

İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: “Açık ve Mevcut Tehlike”nin Tehlikeleri

Zühtü Arslan*

Bir arkadaşına yazdığı mektupta Wittgenstein şöyle diyor:

“Kesinlik”, “olasılık”, “algılama” gibi kavramlar üzerine *hakıyla* düşünmenin ne kadar zor olduğunu biliyorum. Ancak, yaşamın ve diğer insanların yaşamları üzerine gerçekten dürüstçe düşünmek ya da düşünmeye *çalışmak* çok daha zordur. Buradaki problem bu tür şeyler üzerine düşünmenin *eğlenceli değil*, kesinlikle *nahos* olmasıdır. Ve bir şey *nahos* olduğunda, o *en* önemli şeydir.”¹

Wittgenstein’in gerçekte bir komünist hatta Sovyet ajanı olduğunu iddia eden Kimberley Cornish, belki birçoğumuzu şoke etmiş olabilir.² Ancak bu tartışmalı ve biraz da komplocu iddia bile, yukardaki sözlerin gücünü sarsmaya yetmez. İfade özgürlüğü üzerine dürüstçe düşünmek, Wittgenstein’in ifade ettiği gibi, kesinlikle “eğlenceli” bir iş değildir. Tersine, “rahatsız edici”, “nahos”

hatta “pis” bir iştir. İfade özgürlüğünün sınırları üzerine düşünmeye gelince bu “nahosluk”, özgürlükçü ruhlar için “can sıkıcı” bir hale dönüşebilir. Bu riskin farkındayım. Ancak ifade özgürlüğüyle ilgili uluslar arası bir sempozyumun ilk oturumunda özgürlükten ziyade sınırlarından bahsetmenin geçerli nedenlerinin de olduğuna inanıyorum.

Bir kere, Türkiye’nin siyasal/hukuksal mekanında, sınırlamalar her zaman özgürlüklerden önce gelmektedir. Anayasamız, daha hiçbir özgürlükten bahsetmeden bütün özgürlükler için geçerli olan sınırlamalara yer vermektedir. Aynı şekilde, Türkiye’nin siyasal/hukuksal mekanı özgürlük ve demokrasi kavramlarıyla tam olarak tanışmadan bu kavramların “istismar”ını önplana çıkarmaktadır. Biz demokrasinin daha “demo(s)”unu bile görmeden, onun halktan korunması gerektiğini ifade eden “militan” demokrasiyle tanıştırıldığımız bir vasatta yaşıyoruz. Sanırım böyle bir ortamda kavramsal düzeyde sınırlamalardan bahsetmek en azından “gerçekçi” bulunacaktır.

Bu girizgahtan sonra Bildirimin planıyla ilgili de birkaç kelime söylemek istiyorum. Bildiri iki bölümden oluşmaktadır. İlk bö-

* Yrd. Doç. Dr., P.A. Güvenlik Bilimleri Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ N. Malcolm, *Ludwig Wittgenstein: A Memoir*, Oxford: Oxford University Press, 1958, s.39.

² K. Cornish, *Linz Yahudisi-Hitler ve Wittgenstein: Akıl Üzerine Gizli Savaş*, Çev: Ö. Ünsal), İstanbul: Doğan Yayıncılık, 2000.

lümde, çok kısaca ifade özgürlüğünün geç-modern zamanlarda kazandığı yeni anlam ve önem üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde de bu yeni kavrayış çerçevesinde ifade özgürlüğünün sınırlarının yeniden değerlendirilmesi gerektiği vurgulanacaktır. Bildirinin temel argümanı şudur: İfade özgürlüğünü sağlam temellere dayandıracak olan bir paradigmatik dönüşüm gerçekleştirilmeden, “liberal” olduğu söylenen sınırlama kriterlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu çerçevede, ideolojik devletlerde “açık ve mevcut tehlike” kavramının, ifade özgürlüğünün korunması önünde “açık ve mevcut bir tehlike”ye dönüşebileceğini savunuyorum.

