı bir tehlikeyi yaratıp yaratmadığını yasa baştan belirleyemez; bu iş her somut olayda mahkemelerce karara bağlanması gereken bir niteliğe sahiptir. Yüksek Mahkemenin bu kararı, özetle ifade özgürlüğü hakkının siyasal iktidara (demokrasilerde özellikle çoğunluğa) karşı bir hak olduğunu vurgulama bakımından önemlidir. Her bir olayı bağımsız biçimde değerlendirmenin önemli bir sonucu da, her olayda ifade özgürlüğü tezlerinin değerlendirilmesinin varılacak sonucu etkilemesine

sınırlandırılmasına izin verdiği ifade türü, siyasal iktidarın sınırlamakta haklı görüldüğü icrai söz edimleridir (performative speech acts). Yargıç Holmes'ün bu bağlamda, kalabalık bir tiyatroda (yalan yere) "*yangın var!*" diye bağıran bir kimsenin ifadesinin sınırlandırılmasının meşru olacağı yönündeki gerekçesi de aslında icrai bir söz ediminin sınırlandırılması ile ilgilidir. Bu durum, kendisine bağlı gruba "*vurun X'e*" diye bağıran kişinin sarf etmiş olduğu ifadeyle aynı niteliktedir. Korunan ifadeyi korunmayan ifadeden ayıran buradaki temel ayırt edici özellik, korunmayan ifade ile eylem arasındaki yakınlığın derecesidir. Başka bir deyişle, ifade ile ifadenin yol açacağı zarar tehlikesi o kadar yakındır ki, ifade ve eylemin arasına girilmeye fırsat bulunmamaktadır. Böyle bir ifadenin yine ifade ile karşılanması söz konusu değildir. İfadenin kamusal tartışma forumuna girmesi söz konusu değildir. İşte Brandenburg testi, ancak bu hallerde ifadenin sınırlandırılabileceğine izin vermektedir. Bu testin, Meiklejohn tarafından savunulan argümanlarla yakınlığı ortadadır. Siyasal ifade özgürlüğünün içeriğinin belirli bir bağlam içerisinde mutlak olarak tanımlandığı testin dayanağı, ifade özgürlüğü tezleri içerisinde ancak demokrasiye dayanan tez olabilir. Tartışma sürecinin altında yaşandığı tavan çökmedikçe siyasal iktidarın ifadeyi sınırlamasına izin verilmeyecektir. Demokrasiye dayanan tezin öncüsü Meiklejohn'un görüşleriyle Brandenburg kararında savunulan görüşler aynı çizgidedir.[966]

Brandenburg kararında varılan sonuçlar günümüzde de geçerliliğini korumaktadır. Bu kararın arkasından verilmiş olan aynı nitelikte olaylara ilişkin bir dizi kararda Yüksek Mahkeme Brandenburg'un geçerli olduğunu göstermiştir.

Hess v. Indiana kararında[967] Yüksek Mahkeme, kampüsten çıkan öğrenciler tarafından gerçekleştirilen savaş karşıtı bir protesto eyleminin sonucunda verilen mahkumiyet kararını değerlendirmiştir. Karara konu olayda, göstericiler bir caddeyi bloke etmişler ve polis göstericileri dağıtıncaya kadar bu eyleme devam etmişlerdir. Eylem sırasında, protestocuların liderlerinden biri (Hess), "s.k. (fucking) caddeyi daha sonra tekrar alacağız." biçiminde bir ifadede bulunmuş ve onun bu ifadeleri

---

olanak sağlanmasıdır. Karar, Brandenburg testinin özünü yansıtmaktadır. Bkz. **Landmark Communications, INC. v. Virginia**, 435 U.S. 829 (1978).

[966] Meiklejonh'un argümanlarına bir önceki bölümde "demokrasiye dayanan tez" başlığı altında ayrıntılı olarak değinilmiştir.

[967] **Hess v. Indiana**, 414 U.S. 105 (1973).

polisçe kaydedilmiştir. Bunun üzerine Hess hakkında, yasadışı eyleme tahrik suçundan yargılama yapılmış ve mahkumiyet kararı verilmiştir. Yüksek Mahkeme, bu olayda sarf edilen sözlerin gelecekte belirsiz bir zamanda gerçekleşecek bir eylemle ilgili olduğunu; dolayısıyla da derhal vuku bulabilecek yasadışı bir eylemi tahrik edici nitelikte bulunmadığını belirterek söz konusu mahkumiyet kararını bozmuştur.

NAACP v. Claiborne Hardware Co. kararında[968] Yüksek Mahkeme, Brandenburg testinin öngörmüş olduğu "yasadışı eyleme tahrik ve teşvik" koşulunun uygulanması gerektiğini bir kez daha yinelemiştir. Karar, NAACP (National Association for the Advancement of Colored People/Siyahların Durumlarını İyileştirme Derneği) liderlerinden Charles Evers tarafından Missisippi'de ikamet eden siyahların, ırksal eşitliğin sağlanabilmesi için belirli bir takım talepler yerine getirilinceye kadar beyaz tüccarları boykot eylemlerini teşvik eden bir konuşma ile ilgilidir. Evers, konuşmasında boykotu ihlal eden siyahların kendi halkı (siyahlar) tarafından disipline edileceklerini söylemiştir. Yerel mahkeme, beyaz tüccarların uğramış oldukları ekonomik zarardan ötürü Evers aleyhine karar vermiştir. Bu kararı bozan Yüksek Mahkeme, Evers'ın konuşmasının derhal meydana gelebilecek yasadışı bir eylemi tahrik ve teşvik etmediğini, konuşmacının hitap ettiği kitleleri yönlendirmek için spontane ve duygusal ifadelere başvurmasının Anayasanın korumuş olduğu ifade özgürlüğü hakkı içerisinde olduğuna karar vermiştir. Bu kararda Yüksek Mahkeme, Brandenburg kararında formüle edilen testin, "derhal meydana gelebilecek yasadışı bir eylemi tahrik ve teşvik" unsurunun varlığını araştırırken önemli bir kritere daha başvurmuştur. O da konuşmacının ifadelerinin ardından böyle bir eylemin gerçekleşip gerçekleşmediğinin dikkate alınması gerektiğidir. Evers'ın konuşmasının ardından "disipline etme" konusunda hiçbir eylem gerçekleşmemiştir. Mahkemeye göre, konuşmanın sonucunda kullanılan ifadelerin tahrik ettiği öne sürülen eyleme yönelik hiçbir hareket olmadığından, söz konusu konuşmanın Brandenburg kararının formüle etmiş olduğu testin sınırlarını aşmadığı söylenebilecektir. Başka bir deyişle bu ifadeler, duygusal ve şiddetli bir

[968] **NAACP v. Claiborne Hardware Co**., 458 U.S. 886 (1982).

yapıda olmalarına karşın ifade özgürlüğü hakkının koruması altında kabul edilecektir.[969]

b) Diğer Siyasal İfade Kategorileri

Diğer siyasal ifade kategorileri başlığı altında, ABD Yüksek Mahkemesinin içtihatları ışığında doktrin tarafından yapılan ayırımlara bağlı olarak, kavgacı sözler (fighting words)[970], ırkçı nefret ifadeleri (racial hatred) ve genel olarak hakaret ve sövme niteliğindeki ifadeler üzerinde durulacaktır. Ayrıca Yüksek Mahkemenin bu konular üzerine vermiş olduğu kararların ifade özgürlüğü tezleri bakımından bir değerlendirmesi yapılacaktır.

Yüksek Mahkemenin *Kavgacı Sözler (fighting words)* Doktrini: Kavgacı sözler, genel olarak konuşmacının karşısındaki dinleyiciyi ya da dinleyicileri kendisine karşı eylemli yanıt vermeye kışkırtıcı nitelikte kullanmış olduğu ifadelerdir. Bu ifadeler genellikle dinleyicilere yönelik küfürlü söz edimleri biçiminde ortaya çıkmaktadır. Hukukumuzda "sövme" olarak tanımlanan kişilik haklarına saldırı niteliğindeki ifade eylemleri, şayet muhataplarını karşılık (kavga biçiminde) vermeye yöneltecek bir nitelik taşımaktaysa, bu durum ABD hukukunda genellikle "*kavgacı sözler*" (fighting words) başlığı altında ele alınmaktadır. Bu başlık altına giren ifade türleri ise doğal olarak sosyal ve kültürel farklılıklara göre değişebilmektedir. Dil biliminin konusunu oluşturacak önemli çözümlemelere gerek olabilecektir. Bu kategoride tanımlanabilecek sözcüklerin her dildeki anlamı farklı çözümlemelere tabi olabilecektir. Bir dilden ötekine yapılacak çeviriler, ifadenin "kavgacı sözler" başlığı altında ele alınıp alınmayacağı konusunda kesin bir yargıya varmaya tam olarak elverişli olmasalar da bu durum, doktrin hakkında bir takım ölçütlerin belirlenmesine engel değildir. Kavgacı sözlerle ilgili bu kısa tanımlamanın ardından, Yüksek Mahkemenin, bu türden ifade kategorilerine karşı yaklaşımı incelenebilir.

---

[969] Anılan **NAACP v. Claiborne Hardware Co**. kararı.

[970] "Fighting words" ibaresini Arslan, "kavgacı sözler" olarak çevirmiştir. Bkz. Arslan, Zühtü, "*ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü",* **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Derleyen Zühtü Arslan, LTD yayını, Ankara 2003, s. 41; Aydın ise, "dövüşen sözler" olarak çevirmektedir. Bkz. Aydın, **Üç Demokraside**, s. 355; Bu ibarenin, "çatışmaya yol açan sözler" olarak da çevrildiği görülmektir. Bkz. Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, s. 161.

Kavgacı sözler alanında Yüksek Mahkemenin ilk önemli içtihadı *Chaplinsky v. New Hampshire* kararıdır[971]. Karara konu olayda, Yehova Şahidi olan kişi, polis müdürüne "*Allahın belası sarhoş sahtekâr! Lanetli faşist!"* ifadelerini kullanmış ve ardından kavgaya tutuşmuştur. Bunun üzerine yapılan yargılamada Yehova Şahidi hakkında, "Y*asalara uygun biçimde sokakta ya da herhangi bir kamusal alanda bulunan bir kimseye karşı saldırgan (offensive), alçaltıcı (derisive) veya rahatsız edici (annoying) ifadede bulunan bir kişi… cezalandırılır.*" hükmüne dayalı olarak mahkumiyet kararı verilmiştir. Yüksek Mahkeme, Yehova Şahidinin kullanmış olduğu sözlerin, ifadenin muhatabı durumundaki ortalama bir kimseyi karşılık vermeye provake (tahrik) etmeye yeterli bir nitelikte olduğu gerekçesiyle mahkumiyet kararını onamıştır. Mahkemeye göre "*kavgacı sözler*", muhatabını yaralayan (inflict injury) ya da hemen orada barışın (huzurun: peace) bozulmasına yol açabilecek bir tahriki oluşturabilecek nitelikteki sözlerdir. Ayrıca bu sözler, hakikatin ortaya çıkması bakımından çok az bir sosyal değere sahiptirler. Bu nedenle de kamu düzeninin ve ahlakın korunmasındaki çıkar, bu türden sosyal değeri düşük ifadelerin korunmasındaki çıkarın önünde yer almaktadır.[972]

Chaplinsky kararı, Yüksek Mahkemenin, Millci gerçekliğe dayanan ifade özgürlüğü tezinin ön planda tutulduğu tipik bir karardır. Bu noktada, Millci tezin kapsayıcılığına yönelik eleştirilerin bu karar için de geçerli olacağında kuşku yoktur. Yehova Şahidinin sarf etmiş olduğu sözler, hakikatin ortaya çıkmasına katkı sağlamayan, sosyal değeri düşük ifadeler olarak yorumlanmış ve bu türden ifadeleri sınırlama konusunda kamusal makamlara geniş bir takdir payı bırakılmıştır.

Yüksek Mahkeme, daha sonraki kararlarında Chaplinsky kararını açıkça yürürlükten kaldırmamış olsa da, "kavgacı sözler" doktrininde önemli değişiklikler yapmıştır. Terminiello kararında[973] Mahkeme, dinleyicileri provake eden, meydan okuyan nitelikteki duygusal ifadelerin de Anayasanın koruması altında olduğuna karar vermiştir. Karara konu olayda, Katolik bir rahip olan Terminiello, Yahudi aleyhtarı bir konuşmayı sürdürürken, etrafında biriken kızgın kalabalığa hitaben, "yılanlar" ve "sümüklü pislikler" ifadesini kullanmış ve bu ifadeleri nedeniyle,

[971] **Chaplinsky v. New Hampshire**, 315 U.S. 568 (1942).
[972] Anılan **Chaplinsky v. New Hampshire** kararı.
[973] **Terminiello v. Chicago**, 337 U.S. 1 (1949).

kalabalık infiale gelerek Terminiello'ya karşı taşlı sopalı saldırıda bulunmuştur. Terminiello hakkında, insanları infiale sevk etmek ve kamu barışını bozmaktan dolayı mahkumiyet kararı verilmiştir. Bu karar, Yüksek Mahkeme tarafından bozulmuştur. Mahkemeye göre,

> *Konuşmalar, sıklıkla tahrik edici ve meydan okuyucudur. Ön yargılara ve öznel inançlara saldırabilir ve bir fikrin kabulü için ısrar ederken derinden yıkıcı etkileri olabilir.*[974]

Yüksek Mahkemenin Terminiello kararıyla kavgacı sözler doktrinini Chaplinsky'den sonra yeniden biçimlendirmiş olduğu açıktır. Mahkeme daha sonra vermiş olduğu bir dizi kararında bir istisna (Feiner kararı)[975] ile Terminiello'daki argümanlarını yinelemiştir. Mahkemeye göre, konuşmanın içeriğinden rahatsız olan düşman dinleyicinin (hostile audience) bu rahatsızlığından dolayı konuşmacının susturulması, ifade özgürlüğü hakkını zedelemektedir. Kamusal makamlar bu gibi durumlarda konuşmacıyı susturmak yerine, düşman dinleyiciye karşı koruma yolunu yeğlemelidir.[976] Kullanılan ifadelerinin küfürlü olması da tek başına konuşmacıyı susturmak için yeterli gerekçe sağlamaz. Hatta bu sözlerin *s.k.* (fuck) gibi açık bir

---

[974] Terminiello kararından yapılan alıntının devamı için bkz. Aydın, **Üç Demokraside**, s. 131.

[975] Bu konuda tek istisnanın Feiner kararı olduğunu belirtmek gerekir. Karara konu olayda, sol görüşlü bir üniversite öğrencisi, Başkan Truman'a "g.t" ve Amerikan lejyonuna da Nazi gestapo yakıştırmasında bulunmuştur. Öğrenci konuşmasında ayrıca, siyahların meşru haklarını kazanmak için silahlı olarak ayaklanmaları gerektiğini savunmuştur. Etrafta biriken kalabalıktan bir kişi, "o. çocuğunu eğer polis oradan indirmez ise ben indireceğim" diye bağırmıştır. Bunun üzerine polis, konuşmacıdan konuşmasına son vererek orayı terk etmesini istemiştir. Ancak konuşmacı polisin bu isteğine direnerek konuşmasını sürdürmek istemiş ve bunun üzerine polis tarafından gözaltına alınmıştır. Yapılan yargılamanın ardından konuşmacı mahkum edilmiştir. Bu karar Yüksek Mahkeme tarafından, konuşmacının isyana teşvik edici ifadeleri nedeniyle onaylanmıştır. Karara karşı oy yazan Yargıç Black, konuşmacının mahkumiyet gerekçesinin ifadenin şiddeti tahrik edici niteliğine dayandırılmadığını, ancak konuşmacının ifadelerinin/görüşlerinin içeriğine duyulan memnuniyetsizlikten kaynaklandığını ileri sürmüştür. Yargıç Black'in argümanı kuşkusuz konuşmacının solcu kimliği dikkate alındığında McCartizmin Yüksek Mahkeme üzerindeki etkisini çağrıştırmaktadır. Bu nedenle de Yüksek Mahkemenin özellikle Brandenburg kararından itibaren geçerli olan tezleriyle uyuştuğu söylenemez. Karar için bkz. **Feiner v. New York**, 340 U.S. 315 (1951).

[976] **Cox v. Louisiana** (Cox 1), 379 U.S. 536 (1965); Düşman dinleyiciye karşı yetkililerin konuşmacıyı susturmak yerine korumayı yeğlemeleri gerektiği görüşü aynı zamanda ifade özgürlüğü hakkı bağlamında devletin pozitif edim yükümlülüğünün ABD Yüksek Mahkemesi tarafından benimsenmiş bir görünümü olmaktadır. Bu konu ayrıntılı biçimde bu çalışmanın İkinci Bölümünde incelenmiştir.

küfür teşkil ettiği durumlarda da bu kural geçerlidir.[977] Güvenlik güçleri, kamu düzeninin bozulabileceği konusunda genel bir tehlikeyi esas alarak, konuşmacıyı susturmamalıdır. Güvenlik güçlerinin denetim altına alamayacakları boyutta bir tehlikenin somut olarak varlığının ortaya konulabildiği durumlarda ancak konuşmacının susturulması söz konusu olabilir.[978]

"Kavgacı sözler doktrini"nin Brandenburg testi ile yakın bir ilişkisinin bulunduğunu söylemek gerekir. Yüksek Mahkemenin kavgacı sözler konusunda vermiş olduğu kararlar, Brandenburg testi ışığında okunmalıdır. Başka bir deyişle, "kavgacı sözlerin" yasadışı eylemi tahrik ve teşvik niteliğinin değerlendirmesi Brandenburg testi ışığında yapılabilir. Bu bakımdan yukarıda bir istisna olarak belirtilen Feiner kararının[979] artık yürürlükte olmadığı söylenebilir. Feiner'in, "siyahların, meşru haklarını kazanabilmeleri için silahlı olarak ayaklanmaları" gerektiği yönündeki tahrik ve teşviki, derhal meydana gelebilecek bir nitelik taşımamaktadır. Bu daha çok geleceğe dönük bir teşviktir ve sözler böyle bir eylemi hemen gerçekleştirmeye elverişli değildir. Dolayısıyla da Feiner'de konuşmacının kullanmış olduğu ifadelerin Brandenburg testini geçebilmesi söz konusu değildir.

Yüksek Mahkemenin "kavgacı sözler" doktrini, demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezinin argümanlarıyla uyuşmaktadır. Gerçekliğe dayanan tezin bu türden ifadelere sağladığı korumanın yetersizliğine Chaplinsky kararının tipik örnek oluşturduğunu burada bir kez daha yinelemek gerekir. Öte yandan bireysel özerkliğe dayanan ifade özgürlüğü tezinin argümanları düşman dinleyici karşısında konuşmacının (saldırgan ve kışkırtıcı) konuşmasını sürdürmesine yeterli gerekçeyi sağlamaz. Özellikle ifadenin içeriğinin saldırgan, küfürlü ve karşısındaki dinleyiciyi

---

[977] Cohen isimli bir kişi giymiş olduğu ceketin arkasına "fuck the draft" (asker alımını s.k.) yazarak Los Angeles adliyesinde kadınların ve çocukların da bulunduğu ortamlarda dolaşması üzerine göz altına alınmış ve hakkında açılan davada mahkum edilmiştir. Yerel mahkemelerin mahkumiyet kararını bozan Yüksek Mahkeme, fuck (s.k.) sözcüğünün müstehcen olmadığını zira bu sözcüğün cinsel dürtüleri tahrik edici bir karakterinin olmadığını belirtmiştir. Ceketteki yazıyı görenlerin yalnızca başlarını başka tarafa çevirerek bu ifadeye maruz kalmayacaklarını belirten Mahkeme ayrıca kaba ya da şiirsel ifadelerin kullanılması konusunda tercihin kendini ifade etmek isteyen kişiye ait olacağını ileri sürmüştür. Mahkemeye göre, sözcüklere dayalı bir analizle kamusal makamların ifade özgürlüğünü sınırlandırmaları haklı görülemez. Bu ifadeden dolayı insanların yaralanmış olduklarını ileri sürmek bu olayda mümkün gözükmemektedir. Anayasa, akla ve mantığa dayalı belirli bir nezaket çerçevesinde sunulmuş olan görüşleri olduğu kadar, kaba ve duygusal olarak sunulan görüşleri de korumaktadır. Bkz. **Cohen v. California**, 403 U.S. 15 (1971).

[978] **Edwards v. South Carolina**, 372 U.S. 229 (1963).

[979] **Feiner v. New York**, 340 U.S. 315 (1951).

karşılık vermeye kışkırtıcı nitelikte olduğu durumlarda, konuşmacının bu konuşmayı sürdürme hakkının bulunduğunu bireysel özerklik ve kişinin kendi kendini gerçekleştirmesi yönündeki tezlerle savunmaya olanak yoktur. Burada ifadenin biçim yönünden denetlenmesi söz konusudur ve bireysel özerklik tezi biçim denetlemelerine karşı gerçekliğe dayanan tezden daha fazla bir koruma sağlamamaktadır. Kişinin düşünce ve kanaatlerini başkalarına iletme hakkına yapılan bir sınırlandırma söz konusu olmayıp, söz konusu görüş ve düşüncelerini iletme biçimine (yer, zaman ve yöntem düzenlemesine) yönelik bir sınırlandırma mevcuttur. Kişinin konuşmalarının Yüksek Mahkeme tarafından korunmuş olduğu yukarıda incelenen olaylarda, kışkırtıcı ifadelerin sosyal değeri (hakikatin ortaya çıkışına sağladığı katkısı) düşük olduğu gibi; bu gibi özgül durumlarda kişinin konuşmasına son vermesini talep etmenin *insan onurunu* zedeleyeceği de ileri sürülemez. Kısaca, "kavgacı sözler doktrini", ancak demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü hakkı tezi çerçevesinde savunulabilir.[980]

Irkçı Nefret İfadeleri (racial hatred): Irkçı nefreti körükleyen ifadelerin ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde korunması gerekip gerekmediği sorunu ifade özgürlüğünün önemli tartışma konularından biridir. ABD Yüksek Mahkemesinin bu türden ifadeleri de anayasanın koruması altında gördüğünü ortaya koyan içtihadı, Skokie kararıyla[981] oluşmuştur. Mahkemeye göre, bu türden ifadelerin muhataplarının Nazi soykırımından kurtulmuş (toplama kamplarından gelen) Yahudiler olması durumunda dahi kamusal makamların sırf ifadenin içeriğinden hoşlanmamaları nedeniyle yaptıkları sınırlandırma Anayasayı ihlal teşkil etmektedir. Mahkeme, yerel makamların, Amerikan Nazi grubunun bölgede yapacağı gösterinin Nazi soykırımından kurtulan bölge sakinleri üzerinde fiziksel travmaya varabilecek bir etkisinin olabileceği yönündeki argümanını reddetmiştir. Mahkemeye göre, ifadenin içeriğinin sırf dinleyicilerinin bir bölümü için şok edici, saldırgan nitelikte olduğu gerekçesiyle ifade özgürlüğü hakkı sınırlandırılmamalıdır. Söz konusu şok

[980] Demokrasiye dayanan tezin argumanları için bkz. Üçüncü Bölümde, "Demokrasiye Dayanan Tez" başlığı.
[981] **National Socialist Party v. Skokie**, 432 U.S. 43 (1977).

edici etki, ifadelerin içeriğinden kaynaklanabilmektedir. Bununla birlikte bu türden ifadeler de Anayasanın koruması altındadır.[982]

Mahkeme, ırkçı söz edimlerinin yaratabileceği olumsuz etkilerin farkında olduğunu belirtmiştir. Ancak bu söz edimleri, salt dinleyicilerini rahatsız edici, hatta şok edici olmaları nedeniyle sınırlandırılamaz. Böyle bir sınırlamaya izin vermek, Mahkemeye göre, devlete siyasal ifade kategorileri arasında bir seçim yapma hakkını tanımak demektir ki; bu da ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki işlevi ile bağdaşamaz. Olaydaki ifade biçiminin dinleyiciler üzerinde yaratabileceği psikolojik etkiler önemsiz değildir. Dolayısıyla ifade özgürlüğü hakkını kullandığı ileri sürülen konuşmacıların (Nazi Partililer) buradaki ifade biçimlerine getirilen sınırlamanın, bireysel özerkliklerini ihlal edeceğini söylemek güçtür. İnsan onuruna dayanan bir insan hakları anlayışı açısından da, dinleyicilerin (pek çoğu Nazi soykırımından kurtulan Yahudiler) konumları dikkate alındığında bireysel özerklik ve insan onuru terazisinde dinleyicilerin özerklikleri ve onurlarının ağır basması gerektiği pekala ileri sürülebilir. Diğer taraftan, burada kullanılan ifadelerin (swastikalı nazi üniformaları giymek) gerçeğin keşfine katkıda bulunabilecek sosyal değeri yüksek ifadeler oldukları da ileri sürülemez.

Bu durumda Yüksek Mahkemenin kararının dayanağının Meiklejohn tarafından savunulan demokrasiye dayanan tezin argümanları olabileceği kolayca anlaşılabilir. Meiklejohn'un kullanmış olduğu metofor çerçevesinde anlatmak gerekirse, tartışma forumunun yapıldığı binanın tavanı çöküp kasaba meclisi tatil edilinceye kadar, herkesin düşüncesini söyleme hakkı olacaktır. Bu süreçte yalnızca bir organizatör konumundaki devletin, bu ifadeler arasından kendi beğenisine göre bir seçim yapma hakkı ya da herhangi bir takdir yetkisi bulunmayacaktır. Kamusal makamlar, ırkçılık karşıtı ifadeleri serbest bırakırken ırkçı ifadeleri sınırlandıramayacaktır. Böylece siyasal ifadeye sağlanan koruma içerik olarak *mutlak*

[982] Skokie kararının ardından, Kasaba yönetimi, toplantı ve gösteri organizasyonlarını düzenlemek amacıyla üç yönetmelik (ordinance) daha çıkarmıştır. Bu düzenlemeler özetle ırkçı nefreti körükleyen ifadeleri sınırlandırmayı amaçlıyordu. Yönetmeliklerden biri ayrıca askeri üniforma görünümünde kıyafetlerle bölgede gösteri yapılmasını yasaklıyordu. National Socialist Partisi bu yönetmelikler aleyhinde yerel mahkemede dava açmış, hem yerel mahkeme yönetmelikleri anayasaya aykırı bularak iptal etmiş ve bu karar bölge temyiz mahkemesince de onanmıştır. ABD Yüksek Mahkemesi temyiz mahkemesinin onama kararını incelemeyi (*Writ of Certiorari* vermeyi/incelemeye değer bulmayarak) reddetmiştir. Böylece yerel mahkemelerce verilmiş olan iptal kararı kesinleşmiş olmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gunther/Sullivan, **Constitutional Law**, ss. 1112–1115.

bir niteliğe kavuşacaktır. Ancak buradaki mutlak ifade kategorisi içerisinde, yalnızca siyasal ifadenin olduğunu yinelemek gerekir. Siyasal ifadenin de Meiklejohn için, Alman hukukçusu Müller'in tanımlamış olduğuna benzer biçimde nesnel sınırları bulunmaktadır.[983] Bu sınırlar, diğer ifade kategorileriyle veya ifade ve eylem arasındaki yakınlığın derecesiyle belirlenmektedir. Örneğin, müstehcenlik diğer ifade kategorileriyle belirlenen nesnel sınırlılığa; derhal gerçekleşebilecek bir eylemi sonuç verebilecek nitelikteki ifadelerin sınırlandırılması ise, ifade ve eylem arasındaki yakınlığa verilebilecek bir örnektir. Müstehcen kategoriye dahil olan ifadeler ise, Birinci Değişiklik (ifade özgürlüğü hakkını düzenleyen hüküm) tarafından değil[984]; *due process of law* (hukuki esas ve usullere uyulma zorunluluğunu düzenleyen On Dördüncü Değişiklik hükmü) tarafından korunacaktır. Kalabalık bir tiyatroda "*yangın var*!" diye bağırmak bu türden bir sınırlama olup, ifadenin içeriğini hedef almayan bir sınırlama niteliğinde olacaktır. Çünkü bu ikinci durumda, ifade ve eylem arasına girmek artık olanaklı değildir.

Irkçı nefreti körükleyen ifadelerin, demokrasiye dayanan tezin bir versiyonu olan hoşgörüye dayanan tez çerçevesinde de korunması gerektiğini yinelemek gerekir. Toplumda var olan yapısal adaletsizliklerin ceza yasalarıyla üzerlerini kapatmaya çalışmak yerine; bu sorunların çözümü için siyasalar geliştirmek, yapısal adaletsizliklerin derinleşmesini engelleyebilir. Hoşgörüye dayanan bu argüman, toplumun bu sorunlardan haberdar olması ve çözüm arayışı içerisine girebilmesinin ön koşulunu açık tartışma ortamının varlığına bağlamaktadır.[985]

Hakaret Niteliğindeki Söz Edimleri: Hakaret niteliğinde kabul edilen söz edimlerinin ifade özgürlüğü hakkı bağlamında korunup korunmadığı konusu ABD Yüksek Mahkemesinin bu alanda belirlemiş olduğu standartlar bakımından oldukça karmaşık bir görünüm sergilemektedir. Bunun bir nedeni, Mahkemenin bu alandaki içtihatlarında sürekli bir değişimin olmasına karşın; değişimin Brandenburg

[983] Müller'in nesnel sınırlar öğretisi için, bu çalışmanın İkinci Bölümü yanında bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, ss. 47–52.

[984] Meiklejohn tarafından formüle edilmiş olan demokrasiye dayanan tezin, siyasal ifade dışındaki ifade kategorilerine ifade özgürlüğü hakkı bağlamında koruma sağlamadığını yinelemek gerekir. Meiklejohn'un tezine yöneltilen en önemli eleştirilerden biri, tezin kapsayıcılığına olmuştur. Meiklejohn'un argümanları için, bu çalışmanın Üçüncü Bölümü yanında ayrıca Bkz. Meiklejohn, **Free Speech**, ss. 41–56.

[985] Hoşgörüye dayanan tezin David A.J. Richards tarafından formüle edilen argümanları, çalışmanın Üçüncü Bölümünde ayrıntılı olarak incelenmiştir. Ayrıca bkz. Richards, **Free Speech**, ss. 126–180.

kararında olduğu biçimde açıkça belirtilmemiş olmasıdır. Bir diğer neden, ABD hukukunda hakaret niteliğindeki söz edimlerini düzenleyen hükümlerin Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden farklı olmalarıdır. Söz gelimi hukukumuzda hakaretle ilgili olarak gerek ceza hukukunda gerekse özel hukukta yapılan tanımlamalarla ABD hukukunda yapılan tanımlamalar arasında önemli ayrılıklar bulunmaktadır. Daha spesifik olarak belirtmek gerekirse, ABD hukukunda hakaret (defamation) sözlü (slander) ve diğer (libel:yazılı, görsel ve simgesel) hakaret olarak ikiye ayrılmakta ve genellikle bu hakaret eyleminde gerçeklik geçerli bir argüman olmaktadır. Başka bir deyişle bir kişinin şöhretine (reputation) saldırı niteliğindeki bir ifadenin ileri sürdüğü sav doğru (truth:hakikat) ise, bu bir savunma olarak kabul edilmektedir. Halbuki hukukumuzda hakaret hükümleri çerçevesinde gerçeklik/doğruluk argümanının dinlenebilmesinin belirli koşulları bulunmaktadır. Bu koşullar benzeri biçimde ABD hukukunda hakaretten ayrı olarak özel hayata karşı saldırı (invasion of privacy) hükümleri çerçevesinde korunmaktadır.[986] ABD hukukunda, haksız fiil hükümlerine dayalı olarak verilen tazminatların, örneğin, Alman ya da Türk hukukunda olduğunun aksine cezai bir niteliği de bulunmaktadır.[987] Genellikle *punitive damages (farazi zararlar)* olarak adlandırılan bu zararların hesabı, mağdurun hesaplanan zararlarının ötesinde, hakaret ve sövme ediminde bulunan kimseyi cezalandırmak için ve böylece ceza niteliğindeki tazminatın caydırıcılık amacı göz önünde bulundurularak yapılmaktadır.[988]

Bununla birlikte, özel hayat tanımlamasının, her iki sistemde de, kamusal ve özel şahsiyetler (public figures/private figures) ayırımına bağlı olarak farklı ölçütlere tabi tutulduğunu belirtmek gerekir.

Kavgacı sözler başlığı altında incelenen *Chaplinsky* kararında Yüksek Mahkeme, Yehova Şahidinin kullanmış olduğu ifadeler ("lanetli faşist/Allahın belası

---

[986] Yüksek Mahkemenin isyana tahrik (seditious libel) suçunu açık biçimde Anayasaya aykırı bulduğunu belirtmesinden bu yana, hakaret ve sövme ile ilgili düzenlemeler, ceza yasaları tarafından değil; ancak özel hukuk hükümleri (law of torts) tarafından yapılmaktadır.

[987] Alman ve ABD hukuk sistemlerinde hakaret ve sövme hukukunun karşılaştırmalı bir incelemesi için bkz. Alexander Bruns, "*Access to Media Sources in Defamation Litigation in the United States and Germany*, **Duke L. J. of Comparative & International Law**, Vol. 10, Iss. No. 2, Spring/Summer, 2000, ss. 283–306.

[988] Bu çerçevede ödenen tazminat miktarlarının yüksek oluşu, ekonomik olarak zayıf konumda bulunan yayın kuruluşlarını tehdit ettiği belirtilmektedir. Örneğin bkz. Steven Pressman, "*Libel Law in the United States*", http://usinfo.state.gov/products/pubs/press/press08.htm (Çevrimiçi: 06/05/2005).

sahtekar") teknik anlamda "sövme" niteliğinde ifadeler olup, bu ifadelerin Anayasanın koruması altında olmadığına karar vermişti. Ancak Yüksek Mahkemenin daha sonradan vermiş olduğu kararlarda bu içtihadından döndüğünü ve sövme niteliğindeki kaba sözlerin de ifade özgürlüğü hakkı bağlamında Anayasanın koruması altında olduğunu burada belirtmek gerekir. Aynı dönemlerde Yüksek Mahkeme vermiş olduğu *Beauharnais* kararında[989] da gruplara yönelik hakaret ve sövme (libelious) içeren sözlerin yerel makamlarca takdir edilerek sınırlandırılabileceğini kabul etmiştir. Karara konu olayda gruplara hakareti suç sayan Illinois ceza yasası hükmüne dayanılarak Joseph Beauharnais adlı ırkçı (zenci düşmanı White Circle League örgütünün lideri konumundaki) bir kişinin dağıtmış olduğu el bildirisi yüzünden mahkumiyeti değerlendirilmiştir. Dağıtmış olduğu el ilanında Beauharnais, "Chicago yetkililerini, zencilerin beyaz insanların mal ve mülklerini istila etmelerine, beyazları taciz etmelerine bir son vermeye" çağırmaktadır. İlanda ayrıca, "eğer ortak inanç ve yaşam değerlerine sahip olma ve beyaz ırkın zenciler tarafından ırkının bozularak melezleştirilmesine engel olma gereği bizi birleştirmeyecekse, o zaman kesinlikle zencilerin saldırılarını, ırza geçmelerini, soygunlarını, bıçaklarını, silahlarını ve mariuhanalarını görmeye hazırız demektir.[990]

Yüksek Mahkeme, Yargıç Frankfurter tarafından açıklanan çoğunluk görüşünde, "hiç kimsenin bir başkasını haksız olarak tecavüzcü, gaspçı… mariuhana bağımlısı olarak nitelendirme hakkına sahip olmadığını" belirtmiş ve bir kişiye karşı söylendiğinde suç olarak kabul edeceğimiz ifadelerin, belirli bir gruba yöneltildiğinde suç sayılmaması gerektiği savunulamaz denilmiştir. Kararda ayrıca, Illinois eyaletinin özel konumuna dikkat çekilmiştir. Illinois'de gerçekleşen bir dizi eyleme dikkat çeken Mahkeme, bu bölgenin ırklar arası tansiyonun oldukça yüksek olduğu bir yer olduğunu; dolayısıyla da yerel makamların kamu barışını

[989] **Beauharnais v. Ilinois**, 343 U.S. 250 (1952).

[990] Yasa hükmü şöyledir: "Bir kimsenin, özel kuruluşun ya da kurumun, yayınlanması ya da gösterilmesi her türlü ırka, renge, felsefi ya da dini inanca mensup yurttaşların bir kısmını karalama, aşağılama veya rencide edecek veya kamu barışının bozulması ya da isyanların, arbedelerin meydana gelmesine yol açacak şekilde eksik, kriminel, ahlaktan ya da erdemden yoksun olarak gösteren her türlü lithograf, filmi oyun, skeci kamusal alanda üretmesi, satması, satma teklifinde bulunması, reklamını yapması, yayınlaması, sunması veya göstermesi yasaktır." Yasa metni ve Beauharnais kararı hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Aydın, **Üç Demokraside**…, ss. 132–148.

koruyabilmek için bu türden ifadeleri sınırlandırma konusunda bir takdir yetkisi bulunduğunu belirtmiştir. Yargıçlar Black ve Douglas'ın da dahil olduğu dört yargıç, karşı oy yazmışlardır. Bu yargıçlar özetle, hakaret suçlarının (criminal libel laws) ancak bireylere karşı olabileceğini; büyük gruplara karşı böyle bir suçun oluşabileceğinin kabul edilmesinin Anayasanın mutlak olarak korumuş olduğu kamusal tartışma forumunu etkisiz kılacağını ileri sürmüşlerdir.[991]

Kararın verildiği tarih (1952) dikkate alındığında, Yüksek Mahkeme'de çoğunluk görüşünün neden bu yasayı onayladığı anlaşılır. Bu dönemde, Yüksek Mahkemenin, belirli kategori ifadeleri (yıkıcı propagandaları/özellikle komünist) kamu barışı ya da rejim için tehdit ve tehlike oluşturduğu gerekçesiyle devletin yasaklayabileceğini kabul etmiş olduğunun altı çizilmelidir. Kararda Mahkemenin ikiye bölünmüş olması, gelecekte bu kararda açıklanan içtihadın artık yürürlükte olmayacağının sinyalini vermişti. Yukarıda ele alınan Skokie kararı, yine bir Illinois düzenlemesi hakkındadır.

ABD ifade özgürlüğü hukukunda, hakaret hukuku (law of defamation) üzerine *New York Times Co. v. Sullivan* kararı[992] bir dönüm noktası olmuştur. Bu kararda Mahkeme ilk defa, ifade özgürlüğü hakkının sağlamış olduğu korumanın bir kamu görevlisinin görevinden dolayı eleştirilme sınırlarının belirlenmesine etkisini değerlendirmiştir..

Karara, New York Times gazetesinde 1960 yılının Mart ayında Martin Luther King'i Müdafaa Komitesi (Committee to Defend Martin L.K.) ve Güneyde Özgürlük Savaşımı (Derneği) (Struggle for Freedom in the South) tarafından verilen tam sayfa bir ilanın yayımlanması üzerine açılan hakaret davası ile ilgili gelişmeler konu olmuştur. "Onların Yükselen Sesine Kulak Verin" (Heed Their Rising Voices) başlıklı ilanın içeriğinde, "pompalı tüfeklerle ve göz yaşartıcı gaz bombalarıyla donatılmış kamyonlar dolusu polis Montgomery'de barışçıl gösteri yapan siyahlara eşi görülmedik bir terör yaşattılar… Alabama Devlet Üniversitesi yerleşkesini inlettiler… Dr. King'e saldırdılar ve King'i tam yedi defa gözaltına aldılar…" ifadeleri yer almaktaydı. Bu ilan üzerine Montgomery (Alabama) polis şefi Sullivan, New York Times ve ilanda isimleri bulunan siyah rahipler hakkında tazminat davası

[991] Anılan **Beauharnais v. Ilinois** kararı.
[992] **New York Times Co. v. Sullivan**, 376 U.S. 254 (1964).

açmış ve yerel mahkeme, ilanda belirtilen olguların gerçeği yansıtmadığı gerekçesiyle Sullivan'a beş yüz bin dolar tutarında bir tazminatın ödenmesine hükmetmiştir. Bu dava Yüksek Mahkeme önüne taşınmıştır.[993]

Yüksek Mahkeme öncelikle, ilanın ticari bir reklam niteliğinde olması dolayısıyla Anayasanın ifade özgürlüğü hakkını düzenleyen Birinci Değişikliğinin koruması dışında kaldığı tezini reddetmiştir. Mahkemeye göre, kamusal tartışmaların sürdürülmesine katkı sağlayan ifadeler, hiçbir baskıya maruz kalmadan, açık görüşlülüğü sağlayacak sağlam güvencelerle korunması gereken ifade kategorisi içinde yer alırlar. Karara konu olan olay böyle bir niteliğe sahiptir. Buradaki sorun, gerçeğe aykırı düşünce ve görüşlerin de Anayasanın koruması altında olup olmadığının belirlenmesidir. İlanda yer alan ifadelerin kısmen gerçeğe aykırı oldukları kanıtlanmıştır. Ne var ki, gerçeğe aykırı ifadelerin ifade özgürlüğü hakkının koruması dışına çıkarılması, kamusal tartışmaların gereği gibi yürütülebilmesini ve sürdürülebilmesini engelleyecektir. Zira düşüncelerin doğruluğundan mutlak olarak emin olamayan kimseler bu görüş ve düşüncelerini açık etmekten çekinecek ve kaçınacaklardır (Chilling effect doktrini). Özellikle kamusal sorunlar üzerinde insanların görüş ve düşüncelerini rahatlıkla ortaya koyabilmeleri için, bu görüş ve düşüncelerinin yanlış (hatta olgular hakkında gerçek dışı) olması durumunda dahi Anayasanın koruması altında olduğunu bilmeleri gerekir (breathing space doktrini). Aksi takdirde, insanların kendi kendilerini sınırlamak (self-censorship) durumunda kalacakları bir ortam yaratılmış olacaktır.[994]

Öyle ki, yanlış ya da yanlışlanabilir düşünce ve görüşlerin özgür bir tartışma ortamında bulunması kaçınılmaz bir durumdur. Mahkeme, anayasal korumanın, yalnızca ifadenin sosyal yararlılığına, gerçeklik değerine (truth value) dayalı bir niteliğinin bulunduğu argümanını açıkça reddetmiştir. Zira bu olayda, olguların gerçeğe aykırı oldukları noktasında bir tartışma bulunmamakta ve bu durum mahkeme kararı ile de kesinleşmiş olmaktadır.[995] Buna karşın Yüksek Mahkeme, gerçekliğe dayanan ifade özgürlüğü tezini, hakkın koruduğu ifade kategorisi bakımından bir ölçüt olarak almayı reddetmiştir. Başka bir deyişle Mahkeme, Yargıç

[993] Anılan **New York Times Co. v. Sullivan** kararı.
[994] Anılan **New York Times Co. v. Sullivan** kararı.
[995] Anılan **New York Times Co. v. Sullivan** kararı.

Holmes'le birlikte Mahkemenin içtihatları içine taşınan Millci gerçeklik argümanını ve bu argümana bağlı "*başkalarına zarar ölçütünü*", artık ifade özgürlüğünün temel bir ilkesi olmaktan çıkarmıştır.

İfade özgürlüğü alanında Yüksek Mahkemenin bu kararda formüle etmiş olduğu ikinci önemli ilke, kamu görevlilerinin resmi şöhretlerinin korunması konusunda sıradan insanlara göre farklı bir işleme tabi tutulacağıdır. Mahkeme, hükümet ve kamu görevlilerine yönelik sert, heyacanlı, iğneleyici ve keskin ifadelerin kamusal tartışmaların sürdürülebilmesi ve etkili bir denetim ve eleştiri mekanizmasının işleyebilmesi için özellikle ifade özgürlüğü hakkının koruması içerisinde olması gerektiğine karar vermiştir.[996] Böylece mahkeme, kamu görevlileri ve kamusal şahsiyetler hakkındaki ifadelerin hakaret oluşturup oluşturmaması konusunda özel ve sıradan kişilere göre farklı ölçütlerin uygulanacağına karar vermiştir.

Mahkemeye göre, kamu görevlilerinin eleştirilmesinde isnat edilen olguların hakaret oluşturabilmesi için eleştirilerde kullanılan ifadelerin gerçek dışı olmaları yeterli bir ölçüt olmamalıdır. Bunun yanında ayrıca söz konusu ifadelerin kötü niyet motifi (saikiyle) ve zarar kastıyla (actual malice) kullanılmış olması gerekir. Bir kimsenin, bu ifadelerin doğruluğunu yeterince araştırmamış olması nedeniyle kendisine atfedilebilecek bir ihmalden dolayı sorumlu tutulmaması gerekir. Burada ihmal yeterli değildir; ayrıca ifade sahibinin ifadenin yanlış olduğunu bilerek; zarar kastıyla hareket etmiş olması veya ifadenin yanlış olabileceği konusunda bilinçli taksirden (reckless disregard) sorumlu tutulması gerekir. Burada önemli bir nokta da söz konusu özel kastın ya da bilinçli taksirin varlığını ifade özgürlüğü hakkının ajanının değil, ifadenin hedefindeki kamu görevlisinin ispat etmesi gerektiğidir. Yüksek Mahkeme, buradaki özel kastın ya da bilinçli taksirin varlığına ilişkin delillerin nasıl değerlendirildiğini de bizzat denetlemektedir.[997] Böylece Mahkeme, kamu görevlilerine yönelik eleştiri hakkı konusunda iyi niyet karinesine dayalı Anayasal bir ayrıcalık (Constitutional privilege) yaratmış oldu.[998]

---

[996] Anılan **New York Times Co. v. Sullivan** kararı.
[997] Yüksek Mahkeme Anderson kararında, delillerin alt mahkemelerce nasıl takdir edilmiş olduğuna ilişkin gerekçeleri ikna edici bir açıklık içinde talep etmiştir. Bkz. **Anerson v. Liberty Lobby. Inc**., 477 U.S. 242 (1986).
[998] Tribe, Lawrence, **American Constitutional Law**, Foundation Press, 2th Ed. USA 1988, s. 864.

Kararın bir diğer önemli yanı ise, Mahkemenin ifade özgürlüğü hakkına uygulanan yaptırımın niteliği üzerine önemli bir açıklamaya yer vermiş olmasıdır. Sullivan kararına konu olayın, ortak hukukun (common law) özel hukuk hükümleri çerçevesinde, haksız fiil hükümlerine göre çözümlenmesi gereken bir dava olduğu yönündeki itiraz Mahkemece kabul görmemiştir. İtirazı yapanların temel gerekçeleri, bunun bir ceza davası olmadığı dolayısıyla da Anayasanın Birinci Değişikliği ile ilgili bir sorunun olay bakımından ortaya çıkmayacağı noktasında düğümlenmektedir. Mahkeme bu itirazı reddederken, Eyaletin (Yönetimin), ceza hukuku içerisinde yapabileceği müdahalenin bir benzerini, zarar tazmini çerçevesinde de yapabileceğine dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre, tazminat hukuku çerçevesinde ifade özgürlüğü hakkına yapılan bir müdahale, ceza hukuku çerçevesinde yapılan bir müdahalenin yerini alabilir; hatta bu olayda olduğu gibi daha da etkili bir niteliğe sahip olabilir. Tazminat hukukunun zarar ödentisi tehdidi altında bir gazetenin görevini rahatlıkla yerine getirebileceği de söylenemez. Kısacası, uygulanan yaptırımın ceza ya da özel hukuk hükümleri açısından nitelendirilmesi burada önemli değildir; önemli olan uygulanan yaptırımın ifade özgürlüğü hakkına müdahale oluşturabilecek bir etkiye sahip bulunup bulunmadığıdır. Haksız fiil hükümlerine dayalı bir tazminat tehdidi de ceza hukuku tarafından öngörülen bir müdahaleyle aynı ölçüde etkiye sahip olabilir.[999]

Sullivan kararıyla Mahkeme, hakaret hukuku konusunda common law (ortak hukuk) ilkelerinin onaylandığı *Chaplinsky* ve *Beauharnais* kararlarında ortaya koymuş olduğu içtihatlardaki temel anlayışı tümden değiştirmiştir.[1000]

---

[999] Bkz. anılan **New York Times Co. v. Sullivan** kararı.

[1000] Bu konuda bkz. Aydın, **Üç Demokraside**, s. 161; Bir görüşe göre Mahkemenin Sullivan kararında varmış olduğu sonuçlar ifade özgürlüğü tezleri açısından haklılaştırılamaz. Bu görüş, özellikle fikirlerin pazaryeri argümanını tersinden okumakta ve olgusal gerçekliğe ait görüş ve düşüncelerin bu denli serbest bırakılmasının hakikatin ortaya çıkmasını engelleyeceğini ileri sürmektedir. Özellikle siyasal ifade alanında yanlış bilgilerin basın tarafından sorumsuz biçimde sürekli olarak piyasaya arz edilmesi sonucunda vatandaşların yanlış yönlendirilmesi pek muhtemel olacağından demokratik sürecin işleyişi de tehlikeye girecektir. Bu görüşte belirli bir haklılık payı olmakla birlikte, ifade özgürlüğü üzerinde uygulanacak *doğruluk/hakikat* eksenli bir denetimin, ifade piyasası üzerindeki caydırıcı etkisinin burada göz ardı edildiği söylenebilir. Çözümü, hakaret hukukuna ait ilkeleri ifade kategorileri bakımından hiçbir ayırım yapmadan uygulamakta aramak yerine, düzeltme ve cevap hakkı gibi ifade özgürlüğü alanına olumlu etkileri olan bir takım kurumları devreye sokmakta aramak daha isabetli görünmektedir. Söz konusu görüş ve savunusu için bkz. Lillian R. Bevier, "*The Invisible Hand of The Marketplace of Ideas*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002, ss. 233–255.

Mahkeme bu tutumunu, Sullivan kararından sonra vermiş olduğu kararlarda sürdürmüştür. Mahkeme aynı zamanda karara bağladığı *Butts* ve *Walker* kararlarında[1001], kamu görevlileri (public officials) ve kamusal şahsiyetler (public figures) arasında bir ayırım yapılmasının hukuksal ya da mantıksal bir temelinin bulunmadığını belirtmek suretiyle, *Sullivan* kararında koymuş olduğu standartların kamusal şahsiyetlere de uygulanacağına karar vermiştir. İfade özgürlüğü siyasaları bakımından kamu ve özel sektör arasındaki ayırımın giderek bulanıklaştığını ve kaybolduğunu belirten Mahkeme, kamu görevlileri gibi kamusal şahsiyetlerin de toplumun idare ve yönlendirilmesinde önemli biçimde rol aldıklarına dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre, vatandaşların kamu görevlilerinin faaliyetleri hakkında olduğu kadar kamusal şahsiyetlerin faaliyetleri hakkında da bilgilere ulaşmak için meşru ve önemli bir çıkarları bulunmaktadır.[1002]

Bununla birlikte özel kişiler (private figures) bakımından uygulanacak hakaret hukukunda Sullivan'da formüle edilmiş olan standartlar geçerli olmayacaktır. Özel kişiler, hakaret dolayısıyla açacakları tazminat davalarında, hakaretin konusunu oluşturan ifadenin sahibinin yanlış bilgileri sırf zarar kastıyla ya da bilinçli taksir içerisinde kullanmış olduğunu ispat etmek zorunda değildir.[1003]

Mahkemenin tanımına göre kamusal şahsiyetler, toplumda genel bir ün ve şöhrete sahip bulunanlar, kendi istekleriyle kamusal tartışma forumuna dahil olanlar[1004] ve kendi istekleri dışında bile olsa kamu görevlilerinin eylemlerinden etkilenmek suretiyle bu foruma dahil olan kişilerdir. Eğer hakaret davasının konusu kamusal tartışmayla ilgili bir konu ise ve davacı bir kamu görevlisi ya da kamusal bir şahsiyet ise, bu durumda tazminat davasının başarıya ulaşması için davacının

---

[1001] **Curtis Publishing Corparation v. Butts and Associated Press v. Walker**, 388 U.S. 130 (1967).
[1002] Anılan **Curtis Publishing Corparation v. Butts and Associated Press v. Walker**, kararları.
[1003] **Gertz v. Robert Welch Incorparation**, 418 U.S. 323 (1974); Yüksek Mahkeme, Gertz kararından önce vermiş olduğu **Rosenbloom v. Meromedia Inc**., 403 U.S. 29 (1971) kararında, ifadenin konusu olan kişinin statüsü gereği kamusal şahsiyet olmasının zorunlu olmadığını, kişinin içerisinde bulunduğu olayın konusunun kamusal bir sorunla ilgili olup olmadığının önemli olduğunu belirtmiştir. Ancak bu kararın Gertz'de açıklanan standartlarla uyuşmadığı; dolayısıyla Mahkemenin kamusal şahsiyet kavramını bu denli genişletici yorumunu terk ettiği belirtilmektedir. Bkz. Gunther/Sullivan, **Constitutional Law**, s. 1102.
[1004] **Time Inc. v. Firestone**, 424 U.S. 448 (1976); Bu kararda Time dergisi Palm Beach müdavimlerinden bayan Firestone'un gerçeğe aykırı olarak boşanma nedeninin zina olduğunu yazmıştır. Mahkeme değerlendirmesinde, Bayan Firestone'un kamusal şahsiyet sayılamayacağına, bir kimsenin sırf Palm Beach sosyetesinin önde gelenlerinden biri olmasının o kişiyi kamusal bir şahsiyet haline getirmeye yetmeyeceğine karar vermiştir.

Sullivan'daki standartları sağlaması gerekir. Dava konusu ifade kamusal bir sorunla ilgili ancak davacı özel bir kişi ise, bu durumda davacının ortak hukukun (common law) belirlemiş olduğu ölçütlerden daha yüksek bir standardı sağlaması gerekecek; ancak bu standart, Sullivan'da olduğundan daha aşağıda bir yerde olabilecektir. Son olarak, dava konusu ifade bütünüyle özel bir konu (kamusal tartışmaya katkısı bulunmayan bir konu) ve davacı da özel bir kişi ise, ortak hukukun belirlemiş olduğu ölçütlerden sapmak için bir neden olmayacaktır. Başka bir deyişle bu durumda, hakaret davasında tazminat talep eden kişinin haksız fiil (law of torts) hükümlerine göre zarar ve ziyan talebi karşılanabilecektir.[1005]

Belirtmek gerekir ki, ABD Yüksek Mahkemesinin özellikle kamusal sorunlar ve kamusal şahsiyetlerle ilgili olarak yapmış olduğu geniş tanımlama, pek çok olayda özel yaşama saygı hakkını önemli ölçüde etkisiz hale getirebilmiştir. Özellikle ceza davalarının her iki tarafının (sanık ve mağdur) da kimliklerinin basın tarafından topluma deşifre edilmelerinin, bu bilgiler doğru olduğu sürece Anayasanın mutlak korumasından yararlanacağını içtihat eden Yüksek Mahkemenin görüşü, özel yaşama saygı hakkını ifade özgürlüğü karşısında bütünüyle etkisiz hale getirmektedir. Mahkemenin bu konudaki yerleşik kanaati, cinsel suç mağdurlarının kimliklerinin basın tarafından topluma deşifre edilmesini sınırlandıran her türlü düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu yönündedir.[1006]

Mahkemeye göre, yönetimin belirli kategori ifadeler için sınırlama yetkisinin varlığını kabul etmek, siyasal ifade alanında kaygan bir yamaçta sınır çizilmesine izin vermek demektir. Siyasal iktidar bu sınırı kolayca bulandırabilir ve siyasal ifadeyi Anayasanın öngörmüş olduğu korumanın dışına çıkarabilir. Mahkemenin bu yaklaşımı doktrinde eleştirilmiştir. İnsan onurunun korunması için belirli ölçüde bir mahremiyetin gerekli olduğu, Mahkemenin aslında her olayda özel yaşama saygı hakkı ile ifade özgürlüğü hakkı arasındaki dengeyi kurmaya çalışması gerektiği savunulmuştur. Edelman, Mahkemenin özel yaşamın korunmasına açıkça öncelik tanınması gereken yerlerde dahi bu üstünlüğü ifade özgürlüğüne vermiş olduğunu

[1005] **Philadelphia Newspapers, Inc., v. Hepps**, 475 U.S. 767 (1986) kararında çoğunluk görüşünü açıklayan Yargıç O'Connor'ın yapmış olduğu bu özlü değerlendirme için bkz. Gunther/Sullivan, **Constitutional Law**, s. 1104.

[1006] Bu konuda şu iki karara bakılabilir: **Cox Broadcasting Corp. V. Cohn**, 420 U.S. 469 (1975); **Florida Star v. B.J.F**., 491 U.S. 524 (1989).

belirtmekte ve Mahkemenin bireylerin özel yaşamlarına saygı hakkını korumaktaki isteksizliğini eleştirmektedir.[1007]

Cinsel suç mağdurları olayında olduğu gibi, özel yaşama saygı hakkını ifade özgürlüğü lehine feda etmeyi gerektirmeyecek durumlarda özel yaşamının korunması yönünde karar verilebilirdi. Gerçekten de bu kişilerin kimliklerinin kamuya açıklanmasında, bu açıklamanın kurbanlar üzerinde oluşturabileceği olumsuz etkileri dengeleyecek hangi kamusal çıkarın bulunduğu sorulabilir. Söz konusu kamusal tartışmaların, bu kişilerin isimlerinin X, Y, Z gibi simgeler ya da takma adlar kullanılarak sürdürülmesi, kamusal tartışmanın değerini azaltır mı? Bir an için azaltacağı kabul edilse bile, böyle bir azalma, bu kişilerin özel yaşam haklarının feda edilmesini gerektirecek önemde midir? Kuşkusuz bu soruların yanıtını vermek zor değildir. Yüksek mahkemenin siyasal ifade alanında kaygan yamaçta sınır çekmenin güçlüğüne dikkat çeken argümanı önemlidir. Ama bu durum bütünüyle çözümsüz de değildir. Sınırın nerden çekileceği her somut olayda yapılacak analizle belirlenebilir. Bu konuda oluşturulacak içtihatlar, alt mahkemelere yol gösterebilir.[1008]

Yüksek Mahkemeyi bu şekilde karar vermeye iten saik, aşağıda inceleneceği üzere siyasal ifade ile diğer ifade kategorileri arasındaki iki kademeli sınırlama sistemine ek ve tamamlayıcı olarak siyasal iktidarın ifade karşısındaki tutumunu dikkate alan ikinci bir sınırlama sisteminin sağlamış olduğu gerekçeler olmaktadır.

C) Siyasal İktidarın İfade Karşısındaki Tutumuna Dayalı Sınırlama

Yönetimin ifade özgürlüğü hakkını sınırlaması konusunda, ABD Yüksek Mahkemesinin uygulamış olduğu, yukarıda ele alınan iki kademeli sınırlama sistemine (siyasal ifade ve diğer ifade olarak) ek olarak üç başlık altında incelenebilecek olan başka bir sınırlama sistemi daha bulunmaktadır. Bu sistemin ABD ifade özgürlüğü hukuku üzerindeki etkisi yukarıda siyasal ifade ve diğer ifade ayırımı kadar önemlidir. Bu ikinci sistem, ifadenin içeriğe dayalı ayırımından çok, sınırlamanın yöntemi ve ifade karşısında siyasal iktidarın tutumu ile ilgilidir.

[1007] Peter B. Edelman, "*Free Press v. Privacy: Haunted by the Ghost of Justice Black*", **Texas L. Rev**., Vol. 68, Iss. No. 6 (1990), ss. 1195–1211; Yazar bu makalesinde özellikle Anılan **Florida Star v. B.J.F**. kararı üzerinden eleştirilerini sürdürmektedir.
[1008] Bu konuda bkz. Edelman, "*Free Press*…", ss. 1202 vd.

Örneğin, siyasal iktidarın belirli kategorideki ifadelerden rahatsız olması nedeniyle sınırlama yapmak istemesi durumunda, Yüksek Mahkemenin bu sınırlamayı denetleme sistemi, ifadenin içeriğiyle ilgili olmamakta, fakat siyasal iktidarın ifadeye karşı takınmış olduğu tutumla ilgili olmaktadır. Bu durumda uygulanan denetimin niteliği de değişmektedir. Belirtildiği üzere, bu sınırlama sistemi üç başlıktan oluşmaktadır.

1) İçeriğe Dayalı Sınırlama

Yüksek Mahkemenin yerleşik içtihatlarına göre, yönetimin ifadenin içeriğini esas alarak (content-based) yapacağı bir sınırlamaya karşı Mahkeme, sıkı inceleme (strict scrutiny) ilkesi ya da testi olarak ifade edilen bir yöntem çerçevesinde yaklaşmaktadır. Bu çerçevede, içeriğe dayalı sınırlamanın Mahkemenin uygulayacağı sıkı inceleme testini geçebilmesi, bir önceki başlık altında ele alınan ifade kategorilerine göre iki kademeli (two tiers restriction) bir denetime tabi tutulacaktır. Müstehcen ve ticari ifadelerin sınırlandırılmasında daha yumuşak bir denetim öngörülürken, siyasal ifadenin sınırlandırılmasında -ifadenin niteliğine göre- *Brandenburg* testi ya da *Sullivan* ölçütleri veyahut "*kavgacı sözler*" doktrinine hakim olan ilkeler geçerli olacak; böylece sınırlamanın daha sıkı bir incelemeden geçmesi söz konusu olacaktır.[1009]

Burada özellikle içeriğe dayalı sınırlamanın bir biçimi olan ön sınırlama (prior restrain) konusu önem taşımaktadır. Yüksek Mahkemenin bu konudaki tutumu çok açık olmamakla birlikte, ön sınırlamaya karşı katı bir duruşunun olduğu söylenebilir.