“Ve”nin “Ya/ya da”ya Üstünlüğü ve İfade Özgürlüğü

Thomas Kuhn, *“Bilimsel Devrimlerin Yapısı”* adlı kitabında, paradigmalara bilimsel çalışmalarda belirleyici rolüne dikkat çeker. Kuhn’a göre bilim topluluklarının benimsedikleri paradigma, bilimsel alana hakim olan kanun, teori ve uygulamaların örneklerini temsil eder. Paradigmalara öngördüğü modeller de, sonuç itibarıyla bilimsel gelenekleri yaratırlar.³ Bilimsel paradigmalara sosyal ve siyasal olguları ve anlayışları da etkilediği bilinmektedir. Bu anlamda, belki biraz indirgemeci olma ihtimaline karşın, birbiriyle karşıt iki paradigmadan sözedilebilir. Bunlardan birincisi, 19. yüzyılda hakim olan “mekanist paradigma”, diğeri de 20. yüzyılda ve günümüzde geçerli olan “quantum paradigması”dır. Mekanist anlayış, Newton ve Descartes’in düşüncelerinden beslenen “ya/ya da”cı ke-

sinliği ifade etmektedir. Bu paradigmada bir şey ya “doğru” ya da “yanlış”tır; ya “iyi” ya da “kötü”dür. İfade özgürlüğü bakımından, “mekanist paradigma”nın en önemli sonucu, “tek-doğru” anlayışına kapı aralamış olmasıdır. Gerçekten “ya/ya da”cı anlayışın sosyal ve siyasal düzlemdeki en tehlikeli yansıması “tek-doğru” inancıdır. Bu inanç, “tek-doğru” ya inanmayanları dönüştürebiliyorsa dönüştürmeyi, değilse yok etmeyi gerektirmektedir. “Tek-doğru” etrafında toplumu şekillendirme çabası olan toplum mühendisliği de “ya/ya da”cı anlayıştan beslenmektedir. Amin Maalouf, *Yüzüncü Ad*’da tek-doğru anlayışının ve gerçek tekelliliğinin sonuçlarını şöyle ifade eder: “Senin için iyi olan, başkaları için de iyidir; gerçek senin elindeyse, yolunu yitirmiş koyunları doğru yola getirmen gerekir, hangi yolla olursa olsun...”⁴ Bir Musevi’nin ağzından çıkan bu ifadelerde “sürü” ve “çoban” metaforunun tesadüfen kullanılmadığını düşünüyorum. Bu metafor, Foucault’nun iktidar teknolojisinin gelişiminde önemli bir yere sahip olduğunu söylediği ve özellikle İbraniler tarafından geliştirilen “pastoral” iktidar geleneğinden yani çoban-kral anlayışından esinlenmektedir.⁵ Pastoral iktidarda, çoban-kral kendisine Tanrı tarafından emanet edilen “sürü”nün esenliğinden sorumludur. Burada “sürü”den ayrılanları takip edip doğru yola getirmek, yani yeniden “sürü”ye katmak çoban-kralın asli görevlerindedir. Modern dönemlerde de siyasal seçkinler, “yoldan çıkan”ları doğru yola getirmek için kimi zaman beyin yıkama ve propaganda gibi yöntemleri, kimi zaman da şiddet yöntemini, çoklukla da her iki yöntemi birlikte kullanırlar.⁶

³ T. S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: University of Chicago Press, 1970, s.10. Fritjof Capra da paradigmayı “bir toplumun kendini organize etme şekline temel teşkil eden gerçeklik vizyonunu oluşturan değerlerin, algılamaların ve düşüncelerin toplamı” olarak tanımlamaktadır. F. Capra, *Uncommon Wisdom*, London: Flamingo, 1989, s.20.

⁴ A. Maalouf, *Yüzüncü Ad: “Baldassare’in Yolculuğu”*, Çev: S. Rifat, İstanbul: YKY, 2000, s.75.

⁵ M. Foucault, *Özne ve İktidar*, çev: I. Erdüden ve O. Akinhay, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2000, s.29.

⁶ Isaiah Berlin, “tek-doğru” anlayışını tarih boyunca yaşanan utanç verici katliamların baş sorumlusu olarak görür.

Tek-doğru anlayışı, ideolojik devletin de temelidir. İdeolojik devlet, toplumu doğru- luğundan şüphe edilmeyen ilkeler etrafında şekillendirmek ister. Burada ifade özgürlü- ğünün sınırı, ifadelerin resmi söyleme uy- gunluğuyla belirlenir. Resmi söylemi savu- nan ya da ona aykırı olmayan görüşlerin ve düşüncelerin ifadesi doğal olarak serbesttir. Dahası bu düşünceler, icazetli ve imtiyazlı- dırlar; siyasal otorite, tahakkümünün yeni- den üretilmesine önemli bir katkıda bulunan bu düşünceler karşısında oldukça cömerttir. Bu düşüncelerin kitlelere ulaşması ve etkili olması için her türlü yardım ve teşvik yapılır. Bu yardımlar, kötü ve şer güçler karşısında “doğru”nun korunması ve yüceltilmesi düz- leminde meşrulaştırılmaktadır. Bu nedenle, “ya/ya da”cı paradigma, etik ve siyasal alanda birbirine zıt ikilemlerin üretilmesi ve bes- lenmesini gerektirmektedir. İyi/kötü, doğ- ru/yanlış, ilerici/gerici, aydınlık/karanlık, yurtsever/vatan haini gibi kategorik zıtlıklar kurulu düzenin devamını sağlamada araçsal öneme sahiptirler. Bu ikilemlerden birisi, or- yantalist söylemin de araçlarından olan, “medeni/barbar” şeklindeki kategorileştir- medir. “Özgürlük Üstüne”nin yazarı John Stuart Mill de bir çok yerde bu ikilemin tu- zağına düşer. Mill’e göre özgürlük sadece ile- ri, medeni toplumların sahip olması gereken bir değerdir. Oysa barbar toplulukların öz- gürlüğü kullanmaları gereksizdir. Dahası Mill’e göre gelişimlerini tamamlayıncaya ka-

Berlin’e göre “Adalet, ilerleme, gelecek nesillerin mutlulu- ğu veya bir ulusun, ırkın ya da sınıfın kurtuluşu veya kut- sal misyonu, hatta toplumun özgürlüğü için bireylerin fe- da edilmesini isteyen özgürlüğün kendisi gibi büyük tarihi ideallerin mabetlerinde insanların boğazlanmasından tek bir inanç sorumludur. Bu inanç, bir yerlerde, geçmişte ya da gelecekte, kutsal vahiyde ya da bir düşünürün zihnin- de, tarihin ya da bilimin açıklamalarında ya da bozulma- mış iyi bir insanın sade yüreğinde, nihai tek bir çözümün olduğu inancıdır”. I. Berlin, “Two Concepts of Liberty”, *Four Essays on Liberty*, Oxford: Clarendon Press, 1969, s.167.

dar “barbarlar için despotizm meşru bir yö- netim şeklidir”.⁷ “Barbarlar için yaşasın des- potizm” anlayışının, farklı versiyonlarının farklı coğrafyalarda uygulandığını biliyoruz. “Önce çağdaşlaşma sonra demokrasi” sloganı da bu topraklarda yaşayan insanların aşına oldukları yaklaşımı yansıtmaktadır. Bu yakla- şımların altında, pozitivist, ilerlemeci ve dö- nüştürücü özgürlük anlayışı yatmaktadır. Ancak bu anlayış miadını doldurmuştur ar- tık. “Ya/ya da”cı paradigma yerini yeni bir paradigmaya bırakmıştır. Bu kuantum para- digmasıdır.