Örneğin içerik denetiminin, ulusal güvenlikle ilgili olduğu *Pentagon Papers* (Pentagon belgeleri)[1010] olarak bilinen bir davada Yüksek Mahkeme, ön sınırlamayı (prior restrain) kabul etmemiştir. Karara konu olayda, birinci dereceden gizlilik niteliği verilmiş olan bir takım belgelerin Daniel Ellsberg isimli bir görevli tarafından kopyalanarak basına sızdırılması dolayısıyla, hükümetin derhal harekete geçerek

[1009] ABD Yüksek Mahkemesinin içeriğe dayalı (content-based) sınırlama doktrini hakkında genel olarak bkz. Aydın, **Üç Demokraside**…, ss. 235–241; Ayrıca bkz. Emanuel, **Constitutional Law**, ss. 420–421.
[1010] Davanın orijinal adı, **New York Times Co. v. United States**, 403 U.S. 713 (1971).

yayının yapılmasının engellenmesi için mahkemeden istemiş olduğu tedbir kararı değerlendirilmiştir. Hükümet, yayının durdurulması talebinde şu gerekçelere dayanmıştır: Söz konusu yayının yapılması durumunda, yayının ilgili olduğu askerlerin yaşamlarının tehlikeye düşeceğini; ülkenin dostlarıyla ilişkilerinin ağır yara alacağını ve düşmanlarıyla görüşmelerinin çıkmaza gireceğini iddia etmiştir. 3'e karşı 6 oyla alınan kararda Yüksek Mahkeme yargıçlarının her biri bağımsız görüş bildirmişlerdir. A. Cox bu durumu, "*Kararda Mahkemeye ait bir görüş yoktu."* diye betimlemektedir. Yargıçlar Black ve Douglas, bir haberin ön sınırlamaya tabi tutulmasını haklılaştırabilecek (Anayasanın Birinci Değişikliği karşısında) hiçbir gerekçenin olamayacağını savunmuşlardır.[1011] Cox, bu yargıçların İkinci Dünya Savaşı sırasında karşılarına gelebilecek benzeri bir olayda aynı sonuca varamayacaklarını ileri sürmektedir.[1012]

Yargıç Brennan, ön sınırlamaya karşı tavrında katı olmakla birlikte daha ihtiyatlı bir görüş kaleme almıştır. Yargıca göre, böyle bir yayının durdurulmasını ancak, halen denizde bulunan bir geminin güvenliğine yönelik kaçınılmaz, doğrudan ve derhal vuku bulabilecek bir tehlikenin varlığının hükümet tarafından kanıtlanması durumu haklılaştırabilir.[1013]

Yargıç Stewart'ın da katılmış olduğu yargıç White'ın görüşüne göre ise, burada söz konusu olan sınırlamanın yasal dayanaktan yoksun olmasıdır. Benzeri biçimde yargıç Marshall da Kongre'nin, bu türden tedbir kararları için uygun yasama işlemini yapmayı reddetmesini gerekçe göstermiştir. Başka bir ifadeyle sınırlama yasayla öngörülmemiştir. Bu yargıçlar, bu türden olaylarda uygulanabilecek sınırlamalara karşı daha temkinli davranmışlardır. Cox'a göre karar, bu türden davalar için hiçbir açıklık ortaya koyamamıştır. Daha sonraki yıllarda verilen kararlarda da tam bir açıklık sağlanamamıştır. Örneğin *Snepp v. United States* kararında[1014] Mahkeme, emekli bir CIA ajanının, kurumuyla yapmış olduğu sözleşme dolayısıyla, kurumunun iznini almadan kurumun faaliyetleriyle ilgili

[1011] Aslında bu yargıçların ön sınırlamaya karşı tutumunun, bir istisna ile –çocukların ahlaken korunması amacı- Inter-Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 13 üncü maddesi tarafından benimsenmiş bir yöntem olduğu söylenmelidir.
[1012] Bkz. Cox, **Freedom of Expression**, s. 7.
[1013] **New York Times Co. v. United States** kararında Yargıç Brennan tarafından yazılan katılım şerhinin bir değerlendirmesi için bkz. Cox, **Freedom of Expression**, s. 7.
[1014] Cox, **Freedom of Expression**, s. 8.

herhangi bir bilgiyi yayınlamayacağına ilişkin yükümlülüğünü değerlendirmiştir. Bu olayda, eski ajan Snepp, CIA'nın Vietnam'daki faaliyetlerini eleştirel bir bakışla ele alan bir kitabı yayımlatmak üzere bir yayıncı ile anlaşmıştır. Yüksek Mahkeme (oy çokluğu ile almış olduğu kararda), Snepp ve CIA arasındaki sözleşmenin, ulusal güvenlikle ilgili çıkarları korumak için makul bir yol olduğuna ve böylece de Snepp'in ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmemiş olduğuna karar vermiştir. Yargıç Marshall'ın da katılmış olduğu Yargıçlar Brennan ve Stevens tarafından kaleme alınan karşı oy yazısında, Mahkemenin bu görüşünün, bir vatandaşın kendi hükümetini eleştiri hakkı üzerine getirilen bir ön sınırlama biçimini haklılaştırdığı ileri sürülmüştür.[1015]

İçeriğe dayalı sınırlamanın konu olduğu bir başka kararda (*U.S. v. The Progressive, Inc.*), Wisconsin Bölge Mahkemesi, içeriğe dayalı bir ön sınırlamanın haklılaştırılabileceğini kabul etmiştir. Karara konu olayda *The Progressive dergisinin*, hidrojen bombasının yapımıyla ilgili teknik bilgileri yayınlamasına engel olmak için mahkemeden bir tedbir kararı çıkartmıştır. Bölge Mahkemesine göre, buradaki olay Pentagon Papers kararındaki olaydan farklıdır. Burada her şeyden önce Atom Enerjisi Yasasına dayanan bir sınırlama vardır. Dahası, nükleer bomba yapımının teknik bilgilerinin yayınlanmasının yaratabileceği tehdit doğrudan ve açıktır. Böyle bir yayın, termo-nükleer bir yok oluşa neden olabilecek bir tehlikeyi doğurmaya elverişlidir.[1016]

Bu olaylarda, ifadenin içeriğine yönelik bir sınırlamanın bulunduğu konusunda tereddüt olmayacaktır. Ancak bu türden örneklerin tamamı bakımından, sınırlamanın *içeriği* mi hedef aldığı yoksa *biçim* (yer-zaman-yöntem) sınırlaması mı olduğu konusu kolayca belirlenememektedir. Yüksek Mahkemenin bu noktada ayırıcı bir takım ölçütler geliştirmiş olduğu görülmektedir.

Sınırlamanın içeriğe dayalı olup olmadığının ölçütü, yönetimin ifadeyi sınırlama amacına bakılarak belirlenmektedir. Eğer yönetim ifadenin iletişimsel etkisini (communicative impact) hedef almışsa, bu sınırlamanın bir içerik sınırlaması olduğundan söz edilecektir. Ancak sınırlamanın amacı, ifadenin iletişimsel etkisine

[1015] Anılan **Snepp v. United States**, 444 U.S. 507 (1980) kararı; Cox, **Freedom of Expression**, s. 9.
[1016] Wisconsin Batı Bölgesi Bölge (District) Mahkemesi kararı (**U.S. v. The Progressive, Inc**., 467 F. Supp. 990 (1979). İçin bkz.
http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/progressive.html (Çevrimiçi: 02/03/2006)

değil de diğer başka bir amaca yönelmiş ise, bu durumda sınırlama içeriğe tarafsız (content-neutral) kabul edilecektir.[1017]

Örneğin bir düzenleme, kürtajın tartışılmasını sınırlandırmakta ise, buradaki düzenlemenin bir içerik sınırlaması ya da içeriğe dayalı sınırlama olduğu söylenecektir. Düzenleme şayet kürtajın savunulmasını hedef almakta ise burada da teknik anlamda bir içerik sınırlaması söz konusu olmakla birlikte, bu son durumda düzenlemenin aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecek olan bakış açısı (view-point) sınırlaması olduğu söylenecektir.[1018]

İçeriğe dayalı bir sınırlamanın meşru olabilmesi için, üç ayrı kriteri daha sağlaması gerekir. İlk olarak, sınırlamanın önemli bir devlet çıkarına hizmet ediyor olması gerekir. İkinci olarak, ifade üzerindeki sınırlamanın, söz konusu amacı gerçekleştirmek (önemli devlet çıkarını korumak) üzere dar bir çerçevede tutulmuş olması gerekir. Başka bir deyişle ifadeye yapılan sınırlama, sınırlamayla ulaşılmak istenilen amacın dışına çıkmayacak ölçüde asgari düzeyde yapılmış (narrowly tailored) olmalıdır.[1019]

Örneğin, *Boos v. Barry* kararında Yüksek Mahkeme, bir yabancı büyükelçiliğe 500 feet (152.4 metre) uzaklık içerisinde yabancı elçiliğe karşı yaygın ve güçlü duygusal tepki ya da aşağılayıcı toplumsal tepki oluşturabilecek nitelikte bir gösterinin düzenlenmesini yasaklayan bir yasayı anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre, yasa içeriğe dayalı bir sınırlama öngörmekte olup, yabancı temsilcilikler için eleştiri niteliğinde olabilecek her türden ifadeyi sınırlamaya elverişli olduğundan, durumun gereklerine uygun biçilmiş (narrowly tailored) olduğu söylenemez.[1020]

Police Dept. v. Mosley kararında Yüksek Mahkeme, okulun açık olduğu saatlerde, okula 150 feet (50 m.) mesafede barışçıl (peaceful) olmayan el ilanı dağıtımını yasaklayan bir yerel düzenlemeyi, ifade arasında içeriğe dayalı ayırım

---

[1017] ABD Yüksek Mahkemesinin içerik bağlı sınırlama doktrini hakkında genel olarak bkz. Aydın, **Üç Demokraside**, ss. 235–241.

[1018] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. James Weinstein, "*Hate Speech, Viewpoint Neutrality, and the American Concept of Democracy"*, **The Boundaries of Freedom of Expression & Order in American Democracy**, Edited by Thomas R. Hensley, The Kent University Press, USA 2001, ss. 146 vd.

[1019] Genel olarak bkz. Tribe, **American Constitutional Law**, ss. 791 vd.

[1020] **Boos v. Barry**, 485 U.S. 312 (1988).

yaptığı gerekçesiyle anayasaya aykırı bulmuştur. Yargıç Marshall tarafından açıklanan Mahkeme görüşünde, düzenlemenin doğrudan ifadenin içeriğini hedef aldığını, dolaysıyla da yer, zaman ve yöntem düzenlemesi olmadığı belirtilmiştir.[1021] Bir başka kararında Mahkeme, suçluların işlemiş oldukları suçların yayınlanmasından kazanç elde etmelerini engelleyen New York yasasını, sınırlandırılması haklılaştırılamayacak nitelikte ifadenin içeriğine yönelik bir düzenleme olduğu gerekçesiyle anayasaya aykırı bulmuştur. Yasa, bu türden kazançların, beş yıllığına Suç Mağdurları Kurulunun (Crime Victims Board) denetimine bırakılmasını ve böylece oluşturulan fondan tazminata hak kazanan mağdurların zararlarının karşılanmasını öngörmekteydi. Mahkemeye göre yasa, doğrudan ifadenin içeriğini hedef almaktadır. Böyle bir seçimi yapmak için, hükümetin söz konusu materyalin içeriğinin müstehcen, tahkir edici, derhal vuku bulabilecek yasadışı bir eylemi tahrik edici ya da başka türlü suç oluşturduğunu kanıtlaması gerekir. Hâlbuki bu olayda sözü edilen gerekçelerin hiçbirisi mevcut değildir. Eğer böyle bir yasaya izin verilseydi, sivil itaatsizlik oluşturan eylemlerini kaleme alan H. D. Threau'nun eseri, Malcolm X'in, bir insan hakları savaşçısı (leader) olmadan önceki yasadışı eylemlerini kaleme aldığı otobiyografisi ya da St. Augustine'in "*Geçmiş günahlarım ve ruhumun…*" adlı eseri ortaya çıkamayacaktı.[1022]

İfadenin içeriğine dayalı sınırlamalar bakımından Mahkemenin *Burson v. Freeman* kararı önemlidir. Zira bu kararda, anayasanın güvenceye almış olduğu iki temel hakkın -ifade özgürlüğü hakkı ile seçme/oy hakkının (right to vote)- karşı karşıya geldiği bir olay değerlendirilmiştir. Karara konu Tennessee yasası, oy kullanma işleminin yapıldığı yerlerin girişinden itibaren 30 metrelik (100 feet) bir bölge içerisinde, oy kullanım işleminin yapıldığı süre içerisinde, seçmenleri yönlendirici, siyasal poster ve işaretlerin gösterilmesini ve seçim kampanyalarıyla

[1021] **Police Dept. v. Mosley**, 408 U.S. 92 (1972); Yüksek Mahkeme bu karara gönderme yaparak el ilanları ile ilgili bir başka düzenlemeyi daha iptal etmiştir. Bu olayda, otobüslerde ırk ayırımcılığını savunan bir el ilanını dağıtan bir kişinin mahkûmiyeti değerlendirilmiştir. Mahkûmiyetin dayanağı olan düzenleme, Mosley kararındakine benzer biçimde konut sakinlerinin bulunduğu bölgelerde barışçıl amaçlı olmayan el ilanlarının dağıtımını yasaklamaktaydı. Söz konusu karar için bkz. **Carey v. Brown**, 447 U.S. 455 (1980). Kararlar için bkz. Gunther/Sullivan, ss.1204–1205.

[1022] Söz konusu karar için bkz. **Simon & Schuster, Inc., v. Members of New York State Crime Victims Board**, 502 U.S. 105 (1991); Gunther/Sullivan, ss.1204-1205.

ilgili herhangi bir materyalin dağıtılmasını yasaklamaktadır. Mahkeme (gerekçesinde), seçimlerin usulüne uygun biçimde yapılabilmesi için iki şerden (two evils) -seçmenlerin sindirilmesi ve seçim yolsuzluklarından- kurtulunması gerektiğinin tarihsel deneyimlerle öğrenilmiş olduğunun altını çizmiştir. Söz konusu gereklerin yerine gelebilmesi için öncelikle gizli oy ilkesi benimsenmiştir. İkinci konu ise burada eyaletin yapmış olduğu gibi, seçmenin oyunu kullandığı sırada yönlendiricilerin etkilerinden uzak tutulmalarının sağlanmasıdır. Özetle Mahkeme, söz konusu düzenlemenin bir başka anayasal hakkın gerçekleştirilmesi bakımından zorunlu sayılabilecek nitelikte bir sınırlama olduğunu belirtmiş ve yapılan sınırlamanın, durumun gereklerine uygun olarak biçilmiş olduğuna dikkat çekmiştir.[1023]

İçeriğe dayalı sınırlama konusundaki önemli nokta, ifadenin kademeli sınırlama sistemine uygun olarak siyasal ifade ve diğerleri (ticari-müstehcen) olarak ayırımına izin verilirken, en geniş anlamda siyasal ifade kategorisi[1024] içerisinde içeriğe dayalı bir sınırlamaya sıkı inceleme (strict scrutiny) ilkesinin uygulanıyor olmasıdır.

Bu konuda Lady Godiva'nın, iktidarın uygulamış olduğu vergi politikasını protesto amacıyla at üstünde çıplak olarak Coventry kasabasının pazaryerine kadar yapmış olduğu seyahat örneği, içeriğe dayalı (content-based) ya da içeriğe tarafsız (content-nuetral) sınırlama doktrinin anlaşılması bakımından önemli gözükmektedir.[1025] Bir yasanın, "*iktidarı protesto amacıyla kamusal alanda çıplak teşhirde bulunmayı"* yasakladığını varsayalım. Böyle bir yasa içeriğe dayalı bir sınırlama öngördüğü için *sıkı inceleme* ilkesine tabi tutulacaktır. Eğer söz konusu

[1023] Karar için bkz. **Burson v. Freeman**, 504 U.S. 191 (1992); Gunther/Sullivan, s. 1207.

[1024] Burada siyasal ifadenin en geniş anlamda ele alındığından kasıt, ifadenin kamusal tartışmayla bir biçimde ilgili olmasıdır. İfadenin ticari olması, söz konusu ifadenin salt ekonomik kazanç elde etmeye yönelik olmasıdır. İfadenin müstehcen olması ise Yüksek Mahkemenin müstehcenlik konusunda belirlemiş olduğu ilkeler çerçevesinde müstehcen sayılmasıdır. Bunun anlamı müstehcenliğin tanımı konusunda eyaletlere (yerel makamlara) bırakılmış bir takdir marjından söz edilememesidir.

[1025] Kontes Lady Godiva'nın öyküsünün gerçek olduğu son derece kuşkuludur. Fakat onun öyküsü, bütünüyle siyasal içerikli bir ifadenin aynı zamanda, müstehcen olması nedeniyle kademeli sınırlama sisteminin neresinde yer alacağı konusunda önemli bir tartışma zemini oluşturmaktadır. Devletin böyle bir ifadeye karşı nasıl bir sınırlama yöntemi uygulayacağı konusu da özellikle, içeriğe dayalı/içeriğe tarafsız ifade ayırımı açısından önem taşımaktadır. Godiva örneği için bkz. Gunther/Sullivan, s. 1211; Godiva'nın hikâyesi için bkz. Jim Hargan, "*Lady Godiva's Conventry*", başlıklı makalenin metnine şu web adresinden ulaşılabilir:
http://www.historynet.com/magazines/british_heritage/3027026.html (Çevrimiçi: 02/05/2007).

yasa, "*kamusal alanda çıplak teşhirde bulunmayı*" yasaklıyor olsaydı; bu durumda ifadenin sınırlanması daha esnek bir incelemeye tabi tutulacaktı. Sıkı incelemenin söz konusu olduğu yerde, sınırlamanın haklılaştırılabilmesi oldukça zordur. Burada, öncelikle *zorlayıcı bir devlet çıkarının (compelling state interest)* gösterilmesi gerekir. İkinci olarak, sınırlama söz konusu çıkara hizmet etmek için *gerekli/necessary* olmalıdır. Son olarak, sınırlamanın söz konusu amacı gerçekleştirecek ölçüde *dar bir çerçevede(narrowly tailored)* yapılmış olması gerekmektedir. İfadenin kamusal tartışmayla ilgili olduğu durumlarda, sınırlamanın sıkı inceleme testini geçmesi son derece zor olmaktadır. Burada ancak söz konusu ifadenin koruma dışı ifade kategorilerinden (müstehcen, tahkir edici, derhal vuku bulabilecek yasadışı bir eylemi tahrik edici vs.) biri altında ele alınması durumunda sınırlama sıkı inceleme testini geçebilmektedir. Bütün bu koşullarla birlikte, aşağıda incelenecek olan bakış açısına tarafsızlık (view point-neutral) kuralı, sınırlamanın anayasaya uygunluğunu belirleme bakımından bir başka inceleme noktasını oluşturabilecektir.

2) Zaman, Yer ve Yönteme Bağlı Sınırlama

Yönetimin, ifadenin içeriğini hedef almadan hak üzerinde yapmış olduğu sınırlamalar, *zaman, yer ve yönteme* bağlı sınırlamalar *(time, place and manner regulations)* olarak sınıflandırılmaktadır. İçeriğe tarafsız sınırlamalar, içeriğe dayalı sınırlamalara göre daha kolay haklılaştırılabilirler. Yüksek Mahkeme, *Cox v. Lousiana* kararında şu görüşlere yer vermiştir:

> *İfade ve toplanma özgürlüğü demokratik toplumun en temel gereklerinden biridir; ancak bu demek değildir ki, bir kimse dilediği (kamusal) yerde ve dilediği zamanda (bir gruba ya da topluma karşı) görüş, kanaat ya da düşüncesini hiçbir engelle karşılaşmaksızın açıklama hakkına sahip olacaktır. Anayasanın güvenceye almış olduğu özgürlük, kamu düzeninin sağlanmış olduğu organize bir toplumun varlığını gerekli kılmaktadır. Böyle bir düzenin olmadığı yerde anarşinin taşkınlığı içerisinde özgürlük de yokolup gidecektir. Caddelerde seyahat edebilmenin denetimi, hükümetin gerekli böyle bir düzeni sağlamasının tipik örneğidir… Bir kimsenin, sosyal denetimi protesto*

amacıyla kırmızı ışıkta geçmesi haklılaştırılamaz… Devlet yetkilileri, caddeleri açık tutmak ve seyahate elverişli kılmakla yükümlüdürler.[1026]

Bununla birlikte içeriğe dayalı sınırlamalarda olduğu gibi, yer, zaman ve yönteme bağlı sınırlamaların haklılaştırılması, söz konusu sınırlamanın belirli kriterleri sağlamasına bağlıdır. Bunlar kısaca, sınırlamanın içeriğe tarafsız olması, sınırlamanın önemli bir devlet çıkarına hizmet ediyor olması, sınırlamanın söz konusu amaca hizmet edecek biçimde dar tutulmuş olması ve son olarak sınırlamadan sonra ifade özgürlüğünün gerçekleşeceği alternatif kanalların açık bırakılmış olmasıdır.[1027]

İlk olarak, sınırlamanın içeriğe tarafsız *(content-nuetral)* olması gerekir. Örneğin, reklâm tabelalarının boyutlarını belirleyen bir düzenlemenin ifadenin içeriğini oluşturan mesajın iletişimsel etkisini hedef almadığı açıktır.[1028] Benzeri biçimde, el bildirisi dağıtımının çevre kirliliğinin önüne geçilebilmesi amacıyla sınırlandırılmasında da içeriğe tarafsız (content-neutral) bir sınırlamanın bulunduğundan söz edilecektir.[1029] Kullanılan megafon gibi ses yükselticilerde belirli bir ses düzeyinin önlenmesinde[1030], belirli saatler içerisinde ya da trafiğin yoğun olduğu belirli caddelerde toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin sınırlandırılmasında yine bir zaman, yer ve yöntem sınırlamasından söz edilecektir.[1031] Örneğin hastanelere belirli bir uzaklıkta ses düzenlemeleri biçiminde ortaya çıkan sınırlamalarda, ifadenin iletişimsel etkisinden söz edilemeyecektir.[1032] Ancak yukarıda alıntı yapılan Cox kararına konu olan olayda, düzenlemede cadde ve sokakların, trafiği açık tutmak amacıyla toptan kapatılmış olmasına karşın, *uygulamada* bu durumun gösterinin içeriğine bağlı olarak yürütüldüğü belirlenmiş ve Yüksek Mahkeme, kamusal

[1026] **Cox v. Louisiana**, 379 U.S. 536 (1965).
[1027] Genel olarak bkz. Aydın, **Üç Demokraside**, ss. 251–258; Gunther/Sullivan, **Constitutional Law**, ss. 1234–1292; Emanuel, **Constitutional Law**, ss. 454–501.
[1028] **City of Ladue v. Gilleo**, 512 U.S. 43 (1994).
[1029] **Schneider v. State**, 308 U.S. 147 (1939).
[1030] **Kovacks v. Cooper**, 336, U.S. 77 (1949).
[1031] Örneğin, şehir parklarında verilen rock konserlerinin ses düzeyi ile ilgili olarak New York Belediyesi tarafından yapılan bir düzenleme, anayasaya uygun bulunmuştur. Bkz. **Ward v. Rock Against Racism**, 491 U.S. 781 (1989).
[1032] **Madsen v. Women's Health Center, Inc**., 415 U.S. 753 (1994).

makamların ifadenin içeriğine dayalı olarak yapmış olabilecekleri *seçimli uygulamayı* anayasaya aykırı bulmuştur.[1033]

Alman hukukçusu Müller'in, trafiğin yoğun olduğu bir caddede trafiği engelleyecek biçimde sanatını icra etmek isteyen bir ressamın faaliyetinin hakkın *norm alanı* dışında kaldığına ilişkin varmış olduğu sonuç, bilim ve sanat özgürlüğünün sınırsız (mutlak) olduğunu düzenleyen bir hukuk sisteminde, sınırlamayı haklılaştırmanın bir yolu olsa da, gerçekte burada verilen örnekte ressamın davranışının (haklı gerekçelerle) *sınırlandırılmış* olduğundan söz edilebilir.[1034] Örneğin, bir düzenleme cadde ve sokaklarda trafiğe (yaya ya da araç trafiğine) engel oluşturabilecek biçimde herhangi bir faaliyette bulunulamayacağını öngören bir düzenleme, kuşkusuz ressamın bu faaliyetini de kapsayacaktır. Ancak buradaki düzenleme, içeriğe tarafsız bir düzenleme olacağından *sıkı inceleme* ilkesine tabi tutulmayacaktır. Aynı örnekte, düzenlemenin yalnızca siyasal içerikli faaliyette bulunulmayacağını öngördüğünü varsayalım; bu durumda düzenleme faaliyetin iletişimsel etkisine yönelmiş olacaktır. Böyle bir düzenlemenin ise ABD hukukunda anayasaya uygun bulunması mümkün olmayacaktır.

İkinci (koşul) olarak, sınırlama *önemli bir devlet çıkarının* (significant state interest) korunması amacıyla yapılıyor olmalıdır. Burada belirtilen devlet çıkarının, ifadenin içeriğini hedef alan sınırlamalarda bulunması gereken *zorlayıcı devlet çıkarından* (compelling state interest) daha düşük düzeyde bir çıkar olduğu açıktır. Ayrıca sınırlamanın, sınırlamayla ulaşılmak istenilen amaca hizmet edecek biçimde dar olarak düzenlenmiş (narrowly tailored) olması gerekir. Başka bir deyişle sınırlama, ifade özgürlüğü için en az sınırlayıcı olacak biçimde formüle edilmelidir.[1035] Örneğin, kamusal bir tartışma forumunun olduğu yerde, hükümetin çevre kirliliğini önleme gerekçesiyle el broşürü dağıtılmasını yasaklamasında böyle bir *önemli çıkarın* bulunduğundan söz edilemez.[1036]

Son olarak, sınırlama sonrasında düşünce alışverişinin gerçekleşebileceği alternatif kanalların açık bırakılmış olması gerekir. Bu türden sınırlamalar

---

[1033] Anılan **Cox v. Louisiana** kararı.
[1034] Müller'in örneği için bkz. Sağlam, **Hakların Sınırlanması**, s. 50.
[1035] **Clark v. Community For Creative Non-Violence**, 468 U.S. 288 (1984).
[1036] Yüksek Mahkemenin bu yöndeki kararı için bkz**. Metromedia, Inc. v. San Diego**, 453 U.S. 490 (1981).

bakımından alternatif kanal koşulu özellikle önemlidir. Zira kamusal makamların, ifade özgürlüğünün gerçekleşeceği alternatif kanalları da tıkayacak biçimde genel bir sınırlamaya gitmeleri durumunda ifade özgürlüğünün boğulması tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Örneğin caddeler, parklar ve diğer kamusal forum alanlarının ifadenin içeriğine tarafsız düzenlemelerle dahi halkın görüş ve düşüncelerini ifade etmelerine engel oluşturacak biçimde kapatılması düşünülemez. Böyle bir girişim, dolaylı yoldan ifade özgürlüğünü boğmak anlamına gelecektir.[1037]

Yüksek Mahkemeye göre, gazete, TV vs gibi kanalların kullanımı herkes bakımından eşit değildir. Bu bağlamda özellikle el broşürleri ya da ev ve işyerlerine asılan ilanlar, halkın büyük bir kesimi için kamusal tartışmaya katılmanın bir yolu olmaktadır. Zira bu yolları kullanmak, diğer yollara göre daha kolay ve ucuz olmaktadır. Bu yüzden de kamusal makamların uyguladıkları geniş sınırlamaların dikkatli bir biçimde incelenmesi ve sınırlamanın önemli bir devlet çıkarına hizmet etmesinin yanında, ayrıca alternatif kanalların açık bırakılmış olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.[1038]

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme özellikle başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla yapılan bir takım zaman, yer ve yöntem sınırlamalarını anayasaya uygun bulmaktadır. Örneğin, insanların konutları önünde yapılan broşür dağıtımlarını yasaklayan bir düzenlemeyi Mahkeme anayasaya uygun bulmuştur. Benzeri biçimde, kürtaj karşıtlarının bir kürtaj kliniği önünde yaptıkları gösteriye yapılan müdahale haklı bulunmuştur.[1039]

Mahkemenin, içeriğe tarafsız düzenlemelerde, içeriğe dayalı düzenlemelere göre kamusal makamlara daha geniş bir takdir alanı bırakmış olmasını, özellikle demokrasiye dayanan tezin A. Meiklejohn tarafından formüle edilmiş biçimiyle açıklamak gerekir. Öyle ki, içeriğe tarafsız düzenlemelerin hiçbirinde kamusal makamlar, kamusal tartışmanın bir tarafında yer almamaktadırlar. Hâlbuki içeriğe dayalı sınırlamalarda, devletin ifadenin içeriğini dikkate alarak kamusal tartışmayı yönlendirmesi; özellikle de hoşlanmadığı görüş ve düşünceleri susturması olasılığı

[1037] Bkz. **Hague v. CIO**, 307 U.S. 496 (1939).
[1038] Yüksek Mahkeme, ev ve işyerlerine afiş asılmasını (satılıktır biçiminde ya tanımlayıcı nitelikte olanlar dışında) yasaklayan bir düzenlemeyi anayasaya aykırı bulmuştur. Karar için bkz. **City of Ladue v. Gilleo**, 512 U.S. 43 (1994).
[1039] Anılan **Madsen v. Women's Health Center, Inc**., kararı.

çok güçlüdür. İşte Mahkemeyi bu konuda farklı sınırlama ilkeleri belirlemeye sevk eden temel düşünce, devletin tartışma forumundaki tarafsızlığını sağlamaktır. Bu durumu özellikle -aşağıda incelenecek olan- bakış açısına dayalı sınırlamaya karşı Mahkemenin tutumunda açıkça görmek mümkündür.

3) Bakış Açısına Dayalı Sınırlama

Mahkemenin ifade özgürlüğü hakkının sınırlanması konusunda uygulamış olduğu en sıkı denetim yönetimi, ifadenin içeriği konusunda *bakış açısına dayalı (view-point)* olarak yapılan sınırlamalara karşı olmaktadır. Mahkeme, bakış açısına dayalı olarak yapılan sınırlamaların Anayasaya aykırılığının karine olduğuna karar vermektedir. Bakış açılı sınırlamalar, genel olarak yönetimin, tartışmanın bir tarafında yer alarak diğer tarafı susturmaya çalıştığı durumlardır. Mahkeme, bu noktada o kadar hassas bir yaklaşım içerisindedir ki, bakış açısı olmadığında yasaklanması meşru sayılan (anayasaya uygun kabul edilebilecek) bir sınırlama, bakış açısı dolayısıyla Anayasaya aykırı bulunabilmektedir.[1040]

Bakış açısına dayalı sınırlamaya karşı Mahkemenin tutumunu en açık biçimde ortaya koyduğu kararlardan biri *R.A.V. v. St. Paul*, kararı[1041] olmuştur. Karara konu olayda, başvurucu ve reşit bulunmayan gençlerden oluşan bir grup, kırık sandalye ayaklarından yapmış oldukları bir haçı siyah bir ailenin çitlerle çevrili bahçesinde yakmışlardır. Bu olayda faillerin başka pek çok suç tanımlaması içerisinde sorumlu tutulmaları hukuksal olarak mümkün olmasına karşın, savcılık önyargı saiki ile işlenen suçları düzenleyen bir yasaya (Bias-Motivated Crime Ordinance) göre cezalandırılmalarını talep etmiş ve sonucunda başvurucu hakkında mahkûmiyet kararı verilmiştir. St. Paul şehrinin söz konusu ceza yasasında şu hüküm yer almaktadır:

> *Her kim, , bir sembol, nesne, unvan, ayırt edici simge veya duvar yazısını; bunlarla sınırlı olmamak üzere yanan bir haç veya Nazi gamalı haçı, bu eylemden dolayı ırk, renk, inanç, din veya cinsiyete dayalı olarak diğerlerinin öfkeye, korkuya ya da derin bir üzüntüye maruz kalacağını bilerek veya*

[1040] Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, ss.201-260.
[1041] **R.A.V. v. St. Paul**, 505 U.S. 377 (1992).

makul olarak bilmesinin gerekeceği bir durumda, özel ya da kamusal bir yere yerleştirirse, uygunsuz bir davranışta bulunmuş; dolayısıyla da suç (kabahat suçu) işlemiş olur.[1042]

Başvurucu, söz konusu St. Paul düzenlemesinin aşırı biçimde geniş kapsamlı (hedeflenen amacı gerçekleştirmeğe uygun biçilmemiş/not norrowly tailored but overbroad) ve Anayasanın izin vermediği türden içeriğe dayalı (content-based) bir düzenleme olduğunu ileri sürmüştür. Talebi reddeden Minnesota (Eyalet) Yüksek Mahkemesi, yasanın Anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.[1043]

Olay ABD Yüksek Mahkemesi önüne de yukarıda özetlenen savlarla ve yasanın anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla gelmiştir. Yüksek Mahkeme, olaya konu olan *eylem* üzerine değil; fakat olaya uygulanan *yasal düzenleme* üzerine odaklanmıştır. Mahkemeye göre yönetim, ifadenin içeriğine bakarak, ifadeye karşı beğenisine (favoritism) ya da muhalefetine göre bir düzenlemeye gidemez. Bu olayda yönetimin yapmış olduğu düzenleme, bir içerik ayırımcılığıdır (content discrimination); dolayısıyla da anayasaya aykırıdır. Yönetimin içerik ayrımcılığı yapmak suretiyle ifadeyi sınırlandırması olanaklıdır. Ancak buradaki sınırlamanın da yine bir sınırı vardır. İçerik ayrımcılığı, yönetimi bakış açısı dolayısıyla tartışmanın bir tarafı haline getiriyorsa, bu durumda anayasaya aykırılık oluşmaktadır. Söz gelimi yönetim, cinsel dürtüleri tahrik eden (prurient) saldırgan (offensive) nitelikteki müstehcen ifade kategorisini sınırlandırabilir. Ne var ki, yönetimin yalnızca siyasal içerikli müstehcen ifadeleri sınırlandırıp, diğerlerini serbest bırakması söz konusu olamaz. Birinci durumda, yönetimin içeriğe dayalı (content-based) sınırlaması anayasaya aykırılık oluşturmazken, (siyasal içerikli müstehcen ifadenin sınırlandığı) ikinci durumda, yönetimin belirli bir bakış açısıyla (view-point) yaptığı içeriğe dayalı sınırlama anayasaya aykırı olacaktır.[1044]

Mahkeme bu kararda ayrıca icrai ifade eylemleriyle ifade arasındaki ayırıma dikkat çekmiş ve icrai ifade eylemlerinin sınırlandırılmasının kuşkusuz anayasaya aykırı olmayacağının altını çizmiştir.[1045] Burada Mahkeme, vatana ihanet suçunun

[1042] Düzenleme metni için bkz. Anılan **R.A.V.v. St. Paul** kararı.
[1043] Anılan **R.A.V.v. St. Paul** kararı.
[1044] Anılan **R.A.V.v. St. Paul** kararı.
[1045] Belirtmek gerekir ki, Mahkeme icrai ifade eylemleri (performative speech acts) tartışmalarını yapmamış; ancak eylem (conduct) ve ifade (expressive speech) kavramları arasındaki ayırıma

eylem unsurunu oluşturan, ülkenin güvenliğini tehdit eden bilgilerin düşmana verilmesi olayında kullanılan *ifadenin* bizzat içeriğinin sınırlandırılmasının; bu ifadelerin birer icrai ifade eylemleri olması dolayısıyla meşru olacağını belirtmiştir.[1046]

Mahkeme, bu olayda tipik bir "*kavgacı sözler*" doktrinin uygulamasının söz konusu olduğunu belirtmektedir. Ne var ki yönetim, kavgacı sözleri, ırk, renk, cinsiyet vs. temelinde şiddeti teşvik eden ya da aşağılama oluşturan ifadelere indirgemek suretiyle bir sınırlamaya gitmektedir. Yönetim, söz gelimi, siyasal parti, dernek vs. üyeliği, sendika üyeliği ya da eşcinsellik hakkında açıklanmış olan "kavgacı sözleri" bu sınırlamanın dışında tutmaktadır. Yönetimin, ifadenin içeriği konusunda bakış açısına dayalı bir sınırlamaya gitmesi, tartışmaya doğrudan taraf olması anlamına gelmektedir. Böylece yönetim, tartışmanın bir tarafına, boks maçının kurallarına sıkı sıkıya uyması gerektiğini söylerken, diğer tarafa serbest sitil dövüşebileceğini söylemiş olmaktadır.[1047]

R.A.V. kararı oybirliği ile alınmış olmasına karşın, yargıçlar White, Blackmun, O'Connor ve Stevens çoğunluk görüşünün gerekçelerine katılmamışlardır. Bu yargıçlar tarafından ayrı ayrı kaleme alınan katılım yazılarında özetle, Mahkemenin bakış açısı (view-point) doktrini eleştirilmiştir.[1048] Buna göre

---

deyinmiştir. Gerçekte dilbilimsel açıdan Mahkemenin yapmaya çalıştığı ayırım, icrai ifade eylemleri ile diğer ifade arasındaki ayırımdır. Bu tartışmaların doktrinde dilbilimsel ayırımlar çerçevesinde yapıldığı yukarıda "Negatif Edim Yükümlüğü Çerçevesinde Hakkın Konusu ve Norm Alanıyla Sınırlılık" başlığı altında belirtilmiş olduğundan burada yinelenmeyecektir. Eylem ve ifade arasında bir ayırım yapılarak, söz konusu davranışın salt bir eylem olduğu belirlendiğinde, ifade özgürlüğü hakkının her hangi bir denetiminden söz edilemeyecektir. Söz gelimi, ırk, din, cinsiyet ayırımına dayalı olarak işlenen suçlar bakımından bakış açılı bir ayırımcılığın ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde denetlenmesi söz konusu değildir. Nitekim bir azmettirme olayında Yüksek Mahkeme bunu açıkça belirtmiştir. Bu konuda bkz. **Wisconsin v. Mitchell**, 508 U.S. 476 (1993).

[1046] Yargıç Stevens katılım yazısında, icrai söz edimleriyle korunan ifade arasındaki ayırıma ışık tutmak üzere St. Paul düzenlemesinin sınırlamayı haklı kılabilecek kavgacı sözlerle diğerleri arasında bir ayırım yapmamış olduğunu; söz gelimi tehdit niteliğindeki kavgacı sözlerin meşru olarak sınırlanabileceğini belirtmektedir. Stevens'e göre buradaki düzenleme, her türden kavgacı sözleri sınırlamaktadır. Olayda gerçekleşen eylemin St. Paul yönetimi tarafından yasaklanabileceğinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Ne var ki, bu sınırlamanın dayandırıldığı düzenleme, St. Paul siyasetçilerinin hoşlanmadıkları ifadeleri sınırlamak üzere tasarlanmıştır. Kuşkusuz böyle bir düzenleme, Anayasanın korumuş olduğu ifade özgürlüğü hakkını ihlal etmektedir. Bkz. Anılan **R.A.V.v. St. Paul** kararı.

[1047] Anılan **R.A.V.v. St. Paul** kararı.

[1048] Yargıç White, Mahkemenin "siyasal olarak doğru ifade" ve "kültürel çoğulculuk" temelinde bir karar almaya çalıştığını, bu türden bir sorunun ise olayda söz konusu olmadığını ileri sürmüştür. White'a göre Ku Klux Klan başlığı takarak insanların bahçesinde haç yakma eylemi hiçbir biçimde ifade özgürlüğü hakkının koruması içerisinde görülemez. Ne var ki, sınırlamanın dayanağı olan

çoğunluk görüşü, ifadenin (sosyal/siyasal) değerliliğini dikkate almaksızın, ifadenin içeriğine neredeyse mutlak bir koruma sağlamış; böylece Mahkemenin ifade özgürlüğü jurisprudansı/içtihatları (jurisprudence) ile bağdaşmayan bir karar vermiştir. Yargıçlara göre, Mahkeme (çoğunluk görüşü), yönetime ifadeyi kategorik olarak tümden sınırlamasına açık kapı bırakırken, belirli bir kategori ifade arasından bir seçim yapmak suretiyle yapacağı sınırlamayı yasaklakmakta; dolayısıyla da ya hep ya hiççi bir yaklaşımı benimsemektedir. Öyle ki yönetimin, kavgacı sözler kategorisi içerisinde, ifade özgürlüğü piyasasına hiçbir olumsuz etkisi olmayacak biçimde bir ayırıma göre seçerek yapacağı bir sınırlama, bu kararla artık olanaksız hale gelmiştir. Yönetim, eğer böyle bir sınırlama yapmak isterse, ancak daha geniş bir sınırlama ile amacına ulaşabilecektir. Böyle bir yaklaşım ise Anayasanın Birinci Değişikliğinin ruhuna aykırıdır.[1049]

R.A.V. kararı, özellikle ırkçı nefreti körükleyen ifade kategorisi bakımından ABD anayasa hukukuna özgü bir ifade özgürlüğü rejimi yaratmıştır. Siyasal iktidarın, halkı ırk, din, dil ve cinsiyet farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik edici ifadeleri sınırlamasının ifade özgürlüğü hakkının ihlali olduğu sonucuna varılmıştır. Katılım yazısı yazan yargıçların belirtmiş olduğu gibi, iki kademeli hiyerarşik sınırlama sistemini dikkate almaksızın, ifadenin içeriğine neredeyse mutlak bir koruma sağlamaktadır. Kararın temeli, siyasal iktidarın ifadenin içeriğine bakarak kamusal tartışma forumunda hiçbir biçimde taraf olamayacağı gerekçesine dayanmaktadır. Bu kararda açık biçimde Meiklejohn'un, devletin kamusal tartışmanın herhangi bir yanında yer alamayacağına ilişkin görüşlerinin bir yansımasını görmek mümkündür.[1050] Kararda formüle edilen Yüksek Mahkemenin

---

düzenleme, salt böyle bir eylemi sınırlamanın çok ötesine gitmektedir. Yargıç White, iki kademeli hiyerarşik sınırlama sistemine dikkat çekmekte ve çoğunluk görüşünün, ifadenin içeriğine dayalı olarak siyasal ifade kategorisi ile diğer ifade kategorisi arasındaki ayırımı ortadan kaldırdığını belirtmektedir. Yargıç Stevens, yargıç White tarafından iki kademeli hiyerarşik sınırlama sistemine bağlı olarak yapılan kategorik analizi (ifade kategorilerine dayalı ayırımı), ifade kategorileri arasındaki sınırların çizilmesinin güçlüğüne dikkat çekerek reddetmiştir. Kategorik yaklaşım, ifadenin kullanıldığı konteksi (bağlamı) göz ardı etmektedir. Böylece ifadenin yüksek ya da düşük değerli olup olmadığı, ifadenin içeriğinin yanında kullanıldığı bağlama bağlı olarak belirlenmesi gereken oldukça karmaşık bir iştir. Katılım yazıları için bkz. Anılan **R.A.V.v. St. Paul** kararı.

[1049] Anılan **R.A.V.v. St. Paul** kararı.

[1050] R.A.V. Kararının bu açıdan ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Owen M. Fiss, "*The Right Kind of Neutrality*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995, ss. 79–89.

bakış açısı doktrini ayrıca, ifade özgürlüğünün sınırlanması konusunda siyasal iktidara güvensizliğe dayalı bir tezin de yansıması olarak görülebilecektir.

III) AİHS SİSTEMİNDE UYGULANAN SINIRLAMA MODELİ

A) İfade Özgürlüğü Hakkının Genel Rejimi

AİHS'nin 10. maddesi (pr. 1), herkesin ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğunu, hakkın kamusal makamların müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlar söz konusu olmaksızın görüşlere sahip olma, bilgi ve düşünceleri edinme ve bunları yayma özgürlüğünü içerdiğini belirtmektedir. Böylece maddenin birinci fıkrasında hakkın norm alanı belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrası ise, hakkın sınırlanabileceği durumları belirlemiş, başka bir deyişle hakka uygulanacak sınırlamaların hangi hallerde meşru sayılabileceğine açıklık getirmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında şu düzenlemeye yer verilmiştir:

> *Bu özgürlüklerin kullanımı, ödevler ve sorumluluklar ile yürütüleceğinden, ulusal güvenliğin, ülke bütünlüğünün ya da kamu emniyetinin yararı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması için, başkalarının şöhret ve haklarının korunması için, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi ya da yargı organlarının yetke ve tarafsızlığının muhafaza edilmesi için hukukun öngördüğü ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan türdeki formalitelere, koşullara, kayıtlamalara ya da cezalara tabi tutulabilir.*[1051]

Görüldüğü üzere, AİHS'nin 10. maddesinde yer alan hüküm, ABD Anayasasının Birinci Değişikliğinde yer alan hükümden farklı biçimde formüle edilmiştir. Sözleşme, ABD Anayasasının tersine, ifade özgürlüğü hakkının sınırlarını açık biçimde belirtmiştir. Metinden kaynaklanan bu farklılığın, AİHS'nin yaratmış

[1051] Madde metninin çevirisinde esas alınan Türkçe metin için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, ss. 194; Yasemin Özdek, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, TODAİ İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Birinci Baskı, 2004 Ankara, s. 240 (Bundan sonra metinde "AİH Hukuku" olarak anılacaktır).

olduğu ifade özgürlüğü rejimini, ABD Anayasasının Birinci Değişikliğinin yaratmış rejimden farklılaştıran önemli etkenlerden biri olduğu belirtilmektedir.[1052]

Doktrinde 10. maddenin, ifade özgürlüğü hakkının sınırları konusunda altı grup içerisinde sınıflandırılabilecek dokuz adet (sayılı) sınırlama nedenine yer verdiği belirtilmektedir.[1053] Bu nedenler kısaca, (1) devletin çıkarları: "*ulusal güvenlik*"[1054], "*ülke bütünlüğü*[1055]" ve "*kamu emniyeti*[1056]". (2) Halkın çıkarları: "*genel sağlık*[1057]" ve "*genel ahlak*[1058]". (3) Toplumun ya da genelin yararı için: "*düzensizliğin ya da suç işlenmesinin önlenmesi*[1059]". (4) Yargı organlarının yararı: "*yargılama organlarının yetke ve tarafsızlığının korunması*[1060]". (5) İdarenin/kamu makamlarının ve adaletin yararı: "*gizli bilginin açığa çıkmasının önlenmesi*[1061]" ve

---

[1052] Schauer, "*Freedom of Expression Adjudication…",* ss. 49 vd.

[1053] Söz konusu sınıflandırma için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, ss. 195–196.

[1054] Mahkeme, Türkiye'nin güneydoğusunda meydana gelen terör olayları ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarında, bu bölgeyle ilgili olarak alınan önlemlerin ulusal güvenliğin korunmasıyla ilgili olduğunu kabul etmiştir. Örneğin bkz. **Zana v. Turkey**, (App. 18954/91), Judgment of 25 November 1997.

[1055] Mahkemenin "ülke bütünlüğü"nü "ulusal güvenlik"le birlikte ele aldığı belirtilmektedir. Owey/White, s. 205.

[1056] "Kamu emniyeti", Mahkemenin tek başına kullanmadığı bir diğer sınırlama nedeni olmaktadır. Mahkeme, bu ibareyi, "ulusal güvenlik" ve "kamu düzeni/düzensizlik" ibareleriyle birlikte kullanmaktadır. Bkz. Owey/White, s. 205. Özellikle ifade özgürlüğü davalarında, "kamu güvenliği" yerine "kamu düzeni" ve suçun işlenmesinin önlenmesi ibarelerinin sınırlama nedeni olarak belirlenmesi daha kolay gözükmektedir.

[1057] Genel sağlığın korunması bakımından ifadenin sınırlanması, ifadenin içeriğinin halk sağlını tehdit ettiği özellikle yanıltıcı bilgilerin verildiği durumlarda söz konusu olabilir. Bu da daha çok ticari ifadenin denetimiyle ilgili bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

[1058] Genel ahlakın korunması uygulamada ifade özgürlüğünün önemli sınırlama nedenlerinden birini oluşturmaktadır. Özellikte müstehcen ifadelerle ilgili olarak hakkın sınırlanması söz konusu olduğunda Mahkemenin devletlere geniş bir takdir marjı bıraktığı söylenebilir.

[1059] Düzensizliğin ya da suç işlenmesinin önlenmesi, ifade özgürlüğü sınırlamalarının önemli gerekçelerinden birini oluşturmaktadır. İfade/eylem ilişkisinin çözümlenmesi açısından bu konu önemlidir. Siyasal iktidarın, en fazla sınırlamak istediği alanlardan birini oluşturmaktadır. Bu bakımdan da sınırlamanın ilişkili olduğu ifade kategorisi açısından siyasal ifadenin önemli başlıklarından birini oluşturur.

[1060] Buradaki sınırlama nedeni de ifade özgürlüğü kategorisi içerisinde özellikle siyasal ifade ile sıkı bir bağlantı içerisindedir. Adalet gibi önemli bir değerin gerçekleştirilebilmesi için böyle bir sınırlama kuşkusuz gereklidir; ancak siyasal tartışma forumunu ortadan kaldırmayacak bir dengenin oluşturulması oldukça hassas ve zor bir konudur.

[1061] Gizlilik niteliği bulunan bilgilerin açığa vurulmasını engellemek amacıyla ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılmasının iki önemli yönü bulunmaktadır. İlk olarak, devlet sırrı niteliğindeki bilgilerin açığa vurulmasının engellenmesi, özellikle ulusal güvenlik (**Hadjianastassiou v. Greece**, Judgment of 16 December 1992) ve başkalarının haklarının korunması bakımından önemli bir işleve sahiptir. Söz gelimi, kritik bir bölgede görev yapan istihbarat ajanlarının deşifre edilmeleri hem ulusal güvenlik bakımından hem de söz konusu ajanların hakları (muhtemelen yaşam hakları) bakımından önemli bir tehlike oluşturabilir. İfade özgürlüğü hakkının bu çerçevede sınırlandırılmasının hiçbir ifade özgürlüğü sorunu oluşturmayacağı rahatlıkla savunulabilir.

son olarak (6) özel çıkarlar için: "*başkalarının şöhret ve haklarının korunması*[1062]". Taraf devletin bu nedenleri genişletmesi; başka bir deyişle, paragrafta sayılı nedenler dışında bir nedene dayanarak hakkı sınırlaması kabul edilmeyecektir.[1063]

Kuşkusuz burada sayılı olarak verilen nedenler dışında bir nedene dayanılarak ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılamayacağının öngörülmüş olması, hakka sağlanan güvence açısından önemlidir. Ancak, bu yeterli değildir; zira devletin belirtilen nedenlerden birine ya da bir kaçına dayandığını ileri sürerek yapacağı sınırlamanın, önemli başka bir takım ölçütleri daha sağlaması gerekmektedir.[1064] Öncelikle sınırlamanın hukukla öngörülmüş olması gerekir. Sınırlamanın hukuken öngörülmüş olması,[1065] genellikle yasallık ilkesi olarak adlandırılmaktadır.[1066] Hakka yapılan müdahalenin dayanağı ulusal hukukta öngörülebilir (forseeability) ve ulaşılabilir (accessibility) biçimde düzenlenmiş olmalıdır. Düzenlemenin yazılı olması zorunlu olmadığı gibi teknik anlamda bir yasa normu[1067] olması da gerekmemektedir. Ayrıca, söz konusu düzenlemenin ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerekir.[1068]

[1062] Başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla uygulanan sınırlamalar, ifade özgürlüğünün hem özel hem de kamusal tartışma forumuna ait bütün özelliklerini kuşatıcı bir kapsama sahiptir. Bu açıdan da en geniş anlamda ortaya çıkan ifade özgürlüğü sınırlandırma nedenidir denilebilir. Hakaret ve sövme söz edimlerinin sınırlandırılması ile ilgili bütün ifade özgürlüğü durumları bu kategori içerisinde değerlendirilmektedir. İfadenin muhatabının kamusal şahsiyetler olduğu durumlarda da siyasal ifade özgürlüğünün değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. Bu sınırlama nedeninin hedefinde yalnızca bireylerin değil aynı zamanda grupların da bulunduğu göz önüne alındığında, söz konusu nedenin uygulama alanının genişliği daha iyi anlaşılabilir.

[1063] Doktrinde, başvurucunun özgül durumuna (mahkumların ve gözaltındakilerin) bağlı olarak, sözleşmede belirtilmemiş olsa da bir takım içkin sınırlamaların işin doğası gereği uygulanabileceği savunulmuş bu görüş de Komisyon tarafından kabul görmüştür. Ne var ki, içkin sınırlar kuramı AİHM tarafından benimsenmemiştir. Mahkemeye göre, bir hakka uygulanan sınırlamanın mutlaka sözleşmeye dayanması gerekir. Söz konusu doktrin görüşü Fawcett tarafından, **The Application of the European Convention on Human Rights** (Oxford, 1987, s. 232 vd.) savunulmuştur. Bu konuda (ve Mahkemenin söz konusu doktrin görüşünü reddettiği kararlar, **Golder v. United Kingdom** (App. 4451/70), Judgment of 21 February 1975; **De Wilde, Ooms & Versyp v. Belgium** (App. 2832/66, 2835/66, 2899/66), Judgment of 18 June 1971) bkz. Owey/White, ss. 198–199.

[1064] Bu konuda genel olarak bkz. Çavuşoğlu, **İnsan Hakları**, ss. 48 vd.

[1065] Örneğin, Özdek "hukuken ögörülme" ibaresini kullanmaktadır. Bkz. Özdek, **AİH Hukuku**, s. 241 vd.

[1066] Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, s. 196.

[1067] AİHM'ne göre, meslek odası niteliğindeki bir kurum (Veterinary Surgeon's Council) tarafından çıkarılan yönetmelikler de teknik anlamda bir yasa olmasalar da bu bağlamda geçerli bir hukuk normu niteliğindedir. Bkz. **Barthold v. Germany** (App. 8734/79), Judgment of 25 March 1985, pr. 48, 49.

[1068] Söz gelimi, ortak hukukta (common law) yazılı olmayan bir hükmün mahkemelerce uygulanması, bu düzenlemenin Mahkemenin aradığı anlamda öngörülebilirlik ve ulaşılabilirlik kriterlerini sağlamasına engel değildir. AİHM, İngiltere'de mahkemelerce uygulanan *common law*'a özgü bir yaptırım hukukunu bu bağlamda geçerli bir düzenleme olarak kabul etmiştir. Bkz. **Sunday Times v.**

Sınırlamanın sınırı olarak belirtilen bir diğer önemli ölçüt, sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olmasıdır. Mahkemeye göre demokratik bir toplumda gereklilik testinin iki koşulu, (1) sınırlamanın zorlayıcı bir sosyal ihtiyaca (pressing social need) karşılık gelmesi ve (2) müdahalenin sınırlamayla izlenen meşru amaçla orantılı olması gerektiğidir.[1069]

Mahkemeye göre, buradaki "gereklilik / necessity", "vazgeçilmez / indispensable" anlamına gelmediği gibi, "kabul edilebilir/admissible", "sıradan/ordinary", "makul/reasonable" ya da "arzulanabilir/desirable" gibi daha esnek ibarelerle de eş anlamlı değildir.[1070] Dolayısıyla taraf devlet, hakka yapmış olduğu müdahalenin gerekliliğini Mahkeme kararında belirtilen esnek gerekçelerin ötesinde zorunluluğa yakın bir tarzda kanıtlamak durumundadır.

Yapılan müdahalenin, izlenen meşru amaçla (örneğin, ulusal güvenliğin ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla) orantılı olması ölçütü, ABD Yüksek Mahkemesinin, yapılan müdahalenin izlenen amacı (meşru hükümet çıkarını) gerçekleştirecek ölçüde dar olarak biçimlendirilmesi gerektiği (norrowly tailored to serve that governmental interest) ölçütüyle paraleldir. Öte yandan, Mahkemenin kullanmış olduğu, zorlayıcı toplumsal ihtiyaç (pressing social need) ölçütü de yine ABD Yüksek Mahkemesinin, zorlayıcı devlet çıkarı (compelling governmental interest) ölçütüyle paralellik taşımaktadır.

Görüldüğü üzere, AİHM ile ABD Yüksek Mahkemesi arasında, ifade özgürlüğü hakkının sınırlanması konusunda (ifade özgürlüğünün genel rejimi

---

United Kingdom, (App. 6538/74), Judgment of 26 April 1979, pr. 48–50; Kararın tam tercümesi için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 45–86; Bununla birlikte, öngörülebilirlik (forseeability) konusunda Mahkeme, özellikle belirli formalitelerin uygulanmasında yasal düzenlemenin, muhatapları bakımından öngörülebilir bir çerçevede olması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, düzenlemenin muhatapları tarafından sözkonusu formalitelerin makul olarak öngörülebilir olması gerekir. Bkz. Case of **Karademirci and Others v. Turkey** (App. 37096/97, 37101/97), Judgment of 25 January 2005, pr. 40.

[1069] **Silver v. United Kingdom**, Judgment of 25 March 1983 kararının özeti ve yorumu için bkz. Owey/White, ss. 209–210; "Zorlayıcı toplumsal ihtiyaç" koşulu, Mahkemece, **Barthod v. Germany** (Almanya) ve **Lingens v. Austria** (Avusturya) kararında da aynı biçimde yorumlanmıştır. Her iki kararın da tam metinlerinin Türkçe çevirileri için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 87–114, 115–134.

[1070] Mahkeme, sınırlamanın 10. madde bağlamında gerekli olup olmadığına ilişkin olarak yapmış olduğu dilbilimsel analizinde "gerekli/necessary" sözcüğünün incelemesini ilk olarak, Handyside kararında yapmıştır. Bu karar, AİHM'nin ifade özgürlüğü alanında vermiş olduğu en önemli içtihatlarından birini oluşturmaktadır. Bkz. **Handyside v. United Kingdom**, (App. 5493/72), Judgment of 7 December 1976, pr. 48.

bakımından) ortaya konulan ölçütler arasında tam bir paralellik bulunmaktadır. Aynı benzerliğin ifade özgürlüğü hakkının temellendirilmesi ve buna bağlı olarak uygulanan sınırlama yöntemi açısından da mevcut olduğunu söylemek mümkündür.[1071]

AİHM Handyside kararındaki klasik temellendirmesinde şu görüşlere yer vermiştir. Mahkemenin denetim işlevi, *demokratik toplumu* belirleyen (karakterize eden) ilkelere azami dikkat göstermesi yükümlülüğünü yüklemektedir. Mahkeme'ye göre,

> *[i]fade özgürlüğü, demokratik toplumun en temel esaslarındandır; böyle bir toplumun ilerlemesinin ve her insanın gelişiminin temel koşullarından biridir… Bunlar [toplum tarafından hoş görülmeyen, şok edici, rahatsız edici, beğenilmeyen görüş ve düşüncelerin de özgürce ifadesi], demokratik bir toplumun olmazsa olmazları olan, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir.*[1072]

Handyside kararı, AİHM'nin ifade özgürlüğü hakkı üzerine vermiş olduğu içtihatlar içerisinde önemli bir yere sahiptir. Bu kararda, öncelikle ifade özgürlüğünün bir temellendirmesi yapılmış ve bu temellendirmenin sınırlamaya dönük etkileri ortaya konulmuştur. Bu tarihten sonra verilen pek çok kararda, Handyside'a gönderme yapılmış; bu nedenle de konu üzerine inceleme yapan pek çok yazar da bu karara atıf yapmadan geçmemiştir.[1073]

Kararda, ifade özgürlüğü ve demokratik toplum arasındaki ilişkiye dikkat çekilmek suretiyle demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezi ön plana çıkarılmış gözükmektedir. Mahkemenin, ifade özgürlüğünü özellikle demokrasiye dayanan bir tezle temellendirmesi, aslında Sözleşmenin kurmuş olduğu sisteme uygun gözükmektedir. Çünkü Sözleşmenin Başlangıç Bölümünde, temel hak ve

---

[1071] Bu yöndeki değerlendirmeler için bkz. Roger Errara, "*Freedom of Speech in The USA*", **Science and Technique of Democracy**, Council of Europe Publishing, No: 37 (European and US Constutionalism), Strasbourg 2005, ss. 31 vd.

[1072] Anılan **Handyside v. United Kingdom** kararı, pr. 49.

[1073] Örneğin bkz. Özdek, **AİH Hukuku,** ss. 241 vd; L.J. Clements / N.Mole /A. Simmons, **European Human Rights Taking a Case under the Convention**, Second Ed., Maxwell, London 1999, ss. 191 vd.

özgürlüklerin korunması ile siyasal demokrasi arasında doğrudan bir bağ kurulmuştur. Bu bağa Mahkeme başka kararlarında da dikkat çekmiştir.[1074]

Kararda, ifade özgürlüğünün demokratik toplumun en temel koşullarından biri olduğu belirtilmiş; böylece bir toplumun (ya da bir yönetimin) demokratik olup olmadığının belirlenmesinde ifade özgürlüğünün adeta bir turnusol kağıdı işlevi göreceği söylenmiştir. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik, demokratik toplumu karakterize eden en temel unsurlar (belirleyiciler) olarak sayılmış; demokratik toplumun bütün bu özellikleriyle ifade özgürlüğü arasındaki bağa dikkat çekilmiştir. Karar, çoğulculuğu ve hoşgörüyü bağımsız birer ifade özgürlüğü tezi olarak ele almamakta; fakat bu kavramların daha çok, demokratik toplumun özellikleri dolayısıyla ifade özgürlüğü ile bağlantısını kurmaktadır.[1075]

Mahkemenin demokratik toplum tanımlaması, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi kavramlara dayanmaktadır. Böylece kararda, demokrasi salt bir usuli süreç (procedural) olarak tanımlanmamakta; fakat daha çok içerik ve öz tanımlaması yapılmaktadır. Mahkemenin bu tanımı, ortaya koymuş olduğu ifade özgürlüğü tezini, A. Meiklejohn tarafından ortaya konulan demokrasiye dayanan tezden önemli ölçüde ayırır. Meiklejohn, kurgusunu büyük ölçüde bir foruma ilişkin usuller/yöntemler (procedures) çerçevesinde tasarlamıştır. O, içerikle ilgilenmemiş, ancak ifade özgürlüğünün gerçekleştiği forumun ilkelerini (usuli olarak) belirlemekle yetinmiştir. Meiklejohn'un tezi, demokrasiyi temellendiren ya da onun içeriğini oluşturan unsurlara doğrudan dayanmazken; Mahkemenin tezi, demokrasiyi temellendiren ve onun içeriğini oluşturan unsurlara doğrudan dayanmaktadır. Klasik anlamda demokrasiye dayanan tez, fonksiyonalist bir ifade özgürlüğü tezinin saf biçimini oluştururken; Mahkemenin tezi daha içeriksel ve öze ilişkin olduğundan fonksiyonalist bir tez değildir. Mahkemeye göre ifade özgürlüğü, yalnızca demokratik sürecin işleyebilmesinin bir aracı olmayıp; doğrudan demokratik toplumun karakteristiklerinden biri olmaktadır. Bütün bu farklılaşmaya karşın, her iki tez de ifade özgürlüğünü demokratik toplumun turnusol kâğıdı olarak görmektedir.

[1074] Örneğin **Lingens v. Avusturya** kararında AİH Komisyonu ve Mahkeme, siyasal ifade özgürlüğü temellendirmesinde bu bağlantıdan açıkça söz etmektedir. Bu karar bir sonraki başlık altında daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Kararla ilgili özet için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, ss. 198–199; Kararın tam Türkçe metni için bkz Bıçak, **AİHM Kararlarında**, 115–134.

[1075] **Handyside v. United Kingdom** kararı pr. 49.

İfade özgürlüğünün (gereği gibi) gerçekleşmediği bir toplum düzeni, her iki tez bakımından da demokratik olarak nitelendirilemeyecektir. Bu da her iki tezin de buluşma noktasının, *demokrasi* ya da *demokratik toplum* olduğunu göstermektedir.[1076]

Handyside kararında, kendi kendini gerçekleştirmeye dayanan teze de gönderme yapılmaktadır. Kararda açıkça her bir insanın gelişimi ile ifade özgürlüğü arasıdaki bağa dikkat çekilmiş; ifade özgürlüğünün bireyin gelişiminin en temel koşullarından birini oluşturduğu belirtilmiştir. Demek ki, demokratik toplumun en temel esaslarından birini oluşturan ifade özgürlüğü, aynı zamanda bireysel gelişimin de temel koşullarından birini oluşturmaktadır. Ne var ki, kararda bireysel gelişimle birlikte bireysel özerkliğe yer verilmemiştir. Hâlbuki bireysel gelişim bireysel özerklikle birlikte anıldığında, ifade özgürlüğü hakkı ve diğer temel haklar bakımından deontolojik anlamda bağımsız bir temellendirmenin konusu olabilir. Bununla birlikte, Mahkemenin, ifade özgürlüğünü "her bir insanın gelişimi"ne bağlı olarak temellendirmesini demokratik toplumda "birey" kavramıyla birlikte düşünmenin ve bu bağlamda deontolojik bir ifade özgürlüğü tezi olarak yorumlamanın önünde de bir engel bulunmamaktadır. Bu doğrultuda bir yorum, ifade özgürlüğü hakkı ile diğer temel haklar arasındaki bağlantıyı kurmamızı sağlayabilir. Başka bir deyişle ifade özgürlüğü hakkı ile evrensel insan hakları tezi arasındaki köprüyü kurmamızı sağlayabilir.

Karar hakkında söylenmesi gereken önemli konulardan biri de kuşkusuz, demokratik toplumun olmazsa olmaz koşulları arasından sayılan "hoşgörü"nün, Richardson tarafından formüle edilmiş olan "hoşgörüye dayanan ifade özgürlüğü tezi" ile ne ölçüde bir bağlantısının bulunduğu konusudur. Mahkeme burada klasik anlamda "hoşgörüye dayanan ifade özgürlüğü tezi" formüle etmemiştir. Hoşgörüye dayanan tez, bu çalışmada incelendiği biçimiyle özellikle ırkçı nefreti körükleyen ifadelere karşı neden hoşgörülü olunması gerektiğini açıklayan bir tez olmaktadır. Hoşgörüye dayanan tezin en temel karakteristiği, bir toplumda var olabilecek yapısal adaletsizliklere karşı, hoşgörüye dayanan ifade özgürlüğünün sunduğu reçetelerdir. Tez, demokratik bir toplumda rahatsız edici, hatta şok edici nitelikteki ifadelere karşı

[1076] A. Meiklejohn tarafından savunulan tez için bu çalışmanın İkinci Bölümü yanında bkz. Meiklejohn, **Free Speech**.

da bir koruma sağlayabilir ve bu bağlamda Mahkemenin formüle etmiş olduğu tezle de kesişir. Ancak, Mahkemenin demokratik bir toplumun olmazsa olmaz koşulu olarak kabul ettiği hoşgörü anlayışının, klasik anlamda hoşgörüye dayanan tezin -daha özelde ırkçı nefreti körükleyen ifadelere karşı- sağladığı korumayı aynı biçimde sağlayacağını düşünmemek gerekir. Mahkemenin benimsemiş olduğu hoşgörü tezi, daha genel nitelikte olup, demokratik toplum ile bağlantılıdır ve bu bağlamda daha çok içeriği esas alan demokrasiye dayanan bir tezin parçasıdır, denilebilir. Kararda belirtilen "hoşgörü", demokratik toplumun yalnızca diğer koşullarından (çoğulculuk ve açık fikirlilik) biri olmaktadır. Bu nedenle de bağımsız bir ifade özgürlüğü tezi niteliğinde değildir.[1077]

Kararda dikkat çeken önemli bir diğer nokta ise, ifade özgürlüğünün temellendirilmesinde "gerçekliğe dayanan tez"e yer verilmemiş olmasıdır. Kararda *demokratik toplum* üzerine vurgu yapılmıştır. Hoşgörü, çoğulculuk ve açık fikirlilik demokratik toplumun belirleyici koşulları olarak sayılmış ve bu unsurların gereği olarak ifade özgürlüğünün korunması gerektiği belirtilmiştir. Burada ne yargıç Holmes'ün ne de J.S. Mill'in tezine gönderme yapılmıştır. AİHM'nin gerçekliğe dayanan yararcı bir tezi ifade özgürlüğü temellendirmesinde kullanmamış olmasını unutkanlığa bağlamak yerinde bir görüş olmayacaktır. Mahkeme yargıçlarının J.S. Mill'in "*On Liberty*" (Hürriyet Üstüne) eserinde savunmuş olduğu görüşlerden habersiz bulunduklarını ileri sürmek oldukça zordur. Zira bu eser, liberal özgürlük felsefesinin olduğu kadar, ifade özgürlüğünün de başyapıtlarından biridir. İfade özgürlüğü üzerine (özellikle felsefi) inceleme yapan hemen her yazar, bir biçimde Mill'in söz konusu eseriyle karşılaşmaktadır. Öyleyse, buradaki atlamanın bilinçli olduğunu varsaymak daha yerinde bir görüş olacaktır.[1078]

Mahkemenin, demokratik toplum ve bireysel gelişim temellendirmesini yeterli bulmuş olduğu söylenebilir. Özellikle demokratik toplum tanımlaması çağdaş Avrupa demokrasilerine yapılan bir gönderme olmaktadır. Mahkemenin, ifade

[1077] David A.J. Richards tarafından savunulan "hoşgörü" tezi için bkz. Richards, **Free Speech**, ss. 36 vd.; Konu ayrıca bu çalışmanın Üçüncü Bölümünde ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

[1078] Mill'in, *On Liberty*'de savunmuş olduğu görüşlerin gerçekliğe dayanan ifade özgürlüğü tezi altında incelendiğini anımsamak gerekir. Öte yandan, ABD Yüksek Mahkemesi yargıcı O.W. Holmes'ün özellikle Schenk ve izleyen kararlarda ortaya koymuş olduğu fikirlerin pazaryeri argümanının da gerçekliğe dayanan tezin bir sürümü olduğu göz önünde tutulmalıdır. Gerçekliğe dayanan tez, bu çalışmanın Üçüncü Bölüm'ünde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

özgürlüğü temellendirmesinde, çağdaş Avrupa demokrasilerindeki genel rejimi esas alan bir sistemi kendisine ölçü aldığı görülmektedir. Mahkeme, yapmış olduğu bu temellendirmeye göre Sözleşmenin izin verdiği sınırlama ölçütlerini yorumlamaktadır. Bu da doğal olarak pek çok alanda ulusal mahkemelerin izin verebileceğinden daha geniş bir takdir marjını taraf Devletlere bırakmayı gerektirmektedir. Mahkemenin bu yaklaşımı, yanılabilirlik ve yanlışlanabilirlik gibi felsefi kavramlarla oluşturulan bir ifade özgürlüğü temellendirmesi açısından ihtiyatlı davranmayı gerektirmektedir. Özellikle Kıta Avrupası bakımından hassas olan bir takım alanlarda, gerçekliğe dayanan tez, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında ciddi sorunlar yaratabilecektir. Bunun en tipik örneğini "*soykırım inkarı*"nı suç olarak yaptırıma bağlayan yasalar oluşturacaktır. Bu yasalar, Kıta Avrupasının kendine özgü koşulları açısından haklılaştırılabilmektedir. Ancak bu yasaların, gerçekliğe dayanan ifade özgürlüğü teziyle tam anlamıyla bir karşıtlık içerisinde olduğu açıktır.

Öte yandan, ahlakın korunması ya da daha özelde dinsel alanlarda Mahkemenin, devletlere ifade özgürlüğünü sınırlama noktasında daha geniş bir takdir alanı bıraktığı bilinmektedir.[1079] Gerçekliğe dayanan bir tezin söz konusu takdir alanını daraltacağında kuşku bulunmamalıdır. Mahkeme, Sözleşmeye taraf devletlerin hassasiyetlerini göz önünde bulundurmakta ve uluslararası yargı organı olarak söz konusu takdir marjı doktrinine uygun davranmaktadır.

Bu bakımdan da Mahkemenin gerçekliğe dayanan teze yer vermemesi, Kıta Avrupasına özgü koşulların ve Mahkemenin uluslararası bir denetim organı olmasının bir sonucudur, denilebilir.

[1079] Örneğin bkz. Özdek, **AİH Hukuku**, ss. 243 vd.

B) Siyasal İfade ve Kademeli Sınırlama Sistemi

1) Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Siyasal İfade ve Kademeli Sınırlama Sistemi

AİHM, demokrasiye dayanan teze, siyasal ifadenin söz konusu olduğu durumlarda başvurmaktadır. Kamusal tartışmaya katkı sağlayan ifadelere; özellikle de siyasal görüş açıklama durumunda ve siyasetçilere yönelik eleştirilerde, ifade özgürlüğüne daha geniş bir koruma sağlayabilmek için Mahkeme, demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezine dayanmaktadır.[1080] Bu durum, siyasal ifade alanıyla diğer ifade kategorileri (ticari ve müstehcen) arasında sınırlama yöntemi bakımından bir ayırım yapılarak, iki kademeli bir sınırlama sisteminin uygulanmasına neden olmaktadır. Salt müstehcen ya da ticari ifadelerle siyasal nitelikteki ifadeler arasında yapılan bu ayırım, ABD Yüksek Mahkemesi tarafından yapılan ayırımla örtüşmektedir.

AİHM, siyasal ifade ve daha genel anlamda kamusal tartışmaya katkı sağlayan ifade ile diğer ifade kategorileri arasında bir ayırım yaparken ulusal makamların ifade özgürlüğüne yaptığı sınırlamanın kategorik olarak ticari ya da müstehcen ifadelere yönelmiş olup olmadığını belirlemekle yetinmemektedir. Bizatihi ifadenin niteliğini her olay bakımından araştırmakta ve ticari ifade kategorisi içerisinde yer alan bir mesleki ya da ticari reklam yasağının hedefinde olan ifadenin kamusal tartışmayla ilgisini araştırarak bir sonuca varmaktadır. Bu bağlamda ticari nitelikte bir ilan da, toplumsal yaşamı doğrudan ilgilendiren kamusal bir tartışmayla ilgili olabilmektedir.[1081]

[1080] AİHM'nin siyasal ifadeye diğer ifade kategorilerine göre daha geniş bir koruma sağladığına ilişkin bkz. Özdek, **AİH Hukuku**, s. 243.

[1081] Barthold kararında Mahkeme böyle bir olayı karara bağlamak durumunda kalmıştır. Söz konusu olayda, veteriner hekim olan Barthold, ismini ve kliniğinin adresini verdiği bir ilanda gece boyunca da hizmet vermeyi sürdürdüğünü belirtmiştir. Alman makamları, Barthold'un ticari ilan vermek suretiyle meslekdaşları karşısında haksız rekabet ettiğine; dolayısıyla da reklâm yasağına aykırı davrandığına karar vermişlerdir. Barthold'un eylemiyle ilgili olarak ileride yapabileceği ilanlara karşı tedbir kararı alınmıştır. AİHM, Dr. Barthold'un Veteriner Hekimler Birliği (Konseyi)'de veterinerler için zorunlu gece hizmeti konulması gerektiğini savunan bir kişi olduğuna ve bu görüş ve düşüncelerini benimsetemediğine, bunun üzerine böyle bir ilana başvurduğuna dikkat çekmiş ve konunun salt bir ticari ilanın sınırlanması meselesi olmadığına; bütünüyle kamusal bir tartışmanın merkezinde yer aldığına işaret etmiştir. Mahkeme, Alman makamlarının ilana yapmış olduğu müdahalenin 10 uncu

AİHM, siyasal ifade özgürlüğünü politikacılara yönelik eleştirilerle sınırlı tutmamakla birlikte, bu konuda politikacıların konumuna özel olarak dikkat çekmektedir. Mahkeme, politikacılara yönelik eleştirilerde sınırı belirlerken adeta özel bir eleştiri hakkından söz etmektedir. Böylece ifade özgürlüğü alanında iki kademeli bir sınırlama sisteminin temelleri atılmıştır. İki kademeli sınırlama sisteminin temelinin ise demokrasiye dayanan tez olduğu açıktır. Çünkü demokrasiye dayanan tez, kamusal tartışmaya katkısı olan ifade kategorisi için neredeyse 'mutlak'a yakın bir koruma sağlamakta ve bu yönüyle de diğer tezlerden ayrılmaktadır.

Mahkemenin politikacılara yönelik olarak yapılan eleştirilerin sınırının, sıradan insanlara yönelik eleştirilere göre daha geniş olarak belirleneceğini açık biçimde ortaya koyan kararı, *Lingens v. Avusturya* kararıdır.[1082] Mahkeme Lingens'te, Handyside kararında yapmış olduğu ifade özgürlüğü temellendirmesini yinelemiş; özgür siyasal tartışmanın Sözleşmenin bütününe egemen olan demokratik toplum kavramının özünü biçimlendirdiğine dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre, politikacıları eleştirmenin kabul edilebilir sınırları, sıradan bireyleri (kamusal olmayan kişilikleri) eleştirmenin sınırlarına göre daha geniştir. Özel/sıradan kişilerin aksine politikacılar, kaçınılmaz olarak ve isteyerek söz ve eylemlerini gazetecilerin ve halkın yakın incelemesine açarlar.[1083] Mahkemeye göre, politikacılar 10.

---

maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. **Barthold v. Germany** (Almanya), Judgment of 25 March 1985, kararının (Türkçe) tam metni için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 87–114; Mahkemenin benzeri bir başka olayda da aynı içtihadını sürdürdüğü görülmektedir. İrlanda aleyhine yapılan başvuruda, İrlanda makamlarının, klinik ilanlarına yönelik yapmış oldukları sınırlamalar gündeme gelmiştir. Söz konusu ilanlarda, kürtaj yaptırmak isteyenler için gerekli tavsiyeler ve kürtajın yapılabileceği Londra'daki kimi kliniklerin adresleri verilmiştir. Mahkemeye göre, bu türden ilanların ya da danışmanlık hizmetlerinin yasaklanması, kadınların sağlıklı bilgi edinmelerini engellediği için tersine etki yapmaktadır. Irlanda yasaları, kadınların yurt dışına çıkarak kürtaj yaptırmalarını engellemediğine göre, bu yasağın işlerliği ve anlamlılığı söz konusu olmayacaktır. Bu olayda Mahkeme kürtajın Sözleşme karşısındaki durumunu tartışmaktan kaçınmış; ancak bu türden danışmanlık şirketlerinin yapmış oldukları önerilere yönelik mutlak ve sürekli nitelikteki sınırlamaların, sınırlamayla ulaşılmak istenilen meşru amaçla orantısız olduğu gerekçesiyle Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Karar için bkz. **Open Door Counselling and Dublin Well Woman v. Ireland,** (App. 14234/88;14235/88), Judgment of 29 October 1992, pr. 72–80; Kararla ilgili özet için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, s. 208.

[1082] **Lingens v. Avusturya** (Başvuru No. 12/1984/84/131), 24 Haziran 1986, pr. 41-43; Kararın Türkçe tam Metni için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 115–134.

[1083] Lingens kararında açıklanan bu görüşler daha sonra, Schawabe kararında da yinelenmiştir. Bu olayda, politikacıların özel yaşam sınırlarının sıradan kişilere göre daha dar tutulması gerektiği belirtilmiş; politikacıların özellikle geçmişleri hakkındaki bilgilerin onların bu görevlere layık olup olmadıklarının değerlendirilmesinde güncel davranışlarıyla aynı ölçüde önemli veriler olabileceğine

maddenin ikinci fıkrasında başkalarının şöhret ve haklarının korunması için ifade özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamanın bütünüyle kapsamı dışında tutulmazlarsa da, özellikle siyasal sorunlar üzerine yapılan tartışmalarda kendilerine yönelik olarak yapılacak eleştirilerde daha hoşgörülü olmak durumundadırlar. Zira bu hallerde, kişilik haklarının korunması yararı ile siyasal sorunların kamusal olarak tartışılması çıkarı arasında bir karşılaştırmanın yapılarak sonuca varılması gerekmektedir. Sınırlandırılması söz konusu olan ifadelerin kamusal tartışmayla ilgisi ve özellikle siyasal içeriği dikkate alınmalıdır. Dahası bu türden ifadelere yapılacak müdahalelerin, gelecekte özellikle gazetecilerin siyasal konular üzerinde fikir ve yorum yapmalarını önemli ölçüde zorlaştıracaktır. Bu türden yaptırımların -AİH Komisyonunun da yerinde olarak belirttiği gibi- sansür niteliğinde olduğu açıktır.[1084]

Mahkeme ayrıca, olgularla değer yargıları arasındaki ayırıma dikkat çekmiş ve olguların kanıtlanabilir olduklarını, fakat değer yargılarının ispat konusu olamayacaklarını belirtmiştir. Bu durumda başvurucunun değer yargılarını ifade ettiği düşünce açıklamasında kendisine ispat yükümlülüğü getirilmesinin ifade özgürlüğü ihlali oluşturacağı sonucuna varılmıştır.[1085]

Mahkeme, siyasal ifade özgürlüğünün sınırlarının daha geniş olduğuna ilişkin görüşünü istikrarlı biçimde sürdürmektedir.[1086] Mahkeme siyasal ifade özgürlüğünü yalnızca politikacılara yönelik ifadelerle sınırlı tutmamakta; ifadenin kamusal

---

dikkat çekilmiştir. Bkz. **Schwabe v. Avusturya**, (Başvuru No. 13704/88), 26 Şubat 1993, özellikle pr. 28, 29, 32 ve 35; Kararın ilgili bölümünün çevirisi için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, s. 200.

[1084] AİHM'nin Lingens kararında varmış olduğu bu sonuçlar, ABD Yüksek Mahkemesinin ifade özgürlüğünün kullanımını özellikle psikolojik açıdan zora sokabilecek yaptırımlara işaret eden "*chilling effect*" (caydırıcı etki) doktriniyle paralellik göstermektedir. Chilling effect/caydırıcı etki doktrinine **Case of İ.A. v. Turkey** (App. 42571/98), Judgment of 13 September 2005, pr. 6 kararında azınlık görüş, açık bir göndermede bulunmaktadır.

[1085] Anılan **Lingens v. Austria** (Avusturya) kararı pr. 46; Mahkemenin olgular ve değer yargıları arasında yapmış olduğu bu ayırım ABD Yüksek Mahkemesinin, **Hustler Magazine v. Falwell,** 485 U.S. 46 (1988) kararında yapmış olduğu ayırımla bire bir örtüşmektedir.

[1086] Örneğin Mahkeme, yine Avusturya aleyhine yapılan bir başvuruya ilişkin vermiş olduğu kararında, Handyside ve Lingens kararlarında ortaya koymuş olduğu ilkelere gönderme yaparak, politikacılara yönelik eleştirilerde sınırın daha geniş çizileceğine dikkat çekmiştir. Zira Mahkemeye göre siyasal tartışma, Sözleşmeye egemen olan *demokratik toplum kavramının* kalbinde yer almaktadır. Bkz. **Oberschlick v. Austria**, Judgment of 23 May 1991, pr. 58-60; Kararın Türkçe özeti için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, s. 199

tartışmayla ilgisine bağlı olarak ifade özgürlüğünün sınırlarını belirlemektedir.[1087] İfadenin kamusal tartışmayla olan ilgisinden dolayı korunmasının demokratik bir toplumdaki önemi, iyi niyetle hareket edilmiş olması (ve gazeticilik etiğine uygun davranılması) koşuluyla bütünüyle özel kişilikler hakkında ileri sürülen görüş ve düşüncelerin gerçek dışı ve hatta zarar verici olduğu durumlarda dahi korunabileceği anlamına gelmektedir.[1088] Mahkemenin bu görüşü, özellikle demokrasiye dayanan tezin ön plana çıktığı bir anlayışı yansıtmaktadır. Öyle ki, burada ifade ve zarar ilişkisi bu tez çerçevesinde belirli durumlarda ifade özgürlüğü lehine tartılarak sonuca varılmış ve böylece de J.S. Mill'in, *Hürriyet Üstüne* (On Liberty)'de savunmuş olduğu, ifadenin zarar verdiği durumlarda sınırlandırılacağına ilişkin klasik yararcı doktrini büyük ölçüde reddedilmiştir.

Bununla birlikte ifadenin, kamusal tartışmayla ilgisinin zayıf olduğu durumlarda, bir politikacının özel yaşamıyla ilgili bir takım ifadelerin ulusal makamlar tarafından sınırlandırılması haklılaştırılabilecektir.[1089] Burada ifadenin hedefinde olan kişilerin, statüleri mutlak anlamda belirleyici olmamakta; fakat daha çok ifadenin kamusal tartışmayla ilgisi ön plana çıkmaktadır.

AİHM'ne göre ifadenin hedefinde yönetimin (hükümetin) bulunduğu yerde, ifade özgürlüğünün sınırları politikacılara yönelik ifadenin sınırlarından daha geniş tutulmalıdır.[1090] Mahkemenin *Castells v. Spain* kararında[1091] belirtmiş olduğu gibi, ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun özünde yer alan siyasal tartışmaya

---

[1087] Bu bağlamda bir işadamı hakkından kullanılan ifadelerin de kamusal tartışmayla ilgisi bakımından daha geniş bir koruma görmesi söz konusu olabilir. Örneğin, bkz. **Fayed v. United Kingdom**, Judgment of 21 September 1994.

[1088] **Bladet Tromso and Stensaas v. Norway** (App. 21980/97), Judgment of 20 May 1999, özellikle pr. 65, 72 ve 73.

[1089] **Tammer v. Estonia** (App. 41205/98), Judgment of 6 February 2001, pr. 66-71.

[1090] Kamusal makamlar arasında yargının özel bir yeri bulunmaktadır. Bu yüzden de Sözleşme, yargının otoritesinin ve tarafsızlığının korunabilmesi amacıyla ifade özgürlüğü hakkının sınırlanabileceğini açıkça belirtmiştir. Yargının özel konumuna karşın, yargıyı hedef alan eleştirilerin demokratik bir toplumda yapılamayacağını söylemek yargının kamusal tartışmaların dışında tutulması gerektiğini söylemek demektir. Yargı da diğer kamu makamları gibi Devletin bir aygıtıdır ve yargıya yönelik olarak da sert eleştirilerin yapılabileceğini kabul etmek gerekir (**De Haes and Gijsels v. Belgium** (App. 19983/92), Judgment of 24 February 1997, özellikle pr. 37, 46, 48, 49). Bu eleştirilerin kişisel nitelikte ve yıkıcı olmaması gerekir. Mahkemenin özellikle vurgu yaptığı nokta, ifadenin kamusal nitelikli olup olmamasıdır. (**Barford v. Denmark**, Judgment of 22 February 1989, özellikle pr. 33–36). Bu istisnalar çerçevesinde yargıya yönelik eleştirilerin de kamusal tartışmayla ilgisinin dikkate alınarak yorumlanması gerekir.

[1091] **Castells v. Spain**, (Başvuru No. 11798/85), 23 Nisan 1992; Kararın Türkçe tam metni için bkz. Kararın tam Türkçe Metni için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 135–163.

herkesin katılmasını olanaklı kılmaktadır. Hükümeti eleştirmenin hoşgörülebilir sınırları, kişileri, hatta politikacıları eleştirmenin sınırından daha geniştir. Hükümetin işgal ettiği üstün konum, özellikle muhaliflerinin ya da medyanın haksız saldırılarını ve eleştirilerini karşılamak için ceza davasına başvurmak yerine başka araçları kullanmaya öncelik vermesini gerektirir.[1092] Bununla birlikte Devlet makamları da kamu düzeninin güvencesi olmaları sıfatıyla, hiçbir temeli bulunmayan ya da kötü niyetle oluşturulmuş iftira niteliğindeki suçlamalara karşı aşırıya kaçmayan cezai nitelikteki önlemleri de alabilecektir. Bununla birlikte uygulanan yaptırımların Sözleşmeye uygun olup olmadığının nihai denetim yetkisi Mahkemeye aittir.[1093]

Castells olayında, hükümet başvurucunun iddialarının muğlak ve belirsiz olduğu gerekçesiyle ispata konu olamayacaklarını ileri sürmüştür. Öte yandan hükümet, başvurucunun iddialarının çiçeği burnundaki demokratik devlet için büyük bir tehlike oluşturacağını da savunmuştur. Aslında bunun bir çelişki olduğu, Strasbourg organlarınca açıkça söylenmemiş olsa da kararda varılan sonuç, sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığı yönünde olmuştur. Özellikle Komisyon bu sonuca varırken, İspanyol makamlarının maddi olaylarla değer yargıları arasında bir ayırım yapmamış olduklarına ve bu bağlamda başvurucuya bir kanıtlama hakkı tanımadıklarına dikkat çekmiştir.[1094]

Castells kararı, Strasbourg organlarının siyasal ifade özgürlüğünün sınırlarını en geniş bir çerçevede çizmiş olduğu içtihatlarından birini oluşturmaktadır. Devletin siyasalarına ve bu siyasaları yürüten ve uygulayan kurumlarına karşı yöneltilen eleştirilerin ifade özgürlüğünün Sözleşme sistemi içerisinde ulaşmış olduğu noktayı

[1092] Anılan **Castells v. Spain** kararı, pr. 43, 46; Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 159–160; AİH Komisyonu, Castells vakasında, "*ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumda siyasi düşüncenin biçimlendirilmesi için temel bir unsur olduğunu vurgulamıştır. ... hükümete yöneltilmiş bir eleştiri, karşı argümanlar biçiminde bir yanıt görür. Komisyon'a göre demokratik bir devlette hükümet, muhalefet veya basın tarafından kendisine yöneltilen haksız saldırılara veya eleştirilere karşılık vermek amacıyla çok sayıda araçtan yararlanabilir: İlgili Bakanın Parlamentoda açıklama yapması, basın toplantısı düzenlemesi, cevap hakkının kullanılması, resmi bir tebliğin yayınlanması gibi. Bu davada, İspanyol yetkililerinin, başvurucu tarafından hükümete karşı ciddi suçlamalarını yanıtlamak için bu araçları kullanmadığı görülmektedir."* Bu araçlar, Komisyona göre, demokratik bir devletin ceza yaptırımı yerine kullanması gereken araçlardır. Bkz. anılan **Castells v. Spain** kararı, pr. 68; Kararın tam bir Türkçe Metni için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, (alıntının yapıldığı sayfalar: 151–152.)

[1093] Anılan **Castells v. Spain** kararı, pr. 46; Bıçak, **AİHM Kararlarında**, s. 160.

[1094] Anılan **Castells v. Spain** kararında alıntılanan, Komisyonun görüşleri için, pr. 60, 71, 75; Mahkeme de, Komisyonun sözkonusu görüşüne aynen katılmıştır (pr. 47); **AİHM Kararlarında**, ss. 152–160.

göstermektedir. Komisyon üyesi Frowein tarafından yazılmış olan karşı oy yazısı da bu durumu açık biçimde ortaya koymaktadır. Frowein, İspanyol Senatör tarafından yazılan yazının kaleme alındığı dönemin özelliklerine dikkat çekerek, başvurunun Sözleşmenin 10. maddesi yanında 17. maddesiyle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Frowein şöyle devam etmektedir:

> *Buradaki sorunun ilişkili olduğu dönemde İspanya, otoriter bir devletten demokrasiye geçmiştir. Basque bölgesinde terörist örgütler, 1979 tarihi itibariyle sürekli olarak polisleri öldürüyordu ve bu durum bugün de aynen devam etmektedir. Kanaatimizce Komisyondaki çoğunluk görüş, mahkum edilen yazının içeriğini hafife almaktadır. Makale, gerçekte edilgen tutumlarından ötürü kamusal makamları eleştirmemektedir. Makalede, cinayetleri işleyenlerin polisler olduğu iddia edilmektedir… Basque radikalizminin [aşırıcılığının] siyasal temsilcisi olarak bilinen bir kişi, basın aracılığıyla bu türden ifadelerde bulunursa bu, polis memurlarının öldürülmesinin haklılaştırılması anlamına gelecektir: [başka bir deyişle] Basque terörist örgütleri tarafından güvenlik güçlerine karşı yapılan saldırılar, birer meşru müdafaa olarak değerlendirilecektir. Makalede iletilen mesaj işte budur. İfadenin kamu düzeni için doğrudan sonuçlarının bulunduğu bir örnek, ancak böyle bir örnek olabilir.*[1095]

Frowein, savunmuş olduğu bu görüşlerin Mahkeme tarafından da benimsenmemiş olduğunu belirtmektedir. Zira Mahkeme de Komisyon gibi (çoğunluk görüş), Castells'in mahkumiyetinin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir. Frowein, Castells tarafından o gün ileri sürülen iddiaların doğruluğunun bu gün ortaya çıkmış olduğunu belirtmekle birlikte, demokratik kurumlara yönelik şiddet eylemlerini haklılaştırabilecek nitelikteki ifadelerin sınırlandırılmasının geçerli ve makul bir yaklaşım olacağını ileri sürmektedir. Frowein'e göre, ABD Yüksek Mahkemesi tarafından Brandenburg kararında ortaya konulmuş olan ilkelerin, diğer demokratik ülkeler tarafından benimsenmesi gerekmez. Brandenburg kararında uygulanan testi benimsemek, pek çok açıdan sorunludur da. İnsanların şiddet yoluyla hükümeti devirmenin gerekli olduğunu savunmaları, ifade özgürlüğü hakkı olarak neden kabul edilsin ki? Burada önemli olan şiddet savunusu ile soyut olarak bir doktrinin savunulması arasındaki sınırın

[1095] J.A. Frowein, "*Incitement Against Democracy as A Limitation of Freedom of Speech*", **Freedom of Speech and Incitement Against Democracy**, Ed. by Kretzmer and Hazan, Ed. by David Kretzmer and Francine Keshman Hazan, Kluwer Law International, Hague 2000, ss. 36–37.

çizilmesidir. Frowein'e göre hoşgörüsüz toplumların, histerik savcıların ve yargıçların var olabileceği bir gerçek ise de, bu sınır her zaman kolaylıkla çizilebilir.[1096]

Frowein, Castells kararında Komisyon çoğunluğu tarafından belirlenen (ve daha sonra Mahkeme tarafından yinelenen), özellikle siyasal ifadenin sınırlandırılması durumunda uygulanacak standartların, ABD Yüksek Mahkemesinin Brandenburg kararında ortaya koymuş olduğu standartlara yaklaşmış olduğunu söylemektedir. Hâlbuki Amerika örneği Avrupa'nın yanlış olduğunu göstermemektedir. Avrupa'da uygulanan standartlar, özellikle *insan onurunun* korunması bakımından olduğu kadar, şiddetin önüne geçilebilmesi açısından da ABD ifade özgürlüğü rejiminden daha makuldür.[1097]

Kuşkusuz, Frowein'in savunmuş olduğu bu görüşler tartışılabilir; ancak burada konu, hangi ifade özgürlüğü rejiminin daha iyi olduğuyla ilgili olmayıp[1098], her iki rejim arasındaki benzer noktaların belirlenmesiyle ilgilidir. Frowein'in görüşleri bu bakımdan önemlidir. Ancak, Frowein'in yapmış olduğu karşılaştırma konunun bir başka yönü; şiddet savunusu ya da şiddetin tahrik ve teşvik edilmesi durumunda, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında uygulanacak standartların ne olacağı konusu ile ilgilidir. Konunun bir diğer yönü ise kamusal makamlara yönelik eleştiri sınırlarının, hakaretle çizilmesi sorunuyla ilgilidir. Böyle bir karşılaştırma, özellikle TCK'nun 301. maddesinin uygulanması ile ilgili sorunlar karşısında daha önemli gözükmektedir. Kısacası Castells kararının, ABD Yüksek Mahkemesinin kamu görevlilerine yönelik hakaret ve eleştiri arasındaki sınırları belirleyen içtihadıyla karşılaştırılması gerekecektir.

Kararda ortaya konulan sınırlama ölçütleriyle ABD Yüksek Mahkemesinin *New York Times v. Sullivan* kararında[1099] ortaya koymuş olduğu ölçütler arasında, her

---

[1096] Frowein, "*Incitement Against Democracy*…", ss. 37–40.
[1097] Frowein, "*Incitement Against Democracy*…", ss. 37–39.
[1098] Kıta Avrupası ve ABD ifade özgürlüğü rejimleri arasındaki ayrışmanın nedenleri bu Bölümün son kısmında ele alınacaktır. Burada şu kadarı söylenmelidir ki; Frowein tarafından özellikle insan onuru çerçevesinde Kıta Avrupası rejimine sağlanan üstünlük, farklı değerler arasından bir seçim olabileceği gibi farklı tarihsel, sosyolojik ve siyasal analizlerle belirlenmesi gereken bir konudur. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. James Q. Whitman, *"Human Dignity in Europe and The United States: The Social Foundations",* **Science and Technique of Democracy**, Council of Europe Publishing, Collection No. 37, Strasbourg 2005, ss. 95–111.
[1099] **New York Times v. Sullivan**, 376 U.S. 254 (1964).

iki karara konu olan olaylar arasındaki bir takım farklılıklara karşın, büyük bir benzerlik dikkati çekmektedir:

Sullivan kararında, ABD Yüksek Mahkemesi doğrudan hükümetin manevi şahsiyetini hedef alan bir ifadeyi değil; belirli bir bölgede görev yapan bir üst düzey kamu görevlisine yöneltilen eleştirileri değerlendirmiştir. Sullivan'da şahsi bir tazminat davasının değerlendirilmesi söz konusudur; bununla birlikte Castells kararında, hükümetin manevi şahsiyetini tahkir suçlamasının söz konusu olduğu bir cezai yaptırım değerlendirilmiştir. Bu farklılıklarla birlikte, Castells'de varılan sonuçların, siyasal ifade özgürlüğünün demokrasiye dayanan tez çerçevesinde bir gerekçelendirilmesi olduğu söylenebilir. Burada ifade özgürlüğünün, öncelikle siyasal iktidara ve onun siyasalarına karşı bir hak olduğu ve demokratik sürecin işleyebilmesi için vazgeçilmez bir önemi olduğu güçlü biçimde vurgulanmıştır. İktidarın, demokratik sürecin işleyişini tehlikeye sokmadan iftira niteliğindeki ifadelere karşı yanıt vermesinin mümkün olduğu; cezai yaptırım tehdidinin bir son çare olduğu açıkça belirtilmiştir. İfadeye, siyasal içeriği ve kamusal tartışmayla olan yoğun ilgisi dolayısıyla oldukça yüksek bir koruma sağlanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bütünüyle temelsiz ve sırf kötü niyetle tasarlanmış olmadıkça, içerik itibariyle hakaret niteliğine varan siyasal ifadenin dahi korunacağı belirtilmek suretiyle, Sullivan kararında varılan sonuçlara varılmıştır.[1100]

2) Kademeli Sınırlama Sistemi ve 5237 Sayılı TCK'nun 301. Maddesi

a) TCK'nun 301. Maddesi Hükmünün Kademeli Sınırlama Sistemi Açısından Yorumu

Türkiye'de ifade özgürlüğü ile ilgili sorunların önemli bir kısmının sorumlusu olarak gösterilen 5237 Sayılı TCK'nun, "Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama" başlığı altında düzenlenmiş olan 301. maddesinde şu hüküm yer almaktadır:

[1100] Anılan AİHM'nin **Castells v. Spain** kararı, pr. 46; Anılan ABD Yüksek Mahkemesinin **New York Times v. Sullivan** kararı.

(1) Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi,… (2) Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi,… (3)… cezalandırılır. (4) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz. [1101]

Madde metninin yol açtığı ya da ilgili olduğu ifade özgürlüğü rejimi açısından birtakım ayırımların yapılması zorunludur. İlk olarak, *Türklüğün* korunması ile *Cumhuriyetin*, *Hükümetin*, ve diğer sözü edilen organların korunmasını birbirinden ayrı tutmak gerekir. İkinci olarak, eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağına ilişkin düzenlemenin anlamının araştırılması gerekir.

Türklüğün korunması, madde gerekçesinde şu şekilde ifade olunmuştur:

Maddede geçen Türklük deyiminden maksat, dünyanın neresinde yaşarsa yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlıklar anlaşılır. Bu varlık Türk Milleti kavramından geniştir ve Türkiye dışında yaşayan ve aynı kültürün iştirakçileri olan toplumları da kapsar.[1102]

Gerekçeden yola çıkarak, madde metninde Türk Milleti kavramını da kapsayacak daha geniş anlamda bir kültürel varlığın korunduğu söylenebilir. Bu kültürel varlık ya da Türklük nedir? Gerekçe bu konuda hiçbir şey söylememektedir. Gerekçede bir tanım yapılmamış; "Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlıklar" biçiminde "Türklük" kavramından aslında daha belirsiz ve geniş bir tanımlamaya gidilmiştir. Burada, örneğin tarihin bir döneminde dünyanın herhangi bir bölgesinde yaşayan Türkler tarafından benimsenmiş ve uygulanmış bir takım örf, adet ve geleneklere yönelik kullanılan ifadeler, Türklük kavramına dahil kabul

[1101] 5252 sayılı kanunla 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılan 765 sayılı eski TCK'nun 159. maddesindeki hüküm şöyleydi: "Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler… cezalandırılırlar. … Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi Kararlarına alenen sövenler … cezalandırılır. … (03/08/2002 tarihinde 4771 S.K./2 ile eklenen fıkra) Birinci fıkrada sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez." 301. maddeden son yıllarda açılan dava örnekleri için bkz. http://www.amnesty.org.tr/v1312200501.si (Çevrimiçi: 04/04/2007); Ayrıca bkz. İzzet Özgenç, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 414.

[1102] Özgenç, s. 414.

edilebilir mi? Bu sorunun yanıtını gerekçeye bakarak "evet" olarak vermek mümkündür. Türklük, yalnızca genetik olarak belirli bir ırkı nitelendirmek üzere mi kullanılmaktadır? Bu soruya da gerekçeden yola çıkarak net bir yanıt verebilmek olanaklı gözükmemektedir. Zira Türklüğün, Türk Milleti kavramından daha geniş bir kavram olduğu belirtilmek suretiyle, toplumsal sözleşmeye imza atarak kendisini Türk olarak tanımlayan herkes Türk kabul edileceği biçiminde bir sonuca ulaşmak da mümkün gözükmektedir. Başka bir deyişle Türklük kavramının, devletin tüm vatandaşlarını kapsayacak "*ulus*" kavramını içerdiği kabul edilebilecektir.

Böyle bir yorum tarzının Türk Anayasa Mahkemesinin Türk milliyetçiliği üzerine yapmış olduğu yorumlarla da örtüştüğü söylenebilecektir. Anayasa Mahkemesinin, Türk Ulusunun tarihini "*kutsal*" olarak nitelemesi; Türk Ulusunun "dengeli, tutarlı yaşamı ile hoşgörüsü, insan sevgisi ve değerbilirliği"nin tarihsel bir gerçeğin ifadesi olduğunu belirtmesi; bununla birlikte, siyasal açıdan etnik bir kökene aidiyetin (başka bir deyişle "soy"un) değil; ulusal topluluğa ait olmanın önemli olduğu vurgusuna yönelmesi, kültürel bir milliyetçilik yorumunun öne çıktığını göstermektedir.[1103]

Diğer yandan, Türkiye dışında yaşayan, fakat aynı kültürün iştirakçileri olan toplumlar hangileridir? *Aynı kültürün iştirakçileri olma* ölçütü nedir? Bütün bu soruların yanıtını vermek, bu konuda bir sınır çizmek pek mümkün gözükmemektedir. Bu kadar geniş kapsamlı bir tanımlamanın yaratabileceği belirsizlik, ceza hukuku ilkeleri bakımından ciddi sorunlar doğurabilir.[1104] Ancak, bizim buradaki konumuz, dildeki aşırı kapsayıcılığın yaratabileceği ifade özgürlüğü sorunu olmaktan çok, *ulus* kavramının korunmasının gerekli olup olmadığı ile ilgilidir.

Türklük kavramı, Türk ırkına mensup olanları ifade etseydi; bu durumda, buradaki düzenleme, TCK 216/2'deki düzenlemenin kapsamı içerisinde kalacağı için

[1103] AYM'nin Halkın Emek Partisinin kapatma davasında (AMK. E. 1992/1, K. 1993/1, KT. 14/7/1993) yapmış olduğu değerlendirmelerin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Yasemin Özdek, "*Halkın Emek Partisi'nin Kapatılmasına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Düşünceler*", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 26, S. 3, Eylül 1993, özellikle ss. 192–198 (Bundan sonra metinde "*Halkın Emek Partisinin"* olarak anılacaktır).
[1104] Örneğin bkz. Aydın, "*YTCK… ",* s. 143'te "Sonuç" kısmı.

anlamsız ve gereksiz olacaktı.[1105] Bu bakımdan, gerekçenin yapmış olduğu tanımlamayı bir kenara iterek, burada kastedilenin Türk Ulusu olduğunu kabul ederek bir yorum yapmak yerinde olacaktır. [1106] Türk ulusu kavramı, halkın bir kesimini değil de, tümünü kapsayacağı için düzenleme, 216/2'deki düzenlemeyi tamamlayıcı nitelikte olacaktır. Böyle bir düzenlemenin gereksiz olduğu libertaryan ifade özgürlüğü rejimini benimsememiş bir toplumda ileri sürülemeyecektir. Zira böyle bir düzenlemenin gereksiz olduğunu ileri sürmek, aynı zamanda nefret ifadeleri hukuku (hate speech law) olarak bilinen bir alanı büyük ölçüde ortadan kaldırmak anlamına gelecektir. Kuşkusuz libertaryan bir ifade özgürlüğü rejiminde bireylere hakaret ile bireylerin aidiyetlerini ya da kimliklerini belirleyen unsurlara hakaret arasında bir sınırın çekilmesinin gerekli olduğu savunulabilir ise de; bunun özellikle ABD dışındaki demokrasilerde böyle olmadığı; gruplara yönelik hakaret oluşturan ifadelerin (group defamation) de bireylere yapılmış hakaretler gibi sınırlandırıldığı görülmektedir.

Burada düzenlemenin yalnızca *Türk ulusunu* koruduğu, diğer *ulusları* dışladığı; bu bakımdan da ayrımcı olduğu ileri sürülebilir. Örneğin madde, Yunan ulusunu ya da Fransız ulusunu korumamaktadır. Ne var ki, böyle bir savın en azından bugün uluslararası hukukta ileri sürülebilmesini sağlayacak temeller bulunmamaktadır. Örneğin, Strasbourg organları, İngiltere ile ilgili olarak vermiş oldukları bir takım kararlarda, yalnızca Hıristiyanlığı koruyan (kutsal değerleri tahkir ve tezyifi düzenleyen / blasphemy law) yasaya dayalı *ayrımcı* uygulamaların Sözleşmeye aykırı olmadığına karar vermişlerdir. İngiltere'de yaşayan önemli sayıda bir Müslüman topluluğun bulunduğu dikkate alındığında, Müslüman topluluğun, "halkın bir kesimi" olarak tanımlanması söz konusudur. Böyle bir durumda, Türk hukukunda TCK m. 216/3 kapsamında bir korumanın sağlanacağı düşünülmelidir. Ne var ki, böyle bir düzenleme İngiliz hukukunda mevcut olmadığından, koruma yalnızca Hıristiyanlık inancı ile sınırlı tutulmaktadır. AİH Komisyonu, devletin Müslümanları, blasphemy (kutsal değerlere hakaret)'den korumak için Sözleşmeden

[1105] Zira TCK 216/2 maddesinde gruplara yönelik hakaret/aşağılama içeren ifadeler sınırlandırılma yoluna gidilmiştir. Düzenleme şöyledir: "Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, …. cezalandırılır."

[1106] S. Selçuk, madde metnindeki "Türklük" deyiminin "Türk Ulusu" olarak değiştirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Sami Selçuk ile yapılan söyleşi için bkz. "*Yasalar Yanlış Uygulanıyorsa Hukukun Başarı Şansı Yoktur*", **HPD**, S. 6, Mayıs 2006, s. 148.

doğan hiçbir pozitif yükümlülüğünün bulunmadığına karar vermiştir.[1107] Bu durumun, *Fransız ulusu* ya da *Yunan ulusu* bakımından öncelikle geçerli olacağını söylemeye gerek yoktur. Devletin, başka *ulusları* da korumak için Sözleşmeden kaynaklanan pozitif edim yükümlülüğünün bulunmadığı, Strasbourg organlarının kararları ışığında rahatlıkla ileri sürülebilecektir. Bu bağlamda, Türkiye'nin AİHM'deki yargıcı R. Türmen'in bir söyleşide açıklamış olduğu şu görüşler önemlidir:

> *Bireyleri eleştirmek, bireylerin kişilik haklarına tecavüz sınırı dardır. Ulusu eleştirmekse daha farklı. Eleştirmek mi, hakaret etmek mi? Bunları dikkate almak lazım. Hakaret başka bir şey. ... ama hakaretle eleştiri arasındaki sınırı iyi çizebilmek lazım.*[1108]

Türmen de 301. maddedeki (Türklüğün korunması ile ilgili) düzenlemenin, AİHS bakımından bir sorun oluşturmayabileceğinin altını çizmektedir. Sorun, hakaret ve eleştiri arasındaki sınırın uygulamacılar tarafından iyi çizilebilmesiyle ilgilidir.

Maddenin koruduğu diğer değerler, Türkiye Cumhuriyeti Devleti[1109], Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Devletin yargı organları ve askeri veya emniyet teşkilatı kurumları ya da bu kurumların yetke ve saygınlıklarıdır. Burada, Devletin, yasama organının, yargının ve ayrıca askerin veya emniyet teşkilatının korunduğu görülmektedir. Askerin ve emniyet teşkilatının korunduğu açıkça belirtilmiş olmakla birlikte, diğer kurumların bu madde kapsamında korunacağından söz edilmemektedir. Zira burada, kurumların *bizzat kendileri* korunmaktadır. Kurumların korunmasının, kurumlarda çalışan ya da kurumları temsil eden *bireylerle* bir ilgisinin olduğu düşünülmemelidir.[1110] Örneğin, İstanbul

---

[1107] **Choudbury v. The United Kingdom**, (App. 17439/1990, (1991) AİH Komisyonu kararının eleştirisi ve diğer örnekler için bkz. Richards, **Free Speech**, ss. 214 vd.

[1108] "*İfade Özgürlüğü: Yasalar Tamam; Uygulamada Sorun Var*," Yuvarlak Masa, (Yöneten Adem Sözüer), **HPD**, S. 6, Mayıs 2006, s. 112.

[1109] Gerekçede, "Cumhuriyet deyiminden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti"nin anlaşılacağı açıkça belirtilmiştir.

[1110] T. Senkeri'ye göre anayasal organların korunmasında, "korunan hukuki değer, sadece bu organların organik yapıları veya bu yapılar içinde yer alan kişiler olmayıp, organların oluşturduğu 'Devlet Varlığı'dır… Anayasal organların prestijlerinin korunması…fonksiyonel bir nitelik taşır ve soyut anlamda tüm organın korunmasına yöneliktir. Tarık Senkeri, **Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri,** Kazancı Yayınları, İstanbul 1996, ss. 30, 34.

Üniversitesi bağımsız bir tüzel kişilik olarak böyle bir korumanın dışındadır. Bir kişinin, İstanbul Üniversitesi'ni alenen *aşağılaması* durumunda, 301. maddenin uygulanma olanağı yoktur.

Aslında 301. madde benzeri düzenlemelerin Batı demokrasilerinde de mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Ancak bu düzenlemeler, Türkiye'deki gibi bir uygulamaya konu olmadıklarından olsa gerek, AİHS sistemi içerisinde ciddi sorunlara yol açmaksızın, varlıklarını tartışma konusu yapmaksızın sürdürmektedirler.[1111]

Türkiye'de ifade özgürlüğü rejiminin AİHS sistemiyle bağdaşmamasının temel nedeni, yargı içtihatlarıyla kademeli sınırlama sisteminin benimsenmemiş olmasıdır. Bu gün Türk hukuk sistemi içerisinde en çok tartışma konusu olan 301. madde, eğer yargı tarafından, anılan kademeli sınırlama sisteminin ruhuna uygun olarak yorumlanmış olsaydı, lafzi (textual) olarak ifade özgürlüğü için büyük bir sorun oluşturmayabilirdi; zira pek çok hukuk sisteminde hakaretin yaptırıma tabi tutulduğu görülmektedir.[1112]

Bir ifadenin, 301. maddede korunan değerlere karşı salt hakaret amacıyla kullanıldığı ve kamusal tartışmayla hiçbir ilgisinin bulunmadığı bir durumda, Sözleşmenin 10. maddesinin korumasından yararlanacağını söylemek zordur. Zaten

---

[1111] 5237 Sayılı TCK'ndaki 301. maddenin, 765 Sayılı eski TCK'nda karşılığı olan 159. maddenin karşılaştırmalı hukuktaki bir incelemesi için bkz. Y.A. Dağlı, "*T.C.K. 159. Madde Kapsamında İfade Özgürlüğü*", **İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku**, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No. 1, ss. 151–158.

[1112] İfade özgürlüğünün bu alanda en geniş biçimde tanındığı ABD hukuk sisteminde bütün Eyalet yasalarında hakaret yaptırıma tabi tutulmaktadır. Örneğin bkz. Charles Angoff, **Handbook of Libel - A Practical Guide for Editors and Authors**, Essential Books, New York 1946; Ancak Yüksek Mahkemenin Sullivan kararında ortaya koymuş olduğu ilkeler göz önüne alındığında, hakaret suçlamasının kamusal tartışmayla yoğun ilgisi bulunan olaylarda özellikle yüksek düzeyli kamu görevlileri bakımından işlerlik kazanmasının oldukça istisnai bir durum olabileceği de ortadadır. ABD hukuk sistemine özgü olarak, siyasiler ya da genel olarak kamusal şahsiyetler hakkında yazılıp çizilenler dikkate alındığında görülecektir ki, bu sistemde hakaret davasının başarıya ulaşma şansı son derece düşüktür. Bunun birinci nedeni, sövme niteliğindeki ifadelerin ABD sistemine özgü olarak sınırlanmasının söz konusu olmamasıdır. Söz gelimi, kamusal şahsiyet olarak tanımlanan bir kişinin annesiyle ilişki halinde karikatürize edilmesi durumunda dahi bunun bir siyasal parodi ve hiciv olduğu gerekçesiyle Anayasanın koruması altında olduğu sonucuna varılmıştır. Bkz. **Hustler Magazine v. Falwell**, 485 U.S. 46 (1988); Öte yandan, bir konferanstaki konuşması sırasında bir generalin yöneltmiş olduğu, "siz kendinizi önce Amerikalı sonra bir gazeteci olarak mı tanımlıyorsunuz yoksa önce bir gazeteci sonra bir Amerikalı olarak mı?" sorusuna "fucking idiot" (lanet olası (*s.k.*) salak) ifadesiyle başlayan bir yanıt veren gazeteci hakkında da herhangi bir dava açılmamıştır. Bu durum gazeteci tarafından köşe yazısında açıkça belirtilmektedir. Bkz. William M. Arkin, "*Free Speech and Patriotism*", Early Warning, washingtonpost.com'da yayınlanmış olan makale için bkz. http://blog.washingtonpost.com/earlywarning/2006/03/free_speech_and_patriotism.html (çevrimiçi: 03/05/2007).

Mahkeme de açıkça bu durumu *Castells v. Spain* kararında belirtmiştir. Mahkemeye göre, ifade özgürlüğü devlet kurumlarının eleştirisinin söz konusu olduğu yerde, diğer durumlara (hatta politikacıların söz konusu olduğu durumlara) göre daha geniş bir koruma görecektir.[1113] Buradaki çıkarsamanın tersinden, devletin kurumlarına yönelik hakaret içeren ifadelerin sınırlanabileceğinin Mahkeme tarafından kabul edildiğini; ancak bu sınırlamanın oldukça sıkı bir teste tabi olacağını söylemek yanlış olmayacaktır.[1114]

Yinelemek gerekirse, sorunun temelinde, yargının 301. maddeyi uluslararası insan hakları hukukunun koymuş olduğu standartlar ışığında yorumlamaması yatmaktadır. Burada önemli olan hakaretle eleştiri hakkının birlikte yorumlanarak bir sonuca varılmasıdır. Kademeli sınırlama sistemi içerisinde, hiyerarşik sıraya göre, sıradan kişiler, ifadenin kamusal tartışmayla ilgisi bakımından sıradan kamusal kişilikler, özellikle kamusal siyasalarla ve kamusal tartışmayla yoğun ilgisi bakımından politikacılar ve nihayet kamusal siyasalara yönelik olarak kamusal makamlar/devlet (organları) eleştiri hakkının sınırlarının belirlenmesinde dikkate alınmadığından, Türkiye AİHS'nden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmiş olmaktadır.[1115]

W. Sadurski'nin, siyasal ifadeyi demokrasiye dayanan bir tezle temellendirdiği şu sözleri dikkate değerdir:

[1113] Anılan **Castells v. Spain** kararı, pr. 43, 46; Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 159–160.

[1114] AİHM'nin Castells v. Spain kararında varmış olduğu sonuçları, daha sonraki kararlarında da yinelemiş olduğunu belirtmek gerekir. Bu konuda örneğin bkz. **Wingrove v. The United Kingdom** (App.) Judgment of 25 November 1996, pr. 58; Kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla yapmış oldukları davranış ve eylemler yönelik eleştiri sınırlarının, politikacılar için olduğu gibi, özel kişilere daha geniş olması gerektiğini belirten bir karar için bkz. Case of **Stoll v. Switzerland** (App. 69698/01), Judgment of 25 April 2006, pr. 46–48.

[1115] Burada özellikle Türk ceza hukuku doktrininde Özek tarafından hakkın icrası kavramına yapılan vurgu, uygulamacılar açısından önemli bir gerekçe oluşturabilecektir. Ancak, uygulamacının "hakkın icrası" kavramını yorumlayarak bir sonuca varabilmesi için hakkın sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiğini belirlemesi gerekecektir. İşte bu belirleme işi, kademeli sınırlama sistemi çerçevesinde yapıldığı takdirde ifade özgürlüğü tezleri açısından daha isabetli bir yöntem uygulanmış olacaktır. Aslında Özek de "hakkın icrası" kavramından söz ederken bu noktaya dolaylı biçimde dikkat çekmektedir. Özek şöyle konuşmaktadır: "Hakkın icrasının hukuka aykırı sayılmaması kuralı, özellikle devlete ve anayasal organlara karşı tahkir suçları açısından önem taşımaktadır. Devlete ve anayasal organlara karşı kişilerin siyasal eleştiri hakkı söz konusudur." Çetin Özek, "*Türk Ceza Kanununun 50 Yılında Devlete Karşı Suçlar*," **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği**, İÜHF Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü, Sermet Matbaası, İstanbul 1977, s. 497.

Olgu ifadeleri, kamusal şahsiyetlerin performansı ile ilgili olduğunda, politikacıları iftira niteliğindeki yanlışlara karşı eksik koruma riski üstlenmenin, siyasiler hakkındaki doğru ifadeleri de engelleyecek olan aşırı koruma riskini üstlenmekten, siyasi olarak daha az zararlı olduğu iddia edilebilir. Böyle bir hüküm açıkça makuldür: demokratik siyaset, özgür, yılmayan, kamusal eleştiri ve kavrayışı yüksek, araştırmacı medya ister… demokrasi açısından, politikacılar hakkındaki bazı yanlışlıklar, bazı gerçeklerden vazgeçilmesinden daha iyidir.[1116]

Sadurski'nin savunmuş olduğu bu görüşler, kuşkusuz ceza hukukunda ve özel hukukta geçerli olan zarar/yarar hesapları karşısında ifade özgürlüğü hakkı lehinde bir duruş sergilenmesi gerektiğini ortaya koyması bakımından oldukça önemlidir. Bu görüşlerin, *Castells v. Spain* ve *New York Times Co. v. Sullivan* kararları çerçevesinde geçerli oldukları da açıktır. Savcılarımızın ve yargıçlarımızın, TCK'nun 301. maddesini belirtilen bu içtihatlar ışığında yorumlamaları durumunda sorun büyük ölçüde çözümlenmiş olacaktır.[1117]

b) TCK'nun 301. Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Olası Öneri Analizleri

Yargı, 301. madde hükmünü yukarıda belirtilen kriterler çerçevesinde yorumlamayı reddetmeyi sürdürdüğüne göre, başka bir çözüm önerisi getirilebilir mi? Bu konuda çeşitli çözüm önerileri sunulabilir. Bunlardan bir tanesi örneğin, sivil toplum kuruluşları tarafından getirilen *yeni* bir 301. madde önerisidir. Bu öneriye göre,

---

[1116] Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, s. 9.

[1117] Uygun, 312. (Yeni, 216) madde ile ilgili olarak ortaya çıkan ifade özgürlüğü sorunlarının temelinde yorum sorunu olduğunu belirtmekte, çözümün yeni bir düzenleme yapmaktan çok, maddenin özgürlükçü bir bakış açısıyla yorumlanmasında yattığını ifade etmektedir. Bununla birlikte, 159. (Yeni, 301) maddenin revizyona tabi tutulması gerektiğini, yargı organlarının dışındaki kurumlara yönelik eleştirilerin sınırlarının, hakaret ve sövmeye ilişkin genel kurallar doğrultusunda çözümlenebileceğini, dolayısıyla da en doğru çözümün maddenin kaldırılması olduğunu savunmaktadır. Bkz. Oktay Uygun, "*Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye'de İfade Özgürlüğü"*, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004, ss. 754 vd.; Sancar ise, 301. madde (eski, 159) ile ilgili yaşanan ve yaşanması muhtemel olan sorunların temelinde, "maddenin kaleme alınış biçiminin ötesinde, eleştiriye tahammül ve düşünce özgürlüğüne verilen anlamla çok yakından ilişkili olduğundan, özellikle yargı pratiğinin bu konudaki duyarlılığı…"nın çok önemli bir rol oynadığını belirtmektedir. Sancar, dileğinin bu duyarlılığın özgürlükler lehine yorum yönünde gelişmesi olduğunu söylemektedir. Bkz. Türkan Y. Sancar, "*Ceza Hukuku-Politika İlişkisi ve TCK'nın 301. Maddesi Bağlamında Düşünce Özgürlüğü Sorunu*", **HFSA**, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2006, s. 110.

Türklüğü, Türkiye Cumhuriyetini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, devletin yargı organlarını, askeri veya emniyet teşkilatını alenen tahkir ve tezyif eden ... cezalandırılır. Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç teşkil etmez.[1118]

Yapılan bu önerinin, yargının içtihatlarında hiçbir değişiklik yapmayacağını söylemek için fazla söze gerek yoktur. Burada, "*aşağılayan*" ifadesinin yerine 765 Sayılı eski TCK'nun 159. maddesindeki "*tahkir ve tezyif* eden" ifadesi konulmuştur. Başka bir deyişle, 301. maddenin 765 sayılı eski TCK'ndaki biçimine geri dönülmüştür.[1119] Dildeki aşırı kapsayıcılık bakımından bütün *hakaret* davalarında olduğu gibi, *aşağılamanın* ya da *tahkir ve tezyifin* her davada ne anlama geldiği, ifade özgürlüğünün gerekçelerine uygun olarak yargı tarafından belirlenecektir. Maddenin eski halinin, neden değiştirilme ihtiyacının duyulduğu dikkate alındığında, bu önerinin istenilen amaca hizmet etmeyeceği açıktır.[1120]

Bu konuda yargısal içtihatta değişikliğe neden olabilecek bütün çözüm önerilerinin radikal olması gerektiğinin altı çizilmelidir. Örneğin Uluslararası Af Örgütü, 301. maddenin uygulamasının ifade özgürlüğü hakkı bakımından kaygı

[1118] 8 Şubat 2007 tarihli Hürriyet gazetesinin internet haberi için bkz. http://www.hurriyet.com.tr/gundem/5915084_p.asp

[1119] 765 sayılı eski TCK'nda, 301. maddenin karşılığı olan 159. maddenin uygulamasının, ciddi ifade özgürlüğü sorunlarına yol açtığı ve demokratik bir toplumda kabul edilemez nitelikli bir uygulama oluşturduğu görüşleri dile getirilmiştir. Örneğin bkz. Bülent Tanör, **Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri**, TÜSİAD Yayını, İstanbul Ocak 1997, s. 123.

[1120] Burada bir adım daha ileri gidilerek, 301. maddeye, suçun oluşumunu bir takım koşullara bağlayan eklemeler yapılabileceği düşünülebilir. Örneğin, S. Selçuk'un önerdiği gibi, "Türk Ulusu'na, Türkiye Cumhuriyeti Devletine, yargıya…. onların saygınlığını sarsar biçimde hakarette bulunmak" koşulu maddeye eklenebilir. Bu durumda bütün *hakaretlerin* değil; yalnızca ilgili kurumun *saygınlığını sarsabilecek hakaretlerin* cezalandırılacağı düşünülebilir. Bir kere, sorun neyin hakaret olduğu neyin olmadığını belirlemede ortaya çıkmaktadır. Bu sorun çözümlenemediğine göre, kurumun saygınlığını sarsabilecek hakaretin bir tanımlaması da yapılamayacaktır. Yargıçlar, örneğin, eleştiri sınırları içinde kaldığını düşündüğümüz bir ifadenin kurumun saygınlığını sarsar nitelikte bir hakaret oluşturduğuna karar verebilecektir. TCK 216 ncı maddenin geçmişten günümüze aldığı değişiklikler dikkate alındığında yargının yorumunda hiçbir değişiklik olmadığı görülecektir. Maddede, Kanada Ceza Yasasında olduğu gibi, "tartışılmasında kamu yararı bulunan" vs. gibi ifadelerin suç oluşturmayacağına ilişkin bir koşul eklense de, hangi ifadelerin kamu yararına olduğu hangilerin olmadığının takdirinin yine yargı tarafından yapılacağı gözden kaçırılmamalıdır. Burada sorun, ifade özgürlüğünün bütün gerekçeleriyle dikkate alınıp alınmamasıdır. Madde metinlerinin her somut olayda, Selçuk'un belirttiği gibi, kavramların içeriğinin boşaltılarak yorumlanması durumunda hiçbir ilerlemenin sağlanamayacağı düşünülmelidir. Yargıtay eski Başkanlarından S. Selçuk'un burada belirtilen görüşlerinin yer aldığı, Mehmet Güç tarafından "*Yasalar Yanlış Uygulanıyorsa Hukukun Başarı Şansı Yoktur*", yapılan söyleşi için bkz. **HPD**, S. 6, Mayıs 2006, ss. 146–150.

verici olduğu gerekçesiyle derhal kaldırılması gerektiğini ileri sürmüştür.[1121] Aynı yönde görüşler, yurt içinde de dile getirilmeye başlanmıştır.[1122]

301. maddenin tamamen kaldırılmasını talep edenler, aynı zamanda 216/2'de yer alan, "halkın bir kesimini..ırk…dayanarak *aşağılayan* kişi…cezalandırılır" hükmünün de kaldırılmasını savunmak durumundadır.[1123] Zira bu hükümde de *aşağılamanın* başka bir koşula bağlı olarak sınırlandırılmadığı görülmektedir. Bu durumda, bireylere yönelik hakaretin içeriğinin de nasıl düzenleneceği sorunuyla karşı karşıya kalınacaktır. *Ulus* ile *birey* arasında korunmaya değer hiçbir bağın bulunmadığı kabul edilmiş olacaktır. Muhtemelen aynı gerekçelerle, bireyin kimliğini oluşturan diğer unsurların da korunmaması gerektiği savunulabilecektir. Bu durum karşısında ırkçı ifadelerin hangi gerekçelerle sınırlandırılabileceği de ayrı bir problem olacaktır. *Ulusa* yönelik her türlü *hakaretin* serbest olduğu düşünüldüğünde, diğer uluslara veya ırklara ya da bu ırkların ait oldukları unsurlara hakaret hangi gerekçelerle sınırlanabilecektir?

Burada bir yol ayırımı söz konusudur. Irkçı ifadelerin ya da daha genel olarak, ayrımcılığı tahrik eder nitelikteki ifadelerin sınırlanmasının uluslararası insan hakları hukuku bakımından devletler için bir yükümlülük olduğu dikkate alındığında, önerinin sonuçlarının düşünülmemiş olduğu görülecektir. Yol ayırımı, ABD ile diğer

---

[1121] http://www.amnesty.org.tr/v1312200501.si (Çevrimiçi: 04/04/2007); Belge tanımı: AI Index: EUR 44/035/2005, Belgenin ilk yayınlanma tarihi: 01.12.2005, Site endeksi: vifois1312200501, Bu sitede ilk yayınlanma: 13.12.2005, Basın duyuru no: 324.

[1122] Sodev başkanı Aydın Cıngı, Turgut Tarhanlı ve Ergin Cinmen'in katıldıkları panelde, 301. maddenin muğlak ve sorunlu olduğu gerekçesiyle kaldırılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Aktüel Bakış, 16 Eylül 2007 Sayı için bkz. http://www.aktuelbakis.com/news/4045.html ; Aynı biçimde Özgür-Der de, 301. maddenin kaldırılması gerektiğini ileri sürmüştür. Özgür-Der açıklamasında şu görüşlere yer vermiştir: "Türk Ceza Kanunu'ndaki değişiklikler aslında ceza sisteminde hiçbir şeyin değişmediğini, sadece yüzeysel bazı değişikliklerin yapılarak toplumun kandırılmaya çalışıldığını göstermektedir. Bu hususa en güzel örneklerden biri de TCK'nın 301. maddesidir. Devletin silahlı güçlerini, TBMM, hükümet ve yargıyı özel bir madde ile korumaya gerek yoktur. Bu nedenle de TCK 301. madde gereksizdir. Eski Ceza Kanununda 159. maddede düzenlenen aynı madde sadece dili sadeleştirilerek ve hüküm daha soyut bir hale getirilmek sureti ile 301. madde olarak kanunda yerini almıştır. 301. maddenin son fıkrasına sonradan yerleştirilen ifade 'Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz' şeklindeki hükmün uygulamada bir karşılığı yoktur. Bu sadece zevahiri kurtarmaya yönelik, göstermelik bir hükümdür. Bu nedenlerle biz Özgür-Der olarak diyoruz ki; TCK 301. Madde ve düşünceyi cezalandıran diğer tüm maddeler derhal ve ivedilikle kaldırılmalıdır." 20/02/2007 tarihli Atılım Gazetesinin internet haberi için bkz. http://www.atilim.org/haberler/2007/02/20/ozgur-Der__301_kaldirilmali.html ; Bu görüşlerin geçerliliğini anlamak için yargının 765 sayılı yasanın 159. maddesi uygulamasına bir göz atmak yeterlidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Senkeri, ss. 75 vd.