Kuantum paradigması, hakikatin çok bo- yutlu olduğunu savunur. Schöridenger’in deneyi en azından olasılık düzleminde bir şe- yin aynı anda hem doğru hem de yanlış ola- bileceğini gösterdi bize. Schöridenger’in ke- disisi, kutuyu açıp bakıncaya kadar hem “ölü” hem de “diri”dir. Bu hiç kuşkusuz bilimsel alanda Kuhn’un ifadesiyle bir devrimdir. Tartışmalı ve aydınlatılmamış yanlarına kar- şın⁸, Kuantum fiziği paradigmanın dönüşü- münü göstermektedir. Yeni bilimsel para- digmayı belirleyen ya da sembolize eden ke- lime “ya/ya da” değil, “ve”dir.⁹ Bu yeni pa- radigmanın sosyal ve siyasal alana yansıma- sı da mümkün değildir. Kuantum toplu- mu, hiç kimsenin hakikat tekeline sahip ol- madığı çoğulcu bir toplumdur. Bu çoğulcu- luk, hakikatin çok boyutlu olduğu varsayı- mına dayanmaktadır. Ancak kuantum ger- çekliği, postmodernistlerin kaçınılmaz olarak bizi sürükledikleri “sosyal ve siyasal relati- vizmi” haklı çıkarmamaktadır. “Hakikatin

⁷ J. S. Mill, *Utilitarianism, On Liberty, and Considerations on Representative Government*, London: J. M. Dent & Sons. Ltd, 1972, s.73.

⁸ Bkz. I. Prigogine, *Kesinliklerin Sonu*, Çev: S. Sarı, İstan- bul: Sarmal Yayınevi, 1999, s.44

⁹ Wassily Kandinsky’nin “ya/ya da” karşısında “Ve” yi ko- numlandırışı ve savunusu konusunda bkz. U. Beck, *Siya- sallığın İcadı*, Çev : N. Ülner, İstanbul: İletişim Yayınları, 1999, ss.9-22.

durumsallığı” düşüncesi “her şey mübahdır” (anything goes) ile formüle edilebilecek olan sosyal ve ahlaki relativizme hatta nihilizme kapı aralayabilir. Özellikle postmodern söylemde ifadesini bulan “hakikat karşıtlığı” aslında paradoksaldır. Eğer sabit bir doğru ya da anlam yoksa, “hakikat yoktur” sözü de aynı şekilde hakikat dışıdır, doğru olamaz. Kısaca, hakikatin reddi de son kertede bir hakikat iddiasıdır.¹⁰ Bu zor paradoksu kuantum gerçeği çözmeye çalışır. Kuantum fiziğinde herhangi bir durumda kendisini gösteren “hakikat”, bu durumun daha derin ve daha gerçek imkanının sadece görünen bir boyutudur. Başka bir deyişle, durumsallık çok boyutlu hakikatin sadece bir yüzünü görmemizi sağlayan bir araçsallık işlevi görür. Zira kuantum gerçekliğinde görünenin ardında daima bir şeyler vardır.¹¹ Bu nedenle, postmodernistler relativizmle kol kola hakikatin mezarını kazarken, Kuantum paradigması hakikati dışlamamakta, “farklılıkta birlik” parolasıyla farklı hakikat iddialarını birarada yaşatmayı amaçlamaktadır. Fakat itiraf etmek gerekir ki, epistemolojik anlamda ‘hakikat’ sorunu çetrefil bir sorundur. Konumuz açısından şu kadarı söylenebilir: İster hakikatin durumsal olduğu, ister çok boyutlu olduğu kabul edilsin, ifade özgürlüğü her iki durumda da çok önemli bir rol oynamaktadır. Nitekim, Hobbes’un Wittgenstein’in “dil oyunları” teorisini çağrıştıran şu ifadeleri “ifade” “hakikat” ilişkisine açıklık getirmektedir: “Doğru ve Yanlış, Şeylerin değil Konuşmanın özellikleridir. Ve Konuşmanın olmadığı yerde ne *Hakikat* ne de *Yanlışlık/yalan* vardır.”¹²

¹⁰ H. Lawson, “Stories about Stories”, H. Lawson ve L. Appignanesi (ed.), *Dismantling Truth: Reality in the Post-Modern World*, London: Weidenfeld and Nicolson, 1989, içinde s.xvii.