[1123] 5237 sayılı yeni TCK'nun 216/2 hükmü şöyledir: "Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, … cezalandırılır."

demokrasiler arasında bir tercih anlamına gelmektedir. Bu tercih kuşkusuz bu çalışmada savunulan ifade özgürlüğü tezleri bakımından, ABD rejiminin benimsenmesine daha yakın durmaktadır. Ne var ki, ABD rejiminde dahi kurumlara ya da halkın bir kesimine yönelik ifadelerin mutlak anlamda sınırlanamaz bir niteliğinin bulunmadığı görülmektedir. Ancak, ABD rejiminde kullanılan sınırlama ölçütleri son derece katı olduğundan, ifadeye sağlanan koruma pek çok durumda 'mutlak'a yakın bir koruma niteliğindedir. İfadenin içeriğine tarafsızlık ya da bakış açısı tarafsızlığı gibi doktrinler, kuşkusuz nefret ifadelerinin belirli bir kategori içerisinde belirlenerek sınırlanmasına karşıdır. ABD hukuk sistemi içerisinde, küfürlü konuşmaların da sınırlanmadığı anımsanmalıdır. Kamusal tartışmaya hiçbir katkısı olmayan sırf başka bir dine inandığı ya da dinin mezhebine bağlı olduğu için toplumda yaşan bir takım insanlara en ağır biçimde yapılan hakaret ve küfürlerin bir noktada sınırlandırılması gerektiği savunulabilir. İnsanlar, pek çok durumda, böyle bir aşağılanmayı bireysel hakaret ya da aşağılanmalardan daha ağır olarak kabul ederler. Hakaret ya da sövmenin içeriğini oluşturan sözcüklerin anlamları ve etkileri kültürlere ve toplumlara göre değişebileceğinden büyük ölçüde görecelidir. İfadenin sınırlanması konusunda, bütün ifade özgürlüğü tezlerinin göz önünde tutularak bir sonuca varılması gerekirse de, kullanılan ifadenin içeriğinin tezler karşısında hiçbir korumayı hak etmediği ya da hak ettiği korumanın, ifadenin ihlal ettiği çıkarlar karşısında korunmaması gerektiği kimi durumlar olabilir. İşte böyle durumların bulunabileceği dikkate alınarak, ulusa ya da halkın bir kesimine, ırk, din vs. gibi farklılıkları nedeniyle yapılan aşağılamaların sınırlanması gerektiği savunulabilir.

Bu gerekçelerle, 301. maddenin tamamen kaldırılması önerisinin en azından insan hakları hukuku bakımından haklılaştırılması mümkün gözükmemektedir. Bu durumda bir diğer olasılık, maddenin kaldırılarak, "ulusun" korunmasının diğer bir maddeye, örneğin 216. maddeye aktarılmasıdır. Bu durumda, Devletin ve maddede sayılan kurumların en azından ceza hukuku açısından korunmalarına bir son verilmiş olacaktır. Başka bir deyişle, Devlete ve belirtilen kurumlara yönelik hakaret ya da aşağılamaların, ceza hukuku normlarıyla yaptırıma tabi tutulmaları son bulacaktır.[1124]

[1124] Örneğin bu konuda International Centre Against Censorship (Uluslararası Sansüre Karşıtı Merkez) tarafından düzenlenen sempozyumda, hakaret davalarının hukuk mahkemeleri tarafından görülmesinin yeterli olduğu; bu davalarda ceza hukuku normlarına gerek bulunmadığı sonucuna

Buradaki öneri, iki olasılık içerisinde incelenebilir. Birinci olasılık, söz konusu kurumlara yönelik hakaret ve sövme edimlerinin, -ceza hukuku normlarına tabi olmamasına karşın- haksız fiil hükümleri çerçevesinde özel hukuktaki tazminat hükümlerine göre değerlendirilebileceği bir sistemi benimsemektir. İnsan Hakları Komitesi, Meksika tarafından verilen periyodik raporla ilgili bir değerlendirmesinde, Devlete hakaretin suç olmaktan çıkarılması gerektiğini belirtmiştir.[1125]

Bu durumda, ifade özgürlüğü tezlerinin aynen geçerliliklerini koruyacaklarında bir kuşku bulunmamalıdır. Kurumlara ve onların siyasalarına yönelik eleştiri hakkının sınırları aynen geçerliliğini koruyacaktır. Bu bağlamda, kullanılan ifadenin, kurumun saygınlığını azalttığı, otoritesini sarstığı; dolayısıyla da gerçek bir zarara yol açtığı için sınırlandırılması gerektiğini savunmak aceleci bir tavır olacaktır. Çünkü *zararın* ifadeyi sınırlamak için tek başına yeterli bir gerekçe sağlamadığını düşünmek gerekir. Başka bir deyişle, ifadenin yol açabileceği *zararın* ya da *zarar tehlikesinin*, ifadenin sınırlandırılmasında her somut olayda ifade özgürlüğü tezleri açısından bir değerlendirilmesinin yapılması gerekir.

Burada yaptırımın niteliği değişmiş olmasına karşın, tazminat uygulamasının aslında hakka yapılan bir müdahale olduğu açıktır.[1126] Ne var ki, ceza hukukundan doğan yaptırımlarla, özel hukuktan doğan yaptırımlar arasında etkileri ve sonuçları bakımından önemli bir farklılık olabilecektir.[1127] Burada önemli olan nokta, tazminat hukukunun cezai bir nitelik taşımadan, yalnızca söz konusu kurumların görevlerini yerine getirebilmek için sahip olmaları gereken yetke ve saygınlığın ihlal edilmesinden doğan gerçek zararın tazminiyle sınırlı olarak uygulanması gerektiğidir. Uygulanacak tazminatın, toplumda ifade özgürlüğünün kullanılması

---

varılmıştır. Bkz. "*Implementing Freedom of Expression*", London, November 2006 Sempozyumununda varılan sonuçlar için http://www.article19.org/pdfs/tools/africa-foe-checklist.pdf; Söz konusu organizasyonun aynı yönde görüşleri için ayrıca bkz. http://www.article19.org/pdfs/press/western-europe-osce-cio-press-release.pdf

[1125] Bonnie Docherty, "*Defamation Law: Positive Jurisprudence*", **Harvard H.R.J**., V. 13, Spring 2000, s. 273.

[1126] Maddi/manevi tazminat davaları yoluyla hakka yapılan müdahalenin de –tazminat miktarı ne kadar düşük olursa olsun- hakkın kullanıcıları üzerinde caydırıcı bir etkisinin (chilling effect) olacağında kuşku bulunmamalıdır. Tazminat miktarının 1 Lira gibi bir düzeyde olması dahi bu etkiyi ortadan kaldırmayacaktır. Bu konuda örneğin (AİHM) bkz. Case of **Giniewski v. France** (App. 64016/00), Judgment of 31 January 2006, pr. 54,55.

[1127] Docherty, "*Defamation…",* s. 272.

bakımından şevk kırıcı ya da caydırıcı bir etki (chilling effect) oluşturmamasına özen gösterilecektir.[1128]

Ne var ki, böyle bir öneri de sonuçta, Devlete ya da belirtilen kurumlara yönelik hakaret ve sövme edimlerini, değerlendirme işini yargıya bırakmaktadır. Eğer ifadeyi sınırlama konusunda, hukuk mahkemelerine ceza mahkemelerinden daha fazla güvenebileceğimiz söylenebiliyorsa, böyle bir öneri işe yarayabilir. Hukuk mahkemelerine, ceza mahkemelerinden neden daha fazla güvenebileceğimizi açıklamak zor olacaktır. Bununla birlikte, hukuk mahkemelerinin vermiş oldukları kararların, ceza mahkemeleri tarafından verilen kararlara göre etkilerinin farklı olacağını dikkate alarak böyle bir öneriyi en azından ifaden özgürlüğü lehine bir değişiklik olarak kabul edebiliriz.

Kimi demokrasilerde, hükümete ya da Devlet faaliyetlerini icra eden kamusal makamlara hakaret ve sövme davalarında davacı sıfatının tanınmadığı görülmektedir. *Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd. (1993)* kararında[1129] İngiliz Lordları (Yüksek Mahkeme), yerel yönetimin hakaret davası açma sıfatının bulunmadığına karar vermişlerdir. Olayda, Sunday Times gazetesinde yayınlanan iki makalede hakaret içeren ifadeler kullanıldığı gerekçesiyle, yerel yönetimi temsil eden Şehir Konseyi mahkemeye başvurmuş ve tazminat talebinde bulunmuştur. Davada kararı açıklayan Lord Keith of Kinkel, Konseyin seçilmiş bir organ olması nedeniyle sınırsız biçimde kamusal eleştiriye açık olmasının gerektiğini; eleştirilerin hakaret oluşturduğu nedeniyle açılabilecek tazminat davalarının ifade özgürlüğü üzerinde kaçınılmaz biçimde olumsuz etkilerinin olacağını belirtmiş; dolayısıyla da davanın reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre despot ve

[1128] Örneğin Komisyon ve Mahkeme, **Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom,** (App. 18139/9), 13 July 1995 (ECHR) kararında, başvurucu aleyhinde hükmolunan tazminatın miktarının standart dışı yüksek olması nedeniyle (orantısız yaptırım) Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmışlardır. Kararın yorumu için ayrıca bkz. Docherty, "*Defamation…",* s. 282.

[1129] **Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd.,** (1993) a All ER 1011 (HL); Kararda Lord Keith, ABD Yüksek Mahkemesi kararlarında New York Times Co. v. Sullivan kararına gönderme yaparak, kamusal makamların vatandaşlardan gelebilecek tüm eleştirilere açık olması gerektiğini belirtmiştir. Kararda ayrıca, İngiliz ortak hukukunun ifade özgürlüğü standartlarının AİHS'nin 10. maddesinde güvenceye alınan ifade özgürlüğü hakkı ile tam bir uyum içinde olduğu; bu nedenle de AİHS Organlarının jurisprudence'na ayrıca gönderme yapmaya gerek olmadığı açıklanmıştır. Kararın metni için bkz. Oxford University Press, Online Resource Center, http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780406959522/resources/cases/ch19/ (Çevrimiçi: 13/07/2007).

yolsuzluğa bulanmış bir iktidar/hükümet, bir dizi tazminat davasıyla muhalefeti, cezai kovuşturmalardan daha etkin biçimde boğabilir.[1130]

Lord Keith'e göre, hakaret hukuku kişilerin şöhretlerine (reputations) gelebilecek zararları karşılamak amacıyla tasarlanmıştır. Halbuki yerel yönetimin seçilmiş bir yönetim birimi olarak böyle bir şöhretinin bulunduğu söylenemez. Siyasal etkinlikler (political actions), bu türden eleştirilere karşı, hükümet tarafından verilebilecek daha iyi bir yanıt ve yöntemdir.[1131]

Derbyshire kararından bir yıl sonra Hindistan Yüksek Mahkemesi, *R. Rajagopal v. State of T.N. (1994)* kararında[1132], Hükümetin, yerel yönetimlerin veyahut iktidarı kullanan diğer organların ya da kurumların, zarara uğradıkları gerekçesiyle tazminat davasının tarafı olamayacakları sonucuna varmıştır.[1133]

Bununla birlikte Güney Afrika Yüksek Mahkemesi *Die Spoorbond v. South African Railways (1946)* kararında, bir devlet işletmesi niteliğinde olan G. Afrika Demir Yolları Şirketinin (South African Raiways Co.) ya da genel olarak hükümetin de tazminat davalarında taraf olma sıfatının bulunduğu sonucuna varmıştır. Söz konusu olayda, Şirkete yönelik bir gazetenin yapmış olduğu eleştirinin böyle bir tazminat davasını açmayı haklılaştırmadığı sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre devlet ya da işletmelerinin de şöhretlerinin bulunduğu söylenebilir; ne var ki bu şöhret, özel kişilerin ya da şirketlerin şöhretleri gibi kırılgan/yaralanabilir (vulnerable) bir şöhret niteliğinde değildir.[1134]

Zimbabwe Yüksek Mahkemesi, *Post and Telecommunications Corp. v. Modus Publications (1997)* kararında, genel olarak tüzel kişilerin de hakaret davalarında davacı sıfatlarının bulunmasına karşın, devlet işletmelerinin böyle bir hakkı bulunmadığı sonucuna varmış ve davayı reddetmiştir.[1135]

[1130] Docherty, "*Defamation…",* s. 267; Lord Keith kararda açıklanan bu görüşleri doğrudan, Illinois Yuksek Mahkemesinin yargıç Thompson C.J. tarafından açıklanan **City of Chicago v. Tribune Co**. kararından aktarmıştır. Bkz. anılan **Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd.** kararı.
[1131] Docherty, "*Defamation Law…",* s. 267.
[1132] **R. Rajagopal v. State of T.N.** (1994), 6 SCC (632); Bu kararda Hindistan Yüksek Mahkemesi, ABD Yüksek Mahkemesi kararları yanında AİHS ifade özgürlüğü hukukuna da gönderme yapmakla yetinmemiş oldukça geniş sayılabilecek düzeyde akademik çalışmalara da başvurmuştur. Kararın tam metni için bkz. http://judis.nic.in/supremecourt/qrydisp.aspx?filename=11212 (Çevrimiçi: 13/07/2007).
[1133] Docherty, "*Defamation…*", s. 268.
[1134] Docherty, "*Defamation…*", ss. 268–269.
[1135] Docherty, "*Defamation…*", s. 269.

AİHM'nin *Castells v. Spain* kararında varmış olduğu sonuçlara dönersek, ifade özgürlüğünün Devlete, devlet kurumlarına ya da bu kurumların siyasalarına yönelik olarak dahi mutlak bir dille formüle edilmediği; bundan özellikle kaçınıldığı görülecektir. Burada AİHM'nin, siyasal ifadenin bu açıdan bile korunmayabileceği kimi durumların olabileceğini dışlamamış olduğunu söyleyebiliriz. Dahası Mahkeme, -BM İnsan Hakları Komitesinin aksine- hiçbir kararında hakaret hukukunun ceza hukukunun tamamen kapsamı dışına çıkarılması gerektiğini de önermemiştir. Bununla birlikte, hakaret hukukunun 301. maddede yazılı halini Türk hukukunda ceza hukukunun kapsamı dışına çıkarma önerisini ciddiye almak gerekir. Burada ulusa (*Türklüğe*) hakaretle ilgili kısmın 216/2'ye aktarılması gerektiğini yinelemek gerekir. Diğer kurumlar ise hukuk mahkemelerinde tazminat hukuku çerçevesinde bir koruma görebilirler. T.C. Devletine hakaret edilmesi durumunda tazminat davası açma hakkı, hazine adına Adalet Bakanlığına verilebilir. Bir adım daha ileri gidilerek, hakaret davalarında, hakaretin basın yoluyla işlendiği durumlarda söz konusu kurumun hakaret ya da aşağılamayı yaptığı ileri sürülen kişi ya da kişilere başvurarak bir düzeltme ya da özür beyanında bulunmasını istemesi; ancak bu isteğin reddedilmesi durumunda davanın açılabilmesi bir ön koşul olarak getirilebilir. Böylesi bir yorum, ifade özgürlüğünü temellendiren tezleri daha fazla dikkate alan bir yaklaşım olacaktır.[1136]

C) AİHS Çerçevesinde İfade Özgürlüğü Hakkının Özel Rejimi

AİHS sisteminde geçerli olan ifade özgürlüğü rejiminin, genel olarak ABD ifade özgürlüğü rejimiyle paralellik gösterdiğini yukarıda yapılan inceleme çerçevesinde söylemek mümkündür. İfade özgürlüğünün temellendirilmesi

[1136] Böyle bir düzeltme talebinin davanın açılmasına ön koşul olarak getirilmesi burada ileri sürülmüş yeni bir düşünce değildir. Bu sistemin benimsenmesinin ifade özgürlüğü hakkının korumuş olduğu değerlerle özellikle bireylerin kişilik haklarının korunması değeri arasında bir uzlaştırma olacağı görüşü, ABD'de National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (Eyalet Hukukunda Birliğin Sağlanması Amacıyla Toplanan Ulusal Konferans) tarafından savunulmuştur. Konfereransta savunulan bu görüşler, kimi eyaletler tarafından da benimsenmiştir. Buradaki konumuzun, bireylerin kişilik hakları değil de Devlet ve kurumları olduğu dikkate alındığında böyle bir usulün benimsenmesinin haydi haydi yerinde olacağı anlaşılabilir. Konferansta hazırlanan tasarı için bkz. Uniform Correction or the Clarification of Defamation Act & 3, 12 U.L.A. 291 (1993), Bruns, "*Access to Media Sources…*", s. 289 vd.

bakımından da Sözleşme Organları ile ABD Yüksek Mahkemesinin yaklaşımı arasında önemli bir farklılık[1137] bulunmadığı söylenebilir. Her iki rejimin de siyasal ifade özgürlüğüne, diğer ifade kategorilerine göre daha geniş bir koruma sağlamış olduğu; böylece ifade özgürlüğü kategorileri arasında sınırlama rejimi bakımından kademeli bir sistemi benimsemiş oldukları görülmektedir.

Bütün bu benzerliklere ve ortak noktalara karşın ifade özgürlüğü rejimi arasında her iki sistem bakımından kimi alanlara özgü olarak önemli ayrılıkların ortaya çıktığını da söylemek gerekir. AİHS çerçevesinde ifade özgürlüğünün özel rejimi olarak adlandırabileceğimiz bu rejimin içeriğine yakından bakmak, Atlantik'in iki yakasında egemen olan ifade özgürlüğü rejimini karşılaştırabilmek için büyük önem taşımaktadır. Bu karşılaştırma, aşağıda üç ana başlık altında yapılacaktır.

1) Soykırım İnkârı ve Irkçı Nefreti Körükleyen İfadeler

a) Soykırım İnkârı Sorunu

Kıta Avrupası ifade özgürlüğü rejimi içerisinde ifade özgürlüğü tezleri açısından kuramsal olarak en sorunlu alanlardan birini soykırımı inkâr suçları oluşturmaktadır.[1138] Pek çok Avrupa ülkesinde soykırım inkârını suç olarak düzenleyen hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlerin hedefinde, özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasında Naziler tarafından Yahudilere uygulanan soykırımın inkâr edilmesinin yaratabileceği olumsuz etkiler yatmaktadır. Nuremburg yargılamalarıyla da kesinleşmiş olan Holocaust (Yahudi Soykırımı), insanlık aleyhine işlenen en büyük cürümlerden biri olarak tarihe geçmiştir. Kuşkusuz böyle bir olayın inkârı, özellikle soykırımdan kurtulmuş olanlar üzerinde derin acılar yaratabilecek boyutta bir etkiye sahip olabilecektir. Dahası bu hükümlerin hedefinde, Avrupa'da ciddi bir potansiyel taşıyan ırkçılığın ve özellikle de anti-Semitizmin (Yahudi düşmanlığının)

[1137] Burada yalnızca, ifade özgürlüğünün temellendirilmesi bakımından gerçekliğe dayanan tezin ABD sisteminde halen itibar edilen bir tez olduğu; bununla birlikte AİHS Organlarının bu tezi bilinçli olarak yadsımış olabileceği anımsanabilir. Bunun ötesinde ifade özgürlüğünün temellendirilmesinde özellikle demokrasiye dayanan teze her iki rejimde de büyük bir önem atfedildiğini söylemek gerekir.

[1138] Aslında bu hükümlerin, uluslararası insan hakları hukuku ve buna bağlı bir uluslararası anayasacılık mantığı içerisinde dayanağı bulunmaktadır. Bu konu, "İfade Özgürlüğü Hakkının Kötüye Kullanılması.." başlığı altında aşağıda incelenmiştir.

yayılmasını engellemek ve azınlıkların korunmasını sağlama düşüncesi yatmaktadır.[1139]

Bu bağlamda özellikle, Alman Ceza Yasasının 189. maddesinde yer alan hüküm önemli gözükmektedir. Bu hükme göre, "her kim, ölmüş bir kişinin onurunu ihlal ederse (aşağılarsa) … cezalandırılır." Federal Anayasa Mahkemesi (1992 yılında vermiş olduğu bir kararda), İkinci Dünya Savaşı sırasında soykırımda kullanılan gaz odalarının varlığını inkar etmenin bu hüküm kapsamında değerlendirileceği sonucuna varmıştır. Bavarian Temyiz Mahkemesi de 1996 yılında vermiş olduğu bir kararında, aynı sonuca varmıştır. Aynı yasanın 194. maddesinde birkaç istisna dışında, bu hükmün uygulanmasının soykırım kurbanlarının yakınlarından birinin şikâyetine bağlı olduğu belirtilmiştir.[1140]

9 Temmuz 1881 tarihli Fransız Basın Yasasının (13 Temmuz 1990 tarihli değişik) 24. maddesinde daha açık biçimde insanlığa karşı işlenmiş olan suçların inkarını suç olarak düzenlenmiştir.[1141]

Strasbourg organları, soykırım inkarının söz konusu olduğu durumlarda 10. maddeyi genellikle 17. madde ile birlikte yorumlayarak başvuruları kabul edilemez (inadmissible) bulmuştur. AİH Komisyonu, bir kişinin, Sözleşmenin 17. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek faaliyetleri (ifadeleri, görüşleri, düşünceleri vs.) için 10. maddenin korumasını talep etme hakkının bulunmadığına karar vermiştir.[1142] Aynı biçimde AİHM'ne göre, varlığı üzerine hiçbir kuşku duyulmaması gereken Holocaust'un inkarı, sözleşmenin 17. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir.[1143]

[1139] Bu konuda bkz. Errara, "*Freedom of Speech*…", ss. 36 vd.

[1140] **Witzsch v. Germany** (App. 7485/03), Decision of 4 February 2003; **Ivanov v. Russia** (App. 35222/04), Decision of 20 February 2007.

[1141] Section 24 bis (created by Law no. 90-615 of 13 July 1990): "Anyone who denies the existence of one or more crimes against humanity as defined in Article 6 of the Statute of the International Military Tribunal annexed to the London agreement of 8 August 1945 which have been committed either by the members of an organisation declared criminal under Article 9 of the Statute or by a person found guilty of such crimes by a French or international court shall be liable to the penalties set forth in section 24(6)". Yasa hükmünün İngilizce çevirisine, AİHM'nin **Graudy v. France** (App. 65831/01), Decision of 24 June 2003 kararından ulaşılmıştır.

[1142] **Kinhen v. Federal Republic of Germany** (App. 12194/86), 12 May 1988; **Glimmerrveen and Hagenbeek v. Netherlands** (Apps. 8348/78 and 8406/78), 11 October 1979 kararlarının özetleri için bkz. Ovey/White, s. 362.

[1143] Bkz. **Case of Lehideux and Isorni v. France** (App. 55/1997/839/1045), Judgment of 23 September 1998, pr. 47; Bu karara konu olayda, AİH Komisyonu, sekize karşı yirmi üç oyla vermiş olduğu kararında, tarihsel bir olay üzerine farklı görüş ve düşüncelerin ortaya çıkabileceği ve bu görüş ve düşüncelerin demokratik bir toplumda ifade edilmesinin engellenmemesi gerektiğine; dolayısıyla da başvurucuların mahkumiyetlerinin Sözleşmenin 10. maddesinin bir ihlalini oluşturduğuna karar

Soykırımın inkar edilmesi, soykırımın haklılaştırılması anlamına gelmektedir. Böyle bir haklılaştırmanın ise, Sözleşmenin temelini oluşturan değerlere yönelmiş olduğu açıktır. İnsanlığa karşı işlenmiş olan bu suçun varlığını inkar eden bir kimse Sözleşmenin koruması dışına çıkar.[1144]

Ne var ki, soykırımı inkar suçları İkinci Dünya Savaşında Yahudilere uygulanan soykırımla sınırlı tutulmamaktadır. Avrupa'da kimi ülkeler, söz gelimi, Birinci Dünya Savaşı sırasında Ermeni Tehciriyle yaşanan dramatik olayları da yasama meclisi kararlarıyla soykırım kapsamına almakta ve böylece söz konusu hükümlerin yeni durumlara da uygulanması gündeme gelmektedir. Özellikle siyasal organların yine siyasal nedenlerle soykırım suçunu başka olaylara da teşmil etmeleri, ciddi ifade özgürlüğü sorunlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Fransız Ulusal Meclisi, 12 Ekim 2006 tarihinde geçirmiş olduğu "Ermeni Soykırımını İnkar" yasa tasarısında, 1915 yaşanan olayların soykırım olmadığını ileri süren ya da bu olayları inkar edenlerin bir yıla kadar hapis ve/veya 45 000 Euro'ya kadar para cezasıyla cezalandırılacağını öngörmektedir. "Article 19" isimli Londra merkezli bir sivil toplum kuruluşunun Başkanının (Agnés Callamard/Executive Director) belirtmiş olduğu gibi, bu türden yasalarla Devlet, tarihi dogmatik bir hale getirmekten başka bir şey yapmamaktır. Böyle bir tutumun ise, demokrasi ile bağdaşır hiçbir tarafı bulunmamaktadır.[1145]

Bu durum karşısında, Holocaust da dahil olmak üzere bütün soykırım inkarı suçlarının demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün gerçekleştirilebilmesi açısından gözden geçirilmesi gerekir. Zira bu hükümlerin kapsamının genişletilmesiyle ne soykırımdan kurtulanların yaşamış oldukları acı deneyimler

---

vermiştir (pr. 29, 30, 45); Mahkeme, sözkonusu olayda başvurucuların açık biçimde Holocaust'un inkarına yönelik bir iddia ve beyanda bulunmamış olduklarını; fakat İkinci Dünya Savaşının önemli figürlerinden biri olan Philippe Petain'ın konumuyla ilgili tarihsel bir tartışma yaptıklarını belirlemiş ve başvuruculara verilen mahkumiyetlerin orantısız olduğuna karar vermiştir (pr. 53–58). Mahkemenin aynı yönde görüşleri yinelediği bir başka karar için bkz. **Palusinski v. Poland** (App. 62414/00), Decision of 3 October 2006.

[1144] Anılan **Graudy v. France** kararı.

[1145] "Article 19" isimli sivil toplum kuruluşu, 13 Ekim 2006 tarihinde yayınlamış olduğu basın bildirisinde, bu türden sınırlamaların demokratik bir toplumda kabul edilemez nitelikte olduğunu belirtmiştir. Bildiride ayrıca, Fransa'nın bu tasarıyı derhal bir daha gündeme getirmemek üzere geri çekmesi istenmektedir. Basın bildirisi için bkz. http://www.article19.org/pdfs/press/france-armenian-genocide-bill.pdf (Çevrimiçi, 10/09/2007).

dikkate alınmış ne de ırkçılığın yaygınlaşmasının engellenmesi düşüncesi dikkate alınmış olmaktadır.[1146]

W. Sadurski, soykırımı inkar yasalarını haklılaştıran gerekçelerin ikna edici olmadıklarını belirtmektedir.[1147] Aslında bu gerekçelerin ana çatısını, Avrupa'da potansiyel bir tehdit oluşturduğuna inanılan ırkçılığın ya da daha özel olarak Nasyonal Sosyalizmin diriltilmesi kuşku ve endişeleri oluşturmaktadır. Böyle bir tehlikeye karşı soykırımı inkar yasaları demokratik bir toplumda gerçekten bir çare olarak sunulabilir mi? Elbette konunun ifade özgürlüğü tezleri bakımından ele alınması gerekir.

Bireysel özerkliğe dayanan tezin, insan onuruna dayalı evrensel insan hakları tezinin gerekçeleriyle örtüştüğünü burada yinelemek gerekir. Federal Alman Mahkemelerinin varmış olduğu sonuç da aslında her iki tez arasındaki bu uyuşumu dikkat çekici biçimde ortaya koymaktadır. İnsan onurunun korunması bakımından insanlığa karşı işlenen suçların inkarının sınırlandırılması gerektiği savunulabilir.[1148] Ne var ki, insan onuruna dayalı tez, ifade özgürlüğü tezlerinden yalnızca biridir ve ifadenin yasaklanması konusunda diğer tezlerin konumunun da araştırılması gerekir. Soykırım inkarını yaptırıma bağlayan yasaların özellikle gerçekliğe dayanan tezle ve demokrasiye dayanan tezin daha spesifik bir biçimi olan hoşgörüye dayanan tezle çatıştığı açıktır. Soykırımı inkar yasalarının, siyasal organlar tarafından belirlenen soykırım olaylarına uygulanması, gerçekliğe dayanan tezin yanılabilirlik/yanlışlanabilirlik (fallibilité) ve olasılık (probabilité) argümanlarıyla çatışacaktır.[1149]

[1146] Soykırım inkârının, Avrupa Birliğine üye olan tüm ülkelerde suç haline getirilmesi için Federal Alman Hükümeti çeşitli girişimlerde bulunmaktadır. Soykırımı inkâr suçlarının Avrupa Birliği düzeyinde yaygınlaştırılmasının ve daha etkin biçimde uygulanmasının hedeflendiği görülmektedir. Dahası soykırımı inkar suçları, İkinci Dünya Savaşı sırasında Naziler tarafından gerçekleştirilen soykırımla (Holocaust) sınırlı tutulmamaktadır. Bu konuda, "Article 19" isimli sivil toplum kuruluşunun çalışmaları ve karşı yorumları için örneğin bkz. http://www.article19.org/pdfs/letters/german-holocaust-letter.pdf (Çevrimiçi, 10/09/2007) bu dosyada, Alman Hükümetinin söz konusu çabalarının neden yanlış bir yol olduğuna ilişkin AB Komisyonu Komiseri Frattini'ye yazmış olduğu 12 Şubat 2007 tarihli mektup bulunmaktadır.

[1147] Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, s. 21.

[1148] İnsan onuru kavramının, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde özellikle ırkçı ifadelerin sınırlanmasında temel bir ölçüt alındığı konusunda örneğin bkz. Winfried Brugger, "*Comment*", **Science and Technique of Democracy**, Council of Europe Publishing, No: 37 (European and US Constutionalism), Strasbourg 2005, ss. 69 vd.

[1149] Bu konuda özellikle, Popper ve Russell tarafından ortaya konmuş olan argümanlar dikkate alınmalıdır. Bu argümanların ayrıntılı bir incelemesi bu çalışmanın Üçüncü Bölüm'ünde yapılmıştır.

Öte yandan söz konusu sınırlama, D.A.J. Richards tarafından formüle edilen hoşgürü teziyle de tam bir karşıtlık içerisindedir. Azınlıklara karşı toplumda oluşabilecek yapısal adaletsizlikleri bu türden yasalar önlemek bir yana, sumen altı edecektir. Susturma, gerçekte var olan adaletsizliklere ve hoşgörüsüzlüklere karşı bir çare olmayacağı gibi, durumu daha da kötüleştirecektir. Toplumda var olan bu gerçeklik karşısında suskun kalınacak, bu türden düşünce ve görüşlerin yayılmasına karşı sağduyulu insanların harekete geçmesi engellenmiş olacaktır.[1150]

Yasaklamanın ters sonuç doğuracağına ilişkin toplumsal psikolojiye dayanan tezler de aynı sonucu desteklemektedir.[1151] Dahası insanlığa karşı işlenmiş suçlar hakkında tek taraflı bir konuşma olacak; karşı görüşlerin susturulması, karşı argümanların yokluğu nedeniyle hakikatin algılanmasını zayıflatabilecektir.[1152]

Tarihsel olaylar ve olgular üzerine siyasal organların spekülasyon yaparak vardıkları sonuçları, soykırım inkarı suçları olarak düzenleyebildikleri dikkate alındığında, konu daha da vahim bir hal almaktadır. Demokratik tartışma ortamının ortadan kaldırılması bir yana; sosyal bilimler alanında "mutlak bilgi"ye ulaşmanın olanaksızlığı dikkate alındığında bilim özgürlüğü de kısıtlanmış olacaktır.

Kısacası, soykırım inkarı suçları ifade özgürlüğü tezleriyle çatışmaktadır ve bu düzenlemelerin korumak istediği çıkarlara hizmet etmemektedir. Bu yasalarla korunmak istenen çıkarlara demokratik bir toplumda hizmet etmenin diğer yolları araştırılmalı ve daha etkin yöntemler bulunmalıdır. Aksi durumda, ifade özgürlüğü, dayandığı gerekçelerin önemli bir kısmını kaybetme riskiyle karşı karşıya kalacaktır.

b) Toplumda Nefreti Tahrik ve Teşvik Eden İfadeler

aa) Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Toplumda Nefreti Tahrik ve Teşvik Eden İfadelerin Sınırlandırılması Rejimi

Toplumda nefreti tahrik ve teşvik eden ifadeler (hate speech), sorunu uluslararası insan hakları hukukunun önemli sorunlarından biridir. Öyle ki,

[1150] Richards'ın hoşgörüye dayanan tezi bu çalışmanın Üçüncü Bölüm'ünde incelenmiştir.
[1151] Yasaklamanın ters sonuç doğurduğuna ilişkin argümanlara, çalışmanın Üçüncü Bölümünde yer verilmiştir.
[1152] Mill'in görüşleri, "Gerçekliğe Dayanan Tez" başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

MSHS'nin 20. maddesinde, (1) savaş kışkırtıcılığının (propagandasının) yasaklanması, taraf devletler için bir yükümlülük olarak öngörülmüştür. Ayrıca, (2) toplum içerisinde ayrımcılığı, düşmanlığı ya da şiddeti tahrik ve teşvik edebilecek düzeye varan; ulus, ırk veya din farklılığı temelinde nefreti körükleyen ifadelerin savunusunun yasaklanması gerektiği de taraf devletler için bir yükümlülük olarak öngörülmüştür. Benzeri biçimde, Her Türlü Irk Ayırımcılığının Yasaklanmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 4. maddesinin (a) bendinde, "ırkların üstünlüğünü, ırksal nefreti savunan, ırk ayırımcılığını tahrik eden, … görüş ve düşünceleri yaymanın" cezai yaptırıma bağlanması, Sözleşmeye taraf devletler için bir yükümlülük olarak öngörülmüştür.[1153]

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 2006 tarihli 1510 sayılı Kararında, herhangi bir dini gruba yönelik nefreti tahrik ve teşvik eden ifadelerin (hate speech) AİHS tarafından güvenceye alınmış olan temel hak ve özgürlüklerle bağdaşmadığı vurgulanmıştır.[1154]

1966 tarihli *Hertürlü Irk Ayırımcılığının Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin* (ICERD) 4 üncü maddesinde, özellikle ırkçı nefreti tahrik ve teşvik eden ifadelere karşı taraf Devletlerin yükümlülükleri daha açık ve ayrıntılı olarak belirlenmiştir. ICERD Komitesi 15 Sayılı Tavsiye Kararında şu görüşlere yer vermektedir:

> *4. maddenin, Sözleşmenin kabul edildiği tarihte (1966) ırk ayırımcılığıyla mücadele için merkezi bir öneme sahip olduğu düşüncesi egemendi. O dönemde, totaliter ideolojilerin dirilebileceği korkusu oldukça yaygındı. Bu nedenle de, ırksal üstünlüğü savunan düşüncelerin ve insanları ırkçı şiddete tahrik edebilecek nitelikteki organize faaliyetlerin yasaklanması son derece önemli görülmekteydi. O dönemden bugüne Komite, etnik kökene dayalı organize şiddet eylemleri ve etnik farklılıkların siyasal olarak sömürülmesi*

[1153] Böyle bir yükümlülük, liberal demokrasi anlayışının savunmuş olduğu ifade özgürlüğü anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Evrensel insan hakları tezi bakımından bir sorun oluşturmasa da, yükümlülüğün kapsamının ve genel niteliğinin bu çalışmada incelenmiş olan ifade özgürlüğü tezleriyle özellikle de demokrasiye dayanan tezle çatışacağında kuşku bulunmamaktadır. Nitekim pek çok Batılı ülke, Sözleşmeye bu bağlamda çekince koymuşlardır. Bunlara örnek olarak, ABD, İngiltere, Belçika, Danimarka ve Finlandiya gösterilebilir. Bkz. S. Joseph / J. Schultz / M. Castan, **The International Covenant on Civil and Political Rights – Cases, Materials, and Commentary**, Second Ed., Oxford University Press, UK 2004, ss. 544 vd.

[1154] Bu karara, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 8 Haziran 2007 tarih ve 11296 No'lu kararında açık biçimde gönderme yapılmış ve belirtilen sonuç yinelenmiştir.
Bkz. http://assembly.coe.int/documents/workingdocs/doc07/edoc11296.htm (Çevrimiçi: 16/07/2007)

konusunda bulgulara ulaşmıştır. Dolayısıyla da 4 üncü maddenin uygulanmasının önemi artarak bugün daha kritik bir hal almıştır… Bu yükümlülükleri yerine getirmek için taraf Devletler, yalnızca gerekli yasal düzenlemeleri yapmakla yetinmeyecekler; aynı zamanda bu düzenlemelerin etkin biçimde uygulanmasını da gözeteceklerdir…4 üncü madde, dört kategori uygunsuz davranışı taraf Devletlerin cezalandırmasını öngörmektedir: (i) ırkçı nefreti körükleyen ifadeleri ya da ırksal üstünlüğü savunan görüş ve düşünceleri yaymak, (ii) ırkçı nefreti tahrik etmek, (iii) herhangi bir ırka ya da başka bir renk veya etnik kökene bağlı kişilere/gruplara karşı şiddet eylemlerini, (iv) bu türden eylemlere tahrik ve teşvik etmek…[1155]

CERD Komitesi kendisine yapılan şikâyetlerde, konuyu taraf Devletlerin pozitif edim yükümlülüğü çerçevesinde inceleyerek Sözleşmenin etkin biçimde uygulanıp uygulanmadığını denetlemektedir.[1156] Örneğin Komite, *L.K. v. Netherlands* kararında, ev kiralamak üzere gitmiş olduğu bir mahallede, bir grup mahallelinin, "burada daha fazla yabancı istemiyoruz! Eğer bu evi tutarsan, arabanı ateşe veririz." vs. biçiminde yapmış oldukları sataşmalar karşısında kamusal makamlara başvuran bir kişinin durumunu incelemiştir. Olayda şikayetçi, ayrımcılığa maruz kaldığını ve kamusal makamların, kendisinin bu konudaki başvurularını gereği gibi incelemediklerini ileri sürmüştür.[1157] Buna karşılık Hollanda hükümeti, polis, savcılık ve mahkemelerin başvuruyu yasalar çerçevesinde değerlendirmiş olduklarını; Hollanda yasama organının Sözleşmenin 4. maddesinde öngörülen davranışları cezai yaptırıma bağlayan yasaları çıkarmış olduğunu ileri sürmüştür.[1158] Komite şikayete konu olayda, şikayetçinin başvurularının Devlet tarafından gereği gibi araştırılmamış olduğunu belirtmiştir. Komiteye göre taraf Devletin Sözleşmeyle uyumu sağlayacak yasal düzenlemeleri yapmış olması yeterli değildir; söz konusu düzenlemelerin etkin biçimde uygulanabilmesi için kamusal makamların bütün titizliği ve özeni göstermesi de gerekmektedir. Bu olayda şikâyetçi, Sözleşmenin 4. maddesi kapsamında ayrımcılığa maruz kalmış, ayrımcılığa karşı Devlet 6. madde

[1155] CERD Komitesinin 15 sayılı kararı için bkz. Joseph/Schultz/Castan, **The International Covenant**…, ss. 545–546.
[1156] Komite kararlarının, maddelere göre ve Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğine göre yapılmış olan bir indeks için bkz. http://www.bayefsky.com/complain/36_list_article_cerd.php (Çevrimiçi: 10/10/2007);
Komitenin kararları için bkz. http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf (Çevrimiçi: 10/10/2007).
[1157] **L.K. v. Netherlands** (Comm. 4/1991), 16 March 1993, CERD/C/42/D/4/1991, pr. 2.1–3.3.
[1158] **L.K. v. Netherlands**, pr. 4.1–5.2.

uyarınca gerekli korumayı sağlamamış; dolayısıyla Sözleşme ihlal edilmiştir. Komite, taraf Devlete ırk ayırımcılığının söz konusu olduğu olaylarda kovuşturma kararlarına ilişkin yöntem/usül ve siyasalarını Sözleşmenin 4. maddesi çerçevesinde gözden geçirmesini önermektedir.[1159]

CERD Komitesi, *The Jewish Community of Oslo et.al. v. Norway* kararında, Nasyonal Sosyalizmi övücü nitelikteki bir takım ifadelerin kullanılması karşısında, kamusal makamların kovuşturma ve yargılamadaki tutumlarını incelemiştir. Nazi liderlerinden Rudolf Hess'i anma toplantısı adıyla yapılan bir sokak toplantısında, Sjolie isimli bir kişi Hitler'i ve Hess'i övücü nitelikte bir konuşma yapmıştır. Bu konuşma üzerine poliste ifadesi alınmış ve yerel mahkemece Norveç Ceza Yasasının 135 (a) maddesi uyarınca halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmekten mahkûm edilmiştir. Davaya son merci olarak bakan Norveç Yüksek Mahkemesi, 6'ya karşı 11 oyla, Nazizmin onaylanmasının cezai yaptırıma tabi tutulmasının ifade özgürlüğüyle bağdaşmayacağı gerekçesiyle mahkûmiyet kararını bozmuştur. Norveç Mahkemesi, konuşmada kullanılan ifadelerin yalnızca bir Nazi retoriğinden ibaret kaldığını, Nasyonal Sosyalist ideolojiyi onaylamanın ötesinde bir şey olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, Sjolie'nin konuşmasında kullanmış olduğu ifadelerin, İkinci Dünya Savaşı sırasında Yahudilere yönelik uygulanan işkence eylemlerini ve soykırımı onaylayacak bir noktaya varmadığına dikkat çekmiştir. Mahkemenin bu kararı üzerine, şikâyetçiler bu durumu CERD Komitesine taşımışlardır. Şikayetçilere göre Norveç yasaları, anti-Semitist ve ırkçı nefreti tahrik ve teşvik eden ifadelerin yayılmasını engellemek ve kendilerini (Yahudileri) korumak için yetersiz kalmaktadır.[1160]

[1159] **L.K. v. Netherlands**, pr. 6.1–7. Komite, başka bir kararında da benzeri gerekçelerle ihlal sonucuna varmıştır. Olayda, Pakistan kökenli bir kişiye (şikayetçi) ve yanında bulunan kardeşine, okulda bir arkadaşıyla buluşmayı bekledikleri sırada, bir öğretmen ve müdür tarafından okulu terk etmeleri söylenmiştir. İddiaya göre, öğretmen ve müdür bu kişilere "maymunlar" diye hitap etmişlerdir. Bu olay üzerine polise ve savcılığa müracaat eden şikayetçi bir sonuç alamamıştır. Komiteye göre Devlet, olayın gerçekleşmediğine ilişkin bir savunma yapmamış; yalnızca olayda kullanılan ifadelerin Ceza Yasasında tanımlandığı biçimde ırkçı ayrımcılığı teşvik ve tahrik edici bir nitelikte olmadığı gerekçesiyle savcılık makamının kovuşturmaya gerek olmadığı kararını verdiğini belirtmektedir. Halbuki savcılık makamı, kullanılan ifadenin, bu kişilerin etnik kökenleri dolayısıyla kullanılıp kullanılmadığı yönünde bir inceleme yapmamıştır. Kısacası kamusal makamlar, olayı bütün yönleriyle araştırma noktasında gerekli özen ve titizliği göstermemişlerdir. Bu nedenle Sözleşme ihlal edilmiştir. Bkz. **Ahmad v. Denmark** (Comm.16/1999), 18 May 2000, CERD/C/56/D/16/1999.

[1160] **The Jewish Community of Oslo et.al. v. Norway** (Comm. 30/2003), 22 August 2005, CERD/C/67/D/30/2003, pr. 2.1–3.2.

Olayı değerlendiren Komite, Bay Sjolie tarafından yapılan konuşmanın Sözleşmede tanımlanan kategorilere uygun olacak biçimde saldırgan bir nitelik taşıdığına dikkat çekmiş ve böyle bir ifadenin yasaklanmamasının toplumda nefreti körükleyen ifadeleri serbest bırakmak anlamına geleceği sonucuna varmıştır. Komiteye göre Sözleşmenin 4 ve 6. maddeleri ihlal edilmiştir. Komite, taraf Devlete bu türden ifadelerin, yasal olarak ifade özgürlüğü tarafından korunmamasının sağlanması için gerekli önlemleri almasını tavsiye etmektedir.[1161]

Toplumda nefreti körükleyen ya da tahrik eden ifadelerin özelikle ceza yasalarında yaptırıma bağlandığı görülmektedir. Halkı ırk, din, etnik köken, inanç ve cinsiyet ayırımı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etmek, diğer ülkelerin hukuklarında olduğu gibi Türk hukukunda da suç olarak düzenlenmiştir.[1162]

BM İnsan Hakları Komitesi (İHK), taraf devletlere, savaş kışkırtıcılığı yanında, ırkçı nefreti körükleyen ya da genel olarak halkı kin ve düşmanlığa tahrik eden ifadeleri yasaklamasını bir yükümlülük olarak öngören MSHS'nin 20. maddesine dayalı olarak pozitif edim yükümlülüğünün bir incelemesini yapmış değildir. İHK, 20. maddeyi devletlerin yapmış oldukları ifade özgürlüğü sınırlamalarını haklılaştırma bakımından uygulamaktadır. Başka bir deyişle Komite, 20. maddeyi ek sınırlama nedeni olarak yorumlamaktadır. Bu bakımdan da Komitenin ifade özgürlüğünü yorumlama biçiminin oldukça liberal olduğu belirtilmektedir.[1163] Ancak bu bakış açısının, özellikle CERD Komitesinin kararları ışığında varılabilecek bir sonuç olduğunu belirtmek gerekir. Burada söz konusu olan Komitenin ifade özgürlüğünü yorumlama biçiminden çok, uluslararası insan hakları hukukunun genel olarak libertaryan yorumlara kapalı oluşudur. Nefret ifadeleri (hate speech) konusunda, ABD Yüksek Mahkemesinin ifade özgürlüğü yorumu ile

---

[1161] Komitenin anılan **The Jewish Community of Oslo et.al. v. Norway** kararı, pr. 10.5–12.

[1162] Örneğin Federal Alman Ceza Yasasının 80 (a) maddesi, savaş kışkırtıcılığını suç olarak düzenlemektedir. Yine aynı yasanın 130. maddesinde, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu düzenlenmiştir. Bkz. Albin Eser, "*The Law of Incetment and the Use of Speech to Incite Others to Commit Criminal Acts: German Law in Comparative Perspective*", **Freedom of Speech and Incitement Against Democracy**, Ed. by Kretzmer and Hazan, ss. 121–122 (özellikle 3 ve 8 No'lu dipnotlar); Kanada Ceza Yasasının 319. maddesinde halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu düzenlenmiştir. Madde metni için bkz. Braun, **Democracy off Balance**, s. 265; Norveç Ceza Yasasının 135 (a) maddesinde, halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve teşvik etmek cezalandırılmaktadır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 216 (765 Sayılı eski TCK m. 312) maddesinde halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu düzenlenmiştir.

[1163] Joseph/Schultz/Castan, **The International Covenant**, s. 567.

herhangi bir uluslararası organın yorumu arasındaki farklılık dikkat çekici biçimde büyüktür.[1164]

Strasbourg organlarının özellikle anti-Semitizm kaynaklı ırkçı ifadelere karşı tutumunun ABD Yüksek Mahkemesinin bu konudaki tutumundan oldukça farklı olduğunun altının çizilmesi gerekir. Gerek Komisyon gerekse Mahkeme, bu türden ifadeleri 17. madde kapsamında sözleşmenin koruması dışına çıkarmaktadır.[1165] Hâlbuki ABD Yüksek Mahkemesi, özellikle "bakış açısı tarafsızlığı (view point-neutral) doktriniyle ulus, ırk ya da din farklılığı gözeterek halkı kin ve düşmanlığa tahrik edici ifadeleri sınırlandıran tüm düzenlemeleri Anayasaya aykırı bulmaktadır.[1166] Hâlbuki uluslararası insan hakları hukuku ve bu hukukun önemli bir parçasını oluşturan Strasbourg içtihatları, bu türden ifadelerin sınırlanmasını bir ifade özgürlüğü sorunu yapmamakta ve belirtildiği gibi bu türden vakalarda 10. maddeyi 17. maddeyle birlikte yorumlayarak sonuca varmaktadır.[1167]

Belirtmek gerekir ki bu durum, ırkçı ifadelerin yer aldığı tüm ifade özgürlüğü olaylarına mutlak olarak uygulanmamaktadır. Örneğin, bir TV programında katılımcıların ırkçı görüşleri ifade etmeleri dolayısıyla program sunucusunun ve yöneticisinin mahkum edilmesi olayında AİH Mahkemesi, sorunu kamusal tartışmayla ilgisi bakımından ele almış ve programın, dinleyicileri bu konular üzerinde bilgilendirmek amacıyla hazırlanmış olduğuna dikkat çekmiştir. Bu olayda Mahkeme, sunucu ve program yöneticisine uygulanan cezai yaptırımın demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir. Burada programın hazırlanışına ve

---

[1164] Bu alanda bir karşılaştırma için bkz. Errara, "*Freedom of Speech*…", ss. 36–40.

[1165] Uygun, AİHM'nin ırkçı ifade kategorisi karşısındaki tutumunu, ABD Yüksek Mahkemesinin "zararlı eğilim" kriterine göre kimi ifadeleri yorumladığı dönemdeki tutumuna benzediğini belirtmektedir. Çünkü Mahkeme, söz konusu ifadelerin yarattığı sonuçların her somut olayda değerlendirilmesi gereğini bu kategori ifadeler bakımından dikkate almamakta; ABD Yüksek Mahkemesinin, belirli bir ifade kategorisinin genel olarak tehlikeli olduğuna Yasamanın baştan karar verebileceği sonucuna vardığı "*zararlı eğilim*" testiyle aynı mantığı paylaşmaktadır. Bkz. Uygun, "*Avrupa Birliği Sürecinde*…", s. 750.

[1166] Bu noktada, **R.A.V. v. City of St. Paul**, 505 U.S. 377, 380 (1992) kararı anımsanmalıdır. Kararın çeşitli yorumları hakkında bkz. Aydın, **Üç Demokraside**, ss. 217 vd.

[1167] Örneğin bkz. AİHM'nin **Graudy v. France** (App. 65831/01), Decision of 24 June 2003; **W.P. and Others v. Poland** (App. 42264/98), Decision of 2 September 2004; **Ivanov v. Russia** (App. 35222/04), Decision of 20 February 2007; Irk ya da dinsel bir ayırıma dayalı olarak halk arasında kin ve düşmanlık yaratan ifade ve eylemlerin sınırlandırılması konusunda, Mahkemenin 17. maddeyi uygulamasının yalnızca anti-Semitik ifade kategorisiyle sınırlı olmadığının altını çizmek gerekir. Örneğin İngiltere'de Müslüman azınlığa yönelik ırkçı ifadelerin sınırlandırıldığı bir olayla ilgili olarak Mahkeme, 17. maddeyi uygulayarak başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Bu karar için bkz. **Norwood v. United Kingdom** (App. 23131/03), Decision of 16 November 2004.

sunumuna bakılarak bir sonuca varılmıştır. AİH Mahkemesi, katılımcıların açıklamış oldukları ırkçı ve kin ve nefret içeren görüş ve düşüncelerin, programın sunucusu tarafında paylaşılmadığının açık olduğuna dikkat çekmiştir. Aynı programda, sunucunun da söz konusu görüş ve düşünceleri paylaşması durumunda varılacak sonuç farklı olabilecektir.[1168]

bb) Toplumda Nefreti Tahrik ve Teşvik Eden İfadeler ve TCK m. 216

765 Sayılı eski TCK'nun 312. maddesi Türk hukukunda, kin ve düşmanlığa tahrik ve teşvik eden ifadelerin (hate speech) rejimini düzenlemekteydi[1169]. Yasama Organı, 765 sayılı TCK'nın 312/2. maddesinde tanımlanan "sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı *kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde* düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik" suçunun unsurlarında önemli bir değişiklik yaparak, italik ve altı çizili olarak yer alan koşulu metne eklemiştir.[1170] Böylece değişiklikte suçun oluştuğunun kabul edilebilmesi için, tahrik edici nitelikteki ifadelerin, aynı zamanda *kamu düzeni için tehlikeli olabilecek* şekilde (ya da içerikte) sunulmuş olması koşulu getirilmiştir. Aslında aynı düzenlemenin, örneğin, Kanada Ceza Yasasının (R.S.C. 1985) aynı suçu düzenleyen 319. maddesinde yer aldığı görülmektedir.[1171] Burada Kanada ifade özgürlüğü rejiminin Kıta Avrupası rejimiyle örtüştüğünü ve ABD rejiminden ayrıldığını vurgulamak gerekir. S. Fish'in belirttiği gibi böyle bir düzenlemenin ABD Yüksek Mahkemesi tarafından Anayasaya uygun bulunması pek olası gözükmemektedir.[1172]

[1168] Söz konusu olay **Jersild v. Denmark**, (App. 15890/89), Judgment of 24 September 1994, (özellikle pr. 31–37) kararıyla Mahkeme tarafından incelenmiş ve 10 uncu maddenin ihlali sonucuna varılmıştır. Kararın Türkçe tam metni için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 165–186.

[1169] 765 sayılı eski TCK'nun 312. maddesinde (06/02/2002 tarih ve 4744 sayılı değişiklik öncesinde), "halı kin ve düşmanlığa tahrik suçu", soyut tehlike suçu olarak düzenlenmişti. Öyle ki maddede, "[h]alkı; sınıf, din…farklılığı gözeterek… tahrik eden kişi… cezalandırılır." denilmekte, tahrikin, "umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek şekilde" yapılması durumunda ise cezanın ağırlaştırılacağı öngörülmekteydi. Söz konusu ağırlaştırıcı durumun düzenlendiği hal ise somut tehlike durumu olarak değerlendirilmekteydi. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Ahmet Gökçen, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü**, LTD Yayını, Ankara 2001.

[1170] Söz konusu değişiklik, 06/02/2002 tarih ve 4744 Sayılı Kanunla yapılmıştır.

[1171] Yasa metninin orijinali şöyledir: "Every one who by communicating statements in any public place incites hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace is guilty of…" Yasada "kamu düzeni" ibaresinin yerinde "(kamu) barışı/huzuru" ibaresi yer almaktadır. Yasa metni için bkz. Braun, **Democracy off Balance**, p. 265.

[1172] Fish'in bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeleri için bkz. Fish, **There's No Such**… ss. 104 vd.

Aynı maddenin Alman Ceza Yasasındaki karşılığı olan 130. maddede de, "*kamu barışını bozabilecek şekilde*" ibaresi yer almaktadır.[1173] Görüldüğü gibi, 765 sayılı eski TCK'nun bu hükmünün doğrudan karşılıkları, Almanya ve Kanada gibi batı demokrasilerinde de mevcuttur. Benzeri bir düzenlemeye yer veren İngiliz hukukunun, ırkçı ifadelerin rejimi bakımından ABD ile Kıta Avrupası arasında bir yerde olduğu belirtilmektedir.[1174]

Oldukça uzun sayılabilecek madde gerekçesinde, bu suçun "*hukuk devleti olma standardı yüksek olan birçok ülkenin Ceza Kanunlarında yer al[dığı]*" belirtilmektedir. Ayrıca hiçbir devletin, vatandaşları arasında belirli özelliklere sahip bir kesiminin diğer kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa, öç almayı gerektirecek şiddetli nefrete yönlendirmesine seyirci kalamayacağı vurgulanmıştır.[1175]

Ne var ki, bu yeni düzenleme de Türkiye'de ifade özgürlüğü rejiminin AİHS standartlarına uyumlu hale getirilmesi bakımından yeterli olmamış; yargı sanki yasa metninde hiçbir değişiklik yapılmamış gibi eski yorumunu sürdürmüştür. Bunun üzerine 5237 Sayılı yeni TCK'nda metne, "*kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde*" ibaresinin yerine "*kamu düzeni için açık ve yakın tehlike oluşturacak biçimde*" ibaresi eklenmiştir.[1176] Yeni TCK'nda maddelerin yer ve numaraları değişmiş olduğundan, 312. maddenin karşılığı m. 216/1'de, "halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama başlığı altında" şu düzenlemeye yer verilmiştir:

> *(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, ... cezalandırılır.*

[1173] Alman Ceza Yasasının (StGB) 130. maddesinin İngilizce çevirisinde düzenleme şöyledir: "Whoever, in a manner that is likely to disturb the public peace, arouses hatred against segment of the population…" Bkz. Eser, "*The Use of Speech to*...", s. 122 (dipnot 8).

[1174] Örneğin İngiliz hukukunda, ırkçı ifadeler, ırkçı nefreti kışkırtacak/körükleyecek biçimde (*if it is likely to stir up racial hatred)* kullanıldığı takdirde yaptırıma tabi olmaktadır. Bu konuda İngiliz hukukunun karşılaştırmalı bir analizi için bkz. Francesca Klug / Keir Starmer / Suart Weir, **The Three Pillars of Liberty: The Democratic Audit of the United Kingdom**, Routledge Publisher, UK 1996, s. 175.

[1175] Madde metinlerine ve gerekçesine www.adalet.gov.tr internet adresinden ulaşılabilir.

[1176] 765 Sayılı eski TCK'nun yürürlükten kalkmadan önceki 312. maddesinde (ikinci ve üçüncü fıkralarda) şu düzenleme yer almaktaydı: "(2) Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye… cezası verilir. (3) Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye… ceza verilir."

Öncelikle yeni metinde, "kamu düzeni" kavramı terk edilerek yerine, "kamu güvenliği" kavramının konulmuş olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, kamu düzeni için değil; kamu güvenliği için açık ve yakın bir tehlikenin bulunması koşulu getirilmiş olmaktadır. Ö. D. Aydın'a göre kamu düzeni kavramı toplumlara göre farklılık gösterirken, kamu güvenliği daha objektif bir tanıma sahiptir. Aydın şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

> *Kamu güvenliği*, *hukuk düzeninin temel yapısı ve devletin temel organlarının işlevini, bireylerin sağlık, onur, özgürlük, mülkiyet vb. temel değerlerinin koruma düzenini anlattığına göre, bu değerlerin ihlal edildiği bir durumda, ifadenin etkilediği alt-unsur hangi değere ilişkin ise, bu değerin sahibi olan ve dikkate değer sayıda birey ya da kurumun zarar görmüş olması gerekir.*[1177]

Dolayısıyla kamu güvenliği, hükümet icraatı ya da devletin organlarının işlevinin layıkıyla yerine getirebilmesi için gerekli düzen ve ortam gibi bir noktaya bağlanamaz.[1178] Kamu düzeni ve kamu güvenliği gibi kavramların kesin sınırlar içerisinde tanımlanmaları olanaklı değildir. Yapılacak her tanımlama, ifade özgürlüğü bakımından dildeki aşırı kapsayıcılıktan kurtarılamayacaktır. Bununla birlikte, kamu güvenliği tanımının verilmesi yine de önemlidir. Zira mahkemeler, bu kavramı yorumlarlarken sınırları büsbütün belirsiz bir alanda hareket edemezler. Sınırlar bulanık ve tonlar çoğu zaman gri de olsa yukarıda Aydın tarafından yapılmış olan tanım, " bireylerin sağlık, onur, özgürlük… vb. [gibi bir takım] temel değerlerinin korunma düzenini" bu kavramın içeriğini belirleme bakımından örnekseyerek anlatmaktadır. Dolayısıyla, kamu güvenliği kavramının içeriği doldurulurken örneksenen değerlerle aynı düzlemde yer almayan "çıkarların" kamu güvenliği kapsamında düşünülmemesi gerekecektir. Bunu yapmak her davada yargıçların işi olacaktır.

Yeni kanun, ifadenin sınırlandırılabilmesi için kamu güvenliği için soyut bir tehlikenin bulunmasını yeterli görmemiştir. Bu tehlike, *açık ve yakın* olmalı, başka bir deyişle gerçekleşme olasılığı çok yüksek olan somut bir zarar tehlikesi niteliğinde olmalıdır. Böylece yeni kanun, özellikle ikinci fıkra bakımından Kıta Avrupası'na

---

[1177] Aydın, "*YTCK*..., s. 131.
[1178] Aydın, "*YTCK*..., s. 130.

özgü olmayan biçimde ABD ifade özgürlüğü rejimine gönderme yaparak halkı, ırk, din, mezhep.. farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik suçunda "*açık ve yakın tehlike*" ölçütünü getirmiştir. Bu durumda nefreti körükleyen ifadelerin (hate speech) sınırlanmasında ABD standartlarının, başka bir deyişle, *açık ve yakın tehlike* ölçütünün çağdaş yorumu olan Brandenburg testinin geçerli olması gerektiği siyasal irade tarafından ortaya konulmuş oldu.

Oldukça uzun sayılabilecek madde gerekçesinde, ifade özgürlüğünün demokratik toplumun varlığı için zorunlu unsurlardan biri olduğu vurgulanmıştır. Birinci fıkrada yazılı suçun oluşabilmesinin koşulları açıklanmaya çalışılmıştır. Düzenlenen suçun soyut tehlike suçu olmadığı özellikle belirtilmiştir. Somut tehlike koşulunun varlığının, yalnızca şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahriklerin madde kapsamında düşünülebileceği anlamına geldiği ifade edilmiştir. Gerekçeye göre,

> *[s]uçu oluşturan "tahrik", soyut saygısızlık ve reddin ötesinde, bir halk kesimine karşı düşmanca tavırlar gösterilmesini sağlamaya veya bu tür tavırları pekiştirmeye objektif olarak elverişli olmalıdır. Fail subjektif olarak bu amacı gütmeli, halk kesimini kin ve nefrete tahrik etmelidir…Fiilin suç teşkil etmesi için bunların ötesinde, ağır ve yoğun bir tarzda kin ve tahrikin var olması gerekir…Kin, "öç almayı gerektirecek şiddetli düşmanlık hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik bir hal"; düşmanlık ise, "husumet beslenen konuya karşı düşünerek, tasarlayarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu" olarak da tanımlanabilir…Söz konusu suçun oluşması için, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak varlığı gereklidir…Buna göre, yapılan konuşma veya öne sürülen düşünceler, toplum açısından açık ve mevcut bir tehlike oluşturduğu takdirde yasaklanabilmekte, keza böyle bir tehlikenin varlığı somut olarak, açıkça tespit edilmedikçe söz konusu [maddeden] dolayı cezalandırma yoluna gidilemez.*

Gerekçede ifade özgürlüğü rejimi bakımından önemli sayılabilecek bir takım ölçütler ortaya konulmuştur. Örneğin, tahrikin objektif olarak elverişli olmasının anlamı, özellikle *sorumsuz dinleyici* tavrına bağlı olarak ifadenin denetlenmemesi demektir. Tahrikin objektif elverişliliği koşulu, ifadenin içeriğinin denetiminin, düşman dinleyici profili açısından objektif yorum yoluyla yapılacağı anlamına gelir. Demokratik bir toplumda, dinleyicinin zihin dünyasında oluşturmuş olduğu hoşgörüsüz tavır nedeniyle meydana gelebilecek olaylardan ya da genel olarak neticeden konuşmacının sorumlu tutulamayacağı esası benimsenmiş olmaktadır. Bir

konferansta konuşan kişinin sözlerinin muhatabının, bu sözleri düşmanca kabul ederek olay çıkarması halinde, demokratik bir toplumda bu kişinin yalnızca salonu terk ederek ya da barışçıl yollarla protestosunu yaparak karşılık vermesi beklenir. Dinleyicinin hoşgörüsüz yapısından kaynaklanan saldırgan tavırlarından dolayı konuşmacı sorumlu tutulamaz.[1179]

Gerekçede dikkati çeken ikinci nokta, ifadenin sınırlandırılabilmesi için failin genel kastının yeterli olmayacağı; aynı zamanda failde, "halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme" (özel) kastının bulunmasının gerektiğidir. Bu açıklama son derece değerlidir. Bir kişinin kastının aslında, demokratik tartışma forumuna katılmak olduğu; bununla birlikte sözlerinin kin ve düşmanlığa tahrik eder biçimde dışarıdan algılanabildiği durumlarda dahi failin özel kastının bulunup bulunmadığı araştırılarak bir sonuca varılacaktır. Bu hüküm, genel hakaret davalarında uygulanacak olan manevi unsurla ilgili koşuldan bir sapma olarak görülmelidir.[1180] Bu konuda *New York Times Co. v. Sullivan* kararında[1181] varılan sonuçların gerekçede esas alındığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Madde metninde işaret edilmemesine karşın gerekçede, ancak şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden ifadelerin madde kapsamına girdiği açık biçimde belirtilmiştir. Bunun anlamı, aslında ayrımcılığı tahrik niteliğinde sayılabilecek bir ifadenin, şiddet içermediği ya da şiddeti tavsiye etmediği durumlarda maddeye dayanarak ifade özgürlüğü hakkı sınırlandırılamayacaktır.

Nihayet gerekçede, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayanması gerektiği ifade edilmektedir. Öyle ki davanın yargıcı, kullanılan ifadeler nedeniyle, kamu güvenliğinin bozulması için açık ve yakın bir tehlikenin oluşup oluşmadığını her somut olayda araştırmakla yükümlü kılınmaktadır. Bu durumda ifadenin içerik olarak, halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmesi ya da salt şiddet içermesi ya da şiddeti tavsiye etmesi sınırlandırılması için yeterli bir gerekçe oluşturmayacaktır. Aynı zamanda ifadenin, kullanıldığı bağlam içerisinde, kamu güvenliğinin bozulması için açık ve yakın bir tehlikeyi oluşturup oluşturmadığı

[1179] Konferans örneği Sadurski tarafından verilen örnekten esinlenilmiştir. Sadurski buna benzer örnekleri çeşitli yönlerden analiz etmektedir. Bkz Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, ss. 300–316

[1180] Genel hakaret davalarında, suçun oluşması için failde özel kastın aranmaması gerektiği genel kastın yeterli olacağı görüşü için bkz. Sahir Erman, **Hakaret ve Sövme Suçları,** İÜ. Fen Fakültesi Yayını, İstanbul 1989, s. 178–197(özellikle s. 181.

[1181] **New York Times Co. v. Sullivan**, 376 US 254 (1964).

araştırılarak bir sonuca varılacaktır. Gerekçenin bütünlüğü içerisinde olaya yaklaşıldığında, buradaki açık ve yakın/mevcut tehlike kriterinin, çağdaş yorumunun esas alınması gerektiği sonucuna varılacaktır. Zira, açık ve yakın tehlike kriteri geçirmiş olduğu evrim sonucunda, *Brandenburg v. Ohio* kararında bu gün de geçerli olan çağdaş yorumuna kavuşmuştur.[1182] Yasama organı, hangi tür ifade kategorilerinin açık ve yakın tehlike oluşturduğunu kendisinin belirlemeyeceğini; fakat tehlikenin açık ve yakınlığının, yargı tarafından her somut olayda araştırılacağını, madde metnine bu ölçütü koymak suretiyle irade etmiş olmaktadır.

Dolayısıyla, halkı kin ve düşmanlığa tahrik eden ifadelerin (hate speech) sınırlama rejimi konusunda Türk hukuk sisteminin uluslararası yükümlülüklerini ihlal edebilecek bir rejimi benimsemiş olduğunu en azından yasa metni ve gerekçesi açısından söylemek yanlış olmayacaktır. Türkiye madde metnine, *açık ve yakın tehlike* ölçütünü koyarak neden uluslararası yükümlülüklerini ihlal edebilecektir? Örneğin, Türkiye MSHS'ne taraftır ve bu sözleşmenin 20. maddesi gereğince, ırkçı nefreti körükleyen ifadeleri (eğer şiddeti ya da ayrımcılığı tahrike elverişli ise) yasaklama yükümlülüğü altına girmiştir. Ayrımcılığı tahrik edebilecek nitelikteki bir ifadenin, her somut olayda kamu güvenliği için açık ve yakın tehlike oluşturup oluşturmadığına bakılmaksızın Devlet tarafından yasaklanması pozitif bir yükümlülük olarak tayin edilmiştir. Hiç kuşkusuz, açık ve yakın tehlike ölçütünün Brandenburg yorumu, bu maddede öngörülen ölçütlere (şiddeti ya da ayrımcılığı tahrik) göre çok daha katıdır. Başka bir deyişle, bu sözleşmeye göre yasaklanması gereken bir ifadenin Brandenburg testi uyarınca sınırlanmaması gerekebilir.

Kuramsal açıdan durum böyle olsa da, yeni metnin Türk yargısı tarafından yorumlanma biçimi dikkate alındığında, Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerini, ifade özgürlüğünü olması gerektiğinden daha geniş tuttuğu için (MSHS m. 20 bağlamında) değil, fakat ifade özgürlüğü rejiminde daha önceki konumuna göre hiçbir ilerleme sağlayamadığı için (AİHS standartları bakımından) ihlal ettiği görülecektir.

Yargıtay, ifade özgürlüğü davalarında genel *zarar/yarar* ya da *tehlike* hesabı yaparak bir sonuca varmaktadır. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin, İnsan Hakları Danışma

[1182] Bu konuda yakın tarihli şu makaleye bakılabilir: Issacharoff, "*Fragile Democracies"*, ss, 1405–1467.

Kurulu eski başkanı İbrahim Kaboğlu ve Alt Komisyon başkanı Baskın Oran tarafından hazırlanan azınlık raporuyla ilgili olarak sanıklar hakkında alt mahkemece verilen beraat kararını bozarak, raporun halkı kin ve düşmanlığa kamu düzeni için açık ve yakın tehlike oluşturacak biçimde tahrik ve teşvik ettiği sonucuna vardığı karar, açık ve yakın tehlike ölçütü yerine gerçekte *zararlı eğilim* kriterinin uygulandığı tipik örneklerden birini oluşturmaktadır.[1183]

Kararda, bu sonucu destekleyebilmek için "kamu düzeni" kavramının göreceliliğine vurgu yapılmıştır. Dairenin temel yanılgısı, kamu düzeni için hangi koşullarda açık ve yakın tehlikenin bulunduğunun her somut olayda belirlenebilecek bir durum olduğu gerçeğini, kamu düzeni kavramının göreceliliği olarak algılamasında yatmaktadır. Yargıtay Dairesine göre, kamu düzeni kavramı, toplumlara, ülkelere ve ülkelerin yapılarına göre değişiklik gösterir. Daire, kamu düzeni kavramının göreceliliğini vurgulamak için şu gerekçeleri ortaya koymaktadır:

> *Milletlerin sosyal ve psikolojik şartları daima birbirinin aynı değildir. İşte burada devletlerin takdir marjı karşımıza çıkar. Devletler bunun biçimlendirilmesinde toplumsal yapılarının yanında, tarihsel geçmişlerini de gözetmek durumundadırlar.*[1184]

Böylece Yargıtay Dairesi, kamu düzeni kavramını sosyal, tarihsel ve psikolojik açıdan yapmış olduğu bir genelleme ile göreceli hale getirerek, kamu

---

[1183] Kararda şu görüşlere yer verilmiştir: "Raporda, azınlığın etnik, dilsel ve dinsel olmak üzere üç türlü olduğu, Türkiye'de sadece din kıstasının esas alındığından söz edilmiştir. Türkiye'de Müslüman olmayan vatandaşlar dışında azınlık yoktur. Yeni bir azınlık tanımının ve uygulamasının yapılması ve yaratılması, etnik ve kültürel çeşitliliği olan üniter devlet ve milletin bölünmezliğini tehlikeye düşürecek bir sonuca ulaşacaktır. Türkiye Cumhuriyeti'nde sosyal sınıf, etnik köken, ırk, dil, din ve bölge ayrımı yapılmaksızın bütün vatandaşlar yasalar önünde eşittir. (Millet sözcüğü alt kimlikleri ret anlamına gelir) demek, kamu düzeni ve güvenliği için tehlike yaratır. Etnik ve kültürel çeşitliliği barındıran Türkiye'de bu çeşitliliklerden bir veya birkaçı diğerleri aleyhine öne çıkarılır veya daha fazla değer verilirse, barışçı toplumun bir kesimini diğer kesimi aleyhine veya halkı birbirine karşı kamu düzeni, kamu güvenliği için tehlikeli olabilecek şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik suçu oluşur." Yargıtay 8 inci dairesinin karar özetine şu adresten ulaşılmıştır: http://www.aktifhaber.com/news_detail.php (Çevrimiçi) 13/09/2007; Yargıtay Dairesinin bu görüşlerinin kuşkusuz Türk Anayasa Mahkemesinin parti kapatma davalarında daha ayrıntılı biçimde seslendirilmiş olduğunu söylemek gerekir. Örneğin bir kararında AYM, kültürel haklar adı altında azınlık yaratmanın, zamanla bu azınlığın Türkiye Cumhuriyeti Devletinden koparılmak hedefi güdüldüğünün bir delili olarak yorumlamıştır. AYM'nin Halkın Emek Partisinin kapatma davasında (AMK. E. 1992/1, K. 1993/1, KT. 14/7/1993) yapmış olduğu değerlendirmelerin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Özdek, "*Halkın Emek Partisi'nin…",* ss. 192–198.

[1184] Anılan 8 inci Daire Kararı için, http://www.aktifhaber.com/news_detail.php (Çevrimiçi) 13/09/2007.

düzeni için açık ve yakın tehlike ölçütünü de aynı biçimde göreceli bir kavrama dönüştürmüştür.[1185] Doktrinde "kamu düzeni" kavramının tanımı yapılmıştır. K. Bayraktar, kamu düzenin kavramının toplumun huzur ve sukun içinde yaşaması, suç ismi verilen ağır hukuki ihlallerin yaratılmasına meydan verilmeyen bir ortamın oluşturulması anlamına geldiğini belirtmektedir.[1186] Burada verilen tanımla Yargıtay Dairesi tarafından verilmiş olan tanım arasında önemli bir farklılık dikkat çekmektedir. Bayraktar'ın vermiş olduğu tanımda, kamu düzeni, somut bir durumun betimlenmesi ile ilgilidir. Bu da, dava konusu olayın bizzat yaşandığı somut ve mevcut durumun değerlendirilmesi anlamına gelmektedir. Halbuki Dairenin tanımında, kavram geçmişten geleceğe uzanan *şimdi* ve *buradalılık*'ın ötesine geçen ve bulanıklaşmada sınır tanımayan bir anlam yüklenmiştir. Şimdinin yanında geçmişi ve geleceği kuşatan bir "*düzen*" anlayışının somut vakalarda istenilen keyfilikte karara bağlanabileceği ortadadır. Kamu düzeni bu kadar belirsiz, bu kadar geniş tanımlandığında, düzene yönelik tehlikenin yakınlığı ya da uzaklığı da bir şey ifade etmeyecektir. Çünkü *uzaklık*, ne kadar uzak olursa olsun, önce *düzen* tanımının içinde istenilen yakınlığa getirilecek; sonra da düzene yönelik tehlikenin buradalılığı ve yakınlığı istenilen dereceye indirgenebilecektir.

Hâlbuki açık ve yakın tehlike ölçütünün çağdaş yorumu dikkate alındığında böyle bir tehlike hesabının yapılması söz konusu olmayacaktır. Bu doktrinin özünde, her olayda yargının, ifadenin yol açabileceği zarar tehlikesinin açıklığını ve yakınlığını dikkate alması esası bulunmaktadır. Eğer bir ifade, genel olarak tehlikeli ya da gelecekte zararlı sonuçlara yol açabilecek bir nitelikte ise kamusal makamların yapması gereken ifadeyi sınırlamak değil, fakat gerekli önlemleri almak ve daha fazla tartışma ve konuşma ortamını yaratmak olmalıdır. Bu test ışığında ifadenin tahrik ettiği "*yarın*" yapılacak bir "*yasadışı eylem*" dahi ifadenin sınırlanması için

---

[1185] Yargıtay Dairesinin bu tutumunu, C. San'ın yapmış olduğu şu yorumlar açıklar gibidir: "Türk toplumunun değerleri, devlet, din, hukuk ve ekonomi gibi temel sistemlerden, aile, eğitim gibi dar anlamda toplumsal kurumlara dek, baskıcı ilişkileri, eleştiri yasağını, ağır toplumsal yaptırımları ve açık-gizli şiddeti besleyen verimli bir kaynak konumundadır. Böyle olunca ülkemizde, "bize göre demokrasi" ya da bize göre insan hakları" kuram ve uygulamalarının karşımıza çıkmasını, pek [d]e yadırgamamak gerekir." Bkz. Coşkun San, "*Demokratik Siyasal Kültür ve İnsan Hakları*", **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 16, 1994, s. 5–6.

[1186] Köksal Bayraktar, "*Türk Ceza Kanununda Kamu Düzeni, Kamunun İtimadı ve Kamunun Selameti Aleyhine İşlenen Cürümler"*, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği**, İÜHF Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü, Sermet Matbaası, İstanbul 1977, ss. 593 vd.

yeterli bir gerekçe oluşturmayabilecektir; zira "*yarın*"a kadar Devletin gerekli önlemleri alması için zaman bulunmaktadır.[1187]

Dahası ifadenin kamu düzeni için yaratmış olduğu tehlikenin açık ve yakınlığı da ifadenin sınırlandırılması için yeterli bir ölçüt olmamalıdır. İfade özgürgürlüğünün sağladığı gerekçelerin her somut olayda dikkate alınması gerekir. Yargıç Holmes'ün, *kalabalık bir tiyatroda yalan yere "yangın var*!" diye bağıran bir kişinin durumuyla ilgili yapmış olduğu değerlendirmenin ifade özgürlüğü davalarında açık ve mevcut tehlike kriterinin uygulanması bakımından uygun bir örnek olduğu çoğunluklukla kabul edilir. Ne var ki, bu örneğin de G. Stone'un belirttiği gibi, bir spekülasyonunun yapılması gerekir. Burada "yangın var!" diye bağıran kişinin gerçek bir yangın karşısında bu şekilde davrandığı varsayıldığında da, söz konusu ifade neticesinde izdihamdan kaynaklanan açık ve yakın bir tehlike oluşacaktır. Ancak bu son durumda, ifade sahibinin cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Burada ifadenin yol açtığı tehlike ile ifadenin belirli bir gerçeklik değeri taşıması dolayısıyla korunması gereği arasında bir dengelemenin yapılması durumu söz konsudur. Stone'un bu yorumu, ifadenin açık ve yakın tehlike yarattığı durumlarda dahi korunabileceğini göstermektedir.[1188] Dolayısıyla yasanın açık ve yakın tehlike ölçütü düzenlemesine karşın ifadenin sınırlanmasının ifade özgürlüğü tezleri dikkate alınarak yapılması gerekir. Yargıtay Dairesi,, somut olayda ifade özgürlüğü tezlerini dikkate alarak bir sonuca ulaşmalıydı.

Söz konusu 8. Daire kararında karşı oy yazısı yazan H. Y. Aktan'ın ortaya koymuş olduğu gerekçeler, genel olarak ifade özgürlüğü hakkının özüne ve özel olarak mahkumiyete dayanak yapılan yasa hükmünün lafzına ve ruhuna daha uygun bir yorumdur. Aktan, karşı oy yazısında şu görüşleri dile getirmektedir:

> *Bireylerin anayasaya uyma yükümlülükleri mevcut ise de anayasaya aykırı düşünmelerine ve düşündüklerini açıklamalarına engel bulunmamaktadır. Raporun hiçbir yerinde şiddete tahrik yoktur. Yasallık ilkesiyle birlikte düşünüldüğünde kamu güvenliğinin bozulmadığı, açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkmadığı açıktır. Aynı söylemli düşünce açıklamalarının yapılagelmesine ve*

[1187] **Brandenburg v. Ohio**, 395 U.S. 444 (1969); Kararın yukarıda belirtildiği biçimde bir yorumu için bkz. Issacharoff, "*Fragile Democracies*", ss. 1416 vd.
[1188] Bkz. Geoffrey R. Stone, "*Dialogue*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee Bollinger & Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002, s. 2.

haklı olarak suç sayılmamasına, yargının görevinin yasaları hukuka uygun yorumlaması ve özgürlük lehine karine ilkesinin unutulmamasının gerekmesine, raporu 'halkı kin ve düşmanlığa tahrik' suçundan yaptırıma bağlamanın, normun sınırlarını özgürlükler aleyhine genişletmek anlamına geleceğine ve bu halde suç olanla olmayan arasındaki sınırın, hoşa gidenle gitmeyen arasındaki sınıra dayanabileceğine nazaran, çoğunluk düşüncesine katılmıyorum.[1189]

Aktan'ın görüşleri, Strasbourg organları tarafından oluşturulmuş olan ifade özgürlüğü jurisprudansı ile uyum içerisindedir.[1190] Ne var ki, bu görüşler dahi açık ve yakın tehlike ölçütünün çağdaş yorumuyla sorunludur. Raporun içeriğinde şiddete tahrik edici ifadelerin bulunması dahi Brandenburg standartları ışığında ifadenin yasaklanabilmesi için yeterli bir dayanak oluşturmamaktadır. Söz konusu şiddet tahrikinin somut olarak kamu düzeninin bozulması için açık ve yakın tehlike oluşturduğunun ayrıca ortaya konulabilmesi gerekmektedir. Ancak AİHM'nin bu türden olaylara yaklaşımı, ABD Mahkemesinin yaklaşımından belirli ölçüde ayrıldığı içindir ki; Yargıç Aktan'nın karşı oy yazısındaki gerekçeleri Sözleşme organlarının jurisprudansı ile uyum içerisindedir, denilebilir.

Yargıç Bonelli ve diğer birkaç yargıç "açık ve yakın tehlike" ölçütüne başvurulmasını teklif etmiş olsalar da, çoğunluk görüşü bu öneriye itibar etmemiştir.[1191] Mahkeme, dikkatini daha çok, ifadenin kamusal tartışmayla ilgisi ve şiddeti teşvik edip etmemesi gibi kriterler üzerinde yoğunlaştırmaktadır.[1192] Bu

---

[1189] Anılan Yargıtay 8. Daire Kararı.

[1190] Strasbourg Organları, bu türden olaylarda, ifadenin şiddeti tahrik edip etmediği üzerinde durarak bir sonuca varmaktadır. Örneğin Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerinde Kürt halkı üzerinde Devlet terörü uygulandığının ileri sürüldüğü bir makaleden dolayı Türk Mahkemeleri tarafından 765 Sayılı eski TCK'nın 312. maddesine dayalı olarak mahkûmiyet kararı verilmiş ve kesinleşen karar üzerine Strasbourg Organlarına yapılan başvuruda [**Ceylan v. Türkiye** Kararı (Başvuru No. 23556/94), 8 Temmuz 1999]. Komisyon ve Mahkeme 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmışlardır. Komisyon ve Mahkeme, bu davada iki noktanın altını çizmişlerdir: İlk olarak, kullanılan ifadeler siyasal söylemle ilgili konuları kapsamakta ve bu yönüyle de kamusal tartışmayla yakından ilgilidir. İkinci nokta ise kullanılan ifadeler sert ve keskin olmasına karşın, doğrudan şiddeti tahrik etmemektedir. Söz konusu kararın Türkçe tam metni için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 211–228.

[1191] Yargıç Bonello'nun, ifade özgürlüğü hakkının sınırlanmasında (katılım şerhinde) gönderme yaptığı açık ve yakın tehlike ölçütü için (Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 229–351)'de yer alan şu kararlara bkz. **Ceylan v. Türkiye** Kararı, 8 Temmuz 1999 (Bıçak, ss. 226–227); **Sürek ve Özdemir v. Türkiye** Kararı, 8 Temmuz 1999 (Bıçak, ss. 265–266); **Gerger v. Türkiye** Kararı, 8 Temmuz 1999 (Bıçak, ss. 297–298); **Arslan v. Türkiye** Kararı, 8 Temmuz 1999 (Bıçak, ss. 323–324); **Erdoğdu ve İnce v. Türkiye** Kararı, 8 Temmuz 1999 (Bıçak, ss. 350–351).

[1192] İlginçtir ki, Mahkemenin bu yaklaşımı Yargıçlar, Wildhaber, Kuris, Straznicka, Baka ve Traja tarafından bir (kısmi/partly) karşı oy yazısında oldukça iyi biçimde özetlenmiştir. Söz konusu karşı oy

bağlamda Mahkeme, kademeli sınırlama sistemini işletmekte ve eğer bir ifade, hükümetin faaliyetlerinin eleştirisine yönelmiş ise bu türden ifadelere en geniş korumayı sağlamaktadır. Açıkça ve doğrudan şiddeti teşvik ve tahrik etmeyen bu türden ifadelerin sınırlandırılması durumunda, Mahkeme oldukça katı bir inceleme yapmaktadır. Irkçılıkla ilgili hassas konu bir yana, bir ülkenin içinde bulunduğu terörle mücadele gibi ciddi sorunlar karşısında dahi bu sorunlara ilişkin son derece ağır görüş ve düşünce açıklamalarının korunması gerektiği vurgulanmıştır. Mahkeme, ifadenin kamusal tartışmayla (özellikle de devletin siyasalarıyla) yoğun ilgisini bu türden kararlarının odak noktası yapmaktadır.[1193]

Yargıtay, ifade özgürlüğünün öncelikle devlete karşı bir hak olduğu ve bu hakkın çoğunluğa, siyasal iktidara ve devletin siyasalarına (ve resmi ideolojisine) karşı öncelikle korunması gerektiğini maalesef gözden kaçırmaktadır. Bu bağlamda, ifadenin Devletin resmi ideolojisi ya da siyasaları ile örtüşüp örtüşmediğine bakarak sonuca varılması, ifade özgürlüğü hakkının gerçekte var olmadığı anlamına gelir.

Yargıtay AİHS'ne atfen, ifade özgürlüğünün kullanımının *ödev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiğine* vurgu yapmaktadır. Ancak buradaki ödev ve sorumluluk kavramının, sınırlama ölçütleriyle birlikte değerlendirilmesi ve bu değerlendirmede ifade özgürlüğünün koruduğu çıkarların mutlaka göz önünde tutulması gerekir. Frowein, ABD Yüksek Mahkemesi tarafından uygulanan ifade özgürlüğü rejimini, ifade özgürlüğünün sınırlarını, korunması gereken diğer çıkar ve değerler aleyhine genişlettiği için eleştirmektedir. Bununla birlikte Frowein de, ödev ve sorumluluk kavramlarının, Sözleşmenin hazırlandığı 1948-1950'li yılların bir patolojisi olduğunu belirtmektedir. Öyle ki Sözleşme Organlarının jurisprudansı içerisinde bu kavramlara yapılan gönderme neredeyse kayda değer hiçbir rol

---

yazısı için bkz. anılan **Sürek ve Özdemir v. Türkiye** Kararı; Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 266–268.

[1193] Bu konuda özellikle AİHM'nin yukarıda incelenen **Castells v. Spain**, (Başvuru No. 11798/85), 23 Nisan 1992 kararı önemli bir yer tutmaktadır. Kararın Türkçe tam metni için bkz. Bıçak, **AİHM Kararlarında**, ss. 135–163; AİHM'nin özellikle siyasal nitelikli ifadelerin korunması noktasında oldukça hassas olduğunu yinelemek gerekir. Mahkemenin, sınırlanması sözkonusu olan ifadelerin, şiddete doğrudan bir çağrı yapmadıkça korunması gerektiğine ilişkin TCK m. 312 bağlamında vermiş olduğu bir kararı için bkz. Case of **Karkın v. Turkey** (App. 43928/98), Judgment of 23 September 2003, özellikle pr. 36–39; Ayrıca bkz. Case of **Gümüş and Others v. Turkey** (App. 40303/98), Judgment of 15 March 2005, özellikle pr. 18, 19; Case of **Koç and Tambaş v. Turkey**, (App. 50934/99), judgement of 21 March 2006, pr. 38–40; Case of **Halis v. Turkey** (App. 30007/96), Judgment of 11 January 2005, pr. 35–39.

oynamamıştır.[1194] Halbuki ifade özgürlüğü hakkının korunduğundan söz edebilmek için her olayda, ifade özgürlüğü tezlerinin dikkate alınarak sonuca varılması gerekir. Bu, farklı çıkarların gereği gibi tartılması anlamına gelir.[1195] Yargıtay, "ödev ve sorumluluk", "hakaret", "kin ve düşmanlığa tahrik", "kamu düzeni" ya da "açık ve yakın tehlike" gibi kavramları, AİHS Organlarının jurisprudansı çerçevesinde tanımlamak yerine, kendi özgün tanımlamalarını yapmakta ve ifade özgürlüğü hakkını temel bir hak olmaktan çıkarmaktadır.

Kullanılan ifadenin, rahatsız edici, şok edici, sevimsiz ya da zararlı olması, tek başına ifadenin sınırlandırılması için yeterli değildir. İfade özgürlüğünün koruduğu çıkarlar, bir toplumun demokratik ve özgür olup olmadığını belirleyici bir niteliğe sahiptir. Eğer devletin, toplumun ya da toplumdaki dinamik güçlerin; hatta sıradan bireylerin hoşlanmadığı ifadeler, genel olarak toplum ya da kamu düzeni için tehlikeli sayıldıkları için sınırlandırılacaksa; o zaman, bağımsız bir ifade özgürlüğü hakkından söz etmek için hiçbir neden de olmayacaktır. Rejim karşıtı ifadelerin ya da yönetime yönelik eleştirilerin ağır cezai yaptırımlara tabi tutulduğu Saddam döneminin Irak rejiminde dahi ifade özgürlüğü hakkının kısıtlı da olsa var olduğu ileri sürülebilecektir. İnsan Hakları Komitesinin (MSHS) belirtmiş olduğu gibi, kamusal makamlar tarafından geniş yorumlara açık, netlikten/belirlilikten uzak suç tipleri için öngörülmüş ağır cezai yaptırımların tehdidi altında, ifade özgürlüğü hakkının varlığını ileri sürmek mümkün olmayacaktır. Ne var ki ifade özgürlüğünü düzenleyen ceza yasası hükümlerini geniş yorumlara kapalı bir belirlilik/netlik içerisinde formüle etmek, dilbilimi ve anlamı bilimi açısından neredeyse olanaksızdır. İfade özgürlüğü, bugün büyük ölçüde yargısal içtihat sorunudur. Unutulmamalıdır ki, iki Dünya Savaşı arasında ABD'de uygulanan, militan demokrasi anlayışına dayalı ifade özgürlüğü rejimi de, 1960'lı yıllardan günümüze değin uygulanan libertaryan ifade özgürlüğü rejimi de aynı Anayasa hükmü çerçevesinde haklılaştırılmıştır. Uluslararası insan hakları hukuku bakımından, toplumda nefreti körükleyen ifadelerin (hate speech) ya da hakaret oluşturan

[1194] Frowein, "*Incitement Against Democracy*…", ss**.** 33 vd.

[1195] Ne yazık ki ifade özgürlüğünün koruduğu çıkarları, ifadenin sonuçları ile karşılaştırarak bir tartma yapan görüşler Yargıtay'da azınlık görüş olarak kalmışlardır. Bu konunun en güzel örneklerinden biri yakın tarihli bir kararda Ceza Genel Kuruluna Başkanlık eden Emin Şirin ve Kurul üyesi Muvaffak Tatar tarafından yazılan karşı oy yazısıdır. Söz konusu karşı oy yazısı için bkz. **Ceza Hukuku-Özel Sayı**, **İBD,** Ocak 2007, ss.164–188.

ifadelerin sınırlanması konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Sorun, hangi ifadelerin hakaret olduğunun hangi ifadelerin toplumda nefreti körükleyen ifade kategorisi içerisine girdiğinin semantik ve dilbilimsel (lingustik) açıdan belirlenmesiyle de çözülememektedir. Bu belirlemenin aynı zamanda, kademeli sınırlama sistemine uygun olarak yapılması gerekmektedir. İfadenin semantik ve lingustik çözümlemesinin yanında, -ceza hukuku terminolojisi ile anlatmak gerekirse- ikinci aşamada '*hukuka uygunluk nedeni*'nin her olayda var olup olmadığının araştırılması gerekir. Hukuka uygunluk nedeni araştırmasının, her olayda '*hakkın icrası*'nın belirlenmesine yönelik olarak yapılması gerekir. Hakkın icrasının var olup olmadığı ise, her olayda ifade özgürlüğü tezlerinin sağladığı gerekçeler ışığında ve kademeli sınırlama sistemine uygun bir araştırmanın sonucunda ortaya konulmalıdır.[1196] Görüldüğü gibi ifade özgürlüğü davaları çoğunlukla çözümü zor davalar olmaktadır.

İfade özgürlüğü, demokrasinin turnusol kâğıdı ise, her ifade kısıtlamasının potansiyel olarak rejimin renginde bir değişiklik anlamına gelebileceğini dikkate alarak sonca varmak gerekir. Türkiye'de TCK'nun 216 ve 301. maddelerinin uygulanmaları çerçevesinde ciddi boyutlarda ifade özgürlüğü sorunları ortaya çıkmaktadır. Tartışmalar, doğal olarak rejimin demokratik olup olmadığı noktasına varmaktadır. Bu sorunun, maddi hukukta yapılacak değişikliklerle çözümlenmesi zor görünmektedir. Ceza yargılaması hukuku bakımından bir çözüm önerilebilir. Bu maddelerden dava açılması, Adalet Bakanlığının iznine bağlı kılınabilir. Böyle bir izin sistemi hukukumuza yabancı değildir. Ayrıca aynı sistem Kanada Ceza Yasasında da benimsenmiştir. Bakanlığın, bu konuda uzman akademisyenlerden oluşan bir kurula danışarak karar vermesi, uluslararası insan hakları hukuku

[1196] Ç. Özek bu bağlamda şu tespitleri yapmaktadır: "Düşüncenin açıklanması, belirli durumlarda mevcut siyasal sistemle çelişki yaratabileceği gibi, kişilere zarar verici nitelikleri de taşıyabilir. Sadece, gazeteci 'hak' icra ettiği için, tipik olan fiil, hukuka aykırı sayılmaz ve suç doğmaz. Bilindiği gibi, 'hakkın icrası' bir hukuka uygunluk sebebidir. Hukuka uygunluk nedeni ise, tipe uygun fiilin suç teşkil etmemesi sonucunu doğurur." Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 50; Olayda hukuka uygunluk nedeninin bulunması dolayısıyla suçun oluşmamasının anlamı, kullanılan ifadenin içeriğinin tipe uygun olması (örneğin, normal bir hakaret davasında, ifadenin "hakaret" niteliğinde olduğunun belirlenmesi) durumunda dahi, sınırlamaya gidilememesidir. Meşru müdafaa durumunda bir kimsenin öldürülmesi eyleminde hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu kabul edilmekte ve eylem tipe uygun olarak gerçekleşmiş olmasına karışın, fail cezalandırılmamaktadır. Bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** s. 486 vd.

tarafından belirlenen standartların Türk hukukunda etkin biçimde uygulanmasına önemli bir katkı sağlayabilir.

S. Selçuk, siyasetçinin yargının çözeceği konularda yorum yaparak davanın açılmasına izin yetkisini kullanamayacağını ileri sürmektedir. Selçuk'a göre siyasetçinin yapacağı iş, yalızca dava açılmasının ya da açılmamasının ülke yararı açısından tartılmasından ibaret olmalıdır. Dolayısıyla da siyasetçinin, davanın açılması ile ilgili yapacağı hukuksal yorum, yargının bu konudaki görevini gasp etmek demektir. Bu yorumu benimsemiş olsak bile, ifade özgürlüğü ile ilgili olarak açılacak davalarda, yanlış sonuçlara varılmasının demokrasiye verdiği zararın yanında, uluslararası yargı organı önünde Türkiye'nin mahkûm olması olasılığını da dikkate aldığımızda, Adalet Bakanının bu kararı vermeden önce akademik bir kurula danışmasının "*yarar*" denetimi bakımından gerekli olduğu sonucuna varılabilir. Yine Selçuk'un görüşlerine uygun olarak, akademik kurulun göstereceği gerekçelerin yalnızca Bakana iletilmesi söz konusu olacaktır. Bu durumda, yargının görev alanına bir tecavüz de olmayacaktır. Kurul, belirteceği gerekçeleri Bakan ile paylaşır ve buna göre Bakan, davanın açılmasına gerek olup olmadığı konusundaki kararını verir. Kaldı ki izin kurumu, davanın bireysel bir hakla ilgili olduğu durumlarda, ilgili kişilerin dava açmalarının önünde bir engel değildir. Sistem yalnızca bu konuda kamu davasının açılmasını sınırlandırmaktadır. Dahası dava açılmasına gerek olmadığı yönünde karar veren savcıların bu görüşlerinin de Bakanlık tarafından yönlendirilmesi söz konusu olmayıp; yalnızca dava açılmasına gerek görüldüğü durumların; yani temel bir hakkın sınırlandırılmasının konu edildiği bir durumun değerlendirilmesi söz konusudur.[1197]

Kuşkusuz böyle bir sistemin kapsamlı olarak uygulanması, Türk hukuk sistemi bakımından yargıya olan güvensizliğin bir sonucu olacaktır. Ne var ki, yine Selçuk'un sözleriyle söylemek gerekirse,

> *[b]u, Türkiye'nin hukuk açısından düzeyini gösteren bir olgu[dur]. Artık bunu açıkça itiraf etmenin zamanı geldi. Türkiye, neredeyse 200 yıldan beri batı yasalarını alıyor; Tanzimat'ı da katarsak. Ancak batı yasalarının dayandığı ilkeleri, kavramları, kurumları almış, onların içlerini boşaltmış,*

[1197] Sami Selçuk ile yapılan, "*Yasalar Yanlış Uygulanıyorsa Hukukun Başarı Şansı Yoktur*" başlıklı söyleşi için bkz., **HPD**, S. 6, Mayıs 2006, ss. 146–147.

bunların hiçbirini uygulamaya batılı anlamda yansıtamamıştır… İlkelerin ve kavramların yerleşmediği, perişan edildiği, doğru yasaların bile yanlış uygulandığı bir ülkede başarı şansı yoktur, hukukun… Evet, uygulamada büyük sorun var. Çünkü eski 159. madde eski ve yeni İtalyan ceza yasalarında var, İspanya'da, Fransa'da var; Almanya'da, Avusturya'da var; ama o ülkelerdeki uygulama ile Türk uygulaması arasında da büyük uçurum var[dır]… En iyi yasaları da çıkarsanız, uygulamacı kavramları iyi bilmez ise sonuç değişmez.[1198]

İfade özgürlüğü davaları çoğunlukla çözümleri zor davalar olduğundan, Yargıtay eski Başkanı Selçuk'un belirtmiş olduğu uçurumun kapanması zordur. Bu nedenle de izin sisteminin daha etkin hale getirilerek uygulanması gerekmektedir.

2) Siyasal Partilerin İfade Özgürlüğü

AİHS sistemi içerisinde siyasal partilerin ifade özgürlüğü rejiminin, Sözleşmenin 11. maddesinde düzenlenen örgütlenme özgürlüğü rejimine bağlı olarak yorumlandığını belirtmek gerekir. Bununla birlikte, Afrika İnsan Hakları Komisyonunun bir kararında dikkat çektiği gibi, siyasal örgütlerin ifade özgürlüklerine yapılan sınırlamaları, onların örgütlenme özgürlüğünden ayırmak mümkün değildir.[1199] Aynı çerçevede siyasal partilerin açıklamış oldukları görüş ve düşüncelerinden dolayı örgütlenme özgürlüğüne yapılan müdahaleyi, onların ifade özgürlüğü haklarından ayırmak yerinde bir tutum olmayacaktır.

ABD Anayasası, ifade özgürlüğü (hakkını) ve örgütlenme özgürlüğünü (hakkını) Birinci Değişiklik kapsamında tek bir hüküm içerisinde düzenlemiş olduğundan, örgütlenme özgürlüğü ifade özgürlüğünün bir parçası olarak yorumlanagelmiştir. ABD ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü rejimini AİHS çerçevesinde uygulanan ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü rejiminden ayıran tek nedenin, bu düzenleme farklılığı olduğu kuşkusuz ileri sürülemez. Ancak yine de metinlerden kaynaklanan farklılığın uygulama açısından önemli olduğunu söylemek

---

[1198] Anılan söyleşi, ss. 147–150

[1199] Afrika İnsan Hakları Komisyonunun söz konusu görüşlerini açıklamış olduğu kararı için bkz. **International Pen and Others (on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr and Civil Liberties Organisation) v. Nigeria**, Communications Nos. 137/94, 139/94, 154/96 and 161/97, decision adopted on 31 October 1998; Bu kararın yayınlanmış olduğu internet adresi için bkz. http:/www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/ (Çevrimiçi: 14/05/2005).

gerekir. Sözleşme sistemi içerisinde, ifade özgürlüğü genel rejiminin siyasal partilere de uygulanacağının; hatta siyasal partiler söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünün demokrasiye dayanan tez çerçevesinde (ve özellikle siyasal ifade kavramı içerisinde) daha da önemli olacağının altını çizmek gerekir.[1200]

Sözleşmenin 11. maddesinde (ikinci paragraf) yazılı sınırlama nedenlerinin, 10. maddede yazılı sınırlama nedenlerine oranla daha dar kapsamlı olduğu görülmektedir. Buradaki nedenler, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, suçun işlenmesinin veya düzensizliğin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenleriyle sınırlı olarak belirtilmiştir. Örneğin, 10. maddede belirtilen, ülkesel bütünlük kavramına 11. maddede yer verilmemiştir. Siyasal partilerin rejimini düzenleyen 11. madde, ifade özgürlüğü rejimini düzenleyen 10. maddede öngörülen sınırlama nedenlerine ek hiçbir nedene yer vermediği gibi; 10. maddede yazılı kimi nedenler burada yer almamıştır. Bu durum karşısında Sözleşmenin (10. ve 11. maddelerinde düzenlenen) metnine dayanılarak ifade özgürlüğü konusunda siyasal partilerin ifade özgürlüğünü daha sınırlı bir rejime tabi tutmak için bir nedenin bulunmadığı söylenebilir.

Ne var ki, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde siyasal partilerin tabi olduğu sınırlama rejimini, ifade özgürlüğü genel rejiminden ayıran tarihsel ve siyasal başka gerekçeler bulunmaktadır. Bütün bu gerekçeler, demokrasinin kırılganlığıyla ilgilidir ve kısaca militan demokrasi anlayışını haklılaştıran gerekçelerdir bunlar.[1201]

AİHS sistemi içerisinde siyasal partilerin programlarının, onların ifade özgürlüğü ile yakından ilgili olduğu bir gerçek ise de, parti programları daha çok örgütlenme özgürlüğünün belirlenmesi bakımından önemli olmaktadır. Bir siyasal partinin hazırlamış olduğu programın, hukuk sistemi içerisinde tanımlanan kurallara uygun olup olmaması, partinin söz konusu sistem içerisinde yaşamını sürdürüp sürdüremeyeceğini belirlemektedir. Öte yandan bir partinin programının hukuk sistemi tarafından öngörülen çerçeveye uyup uymaması, partinin yaşamını sürdürebilmesi için yeterli değildir. Siyasal partinin liderlerinin açıklamış oldukları

[1200] Siyasal partiler söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünün korunmasının demokratik sistem için daha önemli bir konu olduğuna ilişkin Mahkeme ve Komisyonun görüşleri için bkz. **United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey** (App. 19392/92), Judgment of 30 January 1998, özellikle pr. 42–47, 50, 57, 58.

[1201] Bu konuda kapsamlı bir inceleme için bkz. Issacharoff, "*Fragile Democracies*", ss. 1405–1467.

görüş ve düşünceler; hatta parti tabanından yapılan açıklama ve görüşler karşısında liderlerin almış oldukları tutum, partinin yaşamını sürdürebilmesi açısından önemli olabilmektedir.[1202]

Kıta Avrupası ülkelerinin pek çoğunun anayasalarında, siyasal partilerin tabi olacağı hükümler açık biçimde belirlenmiştir. Örneğin Federal Alman Anayasasının 21. maddesinde, anayasal sistemi yıkmayı hedefleyen ya da Devletin varlığını tehlikeye sokabilecek partilerin yasaklanacağı belirtilmiştir. Benzeri biçimde İtalyan Anayasası, faşist partileri yasaklamış; Avusturya Anayasası nasyonal sosyalist partileri yasaklamıştır. Rusya'da ırkçı nefret siyaseti güden partiler yasaklanmıştır. 1997 Polonya Anayasası, daha açık biçimde, demokratik sistemi ortadan kaldırmayı amaçlayan, komünist, faşist ya da nasyonal sosyalist partileri yasaklamaktadır. Bu alanda, İspanyol Anayasası Kıta Avrupasına egemen olan genel rejimden ayrılmış ve Ceza Kanununa göre yasadışı örgüt niteliğinde kabul edilen siyasal partileri yasaklamıştır.[1203]

Avrupa Konseyinin danışma organı konumundaki Venedik Komisyonunun 41. Toplantısında (10–11 Aralık 1999) siyasal partilerin yasaklanması ve kapatılmalarına ilişkin geçerli olacak ilke ve kurallar belirlenmiştir. Bu rehberde (guidelines), siyasal partilerin yasaklanması ve kapatılması konusunda Avrupa Konseyine üye devletlerin dikkate alacakları ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkeler arasında konumuz bakımından özellikle önemli olanı, bir partinin yasaklanmasının ya da kapatılmasının, ancak söz konusu partinin şiddet kullanımını savunması veya şiddeti demokratik anayasal sistemi yıkmak için bir araç olarak kullanmayı hedeflemesi/savunması durumunda haklılaştırılabilecek olmasıdır. Bunun ötesinde,

[1202] Bu durum AİHM'nin Refah Partisi kararında açıkça belirtilmiştir. Partinin kapatılma gerekçeleri içerisinde parti programına yapılan bir gönderme bulunmamaktadır. Bkz. **Refah Partisi (Welfare Party) and Others v. Turkey**, (App. nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98, and 41344/98), Judgment of 13 February 2003, özellikle pr. 101.

[1203] Parti yasaklarının çeşitli ülkelerdeki rejimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sağlam, **Siyasal Partiler**, ss. 55–71; Ayrıca bkz. Kemal Sahin, "*Case of Refah Partisi (Welfare Party) and Dilemmas of the Rigths and Freedoms under the ECHR System*", **Mediterranean Master's Degree in Human Rights and Democratization, Selected Dissertations**, Academic Year 2002–2003, Printed by P.E.G. Ltd, San Gwann, Malta, s. 321 (Dipnot. 174); Ayrıca bkz. Issacharoff, "*Fragile Democracies*", ss**.** 1433 vd.

bir partinin barışçıl yollarla Anayasal değişimi savunması, partinin kapatılması ya da yasaklanması için bir gerekçe oluşturmayacaktır.[1204]

Militan demokrasi anlayışının en katı biçimi olan antidemokratik görüş ve düşüncelerin savunulmasının sınırlandırıldığı bir rejimde, parti programları antidemokratik olan siyasal partilerin de yaşama hakkı bulamaması son derece doğaldır.

Siyasal partiler hakkında Strasbourg organları tarafından yapılan ilk inceleme Alman Komünist Partisinin kapatılması davası üzerine olmuştur. Bu olayda, AİH Komisyonu, Komünist Partisinin kendi yapmış olduğu bildiride amacının proleter bir diktatörlük kurarak nihayetinde komünist bir toplum yaratmak olduğunu açıkladığını belirttikten sonra; söz konusu diktatörlüğün Sözleşmenin korumuş olduğu hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracağını dolayısıyla da Komünist partisinin, 17. madde gereğince Sözleşmenin korumasından yararlanamayacağını karara bağlamıştır.[1205] Nasyonal Sosyalist partiyi kurma çabası içinde olduğu ileri sürülen bir gazeteci hakkında verilen mahkûmiyet kararının konu olduğu bir başka olayda Komisyon, madde 17'yi uygulamış ve başvuruyu reddetmiştir (kabul edilemez bulmuştur).[1206]

1990'li yıllarda, Sovyetler Birliği'nin başını çektiği Varşova Blokunun çöküşünün ardından komünizm tehlikesi ortadan kalkmıştır. Bu gün artık komünist partilerin kurulabilmesinin, siyasal sistem içerisinde varlıklarını sürdürebilmelerinin önünde Venedik Komisyonu tarafından belirlenmiş olan ilkeler çerçevesinde hiçbir engelin bulunmadığını söylemek yanlış olmaz. Öyle ki, Sovyetler Birliği'nin dağılmasının hemen ardından komünist partilerin kurulmasının yasaklandığı eski Doğu Blokunun çiçeği burnunda ülkelerinde dahi aradan geçen yaklaşık on yıllık bir süre sonrasından komünist partilerin kurulmasına izin verilmiştir. Bunun temel

[1204] Venedik Komisyonu tarafından belirlenen ilkeler için bkz. http://www.coe.fr/venice; (Çevrimiçi) 10/05/2003; Bu ilkelerle Strasbourg Organlarının kararlarının bir karşılaştırması için bkz. Sahin, "*Case of Refah*…", ss. 334–336.

[1205] **Parti Communiste v. Federal Republic of Germany** (App. 250/57), 20 July 1957.

[1206] Komisyona göre, bir gazeteci olan başvurucunun 1933–1945 tarihleri arasında faaliyette bulunan Alman Nasyonal Sosyalist Partisini diriltmeye dönük eylem ve faaliyetleri (bildiri vs. dağıtmak, azınlıklara karşı –özellikle antisemitist- propaganda faaliyetleri yürütmek), Sözleşmenin 10. maddesinin yanında aynı zamanda 17. maddesi kapsamında düşünülmelidir. Bkz. **Kühnen v. Federal Republic of Germany** (App.12194/86), 12 May 1988, (1988) 56 DR 205.

nedeni, Issacharoff'un belirttiği gibi, komünizmin bu ülkelerde artık rejim için bir tehdit olarak algılanmıyor olmasıdır.[1207]

Aynı durumun siyasal İslam açısından geçerli olduğu söylenemez. AİHM'nin Refah Partisi kararında[1208] ortaya koymuş olduğu gerekçeler dikkate alındığında görülecektir ki, siyasal İslam, Nasyonal Sosyalist ya da Faşist partilerle birlikte Mahkemenin yasak alanlar listesine eklenmiştir. Kararda, siyasal İslamın Türkiye'de iktidarı ele geçirme olasılığı üzerinde titizlikle durulmuş olması, tehlikenin gerçekliğini ve somutluğunu ortaya koyma amacını göstermektedir.[1209] Refah Partisi kararının Strasbourg organları içtihatları içerisindeki yeri oldukça önemlidir; zira kapatma nedenleri parti programına ya da partinin eylemlerine inhisar ettirilmemiştir. Kapatma nedenleri, büyük ölçüde parti liderleri tarafından yapılan konuşmalara dayandırılmıştır. Partinin kapatılmasına neden olan konuşmaların (ifadelerin), hukuk sistemi içerisinde hiçbir yaptırıma tabi olmaması, bu ifadelerin parti kapatma nedeni olarak karara esas alınmamasını gerektirmemektedir.[1210]

AİHS sistemi içerisinde siyasal partilerin ifade özgürlüğünün belirli alanlar söz konusu olduğunda sıradan insanların ifade özgürlüğüne göre daha dar olduğunu belirtmek gerekir. Burada sıradan insanlar ibaresi, ifade özgürlüğünün genel rejimini anlatmak üzere kullanılmıştır. Refah kararı, siyasal partiler açısından söz konusu özel ifade kategorisine siyasal İslamı da katmıştır.[1211]

Refah kararında Mahkeme, söz konusu özel alanların sınırlarını çizerken, oldukça belirsiz sayılabilecek bir gerekçelendirme yöntemi izleyerek siyasal partilerin ifade özgürlüğünü, özel alanların dışına taşımaya elverişli olabilecek nitelikte ilkeler ortaya koymuştur. Karar, özellikle anti-demokratik görüş ve düşüncelerin siyasal partiler (programları dolayısıyla) ya da onların liderleri tarafından savunulması konusunda, tehlikenin gerçekleşebilirliği ve somutluğu açısından bir ayırım yapar gözükmemektedir. Bunun, Mahkeme tarafından bilinçli

---

[1207] Issacharoff, "*Fragile Democracies*", ss. 1433–1437.
[1208] Anılan **Refah Partisi (Welfare Party) and Others v. Turkey** kararı.
[1209] Anılan **Refah Partisi (Welfare Party) and Others v. Turkey** kararı, özellikle pr. 107-110.
[1210] Türk Anayasa Mahkemesi tarafından belirtilmiş olan gerekçeler, Refah kararında AİHM tarafından da aynen benimsenmiştir. Bu konuda bkz. Mustafa Koçak, *Banning Political Parties in the Name of Democracy: An Assessment of Recent Decisions of the European Court on Human Rights***", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. 2, Beta Yayınları, İstanbul; Genel olarak bkz. Sahin, "*Case of Refah*…", ss. 321–336.
[1211] Sahin, "*Case of Refah*…", ss. 321.

bir tercih mi olduğu ya da yalnızca bir dikkatsizliğin ve özensizliğin bir sonucu mu olduğunu söylemek güç görünmektedir. Özetle kararda, (1) yasadışı ya da diğer demokratik olmayan yöntemlere başvuran siyasal partilerin, (2) şiddeti tahrik ve teşvik eden siyasal partilerin, (3) demokratik ve çoğulcu sistemin temellerini yıkmayı hedefleyen siyasal partilerin, (4) ırkçı amaçlar güden ya da başkalarının hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırmayı amaçlayan siyasal partilerin, (5) devletin temel yapısında değişiklik yapmaya yönelik kampanyalar yürüten; (6) yasadışı ve demokratik olmayan yöntemlerle devletin anayasal ve hukuk sisteminde değişiklik yaparak söz konusu amaçlara (anti-demokratik) ulaşmayı hedefleyen siyasal partilerin, (7) temel demokratik ilkelere uygun olmayan değişiklik önerileri veren siyasal partilerin yasaklanabileceği ya da kapatılabileceği sonucuna varılmıştır.[1212] Refah kararının, Venedik Komisyonu tarafından belirlenen ilke ve kurallardan ayrılan en belirgin yönü, anti demokratik amaçları olan bir partinin, söz konusu amaçlara bütünüyle hukuk sistemi içerisinde kalarak, meşru demokratik kurallara göre ulaşmak amacında olduğunu belirtmesi durumunda dahi yasaklanabileceğinin veya kapatılabileceğinin kabul edilmiş olmasıdır.[1213]

Refah kararında varılan bu sonuçlar, Sözleşme sistemi içerisinde siyasal partilerin ifade özgürlüğünü, ifade özgürlüğünün genel rejimi dışına çıkarmıştır. Bir yazarın belirtmiş olduğu gibi siyasal partilerin tabi tutulduğu ifade özgürlüğü rejimi, Avrupa'nın kırılgan (fragile) demokrasilerine özgü bir durumdur. Böyle bir demokrasi ve ifade özgürlüğü anlayışını haklılaştırmak, kuşkusuz klasik liberal demokrasi kuramı çerçevesinde mümkün değildir. Aynı biçimde, demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezi bakımından da siyasal partilerin ifade özgürlüğünü sıradan insanların ifade özgürlüğüne göre daha fazla sınırlandırmayı haklılaştırmak olanaklı gözükmemektedir; zira devlet siyasal tartışmada belirli bir tarafta yer almakta ve kendi ideolojisine aykırı gördüğü görüş ve düşüncelere (siyasal partiler bakımından) izin vermemektedir. Bunun anlamı, demokratik sistem içerisinde, demokratik ilke ve kurallara uygun olarak, totaliter doktrinlerin iktidara gelebileceğini ve demokrasiyi ve insan haklarını ortadan kaldırabileceğini kabul etmektir. Bu anlayış, demokrasiye ve gerçekliğe dayanan tezler bakımından

[1212] Anılan **Refah Partisi (Welfare Party) and Others v. Turkey** kararı, özellikle pr. 97–100.
[1213] Sahin, "*Case of Refah*…", ss. 321–336.

yadsınmış olsa bile, evrensel insan hakları tezi bakımından savunulabilir. Böyle bir savununun dayanağını ise temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı oluşturmaktadır.[1214]

Yinelemek gerekirse denilebilir ki; Sözleşme sistemi, demokrasiyi ve insan haklarını yok etmeyi amaçlayan siyasal partilere kapalıdır. Türk hukuk sistemi ise, siyasal partilerin yasaklanması ve kapatılması rejimini çok daha katı kurallara bağlamıştır. Anayasa Mahkemesinin şimdiye kadarki kapatma davalarında vermiş olduğu içtihatlar ışığında siyasal partilerin çok dar bir ifade özgürlüğü alanına sıkışmış oldukları söylenebilir. Bu sistemde, yalnızca demokrasiyi ve insan haklarını yok etmeyi amaçlayan partiler kapatılmamakta; Anayasanın ortaya koymuş olduğu resmi ideolojiyle[1215] ters düşen tüm partiler kapatılmaktadır.[1216] Yirmi yıl gibi görece olarak oldukça kısa bir zaman dilimi içerisinde yirmiden fazla siyasal partinin kapatılmış olduğu düşünülürse, demokratik rejimin ciddi sorunları olduğu söylenebilir. Gerçekte temel sorun, demokrasinin evrensel standartlarda benimsenmeyip, Türk tipi bir demokrasi anlayışının kurumsallaştırılmasında yatmaktadır.[1217] Söz konusu kurumsallaştırma, Anayasadan başlamak üzere yargısal içtihatlara kadar yayılmış oldukça geniş bir alanı kuşatmaktadır. Siyasal partilerin ifade özgürlüğü, Türk tipi demokrasi anlayışı çerçevesinde belirlenmektedir.

[1214] İnsan Hakları Evrensel Bildisinin (BM-1948) 30, MSHS'nin 5 ve AİHS'nin 17. maddelerinde yer alan hükümler, temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmalarına karşı son bir çare olarak getirilen özel bir sınırlama sistemi olmaktadır. Kötüye kullanma yasağının temel amacı ve varlık nedeninin, bireylerden çok, Sözleşmeye Taraf Devletlerin, Sözleşme hükümlerini kötü niyetle kullanmalarının önüne geçilmesi olsa da, bu hükümlerin aynı zamanda bireylerin ya da grupların söz konusu olası kötüye kullanmalarının önüne geçilmesi amacıyla konulduğunda kuşku yoktur. Nitekim bu konudaki uygulamalar da bunun bir kanıtıdır. Bu konuda genel olarak bkz. Gemalmaz, **Genel Teori**, ss. 1622–1625.

[1215] Devletin resmi ideolojisinin temel kaynağı doğal olarak 1982 Anayasasıdır. Ancak resmi ideolojinin anayasanın dışında diğer pek çok mevzuatta yaygın biçimde biçimlendirilmiş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, ss. 226 vd.

[1216] Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kapatma davalarında, (1) Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı davrandığı sonucuna varılan şu partiler kapatılmıştır: Türkiye İşçi Partisi (TİP), Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP), Sosyalist Parti (SP), Halkın Emek Partisi (HEP), Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖDEP), Demokrasi Partisi (DEP), Halkın Demokrasi Partisi (HADEP); Şu partiler de laikliğe aykırı düşünce ve faaliyetleri dolayısıyla kapatılmışlardır: Milli Nizam Partisi (MNP), Huzur Partisi, Refah Partisi (RP), Fazilet Partisi (FP); partilerin kısa özgeçmişleri ve kapatma nedenleri hakkında bkz. Sahin, "*Case of Refah*…", ss. 298-312.

[1217] Türk tipi demokrasi modelinin kurumsallaştırılması üzerine ayrıntılı bir çalışma için bkz. M.Semih Gemalmaz, **The Institutionalisation Process of the Turkish Type of Democracy: A Politico-Juridical Analysis of Human Rights**, Kavram Publishing, İstanbul 1989.

Partilerin amaçlarının, ulaşılabilir olup olmaması sonuca etkili olmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı, anayasanın neye kapalı ya da açık olduğu sorunsalına bağlı olarak çözümlenebilir.[1218]

Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenen (Türkiye'nin hassas olduğu) noktalara dokunan her partinin kapatıldığı söylenebilir. Örneğin, Anayasada belirtilmiş olan Diyanet İşleri Başkanlığı'nın konumunu tartışan[1219] ya da Türkiye'de

---

[1218] Anayasanın neye kapalı neye açık olduğu tartışmaları, Türk doktrin ve uygulaması için temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bakımından oldukça önemlidir. Ne yazık bu tartışma Tanör'ün son derece yerinde olarak işaret ettiği gibi, gerçekte bir yanılgıdır. Zira ifade özgürlüğünün anayasaya uygun olarak kullanılması, aslında anayasanın kurmuş olduğu demokratik toplumun standartlarına uygun olarak kullanılması anlamına gelmektedir. Değilse, herkesin anayasanın kurmuş olduğu rejimi destekleyici söylemlerde bulunmasını zorunlu hale getirmemektedir. Aksinin kabulü, rejimi demokratik kılmadığı gibi, totaliter sistemlerin benimsemiş olduğu bir anlayışa götürür. Tanör'ün bu konudaki görüşleri için bkz. Tanör, **Siyasi Düşünce**, ss. 154–161.

[1219] AYM'ne göre, "Sosyalist Türkiye Partisi programında ulusal kurtuluş mücadelelerinin sosyalizmin yerleşip gelişmesinde etken olduğu ve partinin siyasal anlayışı doğrultusunda bu mücadelelerin desteklenmesi gerektiği, ulusal kurtuluş mücadeleleri içinde Kürt ulusal hareketinin önemli yere sahip olduğu ve Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi üzerindeki topraklarda kurtuluş mücadelesi verdiği ifade edilerek, ülkemizde başta Kürt ulusu olmak üzere ulusların bulunduğu, bunların dil ve kültürel yapılarını koruyup geliştirmelerinde, ayrılma dahil kendi geleceklerini belirlemede, her türlü olanağın sağlanarak yasalar ve toplumsal araçlarla güvenceye alınacağı, ulusal ve etnik kökenin ayrıcalık dışlanma ve ezilme nedeni olmayacağı, hiçbir dile ayrıcalık tanınmayacağı, Türk ve Kürt halklarının gönüllü birliğini temin için propaganda çalışmaları yapılacağı" açık edilmiş olmakla "Türkiye Cumhuriyeti ülkesinin toprakları üzerinde başta Kürt ulusu olmak üzere ulusların bulunduğu ve Kürt ulusunun bu topraklarda kurtuluş mücadelesi verdiği ifade edilerek özellikle yaşayan bir "Kürt ulusunun" varlığı açık ve seçik bir biçimde kabul edil[miştir]". Mahkeme'ye göre, "Bu nedenle ileriye sürülen görüş ve benimsenen ilkelere göre davalı Sosyalist Türkiye Partisi: *Anayasa'nın 3. maddesinin birinci fıkrasının "Türkiye Devleti ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir*. Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasının *Anayasada belirtilen hak ve hürriyetlerden hiçbiri devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak ...veya dil ...ayrımı yaratmak amacıyla kullanılamaz.* Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasının *siyasî partilerin tüzük ve programları, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne...aykırı olamaz;* 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nun dördüncü kısmında yeralan 78. maddesinin (a) bendinin *Siyasî Partiler...Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, ...dair hükümleri değiştirmek...dil ...ayrımı yaratmak...amacını güdemezler*; Aynı Kanun'un 81. maddesinin (a) ve (b) bendinin *Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde millî veya dinî kültür veya mezhep veya ırk veya dil farklılığına dayanan azınlıklar bulunduğunu ileri süremezler. Türk dilinden veya kültüründen başka dil ve kültürleri korumak, geliştirmek veya yaymak yoluyla Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde azınlıklar yaratarak millet bütünlüğünün bozulması amacını güdemezler, bu yolda faaliyette bulunamazlar; b*içimindeki buyurucu kurallarına aykırı davranmış bulunmaktadırlar." Bkz. **AMK, E. 1993/2, KT. 23/11/1993;** M. Sancar, AYM'nin Sosyalist Partinin kapatma kararı hakkında şu görüşleri dile getirmektedir: "*Özellikle 1982 Anayasası gibi, demokrasiyi temel tercih olarak içermesine rağmen, temel hak ve özgürlükler alanında bu tercihle bağdaşması olanaksız kısıtlamalar öngören anayasal karşısında bu ilkeyi [özgürlük lehine yorum ilkesini] kullanmak, anayasa yargısının günümüzdeki işlevinin bir gereğidir. ... Anayasa yargısı, yorum yoluyla temel hak ve özgürlüklerin etki olanaklarını optimal dereceye çıkarabilir. ... Anayasa Mahkemesi, Anayasanın arkasına saklanmak yerine, normun sosyal gerçeklik boyutunu dikkate alarak, Anayasadaki 'demokratiklik ilkesi'nin siyasal partiler, siyasal faaliyet ve düşünce özgürlüğüne ilişkin özüne uygun bir yorum yapmış olsaydı, bu kararda vardığının tam tersi, yani 'özgürlükçü' bir sonuca ulaşırdı. ... Anayasa Mahkemesi'nin, bu kararında demokrasi ilkesiyle uyumlu ve özgürlükçü bir yaklaşım içinde olmadığı açıktır. Mahkeme, katı pozitivist bir anlayışla, 82 Anayasasının temelinde yatan otoriter-yasakçı*

federalizmin uygulanabileceğine ilişkin görüş açıklamasında bulunan partiler kapatılmıştır.[1220] Diyanet İşleri Başkanlığı'nın konumu ile ilgili getirilen yasak da, federalizm tartışmaları ile ilgili getirilen yasak da şekli yasaklardır. Oktay Uygun, SPK'nun 89. maddesinde düzenlenen Diyanet İşleri Başkanlığının savunulamayacağına ilişkin yasağın, 1995 tarihli anayasa değişikiliği ile aşıldığını, bununla birlikte federalizm savunusuyla ilgili şekli yasağın sürdüğünü belirtmektedir. Aslında bir partinin ülke bütünlüğünü ve birliğini ya da demokrasi ve insan haklarını söz konusu şekli yasakların ötesinde savunmaları mümkündür. Söz konusu şekli yasakların AİHS sistemiyle bağdaşmadığının kanıtı ise, AİHM'nin (Türkiye'de kapatılan siyasal partilerin yapmış oldukları başvurular hakkında) vermiş olduğu kararlardır.[1221]

Türkiye'de Lozan Antlaşması tarafından belirlenmiş olan azınlık kavramının ötesinde azınlık tanımı yapan veya alt kimlik-üst kimlik tartışması yapan partilerin hukuk sistemi içerisinde yaşama hakkı bulunmadığı açıktır. Özellikle alt-üst kimlik tartışması konusunda Türk Anayasa Mahkemesinin siyasal partiler hakkında uygulamış olduğu yaptırımın, Yargıtay 8. Ceza Dairesi tarafından sıradan kişiler

---

iradeyi ön plana çıkarmış, hatta gerekçenin birçok yerinde bunun da ötesine geçmiştir." Bkz. Mithat Sancar, *"Sosyalist Parti'nin Kapatılması Kararı Üzerine Düşünceler"*, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 25, S. 4, Aralık 1992, ss. 178, 179.

[1220] Bkz. **AMK, E. 1979/1, K. 1980/1, KT 8/5//1980**.

[1221] Demokratik Barış Partisinin kapatma davasında, çoğunluk görüş AİHS Organlarının siyasal partilerin rejimiyle ilgili kararlarına genel bir göndermede bulunarak DBP'nin, herhangi bir biçimde şiddet savunusunda bulunmadığına dikkat çekmiş ve Sözleşme sistemiyle uygun bir sonuca varabilmiştir. Böylece Diyanet İşleri Başkanlığı'nın konumu ile ilgili şekli yasak, 1995 tarihli anayasa değişikliğinin ardından, Türk AYM tarafından, yasağın amacının Türkiye'de laik sistemi korumak olduğu noktası göz önünde bulundurularak aşılmıştır. Bu durumda laikliği savunan bir partinin aynı zamanda Diyanet İşleri Başkanlığı'nın konumuna karşı çıkması durumunda kapatılması söz konusu olmayacaktır. Söz konusun yasağın aşıldığı kararda azınlık görüş şekli yasağın sürdürülmesinden yana tavır alımıştır. Azınlık görüşüne göre, "Anayasa'da genel idare içinde varlığı öngörülen Diyanet İşleri Başkanlığı'nın görevlerini ortadan kaldırmak, onu Devlet Kurumu olmaktan çıkarmak, bu Kurum'un hukuksal varlığına son vermek, Kurum'un inanç sahiplerine veya dini gruplara bırakılmasını istemek ve bunları programlarıyla amaçlamak, siyasî partiler yönünden 2820 sayılı Yasa'nın 89. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenlerle, programının "inanç sorunları" başlıklı bölümü Anayasa'nın 136. ve Siyasî Partiler Yasası'nın 89. maddelerine aykırı bulunduğundan aynı Yasa'nın 101. maddesinin (a) bendi gereğince davalı Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin kapatılmasına karar verilmesi gerekir[di]." Bkz. **AMK E. 1996/3, K. 1997/3, KT. 22/05/1997**; Ne var ki, Uygun'un belirttiğine göre, federalizm savunusu konusundaki yasağın aşılması için uzun süre beklemek gerekecektir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Oktay Uygun, **Federal Devlet: Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye'de Uygulanabilirliği**, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2007, ss. 318 vd. (özellikle s. 324).

hakkında cezai yaptırım olarak da uygulanması[1222], Türk yargısının ne denli hassas olduğunu ortaya koymaktadır.[1223]

İfade özgürlüğünün, Anayasada (ya da daha açık biçimde başlangıç bölümünde) yazılı temel ilkelere uygun olarak kullanılabileceği biçiminde ifade edilen görüşün, kavramın tersinden hareketle, Anayasanın hangi tür ifadelere kapalı olduğu biçiminde bir algılama yanılgısı içerisinde olduğunu söylemeye gerek yoktur.[1224] Bütün demokrasilerde olduğu gibi, anayasanın bütün totaliter anlayışlara kapalı olduğu açıktır. Ancak, B. Tanör'ün de son derece yerinde olarak belirtmiş olduğu gibi, anayasanın totaliter rejimlere kapalı olması başka bir şeydir; totaliter görüş ve düşüncelerin demokratik bir toplumda savunulabilir olması ayrı şeydir.[1225]

Demokratik rejimler, kendisine düşman görüş ve düşünce açıklamalarına da izin vermeleri dolayısıyla totaliter rejimlerden ayrılırlar. Demokrasinin diğer bütün rejimler içerisinde en iyi rejim olduğu iddiası, soyut ve dayanaksız bir tezden ibaret değildir. Demokrasiyi haklılaştıran tüm argümanlar, rasyonel ve özerk bireyler

---

[1222] Yargıtay 8. Ceza Dairesinin Kaboğlu ve Oran hakkında vermiş olduğu kararında ortaya koymuş olduğu görüşler yukarıda, "*TCK 216. maddesi*"nin incelendiği yerde ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

[1223] Yasemin Özdek, Anayasa Mahkemesinin bir parti kapatma kararında açıklamış olduğu görüşleri hakkında şu değerlendirmeyi yapmaktadır: "*Anayasa Mahkemesi kararındaki eğilim, 'insan' haklarından çok, 'devlet'in haklarını korumaya yönelmiştir. Böylece anayasa yargısının siyasal iktidar karşısında temel hak ve özgürlükleri koruma işlevi tersine çevrilmiştir. Anayasaların tarihlerinden gelen siyasal işlevlerine uygun olarak iktidarın insan haklarını ihlal etme olanaklarını kısmak yerine 1982 Anayasasının otorite lehine yaptığı tercih, anayasa yargısında da benzer bir ters işlevle somutlaşıyor: Anayasa Mahkemesi, insan haklarının davada tartışma yeri olan kategorilerini, sözgelimi, kültürel kimlik hakkını, azınlık haklarını, halkların kendilerini belirleme hakkını hukuksal açıdan yeterince tartışmıyor, buna karşılık birçok kez 'devletin kendini koruma ve güçlendirme hakkı'nı vurguluyor. ... Anayasa Mahkemesinin kararında insan haklarını yorumlayışı, temel hak ve özgürlükleri genişleten, yaşatan bir tutum olmaktan ziyade daraltıcı bir nitelik taşımaktadır.*" Bkz. Özdek, "*Halkın Emek Partisi'nin…*", ss. 198, 203; Azınlıklar konusunun Türkiye'de siyasal partilerin yasaklanması rejiminin önemli sorunlarından biri olduğu konusunda ayrıca bkz. Naz Çavuşoğlu, "*Parti Yasaklaması Rejiminde Azınlıklar Problemi: Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerine Bir Not*", **İÜSBFD**, No. 10, Ocak 1995, özellikle ss. 36 vd.