¹¹ D. Zohar ve I. Marshall, *The Quantum Society: Mind, Physics and a New Social Vision*, London: Flamingo, 1994, s.23.

¹² T. Hobbes, *Leviathan*, London: J. M. Dent & Sons Ltd, 1914, s.15.

Kuantum toplumunda, devlet tek-doğru etrafında “yoldan çıkanları” yola getiren bir aygıt değildir. Dolayısıyla, kuantum toplumunda siyasal tarafsızlık ilkesi belirleyici bir yere sahiptir. Devlet, “iyi” vatandaş üretme makinesi değil, vatandaşların kendi “iyi” anlayışlarını geliştirebileceği bir sosyal ve siyasal vasatı sağlamakla yükümlü bir aygıttır.¹³ Burada önplana çıkan kavram adalettir. Adalet, çarpıtmalara müsait doğasına rağmen, çoğulcu bir toplumsal ve siyasal yapının üzerine bina edilebileceği bir değeri ifade etmektedir. Rawls’un deyişiyle, “adalet, bütün sosyal kurumların ilk erdemi”dir.¹⁴ Dolayısıyla “iyi” anlayışları karşısında önceliğe ve üstünlüğe sahiptir. Siyasal tarafsızlığın teorik temelini oluşturan “adaletin iyiye önceliği” önermesinin başlıbaşına bir “iyi” anlayışının ürünü olduğu doğrudur. Bu anlamda da, hiçbir değer diğer karşısında önceliğe ve üstünlüğe sahip olmaması olarak tanımlanan “çoğulculuk”la bağdaşmadığı yönündeki itirazlar haklılık payı taşıyabilir.¹⁵ Ancak hemen belirtmek gerekir ki, “hakkaniyet olarak adalet” düşüncesi, metafizik çağrışımlardan uzak ve daha çok prosedürel anlamda, “çoğulcu” bir toplumsal ve siyasal yapıya katılımı mümkün kılan bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada temel hedef, “iyi” anlayışlarının dayatmaya ve “hakikat tekelliliği”ne dönüşmesini engellemektir. Bunun da ön koşulu, gerçeğin ve iyinin tek boyutlu olmadığını en azından siyasal düzlemde kabul etmekten geçer.

İfade özgürlüğü bakımından bu, geniş bir yelpazenin varlığı anlamına gelmektedir.

¹³ Bu konuda bkz. Z. Arslan, “Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (I)”, *Liberal Düşünce*, Güz 99, Sayı 16, s. 5-19.

¹⁴ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1973, s. 3.

¹⁵ Bu konuda bkz. J. Kekes, *The Morality of Pluralism*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1993, s.198 vd.

Herkesin karşısında kıyama durmak zorunda olduğu ortak bir "ideoloji" olmadığı için, her türlü görüş ve düşüncenin ifadesi doğal olarak serbesttir. Kuantum toplumunda, hiçbir düşünce "yanlış" ya da "aykırı" olduğu gerekçesiyle dışlanamaz. *Handyside* kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vurguladığı gibi, ifade özgürlüğü, sadece "hoşa giden" düşünceler için değil, "Devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şoke eden ya da rahatsız eden" görüşler için de geçerlidir. Strasbourg Mahkemesi, bu yaklaşımını "çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük" temelinde haklaştırmaktadır.¹⁶ Ancak belirtmek gerekir ki, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere hemen bütün insan hakları belgeleri, ifade özgürlüğünü sınırlı bir hak olarak görmüşlerdir. Zaten ifade özgürlüğüyle ilgili temel problemler de daha çok bu özgürlüğün sınırları konusunda ortaya çıkmaktadır. İfade özgürlüğünün sınırları nasıl belirlenecek? Uygulamada bir ifadenin bu sınırları aştığı hangi ölçütlerle tespit edilecek? Biz burada sadece "açık ve mevcut tehlike" ölçütüne değineceğiz.

İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütü

Bilindiği gibi, "açık ve mevcut tehlike" (clear and present danger) Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin geliştirdiği bir ölçüttür. İlk kez 1919'da Yargıç Holmes tarafından dile getirilen bu kritere göre, ifade özgürlüğüyle ilgili her davada bakılması gereken şey, "kelimelerin açık ve mevcut bir tehlike yaratacak şekilde kullanılıp kullanılmadığıdır."¹⁷ Eğer,

kullanılan kelimeler açık ve mevcut bir tehlike oluşturuyorsa, bu noktada ifade özgürlüğü sınırlanmalıdır. Tehlike'nin muhatabı bireyler ve toplumdur. Bir başka deyişle, eğer bir ifadenin açıklanması bireyler ya da toplum için açık ve mevcut bir tehlike yaratıyorsa bu ifadenin açıklanması sınırlanabilir. Bireylere yönelik zarar konusunda çok fazla tartışma yoktur. İftira, küfür ve onur kırıcı ifadeler hemen her hukuk sisteminde müeyyideye bağlanmıştır. Burada temel sorun toplum çıkarlarına yönelik tehlikenin ya da zararın tespit edilmesidir. Ancak bu kolay değildir. Toplumun çıkarları farklı dönem ve koşullarda farklı şekillerde yorumlanabilir. İfade özgürlüğünün keyfi bir şekilde sınırlanmasını önlemek için "tehlike" nitelendirilmiştir. Bu tehlike bir yandan "ciddi" ve "somut" olacak diğer yandan "açık" ve "mevcut" olacaktır.¹⁸ Açıklık, şüpheye ya da vehimlere yer bırakmayacak şekilde tehlikenin ortada olmasıdır. Tehlikenin mevcudiyeti ise, kullanılan kelimelerin zarar yaratma olasılığının kesine yakın olmasını ifade etmektedir. Burada olasılık kaçınılmazlık derecesinde yüksektir. Yargıç Holmes, tehlikenin açık ve mevcut olması durumunu hınca hınç dolu bir tiyatrodan yalan yere "yangın var" diye bağırılması örneğiyle açıklamaktadır. Böyle bir ortamda, "yangın var" kelimelerinin yaratacağı panik ve dolayısıyla tehlike açık ve mevcuttur. Ancak kelimelerin ifade edildiği koşullar da önemlidir. Aynı tiyatrodan oyun gereği "yangın var" diyen aktörün sözleri doğal olarak "açık ve mevcut tehlike" kapsamında değerlendirilmeyecektir. Ancak uygulamada bütün olaylar, tiyatro örneğinde olduğu gibi bir açıklık ve kesinlik taşımıyor. Terminiello davasındaki yaklaşım bu tespiti doğrulamaktadır. Katolik rahip Peder Terminiello, Chicago'da 800 kişilik bir top-

¹⁶ *Handyside v. United Kingdom*, 7.12.1976, (1979-80), 1 ECHR 737, par.49. Ayrıca bkz. *United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, par. 42, 43.; *Socialist Party and others v. Turkey*, par. 41.; (ÖZDEP) v. Turkey, par.37.

¹⁷ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919).

¹⁸ *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).