[1224] Anayasanın neye kapalı neye açık olduğu konusunda yapılan tartışmalar, ifade özgürlüğü hakkının sınırlarının benimsenmesi bakımından bir dönem Türk doktrininde etkili olmuştur. Örneğin, Günal, Anayasa Mahkemesinin 765 Sayılı TCK'nın 141 ve 142. maddelerinin iptali hakkında açılan davada maddelerin Anayasaya aykırı olmadığı yönündeki kararını değerlendirirken şu görüşlere yer vermektedir: "Kanatimizce: maddenin komünizmi yasaklayan hükümlerinde anayasaya aykırı bir durumun olmadığı şüpheden azadedir. Fakat bizce, maddenin anayasaya aykırılığını gerektiren en önemli husus, bir ceza kaidesi olarak maddenin "kanunsuz suç olmaz" prensibini ihlal etmesi bakımındandır. Maddelerin kapsamı çok geniştir… ve maddeye bir "cebir ve şiddet" unsurunun ilavesiyle kesinlik kazandırılması lazımdır…Anayasanın cevaz verdiği ölçüde sosyalizmi tahakkuk ettirmek amacını güden partileri kurma ve bu amacın propagandasını yapma hallerinde ise, bu hükümlerin kapsamı dışında kalmaları bakımından Anayasaya aykırı olmadıklarına karar verilmiş olması da meseleyi halletmeye yeterli değildir." Bkz. Yılmaz Günal, "*Neye Kapalıdır*", **AÜSBFD**, C. XXII, No: 3, Eylül 1967, ss.229–245 (alıntı için, ss. 244–245).

[1225] Tanör'ün görüşleri için bkz. **Siyasi Düşünce**, ss. 154–161.

tarafından kavranabilir ve savunulabilir bir nitelik taşırlar. Bu nedenle de makul bir tartışma forumundan, demokrasinin diğer rejimler karşısında üstünlüğünü kanıtlaması doğal bir durumdur. İfade özgürlüğünün sınırlarının, ifade özgürlüğü tezleri dikkate alınmadan belirlenmesi, anayasanın neye kapalı olduğu ya da açık olduğu gibi ilgisiz tartışmaları doğurmakta ve ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki yeri ve önemi gözden kaçırılmaktadır.

AİHS organları, siyasal partilerin ifade özgürlüğünün sınırlarını belirlerken, Sözleşmenin neye kapalı neye açık olduğu sorunsalı üzerinden hareket etmekle birlikte, -Refah kararında olduğu gibi- bir partinin kapatılmasını haklılaştırabilecek tehlikenin boyutlarını ve gerçekliğini de dikkate almaktadır. Issacharoff'un da belirtmiş olduğu gibi, ABD ifade özgürlüğü rejimi, Dünyanın geriye kalan ifade özgürlüğü rejimlerinden ayrıdır. ABD'de siyasal partiler rejiminin genel ifade özgürlüğü rejimine bağlı olması, istisnai (exceptional) bir durumdur. Siyasal partilerin ifade özgürlüklerinin diğer demokrasi modellerinde özellikle belirli bir bakış açısı (totaliter doktrinleri savundukları vb) dolayısıyla sınırlandırılmış oldukları görülmektedir. Böyle bir sınırlamanın ABD Anayasasının Birinci Değişikliği çerçevesinde kabul edilmesine olanak yoktur. Ne var ki, diğer demokrasi modellerinde uygulanan sınırlamaların pratik nedenlerle demokrasinin sürdürülebilmesi bakımından gereklilikleri gözden kaçırılmamalıdır. Burada önemli olan uygulanan sınırlamanın niteliği (bir cezai yaptırım olmayıp idari/anayasal bir tasarruf niteliğinde oluşu) ve izlenen meşru amaçla (demokrasinin/temel hak ve özgürlüklerin korunması) orantılı biçimde en dar çerçevede tutulması sorunudur. Issacharoff'a göre Alman anayasa hukukunda bu çerçevenin sınırlarının başarılı biçimde çizilebilmiş olduğunu söylemek gerekir. Her ülkenin kendi hassas koşulları çerçevesinde çizmesi gereken bir çizgidir bu. Burada demokratik bir ikilemle karşı karşıya kalınmaktadır. Öncelikle böyle bir yetkinin ulusal makamlar tarafından kötüye kullanılmasının önüne nasıl geçilecektir? Bir siyasal görüş ya da düşüncenin örgütlenmesinin, demokrasi ya da temel hak ve özgürlükler için gerçekten açık ve yakın bir tehlike oluşturup oluşturmadığına kim (bürokratik elit ya da dominant siyasal güç mü) karar verecektir? Bu kararı alan organın, yetkisini kötüye kullanarak demokrasinin kendisinin yaşayabilmesi için gerekli olan muhalefeti ortadan kaldırmasının önüne nasıl geçilecektir? Issacharoff'a göre bu soruların yanıtını

vermek kolay değildir; bununla birlikte, biri usuli diğeri maddi iki çözüm önerisi getirilebilir. İlk olarak AİHM gibi uluslararası bir organın ülkelerin iç siyasal hesaplarından bağımsız olarak böyle bir denetimi icra etmesi mümkündür. Bu bakımdan da Kıta Avrupası içerisinde AİHM'nin denetimi sayesinde böyle bir kötüye kullanmanın önüne geçilebilir. Öte yandan bir partinin savunmuş olduğu görüş ve düşünceleri dolayısıyla demokrasi oyununun dışına atılmasını haklılaştırabilmek için, söz konusu partinin iktidara gelmesi durumunda aynı oyunun kurallarına göre gidip gitmeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Böyle bir araştırmanın sonucunda söz konusu partinin iktidara gelmesi halinde, demokratik süreci ortadan kaldırarak iktidarı kendi tekeline alacağı sonucuna varılması durumunda söz konusu sınırlamalar haklılaştırılabilecektir. Böyle bir değerlendirme sonrasında alınan kararla, demokrasi en az incinmeyle yoluna devam edebilecektir.[1226]

Sözleşmeye kapalı ifade kategorisi; Nasyonal Sosyalizm, Faşizm ve Siyasal İslam gibi totaliter düşünce ve görüşlerle sınırlı iken, Anayasaya kapalı ifade özgürlüğü kategorisinin oldukça geniş bir yelpazede yer alması da nicelik olarak iki sınırlama rejimi arasında büyük farklılıkların doğmasına neden olmaktadır. Gerçekte her iki durumda da, ifade özgürlüğü ve demokrasi bakımından ortaya çıkan paradokstan kurtuluşun olmadığı görülmektedir. Bunun tek çaresi siyasal partiler için uygulanan bu düalist ifade özgürlüğü anlayışını ortadan kaldırmak gibi görünmektedir. Bu da *kırılgan* olmayan, her bakımdan kendine güvenen güçlü bir demokrasiyle sağlanabilir.

[1226] Issacharoff, pek çok ülkede siyasal partiler rejimini incelediği makalesinde, diğer demokrasi modellerinde siyasal partilere uygulanan yaptırımların gerekli olabileceği kimi özel olgu ve olaylara dikkat çekmektedir. Bunlardan biri de Türkiye'de Refah partisinin kapatılması olayıdır. AİHM, partinin kapatılması davasını incelerken ABD hukukunda geçerli olan, "tehlikenin somut ve yakınlık derecesine" bağlı bir karar vermemiştir. Bununla birlikte aşırı uçta yer alan böyle bir partinin kapatılması, parti içerisinde yer alan ılımlı insanların demokratik sürecin işlemesine katkı sağlayabilecek yeni bir oluşum içerisine girmelerine neden olmuştur. Bu bir anlamda, demokrasinin ve özgürlüğün kendileri için ne denli değerli olabileceğini fark edememiş olan önemli bir kitlenin demokratik sürece katılmasını ve demokrasiyi benimsemelerini sağlamıştır. Benzeri bir örneği, Hindistan bakımından da inceleyen Issacharoff, her şeye rağmen yasaklamaların iyi sonuçlar doğuracağı konusunda kuşkucu olmak gerektiğini, bu türden polisiye yetkilerin kötüye kullanılmasının ampirik açıdan iç düşmanlardan demokrasi için daha tehlikeli olabileceğini belirtmektedir. Bkz. Issacharoff, "*Fragile Democracies",* ss**.** 1405–1467.

3) Kamu Hizmetine Giriş Hakkı Sorunu ve İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğü hakkı bakımından özellik gösteren konulardan biri de kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü sorunudur. Aslında kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü sorunu, siyasal partilerin ifade özgürlüğü sorunuyla pek çok açıdan benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü sorununun, siyasal partilerin durumunda olduğu gibi, demokratik bir ikilemin kaynağını oluşturmayacağını belirtmek gerekir. Bunun temel gerekçesi, kamu görevine giriş hakkının demokratik sistemin işleyişi ile bağlantısının, siyasal partilerin durumunun tersine zayıf olmasıdır. Ancak yine de kamu görevlilerinin (ya da adaylarının) ifade özgürlüğü hakkının, AİHS sistemi içerisinde önemli tartışma konularından birini oluşturması nedeniyle üzerinde durulması gerekir.

Bu konuyu önemli kılan, AİHM'nin kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü hakkı ile ilgili vermiş olduğu kararlardaki çelişik durumlardır. Mahkemeyi bu konuda çelişkiye sevk eden sorunsal, kamu hizmetine giriş hakkının (access to civil service) Sözleşme tarafından bir hak olarak tanınmamış olmasıdır. Bu durum karşısında Mahkeme, bir kamu görevlisinin (civil officer) açıklamış olduğu görüş ve düşüncelerin de ifade özgürlüğü kapsamında olduğuna kuşku yoktur. Sözleşmede yazılı bulunan, "herkes/everyone" ifadesi kamu görevlilerini kapsamaktadır.[1227] Ancak buradaki sorunun temelinde, bir kamu görevlisinin, açıklamış olduğu görüş ve düşüncelerinden dolayı görevden uzaklaştırılması ya da disiplin cezasına çarptırılması durumunda, söz konusu yaptırımın bir müdahale oluşturup oluşturmadığı problemi bulunmaktadır. Ne yazık ki Mahkeme, bu problem karşısında farklı olaylarda çelişkili sonuçlara varmıştır. Kimi kararlarında, kamu hizmetine giriş hakkının Sözleşme tarafından güvence altına alınmamış bir hak olduğu gerekçesiyle, ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahaleyi hakkın konusu (dolayısıyla da norm alanı) dışına taşıyarak karara bağlarken; kimi kararlarında aynı nitelikte bir olaydaki

[1227] Sözleşmede, hakkın öznesi olarak "herkes" ifadesi kullanılmış ve Mahkeme, çeşitli kararlarında asker kişilerin ya da tüzel kişilerin hakkın öznesi olabileceğini belirtmiştir. Kısacası, bir kimsenin kamu görevlisi olması o kişiyi, 10 uncu maddenin koruması dışında bırakmamaktadır. Bu konuda bkz. Gemalmaz, M.S./Gemalmaz, H.B., **Türkiye'de Bilgi Edinme**, ss. 209–210; Ayrıca bkz. Jayawickrama, Nihal, **The Judicial Application of Human Rights Law**, Cambridge University Press, UK 2002, ss. 641–647.

müdahaleyi, ifade özgürlüğü hakkının *norm alanı* içerisinde değerlendirmiş ve hakka yapılan müdahaleyi *sınırlama* ölçütleri ışığında yorumlayarak bir sonuca varmıştır.

Glasenapp v. Germany kararında[1228] Mahkeme, Alman makamları tarafından, işe girmeden çok önceleri Maocu Komünist bir topluluğa (commune) bağlı olarak faaliyetlerde bulunduğu gerekçesiyle işine son verilen bir kişinin durumunu incelemiştir. Bu olayda, Alman makamları, bayan Glasenapp'tan (başvurucu), Alman Komünist Partisini (KDP) desteklemediğini kanıtlamasını istemişlerdir. Başvurucunun böyle bir kanıtlamayı başaramaması üzerine öğretmenlik görevine son verilmiştir. İç hukuka göre yapmış olduğu başvurulardan sonuç alamayan Glasenapp, AİH Komisyonuna müracaat etmiştir. Komisyon, sekize karşı dokuz oy oranıyla bu olayda Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Komisyona göre, yerel makamlar tarafından, başvurucunun bir kamu görevlisi (ilköğretim okulu öğretmeni) olması dolayısıyla, sahip olduğu görüşlerin, eğitim verdiği çocuklar üzerinde nasıl bir etki (indoctrination) yarattığına ilişkin somut hiçbir veri ortaya konulmamıştır. Aksine yerel makamlar, başvurucunun belirli bir doktrinin ya da siyasal hareketin destekleyicisi olmasının Anayasaya bağlı olmadığının kanıtı olarak sunmuşlardır. Yerel makamların bu değerlendirmeleri, Sözleşmede güvenceye alınmış olan başvurucunun ifade özgürlüğü hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Özetle, Komisyona göre olay, yalnızca başvurucunun kamu hizmetine giriş hakkıyla ilgili olmayıp; aynı zamanda ifade özgürlüğü hakkına başvurucuyu kamu hizmetinden yoksun bırakmak yoluyla yapılan bir müdahaleyle ilgili olmaktadır.[1229]

Bunun üzerine Alman hükümeti davayı Mahkemeye taşımıştır. Bu olayda Mahkeme, kamu görevlilerinin de 10. maddenin koruması altında olduğunu belirttikten sonra, buradaki müdahalenin (interference), Sözleşmede tanımlanan nitelikte bir yaptırım olup olmadığını incelemiş ve söz konusu müdahalenin, Sözleşmede güvenceye alınmamış "kamu hizmetine giriş hakkı" ile ilgili olduğu sonucuna varmıştır.[1230] Mahkemeye göre konu, ifade özgürlüğü ile ilgili bir sorun

[1228] **Glasenapp v. Germany** (App. 4/1984/76/120), Judgment of 28 August 1986.
[1229] Komisyon kararı için bkz. **Glesenapp v. Federal Republic of Germany** (App. 9228/80), Report of the Commission, 11 May 1984, pr. 67–129.
[1230] Mahkeme bu görüşünü desteklerken, (1948) Evrensel Bildiride ve (1966) MSHS'de kamu hizmetine giriş hakkı açıkça düzenlenmiş olmasına karşın, AİHS ve protokollerinde böyle bir hakka yer verilmemiş olmasının taraf devletlerce bilinçli bir tercih olduğu görüşüne yaslanmıştır. Bkz. (AİHM'nin) anılan **Glasenapp v. Germany** kararı, özellikle pr. 48.

olmayıp; kamu hizmetine giriş hakkı ile ilgili bir sorunun tam kalbinde yatmaktadır. Kısacası, görüş ve düşüncelerinden dolayı işine son verilen bir kişinin özgürlüğüne yapılan bu müdahale Sözleşmede güvenceye alınmamış bir hakka ilişkin olduğunda, ifade özgürlüğü sorunu da bulunmamaktadır.[1231]

Glasenapp'la aynı tarihte verilen bir başka kararda *(Kosiek v. Germany)* Mahkemeye göre, (1948) Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ve (1966) MSHS'de kamu hizmetine giriş hakkı açık biçimde güvenceye alınmışken, AİHS ve protokollerinde bu hakka yer verilmemesinin bir unutkanlık eseri olduğu söylenemez; dolayısıyla da Sözleşmeyi yapanlar, bu hakkı bilinçli olarak Sözleşmenin kapsamı dışında tutmuşlardır.[1232]

Mahkeme, buradan yola çıkarak söz konusu hakka (Sözleşmede güvence altına alınmamış olan kamu hizmetlerine giriş hakkına) yapılan müdahalenin, Sözleşme kapsamında tanımlanmış olan anlamda bir *müdahale/interference* (formalite, koşul, sınırlama/restriction ya da yaptırım/penalty) oluşturmayacağı sonucuna varmıştır.[1233] Halbuki Mahkemeden önce aynı olayı değerlendiren Komisyon, başvurucunun kamu hizmetinden yoksun bırakılmasının nedeninin, sözkonusu eserlerde savunmuş olduğu görüş ve düşünceler olduğunu bizzat Alman mahkemelerinin kararlarına dayanarak belirlemiş; dolayısıyla da müdahalenin aslında başvurucunun Sözleşmede güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğü hakkına yapılmış olduğu sonucuna varmıştır.[1234]

Bay Kosiek'in (başvurucunun), göreve başlamadan önce yazmış olduğu eserlerde savunmuş olduğu görüşleri dolayısıyla görevine son verilmiştir. Bay Kosiek'in üniversitede öğretim üyesi olarak çalışıyor olmasını ve görevden uzaklaştırılmasına gerekçe yapılan eserlerini göreve atanmadan yazmış olduğunu Mahkeme tartışmaya gerek duymamıştır. Mahkemeye göre konu, Sözleşmede

---

[1231] (AİHM'nin) anılan **Glasenapp v. Germany** kararı, özellikle pr. 48–53; Bu konudaki tartışmalar için genel olarak bkz. Sahin, "*Case of Refah*…", ss. 351–367.
[1232] **Case of Kosiek v. Federal Republic of Germany** (App. 09704/82), Judgment of 28 August 1986, pr. 34, 35.
[1233] Anılan **Kosiek v. Germany** kararı, pr. 36, 39.
[1234] (AİH) Komisyonun görüşleri için bkz. **K. v. Federal Republic of Germany** (App. 9704/82), Report of The Commission, 11 May 1984, pr. 69,70.

güvence altına alınmamış olan *kamu hizmetlerine giriş hakkı* ile ilgilidir. Diğer konuları tartışmaya gerek yoktur.[1235]

Söz konusu kararlardan yaklaşık on yıl sonra Mahkeme, *Vogt v. Germany* kararında[1236], yukarıda sözü edilen iki kararla aynı özellikleri taşıyan bir olayı değerlendirmiştir. Karara konu olayda başvurucu Bayan Vogt, Komünist Partisi üyesi olduğu gerekçesiyle öğretmenlik görevinden uzaklaştırılmıştır. Bayan Vogt'un Alman Federal Anayasa Mahkemesine yapmış olduğu başvuru üzerine Federal Anayasa Mahkemesi, kapatılan Komünist partisi kararına gönderme yaparak, komünist faaliyetlerin devletin siyasal ve anayasal sistemini (proletarya diktatörlüğü yoluyla) değiştirmeyi amaçladığını, böyle bir parti üyeliğinin kamu görevlilerinin Anayasaya bağlılıklarını kuşkulu hale getireceğinin açık olduğunu belirtmiş ve başvuruyu reddetmiştir. Bunun üzerine Bayan Vogt, AİH Komisyonuna başvurmuş; Komisyon, bir oya karşı on üç oyla Sözleşmenin 10 ve 11. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.[1237] Hükümet, Komisyonun kararını Mahkemeye taşımış; Mahkeme vermiş olduğu kararında, öncelikle buradaki olayın Glasenapp ve Kosiek kararlarına konu olaylardan ayrı tutulması gerektiğini; zira diğer iki kararda devlet makamlarının, bu kişiler hakkında, kamu görevinin gerektirdiği bir takım koşulları taşımadıkları gerekçesiyle kamu hizmetine girişlerinin reddedilmiş olduğunu; dolayısıyla da bu iki olayda konunun, kamu hizmetine giriş hakkı çerçevesinde çözümlenmiş olduğunu belirtmiştir.[1238] Mahkemeye göre, bu olayda Devlet, yapmış olduğu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu konusunda ikna edici kanıtlar sunamamıştır. Böylece Bayan Vogt'un görevinden uzaklaştırılması, onun 10 ve 11. maddelerde güvenceye alınmış olan haklarını ihlal etmiştir.[1239]

Mahkemenin Vogt kararını diğer iki karardan ayırmaya çalışması gerçekten dramatik bir durumdur. Öyle ki bu çelişki, yargıçlar Gotchev tarafından karşı oy yazısında ve yargıç Jambrek tarafından yazılan katılım yazılarında ortaya

---

[1235] Anılan **Kosiek v. Germany** kararı, pr. 38, 39.
[1236] **Vogt v. Germany** (App. 17851/91), Judgment of 26 September 1995.
[1237] Görevin niteliği ile ilgili bir ayırım yapan Komisyonun, başvurucunun DKP (Alman Komünist Partisi) üyeliğinden dolayı kamu hizmetinden yoksun bırakılmasının, başvurucunun ifade ve örgütlenme özgürlüğüne, demokratik bir toplumda haklılaştırılamayacak nitelikte orantısız bir müdahale oluşturduğu sonucuna vardığı kararı için bkz. **Vogt v. Germany** (App. 17851/91), Report of the Commission, 30 November 1993), özellikle pr. 88–93.
[1238] (AİHM'in) Anılan **Vogt v. Germany** kararı, pr. 44.
[1239] (AİHM'in) Anılan **Vogt v. Germany** kararı, pr. 60, 61, 67, 68.

konulmuştur. Ne var ki, yargıç Gotchev, önceki iki kararda varılan sonucu yerinde görmekte ve "kamu hizmetine giriş hakkı" diye bir hakkın Sözleşme tarafından güvence altına alınmadığı gerekçesiyle bu olayda da diğer iki olayda olduğu gibi karar verilmesi gerektiğini; yani herhangi bir ihlalin bulunmadığı yönünde karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır.[1240]

Halbuki yargıç Jambrek son derece mantıklı ve sağlam bir gerekçeyle, karara katılım yazısında (concurring opinion) şu görüşlere yer vermiştir:

> *Kararda varılan sonucun Mahkemenin bugüne kadarki yerleşik içtihatlarından, özellikle de başka diğerleriyle birlikte (inter alia) Kosiek'te ortaya konulan içtihadından bir dönüş (departure) olduğunun farkında olarak, bu olayda 10. maddenin uygulanacağı konusunda çoğunluk görüşüne katılıyorum. Buradaki katılım yazısı aracılığıyla, çoğunluk görüşünün karara konu olayı, Glasenapp ve Kosiek kararlarına konu olaylardan ayırma gerekçelerine katılmadığımı açıklamak istiyorum. Benim kanaatime göre, Mahkeme bu karardaki olguları diğer kararlardaki olgulardan ayırmaya çalışmak yerine, tutarlı bir tutum içerisinde (in a straightforward manner) Kosiek ve Vogt kararlarının verildiği zaman diliminde yargısal siyasada (judicial policy) bir değişiklik olduğunu belirtmiş olsaydı çok daha uygun olurdu.*[1241]

Yargıç Jambrek'in sözlerine katılmamak mümkün değildir. Karara konu olayların hepsinde de başvuruculara aynı türden bir yaptırım (kamu hizmetinden uzaklaştırma) uygulanmıştır. Uygulanan bu yaptırımların nedeni olarak, başvuruculara benimsemiş oldukları ya da açıklamış oldukları görüş ve düşünceler gösterilmiştir. Mahkemenin, diğer iki olayda da yapması gereken, başvuruculara uygulanan yaptırımların, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını tartışmak olmalıydı. Bu yaptırımların, 10. maddenin ikinci fıkrasında yazılı bulunan nedenlerle haklılaştırılması da mümkün olabilirdi. Ancak bu haklılaştırmanın, olaya konu kamu hizmetinin niteliği tartışılarak yapılması gerekecekti. *Leander v. Sweden* kararında[1242] Mahkeme aslında böyle bir tartışmayı yapmış; ne var ki başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ulusal güvenlik açısından demokratik bir

[1240] (AİHM'in) Anılan **Vogt v. Germany** kararında Yargıç Gotchev tarafından yazılan karşı oy yazısı.
[1241] (AİHM'in) Anılan **Vogt v. Germany** kararında Yargıç Jambrek tarafından yazılan katılım yazısı.
[1242] **Case of Leander v. Sweden** (App. 9248/81), Judgment of 26 March 1987, özellikle pr. 71–73.

toplumda haklılaştırılabileceğini belirttikten sonra; yine konuyu kamu hizmetine giriş hakkının Sözleşmede güvence altına alınmamış olduğu noktasına getirmiştir.[1243]

Buradaki tartışmanın özünde, kamu hizmetine girişin Sözleşme bakımından bir hak mı yoksa ayrıcalık mı olduğu ile iç hukuk düzenleri tarafından kamu hizmetine girişin bir hak mı yoksa ayrıcalık olarak mı düzenlenmiş olduğu konusu yatmaktadır. Böyle bir hakkın Sözleşme tarafından güvenceye alınmamış olduğu tartışmaya yer bırakmayacak ölçüde açıktır. Kural olarak, bir kimsenin kamu hizmetinden yoksun bırakıldığı gerekçesiyle Sözleşme çerçevesinde bir hak talep etmesi söz konusu değildir. Ancak bu madalyonun bir yüzüdür. Sözleşme tarafından garanti altına alınmış olan bir hakka yapılan müdahale, kamu hizmetinden yoksun bırakma biçiminde ortaya çıkmışsa durum farklıdır. Burada öncelikle iki olasılığın dikkate alınması gerekir.

Birinci olasılıkta, kamu hizmetine giriş, iç hukuk tarafından bir ayrıcalık (privilege) olarak düzenlenmiştir. İkinci olasılıkta ise kamu hizmetine giriş bir hak (right) olarak düzenlenmiştir.

Kamu hizmetine girişin iç hukuk tarafından bir ayrıcalık olarak düzenlendiği birinci olasılıkta, kişinin bu savını Strasbourg Mahkemesi önünde temellendirmesi olanaksızdır. Zira burada, kişinin Sözleşme tarafından korunan hakkına yapılan müdahale, Sözleşmede tanımlanan nitelikte bir formalite ya da yaptırım niteliğinde olmayacaktır. Bunu şöyle bir örnekle açıklamak mümkündür: Nobel ödüllü yazarımız Orhan Pamuk'a, eserlerinde savunmuş olduğu görüş ve düşüncelerinden dolayı yazar ve sanatçılara verilen bir nişanın verilmediğini varsayalım; bu durumda Pamuk'un Türkiye'yi Strasbourg Mahkemesi önünde 10. maddeye dayanarak dava etmesi mümkün olmayacaktır. Zira, burada Pamuk'un ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahale (Devlet Nişanından mahrum bırakma), Sözleşmede tanımlanan anlamda bir müdahale oluşturmayacaktır. Bunun tek nedeni de, böyle bir nişanı almanın bir hak niteliğinde olmayıp bir ayrıcalık niteliğinde olmasıdır.

Kamu hizmetine girişin iç hukuk tarafından bir hak olarak düzenlendiği ikinci varsayımda ise durum tamamen farklıdır. Görüş ve düşüncelerinden dolayı kamu görevinden yoksun bırakılan bir kişinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahale,

[1243] Tartışmalarla ilgili olarak ayrıca bkz. bkz. Sahin, "*Case of Refah*…", ss. 357 vd.

Sözleşmede tanımlanan müdahale kavramıyla uyuşacaktır. Burada kişinin, bir ayrıcalıktan değil; bir haktan yoksun bırakılması söz konusudur. Böyle bir anolojiyi, Kosiek kararında Yargıç A. Spielmann tarafından yazılan karşı oy yazısında görmekteyiz. Spielmann şu örneksemeyi kullanmaktadır:

> *En uçta bir örneğe bakalım: Çoğunluk görüşünün gerekçeleri, milliyet, yaş, sağlık,... gibi kamu hizmetine giriş koşullarının tümünü sağlayan bir adayı, Devletin ırk, renk ve din gibi belirli kriterlere uymadığı için reddedebilme hakkını vermektedir. Böyle bir durumun, Avrupa Konseyine üye devletlerin hiçbiri bakımından kabul edilemez olduğunda bir kuşku yoktur.*[1244]

Spielmann'ın kullanmış olduğu örnekseme doğrusu son derece mantıklıdır. Daha uçta bir örnek olarak, başbakana hakaret ettiği ileri sürülen bir kişinin aleyhinde açılan tazminat davasında oldukça yüksek bir miktarı ödemeye mahkum edildiğini düşünelim. Böyle bir durumun söz konusu olduğu ülkenin de mülkiyet hakkını düzenleyen Sözleşme protokolünü onaylamamış olduğunu varsayalım. Bu durumda, söz konusu kişinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin niteliği itibariyle mülkiyet hakkının merkezinde yer aldığını söylemeye gerek yoktur. Çoğunluk görüşünün savunmuş olduğu gerekçelere, mülkiyet hakkını düzenleyen protokolü onaylamaktan kaçınmış olan devlet aleyhine böyle bir başvuru yapıldığında, kişinin ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin (söz konusu devlet bakımından) Sözleşmede güvence altına alınmamış bir hakka ilişkin olduğu söylenebilecektir. Bu örnekte, mülkiyet hakkının Sözleşmede hiç yer almamış olma olasılığı da düşünülerek çoğunluk görüşünün gerekçeleri daha iyi analiz edilebilir.

BM İnsan Hakları Komitesi *Ross v. Canada* kararında[1245], bir kamu görevlisinin açıklamış olduğu düşüncesinden dolayı konumunun olumsuz olarak değiştirilmesini, ifade özgürlüğü hakkına yapılan bir müdahale olarak görmüştür. Şikâyete bir öğretmenin öğretim faaliyeti dışında yazmış olduğu bir takım kitap ve makalelerde savunduğu anti-semitist görüşlerinden dolayı, bir hafta ücretsiz izinle birlikte, öğretim faaliyeti dışında göreve atanması konu olmuştur. Kanada hükümeti,

---

[1244] Spielmann'ın (kısmi/partly) karşı oy yazısı için bkz. (AİHM'nin) **Kosiek v. Germany** (App. 09704/82), Judgment of 28 August 1986 kararı.

[1245] **Ross v. Canada**, Communication No. 736/1997, 18 October 2000, UN doc. Gaor, A/56/40 Vol. II, ss. 72–75 kararı için bkz. http://www.bayefsky.com/pdf/165_canada736.pdf

yapılan atamanın hakka bir müdahale oluşturmayacağını ileri sürmüştür. Ne var ki, Komiteye göre bir öğretmenin, savunmuş olduğu görüş ve düşüncelerinden ötürü, öğretim faaliyetinden alınarak başka bir konuma atanması, ifade özgürlüğüne (sınırlama niteliğinde) bir müdahale oluşturur. Çünkü bir kişinin öğretici konumundan alınarak başka bir göreve atanması, kişi için parasal açıdan hiçbir olumsuz durum ortaya çıkarmamış olsa bile, böyle bir görev değişikliğinin ifade özgürlüğü hakkına yönelik olumsuz etkileri olduğunda kuşku yoktur.[1246]

MSHS'nin 25. maddesinin (c) bendindeki (kamu hizmetine giriş hakkının yer aldığı) düzenlemenin Komitenin bu sonuca ulaşmasında önemli bir dayanak sağladığı ileri sürülebilir. Ne var ki kararda başvurucu, kamu hizmetine giriş hakkının ihlal edildiğine yönelik hiçbir iddiada bulunmamıştır. Komite de kararında, kamu hizmetine giriş hakkıyla ilgili bir değerlendirme yapmamıştır. Komitenin üzerinde durduğu konu, kişinin görüş ve düşüncelerinden dolayı görevinin değiştirilmesinin ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale oluşturup oluşturmayacağı noktasındadır. Komiteye göre bir müdahale, aynen bu olayda olduğu gibi, doğrudan hakka yönelik bir sınırlama niteliğinde olabilir. Bunu kabul ettikten sonra yapılan müdahalenin sınırlama koşullarına uygunluğu incelenmelidir.[1247]

Bu konuda daha açık bir karar, Inter-American İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilmiştir. Mahkeme, Ivcher Bronstein v. Peru kararında, Peru'da Kanal 2 isimli bir televizyon kanalının yönetim kurulu başkanlığını yürüten, İsrail kökenli Peru vatandaşı olan Bay Ivcher'in vatandaşlıktan çıkarılması olayını ifade özgürlüğü hakkı bağlamında incelemiştir. Mahkemeye göre, Bay Ivcher'in vatandaşlıktan çıkarılmasının temelinde, yönetmiş olduğu TV kanalının yayın politikalarından duyulan rahatsızlık yatmaktadır. Bay Ivcher'in vatandaşlıktan çıkarılarak TV kanalındaki payının askıya alınmasının ardından, bir takım gazeteciler kanaldan atılmış ve kanalın yayın politikalarında önemli değişiklikler yapılmıştır. Gelişen olaylar teyit etmektedir ki, Bay Ivcher'in vatandaşlıktan atılmasının temelinde, onun

[1246] Anılan **Ross. v. Canada** vakası, özellikle pr. 10.1–11.1
[1247] Anılan **Ross. v. Canada** vakası, özellikle pr. 11.2–11.6.

görüş ve düşünceleri doğrultusunda izlemiş olduğu yayın politikası yatmaktadır. Bu bağlamda, ifade özgürlüğü hakkı ihlal edilmiştir Mahkemeye göre.[1248]

AİHM'nin aynı doğrultuda bir tutum izlemesi beklenirdi. Mahkemenin, konuyu *hak* ve *ayrıcalık* ayırımı çerçevesinde çözümlemesi yerinde olabilirdi. Benzeri gelişmelerin ABD Yüksek Mahkemesinin içtihatları içinde olduğu görülmektedir. Mahkemenin, kamu görevinin niteliğine ilişkin olarak yapmış olduğu tartışmaların kökeni 19. yüzyılın sonlarına kadar uzanmaktadır. Yargıç Holmes'ün, *McAuliffe v. New Bedford* kararında söylediği sözler, ABD hukuk sistemi içerisinde yarım asırdan fazla bir dönemde ciddi tartışmaların odağında kalmıştır. Holmes bu kararda, "bir kimsenin Anayasaya göre siyaset konuşma hakkı vardır; ancak bu kimsenin polis olma hakkının bulunduğundan söz edilemez." biçimindeki sözleri, 1950'li yılların sonlarına gelinceye kadar, kamu hizmetine girişin bir *ayrıcalık* olarak yorumlanmasına neden olmuştur. Söz konusu gerekçelerle, AİHM'nin Glasenapp ve Kosiek kararlarında varmış olduğu sonuçlara ABD mahkemeleri tarafından varılmıştır. *Adler v. Board of Education City of New York* kararında[1249], çoğunluk görüşü, Kosiek ve Glasenapp kararlarında varılan sonuçlarla neredeyse aynı sonuçlara varmıştı. Bu karara karşı oy yazan yargıçlar, Black, Frankfurter ve Douglas, AİHM yargıcı Jambrek tarafından Vogt kararında yazılmış olan karşı oy yazısıyla neredeyse aynı gerekçeleri savunmaktaydı. Örneğin yargıç Black'e göre, çoğunluk görüşünün gerekçeleri, bir kişinin kamu hizmetine/görevine girmekle, temel haklarından (civil rights/medeni haklarından) vazgeçtiğini düşünmek anlamına geliyordu. Aslında bu sonuç, ABD Yüksek Mahkemesi Yargıcı Sutherland'ın belirttiği gibi, medeni hakları/temel hakları (civil rights) doğrudan eylem ve düzenlemelerle sınırlamasına izin verilmeyen devletin, aynı sonucu dolaylı yollarla gerçekleştirmesine izin vermek demekti.[1250]

[1248] I-A Court HR, **Ivcher Bronstein Case v. Peru**, Judgment of February 6, 2001, Series C, No.74; Bu kararın bir özeti için bkz. **Unpublished U.N. Doc. on Human Rights in the Administration of Justice**: A Manuel on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, ss. 572–573.

[1249] **Adler v. New York City Board of Educatin**, 342 U.S. 485 (1952); Kararla ilgili yorumlar için ayrıca bkz. Sahin, "*Case of Refah*…", s. 360.

[1250] Yargıç Sutherland tarafından 1926 yılında **Frost & Frost Trucking Co. v. Railroad Comm'n**, 271 U.S. 583 (1926) kararında açıklanan bu görüşlerin bir değerlendirmesi için bkz. William Alstyne, W. V., "*The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law*", **Harv. L. Rev.,** Vol. 81, s. 1439; Makaleye ayrıca internet üzerinden de ulaşılmaktadır: http://www.constitution.org/cmt/right-privilege.htm (Çevrimiçi) 04/05/2007.

Ne var ki bu anlayış, 1960'lı yıllara varıldığında Yüksek Mahkeme tarafından terkedilmiştir. Kamu görevlilerinin çeşitli biçimlerde yapmaları öngörülen bağlılık (loyalty) yeminleri demokratik sistemle bağdaşmaz kabul edilmiştir.[1251] Yüksek Mahkeme, *Elfbrandt v. Russel* kararında[1252], komünist partisine ya da rejimi yıkmayı amaçlayan başka bir partiye bilerek üye olan kamu görevlilerinin işlerine son verileceğini düzenleyen Arizona yasası hükmünü Anayasaya aykırı bulmuştur. Arizona'da, anayasaya bağlılık yemini eden kamu görevlilerinin komünist partisine ya da (hükümeti/rejimi devirmeyen hedefleyen başka bir partiye) üye olanlar hakkında yalan yere yemin etmekten dolayı soruşturma açılmakta ve işlerine son verilmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre böyle bir yemini düzenleyen yasa hükmü, oldukça muğlâk bir düzenlemedir. Yasada, söz konusu faaliyetleri yapanların özel kastının ve bu faaliyetleri sürdürme iradelerinin varlığı bir koşul olarak belirtilmiş değildir; dolayısıyla da yasa, Anayasanın Birinci Değişikliğine aykırıdır.[1253]

Mahkemenin *Keyishian v. Board of Regents* kararı, özellikle akademik özgürlüklere yaptığı vurgu açısından önem taşımaktadır. Mahkemeye göre eğitim ve öğretim kadrosunun demokrasi içerisinde yerine getirdiği rol yaşamsal önemdedir.

> *Geleceğin nesillerini, at gözlüğü takmaya zorlanan kolej ve üniversitelerin öğretim kadrosuna emanet etmenin ulusu nasıl bir tehlikeye atabileceği ortadadır. Eğitimin hiçbir alanı yeni bir keşfin yapılamayacağı biçimde insanoğlu tarafından kuşatılmış değildir. Sosyal bilimler alanında mutlak kabul edilen bilgi -böyle bir şey varsa eğer- pek enderdir. Akademik faaliyetler, kuşku ve güvensizlik psikolojisi içerisinde gelişip süremez. Öğretmenler ve öğrenciler, bilgi ve düşünceleri sürekli olarak sorgulayacaklar ve böylece yeni bir olgunluk aşaması kaydedeceklerdir; aksi takdirde, medeniyetimiz durağanlaşacak ve ölecektir.*[1254]

Mahkeme bu kararında ortaya koymuş olduğu görüşlerini daha sonraki kararlarında da sürdürmüştür. Mahkemenin burada gerçekliğe dayanan bir argümanı

[1251] ABD Yüksek Mahkemesi tarafından kamu görevlilerinin anayasaya ya da devlete bağlılıklarını ortaya koymaları için bir takım yeminler öngören düzenlemelerin değerlendirildiği ve Anayasaya aykırılık sonucuna varılıdığı şu kararlara bakılabilir. **Shelton v. Tucker**, 364 U.S. 479 (1960); **Baggett v. Bullitt**, 377 U.S. 360 (1964); **Wieman v. Updegraff**, 344 U.S. 183 (1952); **Keyishian v. Board of Regents**, 385 U.S. 589 (1967). Bu kararların kısa birer özetleri ve yorumları için ayrıca bkz. Nowak/Rotunda, **Constitutional Law**, Sixth ed., St. Paul, USA 2000, ss. 1203–1223.

[1252] **Elbrandt v. Russell**, 384 U.S. 11 (1966).

[1253] Anılan **Elbrandt v. Russell**, kararı.

[1254] **Keyishian v. Board of Regents**, 385 U.S. 589 (1967).

kullanmış olması ilginçtir. Gerçekten de bu argümanın en etkin biçimde kullanılması gereken alan, bilimsel çalışma özgürlüğü ya da genel olarak akademik özgürlükler alanı olmalıdır. Mahkeme bu durumu çok iyi tespit etmiştir. Sadakat (loyalty) yeminleri, klasik demokrasi anlayışının birey anlayışıyla taban tabana zıttır. R. Dahl'a göre bu türden bağlılıklar, bugün artık rasyonel tartışmalara kapalıdırlar. Bir kişinin toplumuna olan bağlılığı (loyalty), kendi uslamlamasına dayanarak çıkarsamış olduğu ilkelere olan bağlılığıyla uyuştuğu zaman bir anlam ifade eder.[1255] Mahkeme, özellikle akademik camiaya uygulanan bağlılık yeminlerinin demokrasiyi ve medeniyeti ciddi biçimde tehdit ettiği sonucuna varmıştır.

Mahkemenin bu görüşlerinin her türden kamu görevi için geçerli olmadığını belirtmek gerekir. Mahkeme, kamu görevinin niteliklerine bağlı, yüksek düzeyli ve alt düzeyli olarak ikili bir ayırım yapmaktadır.[1256] Yüksek düzeyli kamu görevlisi kavramı içerisinde, Başkanın (Eyaletlerde valinin) birinci dereceden çalıştığı kişiler örnek gösterilmektedir. İlginçtir ki Yüksek Mahkeme, Başkanı ya da üst düzey kamu görevlilerini soruşturmak üzere Kongre tarafından özel olarak atanan "bağımsız savcı"lık makamının alt düzey kamu görevi olduğuna karar vermiştir. Bu yüzden de bağımsız savcının görevden alınabilmesi, hukuki esas ve usullere uygun olarak (due process of law), yeterli gerekçeyle olanaklı olabilir.[1257]

Mahkeme, kamu hizmetine giriş hakkı kavramını yalnızca memurlar bakımından değil; sözleşmeli çalışanlara, hatta devletle bir sözleşme çerçevesinde iş yapan şirketlere kadar genişletmiştir.[1258] Denilebilir ki, Mahkemenin genel doktrini içerisinde belirlemiş olduğu sıkı inceleme ilkesi burada da geçerli olmaktadır. Başka

---

[1255] Robert A. Dahl, **Dilemmas of Pluralist Democracy, Autonomy vs. Control**, Yale University Press, USA 1982, s. 96.

[1256] Bu konuda şu kararlara bakılabilir: **Branti v. Finkel**, 445 U.S. 507 (1980); **Rutan v. Republican Party of Illinois**, 497 U.S. 62 (1990); AİHM yargıcı Spielmann, Kosiek kararında yazmış olduğu karşı oy yazısında, AİHM'nin tartışma konusu olan kamu hizmetinin niteliklerini dikkate alarak bir ayırım yapması gerektiğinden söz etmektedir. Spielmann'a göre, başvurucunun (Kosiek) yapmış olduğu akademik görev, devletin hassas olmasını gerektirecek hiçbir nitelik taşımamaktadır. Dolayısıyla da Kosiek'in düşünce ve görüşlerinden dolayı işine son verilmesini demokratik bir toplumda haklılaştırmaya imkân bulunmamaktadır. Spielmann'ın bu görüşlerinin ABD Yüksek Mahkemesinin görüşleriyle örtüştüğü açıktır. Spiellmann'ın görüşleri için bkz. (AİHM'nin) anılan **Kosiek v. Germany** (App. 09704/82), Judgment of 28 August 1986 kararındaki karşı oy yazısı.

[1257] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Şahin, **Yasamanın Yürütme ve Yargı Üzerindeki Kılıcı-Impeachment**, Beta Yayını, İstanbul 2001, ss. 79 vd.

[1258] **O'Hare Truck Service v. Northlake**, 518 U.S. 712 (1996).

bir anlatımla, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin niteliği ne olursa olsun, müdahalenin haklılaştırılması sıkı bir incelemeye tabi tutulmaktadır.

Müdahale kavramının, yargısal makamlar tarafından geniş bir çerçevede anlaşılması sorununu Amerikalı ünlü anayasa hukukçusu C. L. Black, yaklaşık yarım asır önce şu sözlerle ifade etmiştir:

> *İfade özgürlüğünün kısıtlanmasının yasaklanması, onun uygulanması [hakkın icrası] üzerine sevimsiz/istenmeyen her türden sonucu doğurabilecek yaptırımın yasaklanması demektir. Bu türden sonuçların yasaklanması demek yalnızca hürriyeti bağlayıcı bir cezanın ya da para cezasının uygulanması demek değil de aynı zamanda, (söz gelimi) kamu görevine uygunluk veya bir meslekten çıkarılmayı da içine aldığı kabul ediliyorsa, burada "kısıtlama/abridge" ibaresinin geniş olarak yorumlanması söz konusu olmaktadır.*[1259]

Denilebilir ki bugün Yüksek Mahkeme, müdahale kavramını belirlemek için Black'in belirttiği geniş yorumu esas almaktadır. Buna karşılık AİHM, kamu görevine giriş söz konusu olduğunda çekingen bir tavır sergilemektedir. Mahkemenin, özellikle kamu görevinin niteliğine bağlı olarak bir ayırım yapması, bu konudaki çelişik durumu ortadan kaldırmaya yardımcı olabilir. İkinci olarak, *hak* ve *ayrıcalık* ayırımı Mahkeme'ye önemli bir ölçüt sağlayabilecektir. *Hak* ve *ayrıcalık* ayırımını, düşük düzeyli ve yüksek düzeyli kamu görevleri bakımından olduğu kadar, adil yargılanma hakkı kapsamında vermiş olduğu, *Pellegrin v. France* ve *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* kararlarında olduğu gibi, fonksiyonel bir ayırıma bağlı olarak yapması, Mahkemenin bu konuda kolaylıkla tutarlı bir çizgi izlemesini sağlayabilir.[1260]

[1259] Charles L. Black, **The People and The Court**, The Macmillian Company Press, New York 1960, s. 112.

[1260] Adil yargılanma hakkıyla ilgili olarak yapılan başvurularda da benzeri sorunların ortaya çıktığını belirtmek gerekir. Gerek Mahkeme gerekse Komisyon, kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili olarak devletin müdahalelerine karşı adil yargılanma hakkı kapsamında yapmış oldukları başvurularda uzun süre net bir bakış açısı ortaya koyamamıştır. 1999 tarihli Pellegrin kararında Mahkeme, "devletler ile onların kamu görevlileri arasındaki bu belirsizliğe bir son vermek" istediğini belirtmektedir. Bu kararda AİHM, AET (EEC) Komisyonunun kamu görevlileri hakkında yapmış olduğu kategorik ayırıma gönderme yapmıştır. Buna göre, silahlı kuvvetler, polis, yargı, diplomatik görevler vs. gibi devletin genel çıkarlarının korunmasını gerektiren bir takım görevlerle ilgili yükümlülüklerin ve müdahale sınırlarının belirlenmesinde devletlerin mutlak egemenlik hakları söz konusudur. Bunun dışında, kamu hizmetinin genel olarak yerine getirilmesi ile ilgili kamu sağlığı ya da eğitim sektörü çalışanları gibi kamu görevlilerinin görevlerine yönelik müdahaleler adil yargılanma hakkının

Öte yandan, Devletin müdahale ettiği görev alanı, devletin genel çıkarlarını koruma bakımından özellik gösteren bir niteliğe sahipse, yapılan müdahalenin sınırlama rejimi içerisinde haklılaştırılması pekala olanaklıdır. Nihayet müdahalenin devletin egemenlik hakkı içerisinde korunması gereken bir alanda kaldığı durumlarda haklılaştırılması söz konusu olabilir. Örneğin, büyükelçilik görevini yürüten bir kişinin açıklamış olduğu görüş ve kanaatlerinden dolayı görevden alınması durumunda, yapılan müdahalenin devletin egemenlik hakkı kapsamında kaldığı söylenebilir. Bununla birlikte, devlet üniversitesinde görev yapan bir öğretim elamanının açıklamış olduğu düşünce ve kanaatlerinden dolayı görevinden alınması ya da göreviyle ilgili bir yaptırıma maruz kalması durumunda, yapılan müdahalenin bir sınırlama niteliğinde olduğunun kabul edilmesi ve sınırlamayı haklılaştıracak nedenlerin araştırılması gerekir. Bu bağlamda sorunun çözümü, söz konusu görevin her somut olayda niteliğinin belirlenmesini gerektirmektedir. Aslında bu türden değerlendirmelerin geçmişte AİH Komisyonu tarafından yapıldığını söylemek gerekir.[1261] Mahkemenin ise bu yönde bir adımı, Pellegrin ve Eskelinen kararlarında atmış olduğu söylenebilir.[1262]

---

kapsamında kalmaktadır. AİHM, Pellegrin kararında varmış olduğu bu sonuçlardan yakın tarihli bir kararında (2007 tarihli Eskelinen kararı) açıkça vazgeçmiş görünmektedir. Mahkemeye göre kamu hizmetinin fonksiyonlarına göre yapılan kategorik ayırım, Sözleşmenin 6 ıncı maddesinin kamu görevlilerinin durumuna uygulanması bakımından yeterli ölçütü vermemektedir ve dolayısıyla da bu kriterin geliştirilmesi gerekir. Mevcut davada başvurucular, içişleri bakanlığında görevli polis memurları ve bir de idari personelden oluşmaktadır. Ne var ki olayın niteliği başvurucular arasında bir ayırım yapılmasını hiçbir biçimde haklılaştırmamaktadır. İdari personel de polis memurları gibi görev yerlerinin değiştirilmesinden dolayı uğradıkları maddi zararın devlet tarafından karşılanmadığını; buna karşılık başlatmış oldukları yargı sürecinin Sözleşmenin 6. maddesinde güvenceye alınmış bulunan adil yargılanma haklarına uygun olarak yürütülmemiş olduğunu ileri sürmektedirler. İç hukukta yürütülen yargılamalarda, başvurucuların konumlarının devlet fonksiyonun yürütülmesi bakımından Sözleşmenin koruması dışına çıkarılabilecek bir özelliği bulunduğuna ilişkin hiçbir gerekçeye yer verilmiş değildir. Kısacası burada kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili olarak devletin yapmış olduğu müdahale Sözleşmenin 6. maddesinin kapsamı içerisinde düşünülmelidir, Mahkemeye göre. Mahkemenin (Büyük Daire) kararları için bkz. **Case of Pellegrin v. France** (App. 28541/95), Judgment of 8 December 1999, özellikle pr. 41, 64–70; **Case of Vilho Eskelinen and Others v. Finland** (App. 63235/00), Judgment of 19 April 2007, özellikle pr. 40, 41, 46–64.

[1261] (AİH) Komisyonun görüşleri için bkz. **K. v. Federal Republic of Germany** (App. 9704/82), Report of The Commission, 11 May 1984, pr. 94; Ayrıca bkz. aynı kararda Fawcett tarafından yazılmış olan karşı oy yazısı; **Vogt v. Germany** (App. 17851/91), Report of the Commission, 30 November 1993), özellikle pr. 88.

[1262] Bkz. anılan **Pellegrin v. France** ve **Vilho Eskelinen and Others v. Finland** kararları.

IV) İKİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ REJİMİNİ HAKLILAŞTIRAN NEDENLER

"İki ifade özgürlüğü rejimini haklılaştıran nedenler" ile anlatılmak istenen, ABD hukuk sistemine egemen olan ifade özgürlüğü anlayışı ile AİHS sistemine egemen olan ifade özgürlüğü rejimlerinin farklılaşma nedenleri ya da gerekçeleridir. Buraya kadar incelenen konular içerisinde her iki rejimin de benzer ve farklı yönlerine dikkat çekilmiştir. Bu başlık altında ise, her iki ifade özgürlüğü rejimini haklılaştıran nedenler ya da gerekçeler üzerinde durulacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ifade özgürlüğü rejimini farklılaştıran nedenler felsefi, siyasal ve hukuki olabilir.

Her iki ifade özgürlüğü rejimi arasında temel farklılıkların ortaya çıktığı alanlar dikkate alınarak bu nedenlerin iki başlık altında incelenmesi yerinde olacaktır. Her iki rejimi farklılaştıran temel gerekçelerden birisini uluslararası insan hakları hukukunda bulmak mümkündür. İlk olarak, Kıta Avrupası rejiminin özünü oluşturan uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan temel nedenler üzerinde durulacaktır. Uluslararası insan hakları hukuku tarafından sağlanan birinci gerekçe, formel/biçimsel gerekçe olarak tanımlanacaktır. İkinci olarak ise, söz konusu farklılaşmayı haklılaştıran felsefi gerekçeler üzerinde durulacaktır. Bu ikincisi, maddi gerekçe ya da temellendirme olarak anılacaktır.

A) Haklılaştırmanın Formel Dayanakları

Her iki ifade özgürlüğü rejimi arasındaki farklılaşmanın formel/biçimsel gerekçesi, ABD hukuk sisteminin 1787 Anayasasına dayalı olarak Yüksek Mahkeme tarafından biçimlendirilmiş ulusal bir hukuk rejimi olmasına karşılık; AİHS sisteminin uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde Strasbourg organları tarafından biçimlendirilmiş, temel hak ve özgürlükleri koruma rejimi olmasıdır. ABD rejiminin kaynağı 1787 Anayasasıdır; buna karşılık AİHS rejiminin kaynağı, başta AİHS olmak üzere uluslararası insan hakları sözleşmeleridir. Kuşkusuz bu rejimin

kaynağını oluşturan 1948 tarihli BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisi de bu rejimin biçimlendirilmesinde önemli rol oynamaktadır.[1263]

İki rejim arasındaki farklılaşmanın nedenlerinde birisi olarak AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin metni (text) ile ABD Anayasasının ifade özgürlüğünü düzenleyen Birinci Değişikliğinin metni arasındaki farklılık gösterilmektedir. Sözleşme hükmü, ifade özgürlüğü hakkını sınırlı bir hak olarak düzenlerken, ABD Anayasası (Birinci Değişiklik) hükmü, ifade özgürlüğünü mutlak bir hak olarak düzenlemektedir. Bununla birlikte ABD Anayasasının bu hükmünün Yüksek Mahkeme tarafından mutlak bir hak olarak yorumlanmadığını, AİHS sistemindekine benzer sınırlamaların bu rejimde de kabul edildiğini yinelemek gerekir. Her iki rejimde de ifade özgürlüğü, sınırlı bir hak olarak kabul edilmekteyse de; ABD Yüksek Mahkemesi yargıçları arasında *mutlakçılar* olarak bilinen yargıçların Yüksek Mahkemenin ifade özgürlüğü alanındaki içtihatlarında önemli bir rol oynamış olduklarında da kuşku yoktur. Bu yargıçları, mutlakçı olmaya yönlendiren temel nedenin Anayasanın metninden kaynaklandığı ise açıktır.[1264]

Öte yandan, uluslararası insan hakları hukuku, insan haklarının korunması ve gerçekleştirilmesi noktasında devlete aktif bir rol vermekle kalmamakta, söz konusu koruma ve gerçekleştirme görevini, taraf devletler için pozitif edim yükümlülüğü olarak öngörmektedir. Bu bağlamda, devletin, temel hak ve özgürlükler için yalnızca bir tehdit olarak algılandığı ABD siyasal özgürlük anlayışı, uluslararası insan hakları hukukunun temel felsefesinden de uzaklaşmış olmaktadır. Siyasal özgürlük anlayışına egemen olan *laissez-faire* doktrini ile birlikte siyasal iktidara olan güvensizlik[1265], özellikle Yüksek Mahkemenin geliştirmiş olduğu, ifadenin *içeriğine*

[1263] Brownlie, ss. 574–575; Evrensel Bildirinin niteliği, işlevi ve uluslararası insan hakları hukukuna etkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, **Genel Teori**, ss. 407 vd.

[1264] Güran, ss. 126 vd.

[1265] Barendt, ABD ifade özgürlüğü doktrininin, ülkenin tarihsel ve siyasal koşullarıyla açık biçimde bağlantılı olduğunu belirtmekte; siyasal iktidara güvensizliğin ABD hukuk rejiminin temel ilkelerinden biri olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Eric Barendt, "*Importing United States Free Speech Jurisprudence?"* **Freedom of Communication,** p.65; Devletin piyasaya müdahalesinin özellikle Yüksek Mahkeme tarafından tehlikeli bulunmasının sonuçlarını yalnızca ifade özgürlüğü alanı bakımından düşünmemek gerekir. Örneğin, *laissez-faire* doktirinin etkili olduğu ekonomik piyasa görüşü açısından durum farklı değildir. 1930'lı yıllarda, ekonomik krizlerin önüne geçebilmek amacıyla hükümetin piyasayı yönlendirmek istemesi karşısında Yüksek Mahkemenin almış olduğu olumsuz tavrın temelinde de bu doktrin yatmaktadır. Başkan Roosvelt ile Yüksek Mahkeme arasındaki çatışma, bu güvensizliğin örneklerinden biridir. Başkan Roosvelt ve Yüksek Mahkeme

tarafsızlık (content neutrality) ve *bakış açısı tarafsızlığı (view point-neutral)* gibi doktrinlerde ifadesini bulmaktadır.[1266]

1949 Alman Anayasası, insan haklarını ve özellikle de *insan onurunu (human dignity)* koruma noktasında devlete görev vermektedir. Bu görevin devlet tarafından yerine getirilip getirilmediği, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından somut olaylar bazında denetlenmektedir.[1267] Bu, 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin getirmiş olduğu anlayıştır. Bu anlayışa göre, devlet siyasal tartışmanın tarafı olmalıdır; özellikle de konu *evrensel* insan haklarının korunması ise devletin taraf tutması bir ödev ve yükümlülüktür. Halbuki ABD sisteminde devletin siyasal tartışmanın tarafı olması gerektiği konusundaki anlayış 1950'li yıllarda kalmıştır. Yüksek Mahkeme, bakış açısı tarafsızlığı doktrini çerçevesinde, devletin tartışmanın bir tarafında bulunmasını başka nedenlerle haklılaştırılabilecek sınırlamalar bakımından dahi anayasaya aykırı bulmuştur.[1268]

AİHS sistemi içerisinde totaliter (nasyonal sosyalist, faşist ya da siyasal İslamcı) ve ırkçı görüş ve düşüncelerin ABD rejiminde 1950'li yıllarda geçerli olan militan demokrasi anlayışıyla sınırlandırılmasının dayanağı ise, (ABD Anayasasında öngörülmemiş olan) *temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması* yasağı olmaktadır. Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının açık bir dayanağını uluslararası insan hakları hukukunda bulmak mümkündür.[1269] Bugün iki rejim arasındaki farklılaşmanın temel gerekçesini *kötüye kullanma yasağının* oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Kötüye kullanma yasağı, belirli bir hak ve özgürlüğe yapılan sınırlamadan ayrı olarak özel bir sınırlama rejimi yaratmaktadır. AİHS'nin 17. maddesinde

---

arasında New Deal yasalarıyla ilgili olarak gerçekleşmiş bulunan çatışma için bkz. Göze**, Siyasal Düşünceler,** ss. 514–522.

[1266] Bu doktrininin benimsenmesi sonucunda, İkinci Dünya Savaşı sırasındaki Nazi soykırımından kurtulmuş olan Yahudilerin yoğun olarak yaşadığı bir bölgede Nazi partililerin gösteri yapmalarını yasaklayan bir düzenlemeyi Yüksek Mahkeme iptal etmiştir. Skokie kararının ayrıntıları "bakış açısı tarafsızlığı" başlığı altında tartışıldığından burada yinelenmeyecektir. Bkz. **National Socialist Party of America v. Village of Skokie**, 432 U.S. 43 (1977).

[1267] Bu konuda Alman Anayasa Mahkemesinin kararlarına dayalı olarak yapılan bir inceleme için bkz. Giovanni Bognetti, "*The Concept of Human Dignity and U.S. Constitutionalism*", **Science and Technique of Democracy**, Council of Europe Publishing, Collection No. 37, Strasbourg 2005, ss. 81–84.

[1268] Bkz. örneğin, **R.A.V. v. City of St. Paul** 505 U.S. 377 (1992).

[1269] Bu özel rejimin kaynağını, 1948 Evrensel Bildirinin 30 uncu maddesinde yer alan düzenleme oluşturmaktadır.

kaynağını bulan bu özel sınırlama rejimi, temel hak ve özgürlükleri yok etmek amacı güden eylem ve faaliyetleri Sözleşmenin koruması dışına çıkarmaktadır.[1270] Dolayısıyla da temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği yerde belirtilen sınırlama nedenleri dışında özel bir sınırlama nedeni daha yaratılmış olmaktadır. Bu durum, örneğin ifade özgürlüğü hakkının, m. 10/2'de sayılı olarak belirtilen nedenlerin dışında 17. maddeye dayanılarak sınırlanabilmesine olanak sağlamaktadır. Böylece ifade özgürlüğü hakkı bakımından daha geniş ve esnek bir sınırlama rejimi yaratılmış olmaktadır.[1271] Bunun bir ikilem olduğunu söylemeye gerek yoktur.[1272] Bununla birlikte söz konusu ikilemin, Kıta Avrupasına özgü koşullarla haklılaştırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Sözleşmenin 17. maddesinin düzenleme amacının, demokratik toplumun ve kurumlarının düşmanlarına karşı korumasız kalmasını engellemek ve demokrasiyi, temel hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan hareketleri caydırmak ve yıldırmak olduğu belirtilmektedir.[1273]

Sözleşmenin hazırlandığı dönem, İkinci Dünya Savaşının hemen sonrasına denk düşmektedir. Bu dönemde, Nazilerin dünyaya yaşatmış oldukları acı deneyim tazeliğini korumaktadır. Nazi yönetiminin ve ideolojisinin yeniden dirilmesinin önünü kesmek başlıca kaygılardan birini oluşturuyordu.[1274] Dahası o dönemde,

---

[1270] Sözleşmenin 17 inci maddesinde şu düzenlemeye yer verilmiştir: "Bu Sözleşmede yazılı hiçbir hüküm/cümle, bir Devlete, gruba ya da kişiye, Sözleşmede güvence altına alınmış hak ve özgürlükleri yok etmek amacı güden bir eylem ya da faaliyette bulunma hakkını veyahut bu hak ve özgürlükleri Sözleşmede belirtilenden daha geniş biçimde sınırlama hakkını verecek biçimde yorumlanamaz." Sözleşmenin bu hükmünün çift yönlü bir sınırlama sistemi yaratmış olduğu doktrinde belirtilmektedir. Buna göre, yalnızca hak ve özgürlükleri yok etmek amacı güden kişi ya da gruplar değil; aynı zamanda devletler de bu maddenin kapsamındadır. Bir taraf devletin, Sözleşmede yazılı hak ve özgürlükleri yok etmek amacıyla giriştiği faaliyetleri Sözleşmeye dayanarak haklılaştırması söz konusu olamayacaktır. Bu hüküm, sözleşmenin bu şekilde bir yorumunu açık biçimde yasaklamaktadır. Ancak burada incelenen konu Devletlerin bu türden yapmış olduğu eylem ve faaliyetleri için Sözleşmeye dayanması sorunuyla ilgili değildir; fakat daha çok, hak ve özgürlükleri yok etme amacı güden kişi ya da grupların ifade özgürlüklerinin bu madde karşısındaki konumuyla ilgilidir. 17 inci maddenin iki yönlü bir sınırlama sistemi öngördüğüne ilişkin görüşler için bkz. J.B. Gross / P. Duffes, **Human Rights Act and the European Convention**, Sweet&Maxwell Publishing, London 2000, s. 375.

[1271] Bkz. Sahin, "*Case of Refah*…", ss. 336–337.

[1272] Bu yönde görüşler için bkz. Fawcett, ss. 315 vd.

[1273] A.H. Robertson, Human Rights in Europe, Manchester University Press, UK 1977, s. 5; A. Lester, "*Freedom of Expression*", **The European System for the Protection of Human Rights**, Ed. by McDonald-Matscher-Petsold, Kluver Academic Publisher, Netherlands 1993, s. 473.

[1274] Bu görüşü, Opsahl, 17 inci maddenin Evrensel Bildirideki karşılığı olan 30 uncu maddenin gerekçesi olarak sunmakadır. 17 inci maddenin de aynı gerekçelerle konulmuş olduğunda bir kuşku bulunmamaktadır. T. Opsahl, "*The Other Side of the Coin*", **The Universal Declaration of Human Rights-A Commentary**, Ed. by Asbjorn Eiede-Gudmundur Alfredson and Others, Scandinavian University Press, Norway 1992, s. 466; Sahin, "*Case of Refah*…", s. 341.

komünizm, yalnızca Avrupa demokrasileri için değil; genel olarak batı demokrasileri için önemli bir tehdit olarak görülmekteydi.[1275] Kısacası, totaliter doktrinlerin demokrasinin sağladığı özgürlük ortamını kullanarak iktidarı ele geçirmelerinin önünün kesilmesi hedefleniyordu.[1276]

Burada iki önemli noktanın altının çizilmesinde yarar bulunmaktadır: İlk olarak, Sözleşmeyi hazırlayanların 1950'li yıllarda taşıdıkları kaygı ve endişeler hiçbir tereddüde yer bırakmaksızın bu gün de paylaşılarak Sözleşme yorumlanmaya devam edilecek midir? Bu sorunun yanıtını olumsuz vermek gerekir; zira Sözleşmenin hazırlandığı dönemin koşulları bugün artık ortadan kalkmış olabileceği gibi[1277]; söz konusu koşullar varlığını sürdürse bile bu koşullara karşı tutumun Sözleşmeyi hazırlayanların tutum ve görüşlerinden ayrı olması gerektiği de savunulabilir. Böyle bir yaklaşım, Sözleşmenin dinamik yorumunun esas alınması gerektiğini savunan bir görüşün doğal sonucu olacaktır.[1278]

İkinci olarak, 17. maddenin bütün temel hak ve özgürlükler bakımından uygulanabilir olup olmadığını araştırmak ve buna göre bir sonuca varmak gerekir. Örneğin kölelik yasağı ya da işkence yasağı gibi mutlak nitelikteki haklar bakımından 17. maddenin uygulanabileceği düşünülemez. Sözleşmede yazılı hak ve özgürlükleri yok etmek amacıyla eylem ve faaliyetlerde bulunan bir örgütün üyelerine işkence yapılması durumunda, bu kişinin Sözleşmenin korumasını talep

---

[1275] İkinci Dünya Savaşı sonrasında soğuk savaşın tırmandırdığı gerilim ortamının temel hak ve özgürlükler üzerinde yaratmış olduğu olumsuz etkiler açıktır. Bkz. R. Clayton / H. Tomlinson, **The Law of Human Rights**, Oxford University Press, UK, 2000, s. 314; Bu dönemde ABD'de komünistler için başlatılan cadı avları dikkate alındığında ifade ve toplantı özgürlüğünün en ağır darbe aldığı dönemler olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır. 1960'lı yıllardan itibaren ABD Yüksek Mahkemesi komünizm paranoyasına bir son vermiştir. Bununla birlikte, Kıta Avrupası demokrasilerinde hassas alanlar militan demokrasi anlayışı çerçevesinde halen kontrol edilmeye devam etmektedir. Özellikle Türkiye'de 1990'lı yıllara kadar, yıkıcı doktrinlerin soyut birer düşünce olarak dahi savunulması ağır cezai yaptırımlara bağlanmıştı.

[1276] Sözleşmenin hazırlık çalışmaları, hak ve özgürlükleri kötüye kullanarak özellikle yıkıcı doktrinlerin propagandalarının yapılabileceği konusunda Danışma Meclisindeki üyelerin hassasiyetlerini ortaya koymaktadır. Bu konuda bkz. Mesut Gülmez, "*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Hazırlık Süreci ve 11. Madde*", **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 16, 1994, ss. 30–31; 17. maddenin doktrindeki ve yargı içtihatlarındaki gerekçeleri hakkında ayrıca bkz. Sevtap Yokuş, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve 1982 Anayasasında Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

[1277] AİHM'nin Kosiek kararında, karşı oy yazısında Yargıç Spielmann, bu noktaya dikkat çekmiştir. Yargıca göre Weimer dönemi tarihte kalmıştır; Almanya'da demokratik kurumlar sağlam bir şekilde yerlerine oturmuştur; Mahkeme halen İkinci Dünya Savaşı öncesi koşullar aynen mevcutmuşçasına yorum yapmaktadır. Spielmann'nın karşı oy yazısı için bkz. Mahkemenin **Kosiek v. Germany** kararı.

[1278] Doktrinde, Sözleşmenin canlı ve değişen bir enstrüman olarak kabul edilmesi ve ona göre yorumlanması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Robertson/Merrills, s. 147.

edemeyeceğini söylemek mümkün değildir. Benzeri biçimde, 17. maddenin (Sözleşmedeki hak ve özgürlükleri yok etmek amacıyla faaliyet gösteren) bir kimsenin adil yargılanma hakkından ya da Sözleşmede (m.5) güvence altına alınmış olan kişi güvenliği hakkından yoksun bırakılmasını haklılaştırmak amacıyla ileri sürülemeyeceğini belirtmek gerekir.[1279]

Bununla birlikte AİHM'nin 17. maddenin özellikle düşünce (din ve vicdan), ifade ve örgütlenme özgürlüğü bakımından uygulanabilir olduğunu açıkça ifade ettiğini belirtmek gerekir.[1280] İfade özgürlüğü alanında Sözleşme organlarının 17. maddeye, belirli ifade kategorileri bakımından sık olarak başvurdukları görülmektedir. Özellikle ırkçı ifade açıklamalarının söz konusu olduğu durumlarda, ifade özgürlüğü hakkının kötüye kullanıldığından bahisle başvurular kabul edilemez bulunmaktadır.[1281] Burada çözümlenmesi gereken önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır: İfade özgürlüğü hakkı kötüye kullanılabilir mi? Eğer kullanılabildiği kabul edilirse; böyle bir kötüye kullanmanın m. 10/2 çerçevesinde sınırlandırılması yeterli değil midir?

İfade özgürlüğü hakkının kötüye kullanılması yasağının kökünün Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisine kadar uzandığını söylemek gerekir.[1282] Kötüye kullanma yasağını şayet, "*herkes kötüye kullanılmayan ifade özgürlüğü hakkına sahiptir.*" biçiminde tersinden okursak, burada doğrudan hakkın norm alanına yapılan bir daraltmadan söz edilecektir. Hakkın kötüye kullanıldığı sonucuna varılması durumunda, kişinin iletişimsel faaliyeti, doğrudan normun koruması dışında kalacaktır. İletişimsel faaliyetin, kötüye kullanma durumunda hakkın norm alanı dışında kaldığı kabul edildiğinde ifadeye yönelik uygulanan her türlü yaptırımın, -kötüye kullanma yasağı dışında kalan hakları ihlal etmediğ sürece- haklılaştırılması mümkün olacaktır. Bu durumda, örneğin, ifade özgürlüğüne

---

[1279] AİHM'nin, Sözleşmenin 17. maddesinin bütün hak ve özgürlükler bakımından uygulanabilir olmadığı yönündeki görüşü için bkz. **Lawless v. Ireland** (App. 332/57), Judgment of 1 July 1961, özellikle pr. 3-7, ("*The Law*" başlığı altında, Mahkeme bu tartışmaları yapmıştır).; Sahin, "*Case of Refah*…", s. 339.

[1280] Anılan **Lawless v. Ireland** kararı.

[1281] Bu konu, "Toplumda Nefreti Körükleyen İfadeler" başlığı altında yukarıda ele alındığından burada yinelenmeyecektir.

[1282] Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin 11. maddesinde şu düzenlemeye yer verilmiştir: "Düşüncelerin ve görüşlerin özgürce iletimi, insanın en değerli haklarından birisidir. Bu nedenle her yurttaş, serbestçe konuşabilir,… ancak bu özgürlüğün yasada tanımlanan biçimde kötüye kullanılmasından ötürü sorumlu tutulur." Bkz. Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 80.

uygulanan bir ön sınırlamanın (prior censorship) da haklılaştırılması mümkün olacaktır. Aslında böyle bir müdahalenin genel olarak, AİHS sistemi ya da ABD ifade özgürlüğü rejimi içerisinde haklılaştırılabileceğinde kuşku bulunmamalıdır.[1283] Bununla birlikte, Inter-American İnsan Hakları Mahkemesinin, Sözleşme metninde açık biçimde bir istisna (çocukların ahlaken korunmaları) dışında ön sınırlamaya izin vermediğini; dolaysıyla da kötüye kullanma durumunda dahi ön sınırlamanın haklılaştırılamayacağını belirtmiştir.[1284] Mahkemenin bu tutumunun, aslında kötüye kullanma yasağının özellikle Strasbourg organları tarafından gerçekleştirilen uygulamasıyla paralellik gösterdiği söylenemez. Zira Strasbourg organları, bir hakkın kötüye kullanıldığını belirledikten sonra artık sınırlama ölçütlerinin uygulanmasına gerek olmadığına karar vermektedirler.

Ne var ki, bir hakkın kötüye kullanılması, Schauer'in son derece yerinde olarak belirttiği gibi, söz konusu hakkın öncelikle, kullanılmış olmasını gerektirir (*prior censorship/ön sınırlama* her şeyden önce hakkın kullanılmasını olanaksız hale getirir). Schauer'e göre,

> *Bir kimse, A'nın belli bir tarzda konuşmak suretiyle özgür ifade hakkını kötüye kullanmış olduğunu söylediğinde, aslında "kötüye kullanma"nın mantığı, bunu iddia eden kimsenin, A'nın bu belli kelimeleri söyleme hakkının, ifade özgürlüğü hakkının içinde olduğunu mecburen önceden kabul etmesini gerektirir. Ve eğer bu böyleyse, A o kelimeleri söyleme hakkına sahiptir. A'yı bunları söylemesi nedeniyle cezalandırmak, bu kelimeleri ifade etme hakkının olmadığı anlamına gelecektir ve bu durumda A, özgür ifade hakkını hiç de kötüye kullanmamış, sadece o hakkın dışına çıkmış olur. Bu nedenle, "Özgür ifade hakkın var, ama bu hakkı kötüye kullanmaktan dolayı sorumlusun" demek, kendi içinde çelişkilidir… Ama, eğer …"kötüye kullanma" çezalandırılır bir şeyse, demek ki hakkın dışındadır… "Kötüye kullanma", bir hakkı tanımlamak veya sınırlamak amacıyla kullanılamaz.*[1285]

[1283] Aslında oldukça istisnai durumlarda ön sınırlamanın uygulanabileceği, hem AİHM hem de ABD Yüksek Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Örneğin AİHM'nin şu kararında bu durum açıkça belirtilmiştir: Case of Alınak v. Turkey (App. 40287/98), Judgment of 29 March 2005, pr. 37; ABD Yüksek Mahkemesinin **New York Times Co. v. United States**, 403 U.S. 713 (1971) kararı.

[1284] Inter-American Mahkemesinin tavsiye kararı için bkz. **I-A Court HR, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law fort he Practice of Journalism** (arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-5/85 OF November 13, 1985, Series A, No. 5, ss. 103–104.

[1285] Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 202–203.

Schauer'in analizi, kötüye kullanma işinin, yalnızca hakkın norm alanıyla ilgili bir konu olmadığını; aynı zamanda hakkın sınırlandırılmasıyla da ilgili bir konu olduğunu ima etmektedir. Schauer, hakkın norm alanı tanımlaması ve hakkın sınırlanması anlamında bir ayırım yapmadığı için, doğal olarak böyle bir yorumu benimsemiş olabilir. Ne var ki bu çalışmada, hakkın norm alanının belirlenmesinin hakkın sınırlama rejimiyle ilgili önemli etkilerinin bulunduğu kabul edildiğinden, bir kimsenin kullanmış olduğu ifadelerin, hakkın norm alanı dışında kaldığı gerekçesiyle yaptırıma bağlanması ile söz konusu ifadelerin norm alanı içinde olmasına karşın belirli (uluslararası insan hakları hukukunda olduğu biçimde sınırlı ve sayılı) nedenlerle sınırlandırılması arasında bir ayırımın yapılması zorunlu gözükmektedir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, eğer hak bakımından özel bir *sınırlama* rejimini ifade ediyorsa, bu durumda hakkın kötüye kullanıldığı durumlarda ifade özgürlüğü hakkının, genel sınırlama ilkeleri çerçevesinde sınırlandırılmış olduğundan söz edilecektir. Böyle bir sınırlamanın, örneğin hukuksal dayanağının var olup olmadığının ya da izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığının ve nihayet sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının her somut olayda araştırılması gerekecektir. Diğer olasılıkta, yani kötüye kullanmanın, hakkın norm alanı üzerinde bir daraltma anlamına geldiğini kabul edersek, kötüye kullanıldığı düşünülen hak/özgürlük norm kapsamında bir korumadan yararlanmayacak demektir. Aslında bu ikinci olasılığın, uluslararası insan hakları hukuku (özellikle AİHS) bakımından kötüye kullanma biçimleri olarak belirtilen kimi ifade kategorileri için geçerli olduğunu söylemeye gerek yoktur. AİHS Organları, özellikle ırkçı ifadeler ya da soykırım inkarı suçları bakımından 10. maddeyi 17 ile birlikte yorumlamaktadırlar. Kötüye kullanma yasağı sınırları içerisinde düşünülen bir iletişimsel faaliyetin, 10. maddenin (ya da genel olarak Sözleşmenin) koruması dışına çıkarılması ve böylece de başvuruların kabul edilemez ilan edilmesi mümkün olmaktadır.[1286] Elbette 17. maddenin (kötüye kullanma yasağının) uygulama alanı, ırkçı ya da soykırım inkarına ilişkin ifade kategorileriyle

[1286] Örneğin bkz. **W.P. and Others v. Poland** (App. 42264/98), Decision of 2 September 2004; Kararda AİHM, amaçları arasında "Yahudilerin sahip oldukları ayrıcalıklara Polanların da sahip olmaları için çaba sarfetmek" olan bir derneğin yasaklanmasını, Sözleşmenin 17. maddesi altında haklı bulmuş; bu türden faaliyetlerin Sözleşmenin koruması dışında kaldığını açıkça belirtmek suretiyle, 17. maddenin uygulamasının aslında hakkın norm alanında bir daraltma anlamına geleceğini söylemiş olmaktadır.

sınırlı değildir. 17. maddenin liberal olmayan bir yaklaşım içerisinde (örneğin militan demokrasi anlayışıyla) demokrasi karşıtı ya da genel olarak Sözleşme sistemine karşı çıkan tüm görüş ve düşüncelere uygulama olanağı en azından kuramsal olarak mevcuttur. Norm alanına yönelik böyle bir daraltmanın ise ifade özgürlüğü tezleri açısından haklılaştırılması mümkün gözükmemektedir. Özellikle militan demokrasi anlayışına yönelik olarak yapılabilecek tüm eleştirilerin burada geçerli olduğunu yinelemekle yetinelim.

Belirtmek gerekir ki, halkı kin ve nefrete tahrik ve teşvik eden (ırkçı ifadeler de buna dahildir) ifade kategorisinin AİHS'nin 10/2 maddesinde yazılı bulunan sınırlama nedenlerinden birine dayanarak; sözgelimi, başkalarının haklarının ya da kamu düzeninin korunması gibi bir nedene dayanarak sınırlanması olanaklıdır. Burada sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı kriteri de, ifade özgürlüğü tezleri açısından yapılacak bir tartışmanın ardından somutlaştırılmalıdır. Ancak sorun, ırkçı nefreti tahrik eden ifadelerin yasaklanmasının ötesinde böyle bir yolu açabileceği düşünülen ya da genel olarak *zararlı* veyahut *tehlikeli* damgası vurulan belirli kategori ifadelerin tümden yasaklanması ise, bu durumda 10. maddenin ikinci fıkrasında yazılı nedenlerle sınırlamanın haklılaştırılması ikna edici biçimde mümkün olmayacaktır.

Türk hukuk doktrininde özellikle 765 Sayılı eski TCK'nun 141, 142 ve 163. maddeleri üzerinden yapılan tartışmalarda, kötüye kullanma yasağının, *düşünce açıklamalarını* değil, *eylemleri* hedef aldığı sıkça dile getirilen bir görüştü.[1287] *Düşünce açıklaması* kavramını, iletişimsel etkisi açısından kimi durumlarda eylemleri de kapsayacak biçimde *ifade* özgürlüğü anlamında kabul edersek, sorun büyük ölçüde çözümlenmiş olacaktır. Bu durum karşısında, kötüye kullanma yasağının ifade özgürlüğü hakkı bakımından uygulanabilirliğinin bulunmadığının kabul edilmesi gerekecektir. Türk hukuk doktrinin, ifade özgürlüğü rejimi bakımından, AİHS Organlarının bugün de geçerli olan ifade özgürlüğü rejimine göre daha liberal bir konumu benimsemiş olduğu da rahatlıkla söylenebilecektir.

17. maddenin ifade özgürlüğü hakkının norm alanında bir daralmaya yol açacak biçimde yorumlanması, bu çalışmada ortaya konulan ifade özgürlüğü anlayışı

[1287] Bu konudaki tartışmalar için genel olarak bkz. Uygun, **1982 Anayasası**, s. 60–71.

bakımından haklılaştırılamaz. Öte yandan, 17. maddenin, Sözleşmenin 10/2 inci maddesinde yazılı sınırlama nedenlerine ek; söz konusu nedenleri genişletici biçimde bir genel sınırlama nedeni olarak düşünülmesi de, yine bu çalışmada ortaya konulan ifade özgürlüğü anlayışı bakımından demokratik bir toplumda haklılaştırılamaz.

Kötüye kullanma yasağı, AİHS sistemi bakımından geçerliliğini sürdürmektedir. Bu sistemin en azından günümüzde yürürlükte olan ABD ifade özgürlüğü rejimi bakımından geçerli olamayacağını belirtmek gerekir. Sonuç olarak, Sözleşme sistemini ABD ifade özgürlüğü rejiminden ayıran en önemli normatif gerekçenin kötüye kullanma yasağı çerçevesinde oluşturulmuş olduğu söylenebilecektir.

B) Haklılaştırmanın Maddi Gerekçeleri

İfade özgürlüğü hakkının her iki rejim arasında farklılaşmasının belirli ifade kategorileri bakımından haklılaştırılması söz konusudur. Bu ifade kategorileri, (1) halk arasında kin ve nefreti tahrik eden ifadeler (hate speech) ve (2) gruplara yönelik hakaret içeren ifadelerdir (group libel)[1288]. ABD Yüksek Mahkemesinin belirtilen kategoride yer alan ifadelere yönelik sınırlamalarda, *sıkı inceleme* (strict scrutiny) kuralını uyguladığını burada yinelemek gerekir. Sıkı incelemenin anlamı, sınırlamanın ancak belirli kriterleri sağlaması durumunda başarılı olabileceğidir. Bu kriterler, ifadenin niteliğine göre açık ve yakın tehlike ölçütünün çağdaş biçimi (Brandenburg testi) olabileceği gibi[1289], kimi durumlarda da devletin ifadenin

[1288] Türk hukukunda halkı kin ve nefrete tahrik eden ifadeler ile söz konusu gruplara yönelik hakaret suçları 5237 sayılı yeni TCK'nun 216 ıncı maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında düzenlenen, halkı kin ve tahrik suçunun analizi ayrı bir başlık altında yapılmış olduğunda, buradaki incelemenin özellikle ikinci fıkrada düzenlenen hakaret suçları bakımından dikkate alınması gerekir. TCK m. 216/2'deki düzenleme şöyledir: "*Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, ... cezalandırılır.*" Maddede, özel hakaret suçu olarak anılan bir suç tipi düzenlenmiş olup; düzenlemenin hedefinde ayrımcılık bulunmaktadır. Bu düzenlemenin, maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemeden farkı, burada sınırlama, ifadenin tahrik edici karakteriyle ya da kamu düzeni bakımından oluşturduğu tehlike ile ilgili değildir; fakat kullanılan ifadenin içeriğinin "hakaret" niteliğinde bulunup bulunmamasıyla ilgilidir. Dolayısıyla, bireylerin korunmasındaki mantık burada gruplar bakımından yinelenmiş olmaktadır. Grupla birey arasındaki bağlantı dikkate alınarak bir sonuca varılmıştır. Genel hakaret/özel hakaret ayırımı ve bu suçlarda korunan hukuki menfaat için bkz. Zafer, "*Halkın Bir Kısmını…",* ss. 209–261.

[1289] Bu bağlamda Sadurski'nin, batı demokrasilerinde ifade özgürlüğü üzerine yapmış olduğu kısa incelemenin ardından söylemiş olduğu şu sözleri dikkate değerdir: "Vuku bulması çok muhtemel olan bir yasadışı eylemi teşvik [incetement: tahrik] edecek açık ve mevcut bir tehlike mevcut olmadıkça,

içeriğine karşı tarafsız olup olmadığının araştırılması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Her iki tür inceleme, kamusal makamlar tarafından yapılan sınırlamaların özellikle içeriğe dayalı olduğu durumlarda, müdahalenin anayasaya aykırı olduğu kararıyla noktalanmaktadır. Halbuki AİHS sistemi içerisinde devletin, ifadenin içeriğine tarafsız olma yükümlülüğü bulunmamaktadır. ABD sisteminde siyasal iktidarın motivasyonlarını temel alan yaklaşımın[1290] aksine; uluslararası insan hakları hukuku rejimi, belirli durumlarda devletin tartışmanın bir tarafında yer alarak karşı tarafı susturmasını bir yükümlülük olarak dahi öngörebilmektedir. Böyle bir yükümlülüğün, ırkçı nefreti körükleyen ya da savaş kışkırtıcılığı sayılabilecek ifadeler bakımından geçerli olacağını düşünmek gerekir.[1291]

Özellikle ırkçı ifadenin yasaklanmasının toplumsal barışın, kamu düzenin korunması ya da suçun işlenmesinin önlenmesi gibi gerekçelerin[1292] dışında, *insan onurunu* ihlal ettiği gerekçesiyle de yasaklanması söz konusu olabilmektedir. *İnsan onuru* kavramının, insan haklarının deontolojik temellendirmesindeki önemi dikkate alındığında, ifade özgürlüğü hakkını temellendiren bir kavramın aynı zamanda onun sınırlandırılmasında önemli bir gerekçe olması, bir paradoks gibi görünmektedir. Irkçı ifadelerin, *insan onurunu* ihlal ettiği gerekçesiyle sınırlandırılmasıyla *insan onurunun* korunmuş olduğu savı ne derece geçerlidir? Bu sorunun kendisinin ciddi bir paradoksu taşıdığı açıktır. Paradoksun çözümlenmesi ırkçı ifadelerin yasaklanmasının, ilk olarak ifade özgürlüğü hakkının aktif (konuşmacı) ve pasif (dinleyici) süjeleri bakımından *bireysel özerkliğe* yapılan haksız bir sınırlama olup olmadığının belirlenmesine bağlıdır. Öte yandan paradokstan çıkış, ırkçı ifadelerin yasaklanması, ifade özgürlüğünü demokratik bir toplumda olması gerekenden daha

---

sadırganlığına [offensive] dayandırılarak ifadenin yasaklanamayacağı doktriniyle Amerika Birleşik Devletleri bir istisnadır." Bkz. Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, s. 275.

[1290] ABD rejiminde siyasal iktidarın (ya da daha geniş anlamda kamusal makamların) ifadeyi sınırlama motivasyonlarının sıkı inceleme doktrinindeki yerine ilişkin, örneğin, bkz. Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, s. 77–100.

[1291] Bu konuda, özellikle MSHS'nin 20 inci maddesindeki hüküm iyi bir örnek teşkil etmektedir.

[1292] Söz konusu gerekçelerle ırkçı nefreti körükleyen ifadelerin yasaklanmasını savunanlar, genellikle ırkçı nefret saikiyle suç işleyenlerin hedef grubun varlığına karşı eylem yaptıklarını, hedef grubu yok etmek (soykırım yapmak) amacı ve düşüncesiyle hareket ettiklerini ileri sürmektedirler. Bu türden yaygın şiddet olaylarının ve soykırımların beslendiği görüş ve düşüncelerin savunusunun sınırlandırılmasının Devletin ödevi olduğu savunulmaktadır. Kısaca ırkçı nefret ifadelerinin yasaklanamasını savunanlar, bu ifadelerle gerçekleştirilen eylemler arasında doğrusal bir bağlantının bulunduğunu ileri sürmektedirler. Bu türden argümanların savunulduğu bir çalışma için bkz. Robin D. Barnes, "*Reality and Ideology*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995, ss. 253–277.

zayıf bir konuma düşüreceği için ortaya çıkacak rejimin *insan onurunun* korunduğu bir rejim olup olmayacağı sorunsalının çözümüne bağlı olacaktır. Her iki duruma ilişkin olarak, uluslararası insan hakları hukukunun ve ABD hukukunun vermiş olduğu yanıtlar birbirine karşıt kutuplarda yer almaktadır.

ABD Yüksek Mahkemesinin *Cohen v California* kararında[1293] varmış olduğu sonuçlar insan onurunun korunmasının ifade özgürlüğünün sağlanmasına bağlı tutulduğu ikinci duruma ilişkin bir yanıt niteliğindedir. Mahkeme bu kararda özetle, ifade özgürlüğünün başlıca amacının, hükümetin/devletin kamusal tartışmayı kısıtlamasının önüne geçmek ve böylece *insan onuruna* yaraşır bir siyasal toplum kurmak olduğunu belirtmiştir. Burada Mahkemenin, devletin kamusal tartışmayı kısıtlamasının insan onurunun çiğneneceği bir rejim türü yaratacağına dikkat çekmesi anlamlıdır. Irkçı ifadenin yasaklanması konusunda, ABD rejiminin kamusal tartışmada Devletin taraf olamayacağına ilişkin belirlemiş olduğu ilke karşımıza çıkarken, AİHS rejiminde devletin taraf olması ve bu türden ifadeleri yasaklaması gerektiği biçiminde bir başka rejim karşımıza çıkmaktadır.

Bu farklılaşmanın arkasında yukarıda incelenen formel ve siyasal nedenlerin dışında felsefi nedenlerin de bulunduğu söylenmelidir. Bu alanda yapılan felsefi tartışmaların iki ayağı bulunmaktadır. Tartışmanın birinci ayağında, ifade ve eylem arasındaki ilişkinin çözümlenmesi; başka bir deyişle edim sözlerle ilgili kuramsal tartışmalar bulunmaktadır. İkinci ayağında ise, liberal doktrinin "*ben*" çözümlemesinin eleştirileri; özellikle de komüniteryan/cemaatçi "*ben*" çözümlemesi yatmaktadır.

İfadenin sınırlandırılmasını haklı gösterebilecek gerekçelerden ilki, ifade-eylem çözümlemesi içerisinde bir takım eylemleri sınırlandırmanın haklılaştırılabildiği yerde, aynı gerekçelerle bir takım ifadelerin de sınırlandırılması gerektiği savına dayanmaktadır. Bu tartışmaların temelinde dil ve anlam bilimine (linguistics-semantics) ilişkin çözümlemeler bulunmaktadır. Söz edimleriyle ilgili kuramsal tartışmaları (speech acts theories) burada yinelemeye gerek yoktur; ancak tartışmanın merkezinde, *"yalnızca taş ve sopalar yaralamaz, sözler de yaralar."* biçiminde ifade edilen bir savın bulunduğunu belirtmek gerekir. Burada ileri sürülen

[1293] **Cohen v. California**, 403 U.S. 15 (1971).

argüman, bir takım eylemler gibi ifadelerin de sınırlanması gerektiği temeline dayanır.

Kimi yazarlar, ifade ve eylem ilişkisini zarar ölçütü bakımından inceleyerek, ifadenin de aynen eylemler gibi yaralayıcı ve incitici olabileceği durumları göstermeye çalışmışlardır.[1294]

MacKinnon, ifadenin *illoctionary* (ikincil söz edimi) ve *perloctionary* (üçüncül söz edimi) etkilerine dikkat çekerek, sözden ve görüntüden ibaret olmadığını ileri sürmektedir. MacKinnon'a göre pornografi, kadınları aşağılamakla kalmamakta, onları toplumda ikinci sınıf bir konuma itmektedir. Başka bir deyişle kadınların bu şekilde ikinci sınıf bir konuma itilmeleri, gerçekte icrai bir faaliyetten başka bir şey değildir. Burada, pornografinin ifade mi olduğu yoksa eylem olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Ki, MacKinnon'a göre pornografi bir ifadedir; ne var ki, nasıl bir takım eylemler meydana getirdikleri sonuçlar nedeniyle hukuk tarafından yasaklanmaktadır; aynen öyle de pornografi de meydana getirdiği sonuç (ikinci sınıf yapma, alçaltma/subordination) nedeniyle yasaklanmalıdır. MacKinnon tarafından ileri sürülen bu argümanın diğer aşağılayıcı ifade kategorileri bakımından da geçerli olacağında kuşku yoktur. Örneğin, "S*iyahlar giremez.*" ya da "*Yalnızca beyazlar!*" gibi ayrımcı ifadelerin de *illocutionary* ve *perlocutionary* etkileri bakımından ayrımcılık oluşturabilecek icrai söz edimleri oldukları söylenebilir. Fakat bütün bu sözlerin, aynen bir maçta faul düdüğü çalan bir hakemin söz edimi ile, sahanın dışındaki bir seyircinin aynı sözü kullanması arasındaki farklılık gibi, devletle özel bireyler arasında bir ayırım yapılarak değerlendirilmesi gerekir. "Yalnızca beyazlar" ifadesinin kamusal bir makam tarafından kullanılması ya da kamu gücüne herhangi bir şekilde dayanılarak kullanılması durumunda hakemin faul kararına benzer bir durum ortaya çıkacaktır. Doğum günü partisine yalnızca beyazların davetli olacağını söyleyen bir özel (kamu dışı) kişinin/aktörün sözlerini, hakemin faul sözüyle değil; saha dışındaki seyircinin sözüyle özdeşleştirerek bir sonuca varılması gerekecektir.[1295]

[1294]Genel olarak bkz. Langton, "*Speech Acts…*", ss**.** 95–129; Matsuda, "*Public Response to…",* ss. 17–52; Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, ss. 287 vd.

[1295] MacKinnon'un bu konudaki görüşlerinin ayrıntılı bir değerlendirmesi ve burada verilen "hakem" örneğinin analizi için bkz. Langton, "*Speech Acts…*", ss. 95–129.

Öte yandan, pornografiye izin verilmesinin kadınların ikinci sınıf olmalarına yol açacağı savı, R. Dworkin tarafından, pozitif özgürlük/negatif özgürlük çerçevesinde yanıtlanmıştır. Dworkin'e göre pornografinin serbest olmasına karşı çıkmak, kadınların pozitif özgürlük anlayışı çerçevesinde özgürleştirilmelerini savunmak demektir. Bu açıkça, kadınların kendi kendilerinin efendisi olmadıkları anlamına gelmektedir.[1296]

R. Delgado da, MacKinnon tarafından savunulana benzer gerekçelerle kimi ifadelerin, eylemlerin yol açmış oldukları nedenler dolayısıyla sınırlandıkları gibi, aynı gerekçelerle sınırlanmaları gerektiğini ileri sürmektedir. Nasıl ki ABD'ye özgü koşullarla ifade özgürlüğü rejiminin dünyanın diğer ülkelerine kıyasla daha geniş olabileceği biçiminde savlar ileri sürülmüştür; Delgado da aynı nitelikte siyasal ve tarihsel gerekçelerle kimi ifade kategorilerinin özellikle ABD hukukunda sınırlandırılması gerektiğini savunmaktadır. Amerikan toplumunun ırkçılıktan en derin biçimde etkilenmiş olan toplumların başında geldiğini belirtmektedir. Bunun temelinde kölelik vardır. Bu gün de derinin rengi yüzünden ekonomik, kültürel ve siyasal kurumlardan tutun da günlük yaşamdaki bireysel ilişkilere varıncaya kadar, pek çok kimse ırk ayrımcılığından (mağdur olarak) çekmektedir. Irkçı aşağılamalar, ayırımcılığın yayılmasını sağlayan kanalların başında gelmektedir. Yalnızca "*dil(söz)*" muhatabının onurunu kırmaya, özsaygısını yok etmeye yeterli olmaktadır. Bu mesajlar, yalnızca muhatabıyla sınırlı kalmamaktadır; kurumlarımıza rengini vermekte ve gelecek nesillere taşınmaktadır. Yoksulluk, ortadan kaldırılabilir; ne var ki kişinin rengini değiştirmesi olanaklı değildir. Irkçı sözlere maruz kalan kişilerin durumu, toplumda kendisinden tiksinilen ve kaçılan bir vebalıya benzer. Irkçı sözler, ırklar arasında ilişkinin kurulmasını ve sürdürülmesini olanaksız kılar. Dahası ırkçı aşağılamaların etkileri, bunlarla da sınırlı değildir. Bu sözlere maruz kalan kişiler, ruhsal açıdan bir travmayla karşı karşıya kalırlar; sonuçta kendilerini alkole ya da uyuşturucuya teslim ederler. Bu yüzden Amerikan toplumunda, bu türden alışkanlıkların özellikle siyahlar ve diğer azınlık gruplar arasında daha yaygın olmasını yadırgamamak gerekir. Bilim adamları, stres, yüksek tansiyon ve pek çok

[1296] Dworkin'in görüşleri ve Langton'un karşı görüşü için bkz. Langton, "*Speech Acts*…", ss. 128-129'da yer alan 62 No'lu dipnot; Langton burada, pornografinin kadınları bir negatif özgürlük hakkından yoksun bırakmak suretiyle susturduğunu ileri sürmektedir.

genetik rahatsızlıkların temelinde bu türden aşağılanmalara maruz kalınmasının etkilerinin bulunduğundan kuşkulanmaktadırlar. Bütün bu manevi zararların yaratmış olduğu maddi zararlar da küçümsenemeyecek boyuttadır. Öyle ki bu zararlar, ampirik olarak da kanıtlanmışlardır. Aynı kapasiteye sahip bir zenci ve beyazı aynı işyerine koyduklarında, beyazın zaman içerisinde daha başarılı olduğu, zencinin ise başarısının düştüğü gözlemlenmiştir. Özetle Delgado, ifadenin yol açtığı zararların eylemlerle bir karşılaştırmasını yapmakta ve ifadenin de en az eylemler kadar etkili ve zararlı olabileceğini kanıtlamaya çalışmaktadır.[1297]

Ne var ki, genel olarak bir eylem özgürlüğü hakkı bulunmamakta, buna karşılık (bir) ifade özgürlüğü hakkı bulunmaktadır. İfade özgürlüğü hakkını haklılaştıran gerekçeler, kimi durumlarda *zarar* ölçütü için, ifade özgürlüğü bakımından, eylemlerin bağlı olduğu hukuki rejimden ayrık bir rejimi kabul etmeyi zorunlu kılabilmektedir.[1298]

Toplumda nefreti körükleyen ifadenin yol açtığı *zararın* belirlenmesi bakımından pek çok kriter ya da yöntem önerilmektedir. Ancak özellikle ırkçı nefret ifadeleri ya da gruplara yönelik (grup kimliğini esas alarak) yapılan hakaret ve sövmelerin sınırlandırılmasının gerekip gerekmediği ya da sınırlama ölçütünün ne olacağı konusu bağımsız bir çalışmanın konusu olabilecek kadar karmaşık ve tartışmalıdır. Bu tartışmaların temelinde liberal "*ben*" ile komüniteryan "*ben*" arasındaki farklılıklar bulunmaktadır. Liberalizmin birey tanımı, gruplara yönelik hakaret ve sövmeleri oldukça sınırlı biçimde bireye atfedilebilir görmektedir. Klasik liberalizmin, insan haklarının kimlenmesi (identification) bakımından hak öznesi[1299] olarak yalnızca bireyi kabul etmiş olduğunun altını çizmek gerekir.

Liberalizmin bu yaklaşımının temellerini liberal düşünürlerin sözleşme kuramlarında bulmak mümkündür. Sözleşmeyi yapanlar, bireylerdir. J. Rawls gibi liberallerin sözleşme kuramlarında, bireylerin sözleşmeyi akdederken, toplumsal konumları hakkında bilgisiz oldukları görülmektedir. Bu yüzden bireyler toplumsal

---

[1297] Richard Delgado, **Must We Defend Nazis? Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment**, NYU Press, NY 1999, pp. 4–26.

[1298] Burada, hakaret (defamation) hukukunun kademeli sınırlama sistemi içerisinde yorumlanmasını anımsamak gerekir. ABD Yüksek Mahkemesinin **New York Times v. Sullivan** kararında varmış olduğu sonuçlarla, AİHM'nin **Castells v. Spain** kararında varmış olduğu sonuçlar dikkate alınmalıdır.

[1299] İnsan haklarının kimlemesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda bkz. Gemalmaz, **Genel Teori**, ss. 1514–1515.

sözleşmeyi kurarlarken, belirli bir grubun ya da komünitenin/cemaatin çıkarlarını gözetemezler. Bireyler, kendi özel çıkarlarının bilgisine sahip olmadıklarından, ancak genel mülahazalar doğrultusunda ilkeleri değerlendirmek ve yorumlamak zorunda olacaklardır. Bireyler, yalnızca kendi özel çıkarlarına karşı bilgisiz olmayacaklar; aynı zamanda kendi toplumlarının özel çıkarlarına karşı da bilgisiz konumda bulunacaklardır. Bununla birlikte taraflar, insanlık hakkındaki genel olgulara vakıf olacaklar; örneğin, siyasetin ve ekonomik kuramın ilkelerinden; insan psikolojisinin yasalarından ve sosyal organizasyonun temel ilkelerinden haberdar olacaklardır. Böylelikle, kendilerinin ya da toplumlarının konumları hakkında hiçbir bilgiye sahip bulunmayan kişilerin bir koalisyon kurarak başkaları üzerinde avantaj elde etmeye çalışmaları düşünülemeyecektir.[1300]

Bu görüşü insan hakları kuramlarında esas alan J. Donnelly gibi liberaller, bu nedenle insan haklarının öznesi olarak yalnızca bireyi almışlardır. İnsan hakları, yalnızca bireyin hakkıdır; dolayısıyla da bireyin hakkından bağımsız bir ulusun ya da grubun hakkından söz edilemeyecek; söz edilse bile bu haklar kolektif olarak yine bireylerin hakları olarak tanımlanabildiği ölçüde insan hakkı kavramı içerisinde yer alacaktır.[1301] Liberal kuramların bireysel özerklik vurgusunun, aynı zamanda toplumsal aidiyetlere karşı bir vurgu olduğu anımsanmalıdır. Bireysel saygınlığın, Sadurski'nin ifadesiyle, bireysel kişiliği yoğuran, korunması gereken bir özel alan içerisindeki komünal aidiyetlerin ya da bağlılıkların bulunması durumuna göre, kendi toplumsal dünyasını özerk bir birey olarak kendisinin biçimlendirmesi durumunda daha güçlü hissedileceği söylenebilir. Komüniteryanların ileri sürdüğü gibi liberalizmin, bireysel kimliği yoğuran ya da biçimlendiren unsurlara karşı (ve bu unsurlara yapılan saldırıların yol açtığı ruhsal incinmelere karşı) duyarsız olduğu söylenecektir; ne var ki, bu duyarsızlık daha geniş bir alana sahip bireysel özerkliğin bedelidir.[1302]

Özneyi ya da daha özel olarak "*self / ben*"i belirleyen unsurlar, toplumsal olanından ayrılamayacak biçimde tanımlandığında, liberalizmin klasik "*ben"*

[1300] Rawls, **A Theory of Justice**, ss. 136–142.
[1301] Burada Donnelly'nin itiraz ettiği nokta, self-determination (kendi kaderini belirleme) hakkı, çevre hakkı ya da azınlık hakları gibi bireysel haklardan bağımsız olarak tanımlanan hak kategorileri olmaktadır. Bkz. Donnelly, ss. 153 vd.
[1302] Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, s. 346.

anlayışından sapılmış olacaktır. Komüniteryanların/cemaatçilerin "*ben*" tanımlamaları dikkate alındığında, bireyin kimliğini oluşturan, ırk, dil, din ya da cinsiyet gibi bir takım ögelerin bireyden soyutlanamayacağı sonucuna varılır. Komüniteryanlar, -Marksistlerle birlikte- liberalizmin sözleşme kurgusuna en ağır eleştirileri getiren düşünürler olmuşlardır.[1303] Her iki grup düşünce sisteminin, liberalizmin soyut birey anlayışına karşı tavırları aynı noktada buluşsa da[1304], gruplara yönelik hakaretler (grup defamation) konusunda Marksistlerle Komüniteryanları birbirinden kesin sınırlarla ayırmak gerekir. Marksistler, komüniteryanların bireyin kimliğinden ayrılamaz olarak belirledikleri özelliklerin gerçekte bir *yabancılaşma* olduğu sonucuna vardıklarından, onların eleştirilerinin buradaki konuyla ilgisi bulunmamaktadır. Komüniteryanların liberalizme yöneltmiş oldukları eleştiriler ise, gruplara yöneltilen (hakaret ya da sövme içeren) ifadelerin aslında söz konusu grubun üyeleri için ne denli bireysel olabileceği ile yakından ilgilidir. Komüniteryanlar, özellikle toplumda bulunan azınlıkların, zayıf ve hassas konumlarından ötürü kimliklerinin korunması için çaba gösterilmesi gerektiğine dikkat çekmektedirler.[1305]Aslında bu argümanın temelinde, "*ben*"in bilgisinin, karakteri belirleyen bütün sosyal ve komünal bağların anlaşılmasıyla keşfedilebileceği savı bulunmaktadır. Halbuki liberalizm, yarattığı yapay dünyada "*ben*"in objektif değer yapısının içkin olduğu sosyal formları yadsıyarak bu bilgiye ulaşılmasını olanaksız kılmaktadır.[1306] "Ben"in belirlendiği sosyal formların oluşturduğu yapının içerisinde "dil (language)"in önemli bir işlevi bulunmaktadır. Dil, hukuksal liberalizmin ileri sürdüğü gibi, soyut rasyonel bireylerin rekabet içerisindeki fikirler piyasasından en değerli olanını en uygun bir fiyata almak için kullandıkları bir araç değildir; tam aksine dil, belirli bir arka plana ve belirli bağlamlara (contexts) sahip "kişi (person)"lerin dünya görüşlerini biçimlendiren bir

[1303] Komüniteryan düşünürlerden, M. Sandel'in özellikle J. Rawls'un adalet kuramına yöneltmiş olduğu eleştiriler ve genel olarak Marksizmin, liberalizmin özgürlük anlayışına yöneltmiş olduğu eleştiriler çalışmanın Birinci Bölüm'ünde incelenmiştir.
[1304] Örneğin bkz. Norman Barry, **Birey, Cemaat, Piyasa,** Yayına Haz. A. Mavili Aktaş, Liberte Yayınları, Ankara (?), ss. 105 vd.
[1305] Liberal "ben" ve komüniteryan "ben" arasında karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. Kymlicka, **Contemporary Political Philosophy**, ss. 221–228.
[1306] Barry, **Birey,** ss. 111–112.

yapıdır.[1307] Komüniteryan bakışta böylece, "*ben*" ve "*dil*" ilişkisi "dil"in biçimlendirici özelliğinden ayrı düşünülmemektedir.

Komüniteryanların, "*ben/dil"* ilişkisi tanımlamasına uygun bir kurgu W. Sadurski tarafından şöyle yapılmıştır:

> *Farz edin ki siz, yurttaşlığa yeni kabul edilen bir oturumcusunuz ve yeni ülkenizin çalışkan ve vefalı bir yurttaşı olmak istediğiniz için, oturduğunuz bölgenin kasaba konseyi toplantısına gidiyorsunuz… [B]ir konuşmacı ayağa kalkıyor … özellikle sizin ülkenizden gelen yeni göçmenler için bölgeye yerleşmeyi daha zorlaştıracak bir yasa teklifinde bulunuyor. Bunu, çocukların güvenliğini ve temizlik standartlarını korumak için teklif ettiğini söylüyor. Daha sonra da sizin ulusal grubunuzun, geçenlerde yayınlanan konu ile ilgili bir kitapta da kanıtlandığı gibi, genetik olarak geri zekalı ve ahlaki sağduyudan yoksun olduğunu vurgulayarak, sizin ve ulusunuzun kusur ve kabahatlerini ayrıntılarıyla anlatıyor… Konuşmaya bir şiddet tepkisi göstermiyorsunuz: çünkü çok korkmuş, çok sinmiş ve fark edilecek ölçüdeki yabancı şivenizden dolayı çok güç durumda kalmışsınız.*[1308]

Sadurski, burada söz konusu ifadelere maruz kalan bireyin, toplum içerisindeki zayıf konumuna dikkat çekmekte ve şu soruyu sormaktadır: Böyle bir aşağılanma olgusunun söz konusu bireyin yaşamı üzerinde yapabileceği etkilerin, bireyin şahsına yönelik bir hakaretten ya da sövmeden daha zayıf olacağı ileri sürülebilir mi? Öyle ki, ırkı dolayısıyla aşağılanmış kişi, yaşamının her anında bununla yüzleşmek durumunda kalacaktır; diğer insanlarla her karşılaştığında, onların gözünde bir aşağılama ifadesi arayacaktır. Kendisine karşı birilerinin iyi davrandığını gördüğünde, bunun bir acıma duygusundan kaynaklandığını düşünecektir. Böyle bir olayda, ne kamu düzenin açık ve yakın tehlike oluşturacak ölçüde bozulmasından, ne de bireyin şahsına yöneltilmiş bir hakaretin varlığından söz edilecektir; ancak yine de bireyin yaşamını son derece olumsuz etkileyen bir ruhsal incinme ve yaralanma durumu ortaya çıkmış olacaktır.[1309]

Sadurski'nin kurgusunun dramatik biçimi, madalyonun bir yüzünü oluşturmaktadır. Madalyonun diğer tarafında ise, bu kurguyu tersine çevirecek başka

---

[1307] Thomas Streeter, "*Some Thoughts on Free Speech, Language, and the Rule of Law*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995, ss. 39–40.
[1308] Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, ss. 316–317.
[1309] Sadurski, **İfade Özgürlüğü**, ss. 317 vd.

gerekçeler yatmaktadır. Kurgudaki saldırgan üslubun kamusal bir tartışma açısından; hatta belki bu ifadelerin muhatapları bakımından olumlu sonuçlarının olabileceği düşünülmelidir. Buradaki konuşmacının, yakındığı noktaların belirli ölçüde bile olsa haklı olabildiği bir durum düşünelim. Bu durumda, konuşmacının daha yumuşak bir üslup içerisinde konuya dikkat çekmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Ne var ki, ifadelerin değindiği konular kadar, kimi durumlarda ifadenin yöneltiliş biçimi de dinleyicilerin konuyu gereği gibi kavrayabilmelerinde etkili olabilir. Buradaki ifadelerin rahatsız edici olduğunda kuşku yoktur. Ne var ki, konuşmacının bu tavrı aynı zamanda toplumda, -haklı ya da haksız- bir rahatsızlığın varlığını ortaya koymaktadır. İfadelerin keskinliği bu rahatsızlığın derecesini belirleme bakımından önemlidir. Durum şayet Sadurski'nin anlattığı gibi ise, o zaman bu ifadelerin hedefinde olan grubun, toplumda (bu ifadeler hiç kullanılmamış olsaydı bile) zaten var olan bir saldırganlığın hedefinde bulunduğunu gösterir. Bu durumda çare, ifadenin sınırlanması değil; toplumsal hoşgörü ve duyarlılığı arttırıcı gerçekçi önlemler almaktır. Bu, kimi zaman destekleyici/olumlu edimler biçimde olabileceği gibi; kimi zaman da toplumsal hoşgörü ortamını arttırabilecek kamusal tartışma ve diyalog forumunu yaratmak biçiminde olabilir. Böylece toplumda farklı kesimlerin hassasiyetleri daha iyi anlaşılacak ve ona uygun reçeteler yürürlüğe konulabilecektir. Burada D. Richards tarafından formüle edilen hoşgörüye dayanan bir tezin argümanlarının dikkate alınması gerekecektir. Buna göre, toplumda gerçekte var olan yapısal adaletsiziklerin, ifade özgürlüğüne konulan sınırlamalarla ortadan kaldırılması bir yana, daha da pekiştirilmesi söz konusu olabilecektir.[1310]

Bu nedenlerle, ne komüniteryanlar ne de Sadurski, bu türden ifadelerin yasaklanması taraftarıdırlar. Bu düşünürlerin, bu türden olgu ve olaylara dikkat çekmek istemelerinin nedeni ifade özgürlüğünün sınırlanmasına gerekçeler bulmak değildir; tam aksine, toplum içerisinde zayıf konumda olanların, liberallerin kabul etmeye yanaşmadıkları kimlik unsurları nedeniyle yaşadıkları olumsuzluklara dikkat çekmektir.

Bu türden ifadelerin sınırlandırılmasına karşı ileri sürülen bir diğer önemli argüman, durumunun hassas olduğunu ileri süren bir tek kişinin dahi belirli kategori

[1310] Hoşgörüye dayanan tezin argümanları bu çalışmanın Üçüncü Bölümünde incelenmiştir. Ayrıca bkz. Richards, **Free Speech**, ss. 126 vd.

ifadeleri kolaylıkla veto edebileceğidir. Bu durumda, ifade özgürlüğü temel bir hak olma özelliğini kaybedecektir. Toplumda hassasiyetleri olan bütün birey ya da grupların bu hasiyetleri dikkate alınarak ifade özgürlüğüne sınırlar çekildiğinde, ifade özgürlüğü öylesine cılız bir yapıya bürünecektir ki; ortada sözü edilebilecek temel bir hak kalmayacaktır.

İfadenin sınırlandırılmasına karşı ileri sürülen bir başka önemli argüman ise daha güçlü durmaktadır. Buna göre, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında toplumsal hassasiyetler ölçü alındığında, bu hassasiyetlerin toplumdaki yalnızca zayıf konumda bulunanlar için olmadığı görülecek; toplumdaki baskın (dominant) grupların da benzeri hassasiyetlerine dayanılarak ifade özgürlüğünün sınırlanması gündeme gelecektir. Bu durum, özellikle toplumdaki zayıf konumda bulunanların çoğunluğun tutum ve davranışlarına karşı seslerini yükseltmelerinin biricik garantörü durumundaki ifade özgürlüğünü amacından uzaklaştıracak ve sınırlama gerekçelerinin tam aksi yönde bir sonucun doğmasını sağlayacaktır.[1311]

Avrupa'daki Müslüman azınlıkların dinlerine yönelik yapılan aşağılamalar, özellikle dindar bireyler bakımından son derece incitici ve yaralayıcı olabilir. Bu duruma, Yahudi azınlığa yönelik ırkçı aşağılamaları da eklemek mümkündür. Ne var ki, onların hassasiyetleri nedeniyle ifade özgürlüğünün sınırlanması, Avrupa'da onlara karşı gelişebilecek olan nefretin önünü almayacağı gibi; yapısal adaletsizliklerin giderek kötüleşmesini ve bir gün önü alınamayacak bir şiddete dönüşmesini de sağlayabilir.

Gerçekte Kıta Avrupası ifade özgürlüğü rejimi için, önceden belirlenmiş ifade kategorileri dışında kalan alanlar bakımından tam anlamıyla liberal bir rejimin

[1311] Aynı olaya bir de tersinden baktığımızda, Türkiye'de baskın grup olan "Türk" kimliğinin aynı hassasiyetler nedeniyle korunması, özellikle bir takım siyasalardan rahatsız olan azınlığın hassasiyetlerini dile getirmelerinin önünde bir engel gibi durmaktadır. Bu gün alt kimlik-üst kimlik tartışması bile yapmanın aynı hassasiyet nedeniyle cezai yaptırıma tabi tutulduğunu görmekteyiz. Benzeri bir durumun toplumda gizli azınlık (invisible minority) konumunda bulunan eşcinseller bakımından da geçerli olduğu düşünülmelidir. Eşcinsellerin kendilerini toplu içerisinde ifade edebilmelerinin güvencesinin de ifade özgürlüğü hakkı olduğunu belirtmek gerekir. Yalnızca geleneksel toplumlarda değil; ABD gibi modern toplumlarda dahi eşcinsellerin kendilerini ifade etmelerinden rahatsızlık duyulmaktadır. Pek çok kimse, eşcinsel ifadelerin açık biçimde ifade edilmesinin rahatsız edici olduğunu düşünmekte ve bu rahatsızlık pek çok kamusal davranış biçimine yansımaktadır. Bu durum azınlık konumundakilere karşı, azınlık konumundakilerin geleneksel ifade özgürlüğü tezlerine karşı kullanmış oldukları argümanların kendilerine dönebileceğini ortaya koymaktadır. Bu konuda ayrıntılı bir analiz için bkz. Paul Seigel, "*Why Lesbians and Gay Men Need Traditional First Amendment Theory*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995, 224–252.

geçerli olduğu söylenebilir. AİHS'nin 17. maddesinin (kötüye kullanma yasağının) geçerli olmadığı ifade özgürlüğü alanları bakımından, ABD ifade özgürlüğü rejimine oldukça yakın bir rejimin geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin Federal Almanya'da, bir barın kapısına yazılan "*Türkler hariç!*" yazısı için idari ve yargısal makamlar işlem yapılmasına gerek olmadığına karar vermişlerdir.[1312] Bir kişinin, barlara Türklerin alınmaması gerektiğini savunması, ifade özgürlüğü hakkıyla ilgili bir konudur. Kuşkusuz böyle bir savunu, ayrımcılığı tahrik ve teşvik edecek bir boyuta bile varsa, hakkın norm alanı içerisindedir. Böyle bir ifadenin sınırlandırılmasının gerekli olup olmadığı ise farklı ifade özgürlüğü rejimleri bakımından farklı yanıtlar alabilir. Bununla birlikte, bar kapısına yazılan "*Türkler hariç!*" yazısı, bir *eylemdir*. Böyle bir eylemin korunmasının gerekli olup olmadığı ise, yine farklı özgürlük rejimleri bakımından farklı yanıtlanabilir. Ne var ki böyle bir *eylem*, ifade özgürlüğü hakkının norm alanı dışında kalır ve sınırlanması durumunda konu, ifade özgürlüğü rejimi bakımından değil, örneğin mülkiyet hakkı ya da temel hak normu dışında kalan (örneğin, özel hukuktan kaynaklanan) bir hakkın kapsamı içerisinde değerlendirilir. Her halde, ayrımcılık niteliğindeki bir eylemle, ayrımcılığa tahrik ve teşvik eden bir söz ediminin sınırlanması bakımından farklı ölçütler söz konusu olacaktır. Eylemin sınırlanmasındaki ölçüt, ifadenin (söz ediminin) sınırlanmasındaki ölçüte göre daha zayıf bir koruma sağlayacaktır. Türklerin, Almanların girdikleri barlara girememelerinin gerekliliğini savunan bir görüş ile bir barın kapısına *"Türkler hariç!"* yazısının yazılması arasındaki temel farklılık, birincisinde sözle eylem arasına girmenin olanaklı olmasına karşın, ikinci durumda sözle eylem arasına girmenin mümkün olmamasıdır. Bu, tam da ifadenin sınırlanması konusunda Meiklejohn tarafından belirlenen ölçüte karşılık gelmektedir. Yani bu durumda yapılan sınırlama, *hukuki usul ve esaslara uygunluk* (due process of law) çerçevesinde meşru olabilecektir. Yani sınırlama ölçütü, ifade özgürlüğü hakkının norm alanı dışına çıkmış olmaktadır. Ancak, Alman makamlarının söz

[1312] Söz konusu örnek S. Baer tarafından verilmiştir. Baer, hukukun kimi durumlarda baskın ve güçlü grupları korurken, zayıf konumdaki azınlık grupları korumadığının görüldüğünü belirtmekte ve bu durumun bir eleştirisini yapmaktadır. Bkz. Baer, "*Violence…",* s. 75 ve dipnot 56.

konusu eylem karşısında liberal bir tavır alarak herhangi bir sınırlamaya gitmedikleri görülmektedir.[1313]

Bu durum şunu göstermektedir; Kıta Avrupası rejimi, ifade özgürlüğünün sınırlanması bakımından maddi gerekçeleri dikkate almamaktadır. Bu rejim, özellikle Avrupa'nın iki dünya savaşı arasında kalan bir dönemde yaşadığı acı deneyimler çerçevesinde önceden belirlenmiş olan bir takım ifade alanlarını kötüye kullanma yasağı kapsamında hakkın norm alanı dışında tutmaktadır. ABD Yüksek Mahkemesinin *Whitney v. California* kararında "zararlı eğilim testi" olarak anılacak sınırlama ölçütüyle, Avrupa'nın belirli ifade kategorileri bakımından geliştirmiş olduğu ölçüt aynı temel üzerinde durmaktadır. AİHS sistemi, kötüye kullanma yasağı kapsamı içerisine giren ifadelerin önceden belirlenmesine izin vermiş olmaktadır. Whitney kararında ABD Yüksek Mahkemesi de, belirli içerikteki ifadenin, hangi koşullar altında ifade edildiğine bakılmaksızın ulusal güvenlik ya da başka gerekçelerle tehlikeli sayılacağına yasama organının karar verme hakkının bulunduğunu kabul etmişti. Bu karar, Holmes ve Brandies tarafından yaratılmış olan açık ve yakın tehlike kriterinden tam anlamıyla bir sapma idi. Çünkü açık ve yakın tehlike kriteri, ifadenin içerik bakımından tehlikeli olup olmadığının yasama organı tarafından önceden belirlenemeyeceğini; her somut davada belirleneceğini öngörmekteydi.[1314] Hâlbuki Kıta Avrupası'nda, kötüye kullanma yasağı kapsamı içerisine giren ifadeler bakımından böyle bir ölçüt aranmamaktadır. Zira bu kategori içerisine giren ifadeler hakkın norm alanı dışında kabul edilmektedir. Bu durumun, Avrupa'nın tarihsel ve siyasal koşullarının bir ürünü olduğunu söylemeye gerek yoktur. Söz konusu koşullar dolayısıyla, burada açıklanan maddi gerekçeler, AİHS sistemi içerisinde değerlendirme dışı kalmaktadır.

Nihayet ifade özgürlüğünün, bir toplumun özgür sayılıp sayılmaması noktasında turnusol kâğıdı işlevi gördüğünü yinelemek gerekir. İfade özgürlüğü hakkı eğer toplumda arzu edilen genel yararlarla tartılarak sınırlanabilirse, o zaman temel bir insan hakkı olma özelliğini kaybeder. Örneğin, ırkçı söylemlerin yasaklanması, daha hoşgörülü bir toplum yaratmak için gerekli olduğu sonucuna

[1313] S. Baer tarafından konuyla ilgili yapılan değerlendirmeler için Bkz. Baer, "*Violence…",* ss. 73–75.

[1314] **Whitney v. California**, 274 U.S. 357 (1927) kararında Yargıçlar Holmes ve Brandies tarafından bir karşı oy yazısı kaleme alınmıştır. Karar hakkında bkz. Güran, ss. 83–84.

varılıyorsa, o zaman ifade özgürlüğünün genel toplumsal yararlar için feda edildiği söylenecektir. Buna izin verildiğinde, toplumda suç işleyenlerin hak ettikleri cezayı çekmelerinin sağlanabilmesi ve dolayısıyla da adaletin daha iyi gerçekleştirilebilmesi ya da suçun işlenmesinin önünün alınması adına işkencenin de onaylanması düşünülebilir.

Oysa A. Cox'un belirttiği gibi, ifade özgürlüğü hakkının sırf ifadenin iletmiş olduğu mesajın içeriğinin neden olabileceği genel tehlike ya da zarar esas alınarak sınırlanması, özellikle mesajın kamusal tartışmayla ilgili olduğu durumlarda haklılaştırılmasının en zor olduğu sınırlama olacaktır.[1315]

Burada anlatılmak istenilen, bütün temel hak ve özgürlüklerin faydacı/utilitarian bir kuramla temellendirilemeyeceğidir. İnsan haklarının deontolojik temellendirilmesi, ifade özgürlüğü hakkının da genel yarar kavramıyla sınırlandırılamayacağı anlamına gelir. Türkiye'de ifade özgürlüğü rejiminin uluslararası insan hakları standartlarına uyumlu hale gelmesi, yargının yararcı kuramları terk ederek öncelikle deontolojik kuramları dikkate almasına bağlıdır. Dahası ifade özgürlüğü, salt bireysel özerklik ya da kişinin kendi kendisini gerçekleştirmesi argümanlarıyla desteklenmez; araçsalcı (enstrumantalist)-gerçekliğe dayanan tezle, fonksiyonalist-demokrasiye dayanan tezle, iktidara güvensizliğe dayanan tezle ve diğer başka tezlerle de desteklenir. Bütün bu tezlerin ifade özgürlüğü hakkının sınırlanması gündeme geldiğinde, her davada dikkate alınması gerekir. Bu nedenle de bütün ifade özgürlüğü davaları gerçekte *zor davalardır*.

[1315] Cox, "*tehlike*" ifadesine yer vermemiş yalnızca mesajın yol açacağı "*zarar/harm"*dan söz etmiştir. Bkz. Cox, **Freedom of Expression**, s. 6.

SONUÇ

İfade özgürlüğü hakkı temel bir insan hakkıdır ve bu hakkın temellendirilmesi, insan haklarını temellendiren tezle uyumludur. Bu çalışmada evrensel ifade özgürlüğü hakkını temellendiren insan onuruna dayalı tezin aynı zamanda ifade özgürlüğü hakkını da temellendirdiği ortaya konulmuştur. Evrensel insan hakları tezi, insanın ahlaki doğasına dayanmaktadır. Modern insan hakları anlayışının, özellikle kategorik-mutlak olarak tanımlanan bir takım haklar dikkate alındığında, araçsalcı/enstrumentalist, fonksiyonalist ya da faydacı/utilitarian bir tezle temellendirilmesinin olanaklı olmadığı görülür. Dolayısıyla modern insan hakları ancak deontolojik Kantçı bir tezle desteklenebilir ve savunulabilir. Bunun anlamı, diğer tezlerin insan haklarını temellendirme bakımından bütünüyle geçersiz oldukları değildir; ancak diğer tezlerin eksik ve yetersiz kaldıklarıdır. İnsanı rasyonel ve özerk bireyler olarak tanımlayan Kantçı anlayış, modern insan hakları tezini savunmaya elverişlidir. Başka bir anlatımla, insanı insan yapan özelliklerin kategorik olarak korunması, ancak Kantçı deontolojik bir insan hakları teziyle savunulabilir.

Aynı biçimde, ifade özgürlüğü hakkını destekleyen tezin de deontolojik bir temele dayanması gerekir. İnsanın iletişimsel faaliyetinin insanı insan yapan özelliklerden biri olduğu savunulabilir ve ifade özgürlüğü hakkının inkârının, insan onurunu zedeleyeceği ileri sürülebilir. İşte bu özellikleriyle ifade özgürlüğü hakkını destekleyen tezin, bireysel özerkliğe ve kişinin kendi kendisini gerçekleştirmesine dayalı bir tez olduğu bu çalışmada savunulmuştur.

Farklı özgürlük anlayışları, farklı ifade özgürlüğü rejimlerinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. İfade özgürlüğü hakkının "özgürlük" boyutu, özellikle hakkın norm alanının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu çalışmada özgürlüğün iki boyutu olduğu yönündeki hem negatif özgürlük savunucularının hem de pozitif özgürlük savunucularının görüşleri benimsenmemiş; özgürlüğü üçlü ilişki boyutuyla kavrayanların argümanlarının insan hakları anlayışına daha uygun düştüğü sonucuna varılmıştır. Burada benimsenen özgürlük anlayışı, sınırlı pozitif özgürlük olarak nitelendirilmiştir. Özellikle insan onurunun korunmasının, devletin negatif edim yükümlülüğünün yanında pozitif bir niteliğinin bulunduğu kabul edilmiş; genel olarak insan haklarının olduğu gibi özel olarak da ifade özgürlüğü hakkının

gerçekleştirilmesi bakımından devletin pozitif edim yükümlülüğünün bulunduğu savunulmuştur. Söz konusu savunuyu haklılaştıracak somut uygulamalar ortaya konulmuştur.

Devletin pozitif edim yükümlülüğü açısından hakkın norm alanına müdahalesinin iki yönü bulunmaktadır: Birincisi, ifade özgürlüğünün bireysel insan hakkı yönüdür ki; burada oldukça sınırlı bir müdahale alanı ortaya çıkmakta ve hak büyük ölçüde negatif bir konsept içerisinde tanımlanmaktadır. Ancak, ifade özgürlüğünün bir sistem olarak ortaya çıktığı durumda (özellikle de demokrasiye dayanan argüman çerçevesinde), devletin pozitif edim yükümlülüğünün kapsamı genişlemektedir. İfade özgürlüğünün bir sistem olarak algılandığı durumlarda, ifade özgürlüğü hakkının norm alanındaki genişlemeye özellikle hak çerçevesinde *ayrıcalık* olarak ortaya çıkan kimi özel durumların zamanla ulusal ve uluslararası yargı organlarınca hakkın norm alanına dahil edilmesinin neden olduğu görülmektedir.

Hakkın gerçekleştirilebilmesi, kurumsallaşabilmesi ve gerekli koruma aygıtlarının işlerlik kazanabilmesi için ifade özgürlüğü sistemine devletin olumlu edimde bulunma yükümlülüğünün sınırlarının belirlenebilir olması büyük önem taşımaktadır. İfade özgürlüğü hakkı bağlamında, mevcut hukuk sistemleri içerisinde birer ayrıcalık olarak kabul edilen, zapt ve müsadereye, gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasına ve basın yayın kuruluşları ile mensuplarının görevleri dolayısıyla uğrayabilecekleri saldırılara karşı korunmalarına ilişkin hükümlerin, ifade özgürlüğünün konusu ve norm alanı içerisinde kabul edilmesi gerektiği savunulabilir. Bunun anlamı, devletin ifade özgürlüğü hakkını ihlal etmeden bu düzenlemeleri yok saymasının kabul edilemeyeceğidir. Nitekim AİHM, sınırlı bir alanda da olsa devletin pozitif edim yükümlülüğünü ihlal etmesinin hakkı ihlal ettiğini, dolayısıyla da pozitif edim yükümlülüğüne ilişkin kimi özel durumların hakkın norm alanı içerisinde olduğunu kabul etmiştir.

Sözü edilen ayrıcalık ya da hakların ek güvenceler biçiminde kurumsallaştırılması, hakkın ilintili olduğu *özgürlük* bağlamında bunların *nitelikli koşul* olarak değerlendirildikleri anlamına gelir. Negatif özgürlük anlayışının benimsediği *laissez-faire* doktrini, ifade özgürlüğü piyasasına devletin müdahale etmeme yükümlülüğünü, bu hakkın gerçekleşebilmesinin gerek ve yeter koşulu

olarak değerlendirirken; sınırlı pozitif özgürlük anlayışına dayalı bir ifade özgürlüğü doktrini, belirtilen bu koşulları ifade özgürlüğü sisteminin ayrılmaz parçaları saymaktadır. Bu durumda, söz konusu nitelikli koşulların sağlanamadığı bir sistemde ifade özgürlüğü hakkının da ihlal edildiği sonucuna varılabilir. Devletin kendine düşen pozitif/olumlu edim yükümlülüğünü, belirtilen kurumsallaştırmayı (örneğin, düzeltme ve cevap hakkını, basında tekelleşmeyi önleyecek düzenlemeleri ya da basına tanınması gereken diğer bir takım ayrıcalıkları) hukuk düzeni içerisinde gerçekleştirmek suretiyle yerine getirmiş sayılacağı da öngörülebilir. Gelecekte ifade özgürlüğü hakkının norm alanının ifade özgürlüğünün konusu içerisinde genişleyebileceği beklenebilir. Nitekim bu gelişmelere AİHS sistemi içerisinde tanık olmaktayız.

Kıta Avrupası hukuk sistemleri, *ifade özgürlüğü sisteminin* sözü edilen unsurlarını başka haklar çatısı altında kurumsallaştırmış oldukları için, ifade özgürlüğü sistemi bakımından bir tehlike söz konusu değildir. Basının demokratik sistemin işleyişi için vazgeçilmez bir öneme sahip olduğu kabul edilmekte ve basına yönelik bir takım ayrıcalıkların kurumsallaştırılması *ifade özgürlüğü sisteminin* bir parçası olarak görülmektedir. Türk hukuk sistemi de Kıta Avrupası modelini benimseyerek hukuk sistemi içerisinde bu güvenceleri kurumsallaştırmıştır. Bu konuda en yeni tarihli bir örnek, gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamayacağına ilişkin bir hakkın 5187 sayılı Basın Kanununda düzenlenmesidir. Bu güvencenin anayasal bir ek güvence niteliğinde gözükmemesinin artık bir anlamı yoktur. Bu tamamen biçimsel bir durumdur, zira Türkiye AİHS'ne taraf olduğu için güvence Sözleşmenin 10. maddesi (ifade özgürlüğü hakkı) kapsamında uluslararası insan hakları hukuku tarafından sağlanmaktadır.

ABD hukuk sistemi ise bu alanda yeterince kurumsallaşamamıştır. Bunun başlıca nedenlerinden biri, ifade özgürlüğünün denetlenmesi konusunda devlete olan güvensizliktir. Hâlbuki sınırlı pozitif özgürlük anlayışı çerçevesinde devletin denetim ve kurumsallaştırma ödevini kötüye kullanması başarılı biçimde engellenebilir. Burada temel görev, yasamanın gerekli düzenlemeleri yapmasından sonra yargıya düşmektedir. Yargı, söz konusu kurumları ifade özgürlüğü rejimini etkin kılmak için işletmelidir. Bunun sağlıklı biçimde işletilebilmesi için, negatif özgürlük anlayışı tarafından savunulan *özel alanın* ifade özgürlüğü hakkının *norm alanını* oluşturduğu

her zaman dikkate alınmalı ve devletin ifade özgürlüğüne yönelik her türden müdahalesi bu süzgeçten geçirilerek bir sonuca varılmalıdır.

İfade özgürlüğü hakkının sınırlı pozitif özgürlük anlayışı çerçevesinde kavranmasının bir diğer anlamı ise, pozitif edim yükümlülüğünün sınırlarının devletin negatif edim yükümlülüğü çerçevesinde belirlenmesidir. Bu da her şeyden önce hakkın norm alanının, devletin negatif edim yükümlülüğü açısından ortaya konulabilmesine bağlı olacaktır. Bu bağlamda hakkın sınırlarının belirlenmesinin, hakkın temellendirilmesiyle sıkı bir ilişki içerisinde olduğu görülmektedir.

Bu çalışmada, devletin pozitif edim yükümlülüğünün kapsam ve sınırları konusunda egalitaryan/eşitlikçi görüşlerin, devletin negatif edim yükümlülüğünün kapsam ve sınırlarının belirlenmesi konusunda ise libertaryan görüşlerin benimsenmesi ve bu iki anlayışın ifade özgürlüğü tezleri çerçevesinde uzlaştırılması önerilmektedir.

Modern insan hakları anlayışı çerçevesinde hakkın temellendirilmesinin insanın ahlaki doğasına içkin deontolojik bir insan hakları tezi olduğu belirtilmiştir. İnsanın ahlaki doğasına bağlı olarak insan onuruna dayalı bir tezin, klasik anlamda hakların sınırlanması bakımından, hem hakkın kötüye kullanılması yasağıyla hem de başkasına zarar vermeme ilkesiyle sınırlı olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, ifade özgürlüğü hakkını temellendiren tez yalnızca belirtilen deontolojik tez değildir. Deontolojik tez, hakkı temellendirme bakımından oldukça kuşatıcıdır ve hakkın savunusu açısından zedelenmemesi gereken bir "öz"ü kavramsallaştırmaya elverişlidir. Ne var ki bu tez, ifade özgürlüğü hakkının bireysel bir insan hakkı olması temeline dayanır ve ifade özgürlüğü sistemi olarak adlandırılan sistemden bağımsızdır. Hâlbuki ifade özgürlüğü hakkı, bireysel bir hak olmasının dışında sosyal ve siyasal bir içeriğe sahiptir. İşte hakkın sosyal yönünü enstrümantalist faydacı bir yaklaşımla destekleyen gerçekliğe dayanan bir tez ve hakkın siyasal yönünü ve yönetimle birey ve genel olarak tebaa arasındaki ilişkiye bağlı demokrasiye dayanan fonksiyonalist bir tez temsil etmektedir.

Tezler üç ana başlık altında ele alındı ve tezlerin birbirleriyle ilişkisi olduğu kabul edilmekle birlikte, her bir tezin diğerlerinden bağımsız bir savunusunun yapılabileceği bir ölçüde kanıtlandı. Bu tezler, yinelemek gerekirse, deontolojik bir

tez olan bireysel özerkliğe ve kişinin kendi kendisini gerçekleştirmesine dayalı tez; gerçekliğe dayanan tez; demokrasiye dayanan tezdir.

Ne var ki, ifade özgürlüğünü destekleyen ya da temellendiren tezler yalın olarak bu üç tezden ibaret değildir. Diğer tezler genellikle belirtilen bu tezlerin bir sürümü ya da karışımı biçiminde bir görünüm sergilemektedirler. Diğer tezler, şu üç başlık altında incelenmiştir: (1)hoşgörüye ve çoğulculuğa dayanan tez, (2) sosyal psikoloji ile temellendirilen tezler ve (3) iktidara güvensizliğe dayanan tez. İfade özgürlüğü hakkını destekleyen bütün tezlerin önemli olduğunun altını çizmek gerekir. Her bir tez farklı bir ifade kategorisine ilişkin olarak özel bir öneme sahiptir. Örneğin demokrasiye dayana bir tez, siyasal ifadeye sağladığı neredeyse '*mutlak*'a yakın koruma bakımından önemlidir. Akademik özgürlükler alanında özellikle gerçekliğe dayanan tezin önemli olduğu görülmektedir. Diğer taraftan örneğin dildeki aşırı kapsayıcılığa vurgu yapan ve aynı zamanda iktidarın ifadeyi denetleme konusundaki yetkisizliğini/ehliyetsizliğini savunan, iktidara güvensizliğe dayana tez, diğer tezlere yardımcı bir tez olarak savunulabilir. Hoşgörüye dayanan tezin özellikle toplumdaki yapısal adaletsizliklere getirmiş olduğu farklı bakış açısıyla, ifade özgürlüğünün en zayıf konumda olduğu alanlarda önemli bir destek tez olduğu görülmektedir. Tezler hem ayrılabilir niteliktedir hem de bütün ifade özgürlüğü davalarında kümülatif bir etkiye sahiptir. Bunun anlamı, ifade özgürlüğünün sınırlanmasının gündeme geldiği bütün davalarda tezlerin her birinin gözden geçirilerek bir sonuca varılması gerektiğidir. Kısacası devletin negatif edim yükümlülüğü çerçevesinde hakkın sınırlarının belirlenmesi, ifade özgürlüğü tezlerinin her bir davadaki ağırlığına göre tayin edilecektir.

Hakkın sınırlarının somut vakalarda araştırılması, öncelikle devletin negatif edim yükümlülüğü açısından hakkın norm alanının belirlenmesine bağldır. Böyle bir belirlemenin kuramsal çerçevesinin, *ifade* ve *eylem* arasındaki ilişkinin çözümlenmesi için yapılacak *linguistic* (dil bilimsel) ve *semantics* (anlam bilimsel) analizlere bağlı olduğu görülmektedir. Bu çözümleme aynı zamanda ifadenin iletişimsel etkilerinin anlam bilimi açısından araştırılmasına da bağlı olacaktır. Söz konusu çözümlemelerin ardından, ifade özgürlüğü hakkının sınırlanmasının hangi ölçütlere göre yapılacağının araştırılmasına geçilecektir. İfade özgürlüğünün sınırlanması, ifade özgürlüğünün temellendirilmesiyle doğrudan bağlantılıdır;

dolayısıyla da sınırlandırma konusunda uygulanacak yöntemin belirlenmesi ve varılacak sonuç bakımından, her somut davada ön plana çıkan ifade özgürlüğü tezi belirleyici bir rol oynayacaktır.

İfade özgürlüğü hakkının sınırlanması konusunda bu çalışmada iki sistem incelenmiştir. AİHS sisteminde uygulanan ifade özgürlüğü rejimi ile ABD ifade özgürlüğü rejimi incelenerek ifade özgürlüğü tezleri açısından bir karşılaştırma yapılmıştır. Her iki rejimi farklılaştıran temel nedenlerin benimsenen özgürlük anlayışı yanında, ön plana çıkan ifade özgürlüğü tezleri olduğu görülmüştür. ABD rejiminde, AİHS sisteminden farklı olarak yönetime güvensizlik tezinin önemli sonuçları olduğu görülmektedir.

Belirli ifade kategorileri bakımından her iki rejim arasında ortaya çıkan farklılıklara karşın, özellikle kademeli sınırlama sisteminin her iki rejimde de benimsenmiş önemli bir sınırlama sistemi olduğunun altı çizilmelidir.

Türk hukuk sisteminde ifade özgürlüğü rejimi bakımından büyük önem taşıyan TCK'nun 216 ve 301. maddelerinin Türk mahkemeleri tarafından, gerek ABD gerekse AİHS sistemlerinde uygulanan kademeli sınırlama sistemine uygun olarak yorumlanmadıkları görülmektedir. Türk mahkemelerinin kademeli sınırlama sistemine yabancı olmaları; bilerek ya da bilmeyerek bu sistemi dışlamaları Türkiye'de önemli ifade özgürlüğü sorunlarının ortaya çıkmasına yol açmakta; Türkiye'nin taraf olduğu AİHS standartlarının ifade özgürlüğü alanında uygulanmaması sonucunu doğurmaktadır.

KAYNAKÇA

KİTAP VE MAKALELER

Acemoglu, D./Johnson, S./Robinson, J., "*Liberty, Fraternity, Equality and Industry: The Economic Consequences of the French Revolution*", http://www.usc.edu/schools/college/crcc/private/ierc/papers/FrenchRevolution21.pdf (Çevrimiçi: 10/09/2007).

Akad, Mehmet, **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984.

Akad, Mehmet /Dinçkol, Bihterin V., **Genel Kamu Hukuku**, Genişletilmiş İkinci Basım, Der Yayınları, İstanbul 2002.

Akbay, Muvaffak, "*Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi*", **HFSA**, İBD Yayını, No. 15, İstanbul 2006.

Akın, İlhan F., **Temel Hak ve Özgürlükler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968.

Akın, İlhan F., **Kamu Hukuku**, 6. Bası, Beta Yayını, İstanbul 1990.

Alexander, Larry, **İfade Özgürlüğü Hakkı Var mı?**, Çev. H. Çetinkaya-A. Çakıroğlu, Ara-lık Yayınları, İzmir 2006.

Allen, David S., "*The Creation of An (In)active Public Sphere*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995.

Alstyne, William W. V., "*The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law*", **Harv. L. Rev.,** Vol. 81.

Angoff, Charles, **Handbook of Libel - A Practical Guide for Editors and Authors**, Essential Books, New York 1946.

Aral, Vecdi, "*Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi*", **İnsan Özgür mü?**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004.

Aral, Vecdi, **Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri**, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti, İstanbul 1978.

Arendt, Hannah, "*Freedom and Politics*", **Oxford Readings in Politics and Government**, Oxford University Press, UK 1991.

Arendt, Hannah, **Between Past and Future: Six Exercises**, Political Thought, Meridian Books, The World Publishing Company, Fifth Printing, Cleveland/NY 1969.

Aristotle, *Nicomachaen Ethics*, **The Complete Works of Aristotle**, The Revised Oxford Translation, Edited by Jonathan Barnes, Vol. Two, Bollingen Series LXXXI, Sixth Printing with Correction, Princeton University Press, USA 1995.

Aron, Raymond, **Özgürlükler Üzerine Deneme**, Çev. Turhan Ilgaz, 2. Bası, Lotus Yayınevi, Ankara 2005.

Arsham, Hossein, "*Zero in Four Dimensions: Cultural, Historical, Mathmetical and Pschological Perspectives*", http://home.ubalt.edu/ntsbarsh/zero/ZERO.HTM (Çevrimiçi: 25/09/2007).

Arslan, Zühtü, "*ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü",* **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Derleyen Zühtü Arslan, LTD yayını, Ankara 2003.

Arslan, Zühtü, "*İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: Açık ve Mevcut Tehlike'nin Tehlikeleri*", **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Editör: Bekir Berat Özipek, LTD Yayınları, Ankara 2003.

Artuk /Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Derleyen ve Yorumlayan Vahit Bıçak, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2002 (Metinde, "Bıçak, AİHM Kararlarında" biçiminde yer almıştır).

Aydın, Öykü. D., "*YTCK Açısından Salt İfade Suç Tiplerine Eleştirel Bir Bakış*", **HPD**, S.6, Mayıs 2006.

Aydın, Öykü D., **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku I – Amerika Birleşik Devletleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

Bach, Kent, "*Speech Acts*", **Routledge Encyclopedia of Philophy**, New York 2005.

Baer, Susanne, "*Violence: Dilemmas of Democracy and Law*", **Freedom of Speech and Incitement Against Democracy**, Edited by David Kretzmer and Francine Keshman Hazan, Kluwer Law International, Hague 2000.

Barendt, "*Importing United States Free Speech Jurisprudence?"* **Freedom of Communication,** Edited by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publisher, Great Britain 1994.

Barnes, Robin D., "*Reality and Ideology*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995.

Barron, Jerome A., "*Access to the Press-A New First Amendment Right*", **Harvard L. Rev**., Vol. 80, Iss. 1641, 1967.

Barry, Brian, **Theories of Justice: A Treatise on Social Justice**, Vol. I, University of California Press, Los Angeles 1989.

Barry, Norman, **Birey, Cemaat, Piyasa,** Yayına Haz. A. Mavili Aktaş, Liberte Yayınları, Ankara (?).

Bauman, Zygmunt, **Özgürlük**, Çev. Vasıf Erenus, Sarmal Yayınevi, İstanbul 1997.

Bayraktar, Köksal, **Siyasal Suç**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

Bayraktar, Köksal, "*Türk Ceza Kanununda Kamu Düzeni, Kamunun İtimadı ve Kamunun Selameti Aleyhine İşlenen Cürümler"*, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku**

Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İÜHF Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü, Sermet Matbaası, İstanbul 1977.

Beetham, David, "*What Future for Economic and Social Rights*?", 43 **Political Studies** 41 (1995), Steiner/Alston, **International Human Rigths In Context**, Oxford University Press, Second Edition, 2000 UK.

Berger, Arthur A., **Cultural Critisizm**, USA 1995.

Berlin, Isaiah, "*Two Concepts of Liberty*", **Four Essays On Liberty**, Oxford University Press, London/NY 1969.

Bevier, Lillian R., "*The Invisible Hand of the Marketplace of Ideas*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002.

Black, Charles L., **The People and The Court**, The Macmillian Company Press, New York 1960.

Blasi, Vincent "*Free Speech and Good Character: From Milton to Brandies to the Present*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002.

Bognetti, Giovanni, "*The Concept of Human Dignity and U.S. Constitutionalism*", **Science and Technique of Democracy**, Council of Europe Publishing, Collection No. 37, Strasbourg 2005.

Bolles, Edmund B., **Galileo'nun Buyruğu: Bilim Yazılarından Bir Derleme**, (Çev. Nermin Arık), Tübitak Popüler Bilim Kitapları, Ankara 1999.

Bollinger, **The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America**, Oxford University Press, UK 1986.

Bonnard, Roger, "*Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk*", Çev. Mehmet Ali Aybar, **HFSA**, İBD Yayını, No: 15, İstanbul, 2006.

Bottomore, Tom / Haris, Laurence / Kiernan, V.G./ Miliband, Ralp, **Marksist Düşünce Sözlüğü**, Çev. Mete Tunçay, İletişim Yayınları, İstanbul 2001.

Braun, Stefan, Democracy off Balance: Freedom of Expression and Hate Propaganda Law in Canada, University of Toronto Press, Canada 2004.

Brenkert, George G., **Marx'ın Özgürlük Etiği**, Çev. Yavuz Alagon, Ayrıntı Yayınları, Birinci Basım, İstanbul 1998.

Brown, Gillian/Yule, George, **Discourse Analysis**, Cambridge University Press, USA/Australia 1998.

Brownlie, Ian, Principles of Public International Law, Fifth Edition, Oxford University Press, UK 2002.

Brugger, Winfried, "*Comment*", **Science and Technique of Democracy**, Council of Europe Publishing, No: 37 (European and US Constutionalism), Strasbourg 2005.

Bruns, Alexander, "*Access to Media Sources in Defamation Litigation in the United States and Germany*, **Duke L. J. of Comparative & International Law**, Vol. 10, Issue No. 2, Spring/Summer, 2000.

Butterworth, Trevor, "*The BBC Meets Its Waterloo*", **The World & I**, Vol. 19, Iss. 5, Washington May 2004.

Campbell, Tom, "*Rationales for Freedom of Communication*", **Freedom of Communication**, Edited by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publisher, Great Britain 1994.

Carrol, John W., **Laws of Nature**, Cambridge University Press, USA 1994.

Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukuku**, 3. Bası, Beta Yayını, İstanbul 2005.

Chafee, Zechariah, **Free Speech in the United States**, Athenaum, New York 1969.

Chaffee, Z., "*Free Speech and Its Relation to Sefl-Government*", **Book Review, 62 Harvard L. Rev**. 5, 1949.

Chew, M. Y., "*Theoretical Ethics-A Taxonomy of Moral Realism*", http://www.bu.edu/wep/Papers/Teth/TEthChew.thm (12/11/2005).

Clayton R.,/Tomlinson, H., **The Law of Human Rights**, Oxford University Press, UK, 2000.

Clements, L.J./Mole, N./Simmons, A., European Human Rights Taking a Case under the Convention, Second Ed., Maxwell, London 1999.

Cohen, G.A., "*Capitalism, Freedom, and The Proleteriat*" **Oxford Readings in Politics and Government**, Oxford University Press, UK 1991.

Comte, Auguste, **The Positive Philosophy Vol. I,** Translated by Harriette Martineau, (Original Pub. London George Bell & Sons, 1896) Batoche Books, Kitchener 2000.

Comte, **The Positive Philosophy Vol. 2**, Translated by Harriette Martineau, (Original Pub. London George Bell & Sons, 1896) Batoche Books, Kitchener 2000.

Cox, Archibald, **Freedom of Expression**, Harvard University Press, Cambridge/ Massachusetts 1981.

Çankaya, Özden/Yamaner, Melike B., **Kitle İletişim Özgürlüğü**, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

Çavuşoğlu, Naz, "*Realisation of Social Rights*", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, Vol. 34, No. 51, 2002.

Çavuşoğlu, Naz, "*Parti Yasaklaması Rejiminde Azınlıklar Problemi: Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerine Bir Not*", **İÜSBFD**, No. 10, Ocak 1995.

Çavuşoğlu, Naz, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Özel Dizi, No. 1, Ankara 1994.

Dağlı, Y.A., "*T.C.K. 159. Madde Kapsamında İfade Özgürlüğü*", **İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku**, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No. 1, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2003.

Dahl, Robert A., **Demokrasi Üstüne**, Çev. Betül Kadıoğlu, Phoenix Yayınevi, Ankara 2001.

Dahl, Robert A., **Demokrasi ve Eleştirileri**, Çev. Levent Köker, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

Dahl, Robert A., **Dilemmas of Pluralist Democracy, Autonomy vs. Control**, Yale University Press, USA 1982.

Delgado, Richard, **Must We Defend Nazis? Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment**, NYU Press, NY 1999.

Demir, Vedat, "*Türk Medyasında Tecimselleşme Olgusu*", **Basılmamış Doktora Tezi**, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2000.

Denoyer, Pierre, **Modern Basın,** Çev. Adnan Cemgil, Remzi Kitabevi, İstanbul 1963.

Dinçkol, Bihterin, "*Klasik Demokrasinin Temel İlkeleri ve Anayasa Mahkemesinin Kararları*", **İBD**, C. 65, S. 1-2-3.

Docherty, Bonnie, "*Defamation Law: Positive Jurisprudence*", **Harv. H.R.J**., V. 13, Spring 2000.

Donnelly, Jack, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev. Mustafa Erdoğan/Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara 1995.

Dowler/Flemming/Muzzatti, "*Constructing Crime: Media, Crime, and Popular Culture*", **Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice**, University of Toronto Press, Vol. 48, Iss. 6, Oct. 2006.

Dönmezer, Sulhi, **Basın Hukuku**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1968.

Drewer, James, **A Dictionary of Psychology**, Revised by Harvey Wallerstein, Penguin Books, (Reprinted), Maryland USA 1971.

Duncan, Graeme, **Marx and Mill: Two Views of Social Conflict and Social Harmaony**, Cambridge University Press, Great Britain 1973.

Dworkin, Ronald, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, USA 1977.

Edelman, Peter B., "*Free Press v. Privacy: Haunted by the Ghost of Justice Black*", **Texas L. Rev**., Vol. 68, Iss. No. 6 (1990).

Ely, Jonh Hart, **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**, Harvard University Press, USA, 1980.

Emanuel, Steven L., **Constitutional Law**, 17th Ed., Emanuel Publishing Corp., NY 2000.

Emerson, Thomas I., **The System of Freedom of Expression**, Vintage Books Edition, U.S.A. 1971.

Emerson, Thomas I., **Toward A General Theory of The First Amendment**, Random House, New York 1963.

Erman, Sahir, **Hakaret ve Sövme Suçları,** İÜ. Fen Fakültesi Yayını, İstanbul 1989.

Errara, Roger, "*Freedom of Speech in The USA*", **Science and Technique of Democracy**, Council of Europe Publishing, No: 37 (European and US Constutionalism), Strasbourg 2005.

Eser, Albin, "*The Law of Incetment and the Use of Speech to Incite Others to Commit Criminal Acts: German Law in Comparative Perspective*", **Freedom of Speech and Incitement Against Democracy**, Ed. by Kretzmer and Hazan, Edited by David Kretzmer and Francine Keshman Hazan, Kluwer Law International, Hague 2000.

Estlund, David M., "*Deliberation and Wide Civility*", **The Boundaries of Freedom of Expression & Order in American Democracy**, Edited by Thomas R. Hensley, The Kent University Press, USA 2001.

Ettinger, Andrew / Holton, Viki, "*E-Learning Lessons from the Sharp End: The BBC*", **Training & Management Development Methods**, Vol. 19, Iss. 2, Bradford 2005.

Etzioni, Amita, **The New Golden Rule**: **Community and Morality in A Democratic Society**, Basic Books, USA 1996.

Fawcett, J.E.S., **The Application of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, UK 1987.

Fish, Stanley, **There's No Such Thing As Free Speech and It's A Good Thing Too**, Oxford University Press, USA 1994.

Fish, Stanley, "*The Dance of Theory*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002.

Fiss, Owen M., "*The Right Kind of Neutrality*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995.

Fiss, Owen M., "*The Censorship of Television*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002.

Flint, David, "*Media Self-Regulation*", **Freedom of Communication**, Edited by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publisher, Great Britain 1994.

Foucault, Michel, **Fearless Speech**, Edited by Joseph Pearson, Semiotext(e), USA 2001.

Friedmann, W., **Legal Theory**, Second Edition, London 1949.

Galtung, Johan, **Bir Başka Açıdan İnsan Hakları,** Metis Yayınları, İstanbul 1999.

Galtung, **Peace: Research, Education, Action: Essays in Peace Research**, Vol. I, Published by Christian Ejlers, Copenhagen 1975.

Garbarino, James/deLara, Ellen, **And Words can Hurt Forever: How to Protect Adolescent from Bullying, Harresment and Emotional Violence**, The Free Press Publishing, NY 2002.

Gaze, Beth, "*Theories of Free Speech, Pornography and Sexual Equality*", **Freedom of Communication**, Edited by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publisher, Great Britain 1994.

Gemalmaz, H. Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, Legal Yayınları, İstanbul 2005.

Gemalmaz, M. Semih/Gemalmaz, H. Burak, **Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında, Türkiye'de Bilgi Edinme Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı**, Yazıhane Yayınları, İstanbul (?).

Gemalmaz, M. Semih, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments**, Cilt/Volume III, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2004.

Gemalmaz, M. Semih, "*Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları*", **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 7–8, 1985–1986.

Gemalmaz, M. Semih, **Olağanüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1994.

Gemalmaz, M. Semih, **The Institutionalisation Process of the Turkish Type of Democracy: A Politico-Juridical Analysis of Human Rights**, Kavram Publishing, İstanbul 1989.

Gemalmaz, M. Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi**, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2006.

Gemalmaz, M. Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi**, Amaç Yayıncılık, İstanbul 1990.

Gemalmaz, M. Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Bası, Legal Yayınları, İstanbul 2007.

Gemalmaz, M. Semih, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, 2. Baskı, Kavram Yayınları, İstanbul 1994.

Gewirth, Alan, *"Ethical Universalism and Particularism"*, **The Journal of Philosophy**, Vol. 85, No. 6, June 1988.

Gewirth, Alan, **Human Rights: Essays on Justification and Application**, Chicago University Press, USA 1982.

Gewirth, Alan, **Political Philosophy** (Sources in Philosophy), A Macmillan Series, New York 1965.

Gewirth, Alan, **The Community of Rights**, The University of Chicago Press, U.S.A. 1996.

Glancy, Diana, "*Speaking the Corn into Being*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995.

Gökçen, Ahmet, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü**, LTD Yayını, Ankara 2001.

Gölcüklü, Feyyaz, **Haberleşme Hukuku**, Ankara, 1970.

Göze, Ayferi, **Liberal, Marksist, Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.

Göze, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Yayını, İstanbul 1993.

Gray, John, **Liberalism**, University of Minnesota Press, Minneapolis 1986; *Laissez-faire* doktrini üzerine önemli bir eleştiri için bkz. Milliband, Ralph, **The State in Capitalist Society**, Basic Books, N.Y.1978.

Green, T.H., "*Liberal Legislation and Freedom of Contract"*, **Oxford Readings in Politics and Government**, Oxford University Press, UK 1991.

Greenawalt, Kent, "*Clear and Present Danger and Criminal Speech*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002.

Gross, J.B./Duffes, P., **Human Rights Act and the European Convention**, Sweet&Maxwell Publishing, London 2000.

Gülmez, Mesut, "*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Hazırlık Süreci ve 11. Madde*", **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 16, 1994.

Günal, Yılmaz, "*Neye Kapalıdır*", **AÜSBFD**, C. XXII, No: 3, Eylül 1967.

Günter, Gerald/Sullivan Kathleen M., **Constitutional Law**, Thirteenth Edition, The Foundation Press, USA 1997.

Güran, **İfade Hürriyeti Üzerine İdarenin Yetkileri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1969.

Hafızoğulları, Zeki, "*TCK'nun 142. Maddesi Üzerine Bilirkişi Raporları*", **AÜSBFD**, C. XLIII, No: 1-2, 1988.

Hakyemez, Yusuf Ş., **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000.

Hargreaves, Robert, **The First Freedom: A History of Free Speech**, Sutton Publishing, England 2002.

Hart, H.L.A., "*Are There Any Natural Rights*?", **Political Philosophy**, Ed. By Anthony Quinton, Oxford Readings in Philosophy, Oxford University Press, UK 1967.

Hart, H.L.A., **The Concept of Law**, Clarendon Law Series, Oxford University Press, UK 1961.

Hatemi, Hüseyin, "*Düşünce Özgürlüğünün İlahi Tabii Hukukta Temellendirilmesi ve Kavramsal Sınırları*", **Düşünce Özgürlüğü**, HFSA, No: 3, AFA Yayınları İstanbul 1998.

Hayek, Friedrick A., "*Freedom and Coercion*", **Oxford Readings in Politics and Government**, Oxford University Press, UK 1991.

Hayek, Friedrich A., **Hukuk, Yasama ve Özgürlük: Özgür Bir Toplumun Siyasi Düzeni**, Cilt III, Çev. Mehmet Öz, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 1996.

Hayek, Friedrich A., **Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük**, Çev. Mustafa Erdoğan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 1995.

Hayek, Friedrich A., **The Road to Serfdom**, (The Reader's Digest Condensed Version) April version of 1945, Printed by Hobbs için bkz. http://www.iea.org.uk/files/upld-publication43pdf?.pdf (Çevrimiçi: 11/09/2005).

Hobbes, Thomas, **Leviathan**, Edited with an Introduction by Michael Oakeshott, Basil Black Well, Oxford, 1946.

Hocking, William E., **Freedom of The Press-A Framework of Principle**, University of Chicago Press, USA 1947.

Hohfeld, Wesley Newcomb, **Fundamental Legal Conceptions**, Yale University Press, London 1923.

Holden, Victoria S., "*Effective Voice Rights in The Workplace*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995.

Hovland/Lumsdaine/sheffield, "*Tartışmalı Bir Konuda Kanaat Değiştirmede Tek Yanlı Sunuma Karşı İki Yanlı Sunumun Etkisi*", **Kitle Haberleşme Teorilerine Giriş-Seçilmiş Parçalar**, Çev. ve Yayına Hazırlayan Ünsal Oksay, Sevinç Matbaası, Ankara 1969.

Hubert, **Foundations of Law: A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, Vol. 2, Springer Publishing, The Netherlands 2005.

Hume, David, **A Treatise of Human Nature**, Edited with An Introduction by Ernest Mossner, Penguin Books, 1969 England.

Issacharoff, Samuel, "*Fragile Democracies*", **Harvard L. Rev**. Vol. 120, No: 6, April 2007.

Işıktaç, Yasemin, "*Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye'deki Yansımaları",* **HFSA**, No: 11, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2005.

Işıktaç, Yasemin, **Hukuk Felsefesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

İçel, Kayıhan, **Kitle Haberleşme Hukuku**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1977.

Jayawickrama, Nihal, **The Judicial Application of Human Rights Law**, Cambridge University Press, UK 2002.

Jensen, Robert/Arriola, Elviar, "*Feminism and Free Expression*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995.

Joseph, S./Schultz, J./Castan, M., **The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary**, Second Ed., Oxford University Press, UK 2004.

Kaboğlu, İbrahim Ö., **Kolektif Özgürlükler**, DÜHF Yayınları, Diyarbakır 1989.

Kamenka, "*Human Rights, People's rights*", Steiner, H./Alston, P., **International Human Rights in Context**, Oxford University Press, Second Edition, 2000 UK.

Kant, Immanuel, **Critique of Pure Reason**, Translated by Norman Kemp Smith, Unbridged Ed., St. Martin's Press, New York 1965.

Kant, Immanuel, **Prolegomena to any Future Metaphysic That can Itself as a Science**, Copyright by Jonathan Bennett, http://www.earlymoderntexts.com, last amended : April 2007, (Çevrimiçi: 02/06/2007).

Kant, Immanuel, **Groundwork for The Metaphysic of Morals**, Copyright by Jonathan Bennett. http://www.earlymoderntexts.com, last amended : November 2006, (Çevrimiçi: 02/12/2006).

Kapani, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.

Kazan, Turgut, "*Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü*", **İBD**, C. 52, S. 10–11–12, 1978.

Kelsen, Hans, "*Norm ve Değer*", Çev. Kasım Akbaş, **HFSA**, No: 15, İBD Yayını, İstanbul 2006.

Kelsen, Hans, "*Saf Hukuk Kuramı Nedir*?", Çev. Kasım Akbaş, **HFSA**, No: 15, İBD Yayını, İstanbul 2006.

Kelsen, Hans, **General Theory of Law and State**, Translated by Anders Wedberg, Third Printing, Harvard University Press, USA 1945.

Kempson, M. Ruth, **Semantic Theory**, Cambridge University Press, Great Britain 1977.

Klug, Francesca/Starmer, Keir/Weir, Suart, **The Three Pillars of Liberty: The Democratic Audit of the United Kingdom**, Routledge Publisher, UK 1996.

Knight, Frank H., "*Authority and the Free Society*", **Authority**, Ed. By Carl J. Friedrich, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1958.

Koçak, Mustafa, *Banning Political Parties in the Name of Democracy: An Assessment of Recent Decisions of the European Court on Human Rights***", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. 2, Beta Yayınları, İstanbul.

Kokai, Karoly, "*What is Freedom*", http://www.bu.edu/wcp/Papers/Mode/ModeKoka.htm (Çevrimiçi: 06/07/2006).

Krasnow, Erwin G./Lawrence, Longley, **The Politics of Broadcast Regulation**, Second Edition, St. Martin's Press, New York 1978.

Kuçuradi, "*Felsefe ve İnsan Hakları*", **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, (Y. Hz. İonna Kuçuradi), Hacettepe Üniversitesi, Ankara 1982.

Kymlicka, **Contemporary Political Philosophy**: An Introduction, Second Ed., Oxford University Press, USA 2002.

Laws, Charlotte, "*Patriots and Parrots: Imprisoning Tongues in America*", http://www.leapnonprofit.org/phil%20art%20patriots%20and%20parrots.htm

Langton, Rae, "*Speech Acts and Unspeakable Acts*", **Freedom of Communication**, Edited by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publisher, Great Britain 1994.

Lester, A., "*Freedom of Expression*", **The European System for the Protection of Human Rights**, Edited by McDonald-Matscher-Petsold, Kluver Academic Publisher, Netherlands 1993.

Linden, Harry Van Der, **Kantian Ethics and Socialism**, Hackett Publishing Company USA 1988.

Lindsey, Deborah, "*In the Beginning There was the Word*", http://www.selfhealthandawarenesscenter.com/power_of_words.htm , (Çevrimiçi, 11/09/2006).

Locke, John, **Essay Concerning Human Understanding**, **Book II,** Chapter, XXI, http://www.rbjones.com/rbjpub/philos/classics/locke/ctb2cb21.htm (19.05.2006).

Locke, John, **İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Deneme**, Çev. Meral Delikara Topçu, Öteki Yayınevi, İkinci Basım, Ankara 2000.

Locke, John, **The Second Treatise of Civil Government and A Letter Concerning Toleration**, Basil Blackwell, Oxford 1946.

Loewenstein, Karl, **Political Power&The Governmental Process**, The University of Chicago Press, London 1965.

Maccallum, Gerald C. Jr., "*Negative and Positive Freedom*", **Oxford Readings in Politics and Government**, Oxford University Press, UK 1991.

Mahçupyan, Etyen, **İdeolojiler ve Modernite**, 3. basım, Patika Yayıncılık, İstanbul 2000.

Marx, Karl, **Alienated Labor in Classics of Moral and Political Philosophy** edited by Michael L. Morgan, Hackett Publishing, Indianapolis 2001.

Marx, Karl-Engels, Friedreich, **Komünist Partisi Manifestosu**, Sosyal Yayınları, İstanbul 1998.

Matsuda, Mari J., "*Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*", **Words That Wounds: Critical Race Theory, Assaultive Speech and The First Amendment**, by M.J. Matsuda/C.L. Lawrence/R. Delgado, Westview Press Inc., USA 1993.

McClelland, **A History of Western Political Thought**, Routledge Publishing, USA/Canada 2002.

McCoubrey H./White N., **Textbook on Jurisprudence**, 3rd Edition, Oxford University Press, UK 2002.

Meiklejohn, A., "*The First Amendment Is an Absolute*", **Supreme Court Rev**., 1961.

Meiklejohn, Alexander, **Free Speech and Its Relation to Self-Government**, (Originally Published by Harper Brothers in 1948), Third Ed., The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey 2004.

Meiklejohn, **Political Freedom**: **The Constitutional Powers of the People**, Greenwood Press, UK 1979.

Mill, J.S, **Hürriyet Üstüne**, Çev., Osman Dostel,, Liberte Yayını, Ankara 2004.

Mill, J.S. **On Liberty**, (First Published in 1859), Edited by Gertrude Himmelfarb, Published in Pelican Books, UK 1974.

Mill, J.S., **A System of Logic: Ratiocinative and Inductive**, Longmans, Green and Co. Publishing, NY, USA 1930.

Mill, J.S., **Düşünce ve Tartışma Özgürlüğü Üstüne**, Çev. Cem Aktaş, Koç Kültür Sanat ve Tanıtım Hizmetleri Tic. A.Ş. İstanbul 2003.

Miller, David, "*Introduction"*, **Oxford Readings in Politics and Government**, Oxford University Press, UK 1991.

Miller, David, **Social Justice**, Clarendon/Oxford University Press, Great Britain 1976.

Morrison, Wayne, **Jurisprudence From the Greeks to Postmodernism**, Cavendish Publishing, London 2000.

Nowak/Rotunda, **Constitutional Law**, Sixth ed., St. Paul, USA 2000.

Nozick, R., **Anarchy, State, and Utopia**, New York 1974.

O'Rourke, K.C., **John Stuart Mill and Freedom of Expression: The Genesis of a Theory**, First Ed., Routlege Studies in Social and Political Thought, London/NY 2001.

Okandan, R.G., **Umumi Amme Hukuku**, İÜHF Yayınları, İstanbul 1976.

Opsahl, T., "*The Other Side of the Coin*", **The Universal Declaration of Human Rights-A Commentary**, Edited by Asbjorn Eiede-Gudmundur Alfredson and Others, Scandinavian University Press, Norway 1992.

Ovey, Clare/White, Robin, **European Convention on Human Rights**, Third Edition, Oxford University Press, USA 2002.

Öktem, Niyazi, **Fenomenoloji ve Hukuk**, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1982.

Öktem, Niyazi, **Özgürlük Sorunu ve Hukuk**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1977.

Özdek, Yasemin, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Birinci Baskı, 2004 Ankara.

Özdek, Yasemin, "*Halkın Emek Partisi'nin Kapatılmasına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Düşünceler*", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 26, S. 3, Eylül 1993.

Özdek, Yasemin, "*Küresel Yoksulluk ve Küresel Şiddet Kıskacında İnsan Hakları*", Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları, Editör Yasemin Özdek, **TODAİ** İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, No. 59, 2004 Ankara.

Özek, Çetin, "*Türk Ceza Kanununun 50 Yılında Devlete Karşı Suçlar*," **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği**, İÜHF Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü, Sermet Matbaası, İstanbul 1977.

Özek, Çetin, **141 142,** Ararat Yayınevi, İstanbul 1968.

Özek, Çetin, **Türk Basın Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.

Özek, Çetin, **Türkiye'de Laiklik-Gelişim ve Koruyucu Ceza Hükümleri**, Baha Matbaası, İstanbul 1962.

Özgenç, İzzet, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

Pattaro, Enrico, **The Law and The Right: A Reapraisal of the Reality That Ought to Be**, A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Vol. 1, Springer Publishing, Netherlands 2005.

Peffer, R.G., **Marksizm, Ahlak ve Toplumsal Adalet**, Çev. Yavuz Alagon, Ayrıntı Yayınları, Birinci Basım, İstanbul 2001.

Raymond Plant, **Modern Political Thought**, Basil Blackwell Publishing, U.K. 1991.

Popper, Karl, **Bilimsel Araştırmanın Mantığı**, (Çevirenler: İlknur Aka, İbrahim Turan), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1998.

Popper, Karl, **The Open Society and Its Enemies**, Vol. One: The Spell of Plato, Routledge Classics, One-Volume Edition, NY 2003.

Popper, Karl, **The Open Society and Its Enemies**, Vol. Two (Hegel and Marx), Roudledge Classics, London-New York 2003.

Posner, Richard A., "*The Speech Market and The Legacy of Schenck*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002.

Post, Robert, "*Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002.

Pressman, Steven, "*Libel Law in the United States*", http://usinfo.state.gov/products/pubs/press/press08.htm (Çevrimiçi: 06/05/2005).

Prevos, Peter, "*Rule and Act Utilitarianism*", Monash University, Melbourne, www.prevos.net/ola/utilitarianism.pdf, (çevrimiçi: 02/07/2006).

Ranney, Austin, **Governing-An Introduction to Political Science**, Fifth Edition, Prentice Hall, N.J. 1992.

Rawls, John, **A Teori of Justice**, Harvard University Press, USA 1971.

Rawls, John, **Political Liberalism**, Columbia University Press, U.S.A. 1996.

Raz, Joseph, **The Morality of Freedom,** Clarendon Press-Oxford, London/New York 1986.

Richards, **Free Speech** Speech and The Politics of Identity, Oxford University Press, USA 1999.

Riker, William H., **Democracy in the United States**, The Macmillan Company, New York 1953.

Robertson, A.H., Human Rights in Europe, Manchester University Press, UK 1977.

Robertson, A.H./Merrills, J.G., **Human Rights in the World**, Fourth Edition, Manchester University Press, NY 1996.

Ross, Kelly L. "*Liberties in Three Dimensions*", http://www.friesian.com/quiz.htm (Çevrimiçi: 21/02/2006).

Rostboll, Christian F., "*Freedom of Expression, Autonomy and Respect: Reflections Provoked by the Muhammad Cartoons*", http://cesem.ku.dk/upload/application/pdf/f51d6748/Christian (Çevrimiçi: 25/09/2007).

Rubenfeld, Jed, "*The Two World Orders"*, **European and US Constutionalism**, **Science and Technique of Democracy**, Council of Europe Publishing, No: 37.

Russell, Bertrand, **Human Knowledge: Its Scope and Limits**, Second Printing, Allen and Unwin Ltd. UK 1951.

Sadurski, Wojciech, **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, LTD Yayınları, Ankara 2002.

Sağlam, Fazıl, **Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları**, Beta Yayını, İstanbul 1999.

Sağlam, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, A.Ü.S.B.F. Yayını, Ankara 1982.

Sahin, Kemal, "*Case of Refah Partisi (Welfare Party) and Dilemmas of the Rigths and Freedoms under the ECHR System*", Mediterranean Master's Degree in Human Rights and Democratization**, Selected Dissertations**, Academic Year 2002-2003, Printed by P.E.G. Ltd, San Gwann, Malta.

San, Coşkun, "*Demokratik Siyasal Kültür ve İnsan Hakları*", **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 16, 1994.

Sancar, Türkan Y., "*Ceza Hukuku-Politika İlişkisi ve TCK'nın 301. Maddesi Bağlamında Düşünce Özgürlüğü Sorunu*", **HFSA**, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2006.

Sandel, Michael, **Liberalism and the Limits of Justice,** Cambridge University Press, U.S.A. 1982.

Sartori, Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu / Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

Savcı, Bahri, "*Siyasi Partiler Rejiminin Esasları*", **AÜSBFD**, C. XX, No: 1, Mart 1965.

Scanlon, Thomas, "*A Theory of Freedom of Expression"*, **Philosophy & Public Affairs**, 1 (2), Winter 1972, **The Difficulty of Tolerance, Essays in Political Philosophy**, Cambridge University Press, UK 2003.

Schauer, "*Free Speech in a World of Private Power*", **Freedom of Communication**, Edited by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publisher, Great Britain 1994.

Schauer, "*Freedom of Expression Adjudication in Europe and The United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture"*, **Science and Technique of Democracy**, Council of Europe Publishing, Collection No. 37, Strasbourg 2005

Schauer, F. ,"*Slippery Slopes*", **Harv. L. Rev**., Vol. 99, 1985.

Schauer, Frederick, **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, LDT Ankara 2002.

Schauer, Frederick, "*The First Amendment As Ideology*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995.

Schauer, Frederick "*First Amendment Opportunism*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002.

Schramm, Wilbur, "*Haberleşme Nasıl İşler*", **Kitle Haberleşme Teorisine Giriş**, Çev. ve Y. Hz. Ünsal Oksay, Sevinç Matbaası, Ankara 1969.

Schwab, Gail M., **The French Revolution of 1789 and Its Impact**, Greenwood Pub Group Publishing, Connecticut 1995.

Searl, John, **Speech Acts**, Cambridge University Press, UK 1969.

Seife, Charles, **Zero: The Biography of A Dangerous Idea**, Published by the Penguin Book, NY 2000.

Selçuk, Sami, "*Yasalar Yanlış Uygulanıyorsa Hukukun Başarı Şansı Yoktur*", **HPD**, S. 6, Mayıs 2006.

Senkeri, Tarık, **Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri,** Kazancı Yayınları, İstanbul 1996.

Shestack, Jerome J., "*The Jurisprudence of Human Rights*", **Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues**, Edited by Theodor Meron, Clarendon Press-Oxford, Great Britain 1984.

Shue, Henry, "*Temel Hakların Evrenselliği*", **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara 1982.

Sidorsky, David, "*Contemporary Reinterpretations of the Concept of Human Rights*", *",* Steiner, H./Alston, P., **International Human Rights in Context**, Oxford University Press, Second Edition, 2000 UK.

Seigel, Paul, "*Why Lesbians and Gay Men Need Traditional First Amendment Theory*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995.

Skinner, Quentin, "*Language and Social Change*", **Meaning and Context**, Edited and Introduced by James Tully, Princeton University Press, New Jersey 1988.

Skinner, Quentin, "*The Paradoxes of Political Liberty*", **Taner Lectures on Human Values VII**, Cambridge University Pres, UK 1986.

Skirbekk, G.-Gilje N., **Antik Yunan'dan Modern Döneme Felsefe Tarihi**, Çev. Emrullah Akbaş/Şule Mutlu, Üniversite Kitabevi, İstanbul 1999.

Smith, Cyril, **Karl Marx and the Future of the Human**, Lexington Books, Ankara 2005.

Sözüer, Adem, "*Tehdit Suçu"*, **İHFM**, C. LIV, S. 1–4, 1994, s. 129 edilmesi gerekir.

Spitz, David, **Antidemokratik Düşünce Şekilleri**, Çev. Şiar Yalçın, MEB Yayınları, İstanbul 1994.

Steiner, Henry J/Alston, Philip, **International Human Rights in Context**, Oxford University Press, Second Edition, 2000 UK.

Stephen, James F., **Liberty, Equality, Fraternity: And Three Brief Essays**, with A New Forward by Richard Posner, University of Chicago Press, Reprint Ed. USA 1992.

Stone, Geoffrey R., "*Dialogue*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee Bollinger & Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002.

Strauss, David A., "*Freedom of Speech and The Comman - Law Constitution*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002.

Streeter, Thomas, "*Some Thoughts on Free Speech, Language, and the Rule of Law*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995.

Sunstein, Cass, "*A New Deal For Speech*", **Freeing The First Amendment**, Edited by David S. Allen/Robert Jenson, New York University Press, USA 1995.

Sunstein, Cass, "*Against Positive Rights*", Steiner/Alston, **International Human Rigths In Context**, Oxford University Press, Second Edition, 2000 UK (Abridged Version).

Sunstein, Cass, "*Rigths and Their Critics",* Steiner, H./Alston, P., **International Human Rights in Context**, Oxford University Press, Second Edition, 2000 UK. (Abridged Version).

Sunstein, R. Cass, **Democracy and the Problem of Free Speech**, The Free Press, USA 1993.

Sunstein, R. Cass., "*The Future of Free Speech*", **Eternally Vigilant: Free Speech in The Modern Era**, Edited by Lee C. Bollinger/Geoffrey R. Stone, The University of Chicago Press, USA 2002.

Swanson, James L., "*Judicial Elections and the First Amendment: Freeing Political Speech*", **Cato Supreme Court Rev**., 9 Sept. 2002 (özellikle ss. 91-93)'de yayınlanan makale için bkz.

Şahin, Kemal, **Yasamanın Yürütme ve Yargı Üzerindeki Kılıcı-Impeachment**, Beta Yayını, İstanbul 2001.

Tanör, Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul 1978.

Tanör, Bülent, **Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri**, TÜSİAD Yayını, İstanbul Ocak 1997.

Tanör, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969.

Tarhanlı, İştar B., **Müslüman Toplum, Laik Devlet: Türkiye'de Diyanet İşleri Başkanlığı**, Afa Yayınları, İstanbul 1993.

Taşer, Cengiz, **Radyonun Organizasyonu ve Özerkliği**, TRT Yayını, 1969.

Taylor, "*What is Wrong with Negative Liberty*", **Oxford Readings in Politics and Government**, Oxford University Press, UK 1991.

Taylor, Charles, "*Conditions of an Unforced Concensus on Human Rights*", **East Asian Challenge for Human Rights**, Edited by J. R. Bauer and D. Bell, Cambridge University Press, NY 1999.

Taylor, Charles, **Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers II**, Cambridge University Press, U.K. 1985.

Taylor, **Sources of the Self: The Making of the Modern Identity**, Cambridge Univesity Press, UK 1989.

Toroslu, "*Tartışmalar*", **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği**, İÜHF Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü, İstanbul 1977.

Trager Robert / Dickerson, Dona L., **21. Yüzyılda İfade Hürriyeti**, (Çev. A. Nuri Yurdusev), LTD Yayını, Ankara 2003.

Tribe, Lawrence, **American Constitutional Law**, Foundation Press, 2th Ed. USA 1988.

Tucker, D.F.B., **Law, Liberalism and Free Speech**, Rowman & Allanheld Publisher, U.S.A. 1985.

Tully, James, "*The Pen is a Mighty Sword*", **Meaning and Context: Quentin Skinner and His Critics**, Ed. by James Tully, Princeton University Press, New Jersey 1988.

Türkbağ, A. Ulvi, "*Immanuel Kant'ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet*", **HFSA**., 2. Kitap, Afa Yayınları, İstanbul 1995.

Türkiye Barolar Birliği, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi**, Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin, 2. Baskı, Kasım 2007, TBB Yayınları, Ankara 2007.

Uygun, Oktay, "*Federal Political System in Terms of Democracy and Human Rigths*", **Annles de la Faculté de Droit d'Istanbul** 2004, Volume 36.

Uygun, Oktay, "*Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi*", **Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet**, Edip Çelik'e Armağan, Engin Yayıncılık, İstanbul 1995.

Uygun, Oktay, "*Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi"*, **Anayasa Yargısı** 20, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2003.

Uygun, Oktay, "*Küreselleşme ve Özgürlük"*, **Felsefe Tartışmaları**, 28. Kitap, Boğaziçi Üniversitesi Yayını, İstanbul 2001.

Uygun, Oktay, "*Küreselleşme ve Özgürlük*", **Felsefe Tartışmaları**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2001.

Uygun, Oktay, "*Türkiye'de Küreselleşme ve Sosyal Haklar*", **Hikayemi Dinler misin? Tanıklıklarla Türkiye'de İnsan Hakları ve Sivil Toplum**, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayını, İstanbul 2004.

Uygun, Oktay,**1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992.

Uygun, Oktay, **Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, İnkılâp Yayınları, İstanbul, 2003.

Uygun, Oktay, "*Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye'de İfade Özgürlüğü"*, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004.

Uygun, Oktay, "*Internationalization of Public Law: Turkey*", **European Public Law Series**, Vol. LXXXIII, Esperia Publications, 2006.

Uygun, Oktay, "*İnsan Hakları Kuramı*", **İnsan Hakları** (Ortak Çalışma), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000.

Uygun, Oktay, **Federal Devlet: Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye'de Uygulanabilirliği**, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2007.

Watkins, John J., **The Mass Media and the Law**, Prentice Hall, USA 1990.

Weber, Alfred, **Felsefe Tarihi**, Çev. H. Vehbi Eralp, Sosyal Yayınları, Beşinci Bası, İstanbul 1998.

Weinstein, James, "*Hate Speech, Viewpoint Neutrality, and the American Concept of Democracy"*, **The Boundaries of Freedom of Expression & Order in American Democracy**, Edited by Thomas R. Hensley, The Kent University Press, USA 2001.

Wending, Mike, "*UK Medical Journal Calls for Total Ban on Smoking*", http://www.crosswalk.com/1234613/ (Çevrimiçi: 16/08/2007).

Whitman, James Q., *"Human Dignity in Europe and The United States: The Social Foundations",* **Science and Technique of Democracy**, Council of Europe Publishing, Collection No. 37, Strasbourg 2005.

Wieruszewski, Roman, "*Seminar on the Interdepence Between Democracy and Human Rights*", **United Nations Office of the High Comissioner for Human Rights**, Geneva 25–26 November 2002.

Wood, Allen W., **Kant's Ethical Thought**, Cambridge University Press, UK 1999.

Yarsuvat, Duygun, "*Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanuna İlişkin Görüşler"*, **İÜSBF Dergisi**, 1994.

Yayla, Atilla, **Liberalizm**, Liberte Yayınları, 2. Bası, Ankara 1998.

Yılmaz, Kemal, "*Çağdaşlaşma, İnsan Hakları ve Türkiye*", **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 16, 1994.

Yokuş, Sevtap, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve 1982 Anayasasında Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

Yule, George, **The Study of Language**, Cambridge University Press, Great Britain, 1985.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İ.Ü.Basımevi, İstanbul 1993.

Zafer, Hamide, "*Halkın Bir Kısmını Aşağılayarak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü*", **İÜHFM**, C. LXII, S. 1-2, 2004 İstanbul.

Zaner, Richard M./ Ihde, Don, **Phenomenology and Existentialism**, Capricorn Books, New York 1973.

Zink, Sidney, **The Concepts of Ethics**, MacMillan Press, New York 1962.

DİĞER KAYNAKLAR

The Cambridge Dictionary of Philosophy, General Editor Robert Audi, Cambridge University Press, UK 1998.

The Shorter Routledge Encylopedia of Philosphy, Edited by Edward Craig, Routledge Publishing, NY 2005.

The Stanford Encylopedia of Philosophy, edited by Edward N. Zatla, http://plato.stanford.edu/ (çevrimiçi: 03/09/2007).

The Penguin Dictionary of Philosophy, edited by Thomas Mautner için http://www.utilitarianism.net/ruleutil.htm; (çevrimiçi: 03/09/2007).

ABD Yüksek Mahkemesi Kararları için: http://www.supremecourtus.gov (Çevrimiçi: 03/09/2007).

AİHM Kararları için: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en (Çevrimiçi: 03/09/2007).

http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=2044&chapter=145672&layout=html&Itemid=27 (Çevrimiçi: 11/02/2006)

http://en.wikipedia.org/wiki/moraluniversalism (11/02/2006).

http://en.wikipedia.org/wiki/moralabsolutism (11/02/2006).

http://en.wikipedia.org/wiki/Ethical_egoism. (18/02/2006).

http://en.wikipedia.org/wiki/Hedonism. (18/02/2006).

http://plato.stanford.edu/entries//reid/ (01/15/2006).

http://www.earlymoderntexts.com/freid.htm (01/15/2006).

http://www.electricscotland.com/history/articles/william_wallace.htm (Çevrimiçi: 04/02/2005).

http://en.wikipedia.org/wiki/Categorical_Imperative (Çevrimiçi: 20/04/2004).

http://en.wikipedia.org/wiki/Consequentialism (Çevrimiçi: 11/02/2006)

http://www.iep.utm.edu/h/hum-rts.htm (Çevrimiçi: 09/02/2005).

http://www.class.uidaho.edu/ngier/liberty.htm (Çevrimiçi: 11/02/2006).

http://plato.stanford.edu/entries/liberty-positive-negative/ (Çevrimiçi: 10/01/2006)

http://plato.stanford.edu/entries/liberty-positive-negative/ (Çevrimiçi: 10/01/2006)

http://en.wikipedia.org/wiki/Communitarianism (Çevrimiçi: 12/10/2005).

http://plato.stanford.edu/entries/communitarianism/ (Çevrimiçi: 12/10/2005).

http://www.rbjones.com/rbjpub/philos/classics/locke/ctb2cb21.htm (Çevrimiçi: 19.05.2006).

https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp, (çevrimiçi), 13/02/2007.

https://ec.europa.eu/comm/avpolicy/docs/reg/modernisation/issue-papers/contributions, (Çevrimiçi: 10/03/2007).

http://www.philosophypages.com/hy/5f.htm (Çevrimici: 09/02/2007).

Hackett edition of *Utilitarianism*, edited by George Sher: http://www.rwc.uc.edu/mcclusky/UTIL.HTML#top (Çevrimiçi: 04/08/2005).

www.mc.maricopa.edu/~sklein/ethicsclassnotes/RuleUtil.pdf, (Çevrimiçi: 02/07/2006).

http://www.rsrevision.com/Alevel/ethics/utilitarianism/ (Çevrimiçi: 02/07/2007).
http://pegasus.cc.ucf.edu/~stanlick/actrule.htm, (Çevrimiçi: 03/04/2007).

http://www.forestonline.org (Çevrimiçi: 20/09/2007).

http://www.supremecourtus.gov/opinions/obtainopinions.pdf (Çevrimiçi: 03/09/2007);

https://www.cato.org/pubs/scr/2002/swanson.pdf (Çevrimiçi: 06/09/2005).

http://www.rosenbergtrial.org/docmcaran.html (Çevrimiçi: 17/08/2007).

http://www.sfsu.edu/kbach/spchacts.htm (11/02/2005).

http://humanities.byu.edu/elc/student/idioms/proverbs/the_pen.html (Çevrimiçi: 02/9/2006).

http://www.selfhealthandawarenesscenter.com/power_of_words.htm (Çevrimiçi: 11/09/2006).

http://usinfo.state.gov/products/pubs/press/press08.htm (Çevrimiçi: 06/05/2005).

http://examinedlife.typepad.com/redtutor/Berlin.doc (Çevrimiçi: 24.02.2006)

http://plato.stanford.edu/entries/liberty-positive-negative/ (Çevrimiçi: 10/01/2006)

http://www.class.uidaho.edu/ngier/liberty.htm (Çevrimiçi: 16.01.2006)

http://www.friesian.com/quiz.htm (Çevrimiçi: 21/02/2006).

ÖZGEÇMİŞ

Kemal Şahin, 1972 yılında Malatya'da doğdu. 1988 yılında Antalya Çağlayan Lisesi'ni bitirdi. Aynı yıl başlamış olduğu İ.Ü. Hukuk Fakültesi eğitimini 1994 yılında tamamladı ve İstanbul Barosu'nda avukatlık stajına başladı. 1995 yılında KOÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında yüksek lisans programına kaydoldu. Aynı yıl KOÜ Hukuk Fakültesinde Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladı. 1998-1999 yılları arasında 1 yıllığına misafir araştırmacı olarak ABD'ye (NYC, St. John's University Law School) gitti. 2001 yılında "*Amerika Birleşik Devletleri'nde Başkanın ve Federal Yargıçların Suçlandırılması (Impeachment)*" adlı tezi savunarak yüksek lisansını tamamladı (Çalışma, Beta Yayıncılık tarafından basılmıştır). Aynı yıl, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsünde Kamu Hukuku Anabilim Dalında doktora eğitimine başladı. 2002 yılında, AB bursu ile yüksek lisans çalışması yapmak üzere Malta'ya gitti. Programın ikinci yarısında tez çalışmasını sürdürmek üzere İngiltere'ye (London University Advanced Legal Studies) gitti. "*Case of Refah Party and The Dilemmas of Rights and Freedoms Under the ECHR System*" adlı tez çalışmasıyla programı tamamladı (Çalışma, 2002-2003 Yearbook'ta Malta University tarafından yayınlanmıştır). 2005 yılında Avrupa Konseyi, Venedik Komisyonunda/Strasbourg (üç aylık) staj yaptı. Halen İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsünde 2547 sayılı Kanunun 35 inci maddesi uyarınca araştırma görevliliğini sürdürmektedir.