luluğa konuşur. Konuşmasında komünistleri ve kendi tabiriyle “siyonist yahudileri” kıyasıya eleştirir. Bir grup bu konuşmayı protesto eder ve olaylar çıkar. Bunun üzerine Peder tutuklanır ve mahkum edilir. Yüksek Mahkeme, “açık ve mevcut tehlike” kriterini kullanarak bu mahkumiyeti Anayasaya aykırı bulur. Mahkemeye göre, ifade özgürlüğünün işlevlerinden biri de tartışmaya yol açmasıdır. Dolayısıyla, konuşmanın huzursuzluğa yol açması hatta insanları kızdırması bu işlevin bir gereğidir. Mahkeme’nin kararındaki şu ifadeler çarpıcıdır: “Konuşma sıklıkla provakatif ve meydan okuyucudur. O önyargılara ve daha önce oluşmuş kanaatlara saldırabilir ve bir düşünceyi kabul ettirmek için alışılmadık önemli etkiler doğurabilir. Bu nedenle, sınırsız olmamakla birlikte ifade özgürlüğü, sadece kamusal rahatsızlığın, kızgınlığın ve huzursuzluğun ötesinde ciddi ve somut bir zararın açık ve mevcut tehlikesi gösterilmedikçe sansür edilip cezalandırılmaz.”¹⁹ Öte yandan bu karara muhalif olan Yargıç Jackson’a göre Peder Terminiello’nun konuşmasının yarattığı şiddet ve ayaklanma tehlikesi “açık” ve “mevcut”tur.²⁰ Görüldüğü gibi “açık ve mevcut tehlike” ölçütü, kullanılan siyasal ve hukuksal iklime, hatta yargıçların dünya görüşlerine göre değişiklik arz etmektedir.

ABD’deki tehlike özellikle 20. yüzyılın ilk yarısında demokratik düzene yönelmiş olan “komünist” tehditidir. Amerika’da siyasal seçkinlerin bu tehdite karşı tavırları yasaklayıcı ve kısıtlayıcı politikalar olarak yansımıştır.²¹ Smith Kanunu, siyasal muhalefeti bas-

tırma amacıyla çıkarılmış, şiddet ve zor kullanılarak hükümeti devirmeyi savunan görüşleri cezalandırmayı öngörmüştür. Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin Smith Kanunu’na yönelik tavrı, “açık ve mevcut tehlike” ölçütünü de şekillendirmiştir. *Dennis* davasında, Mahkeme Smith Kanunu’nu ve bu kanuna dayanılarak Komünist Parti üyesi 11 kişi hakkında verilen mahkumiyet kararını Anayasaya uygun bulmuştur. Yüksek Mahkeme’ye göre, ifade özgürlüğünün kullanımı sonucu oluşacak kötülüğün yoğunluğunun/ağırlığının, oluşacak tehlikeyi önleme amacıyla yapılan sınırlamayı haklılaştırması gerekir. Somut olayda, zamanı geldiğinde ya da durum müsait olduğunda şiddet yoluyla düzeni yıkmak için harekete geçecek bir muhalif grubun düşüncelerini yayması ve kendi üyelerini indoktrine etmesi, “açık ve mevcut tehlike” kriterinin korumaya çalıştığı çıkarlardan birisi olan toplumun kendini koruması önünde ciddi bir tehlikedir. Yüksek Mahkeme’ye göre “Komplonun varlığı, bizzat tehlike oluşturmaktadır. Eğer, tepkinin bütün muhtevası hazır durumdaysa, Hükümetin katalizör ilave edilinceye kadar beklemesini isteyemeyiz”.²² Yargıç Douglas’ın “karşı oyu” açık ve mevcut tehlike ölçütünün çok daha sınırlı uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Douglas’a göre, ifade özgürlüğünün kısıtlanması sadece “korku”ya dayandırılmaz. Komünist Parti’nin propagandasının başarılı olmasının “açık ve mevcut tehlike” yaratacağı şüphelidir. Yargıç Douglas’a göre okuma-yazma oranı düşük, demokratik geleneğin yerleşmediği kimi ülkelerde düşüncelerini açıkladıkları için insanların yargılanıp mahkum edilmeleri anlaşılabilir. Ancak Amerika’da komünistler, “istenmeyen düşüncelerin sefil tacirleri” konumundadırlar ve “malları da satılmamaktadır”. Dolayısıyla,

¹⁹ T. Eastland (ed.), *Freedom of Expression in the Supreme Court: The Defining Cases*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2000, s.89.

²⁰ *Ibid.*, s.92.

²¹ Bu konuda bkz. D. G. Barnum, *The Supreme Court and American Democracy*, New York: St.Martin’s Press, 1993, s.134.

²² Eastland (ed.), *Freedom of Expression in the Supreme Court*, s.115.

Komünist Partinin bu ülke için tehlike olduğu yargısı yalnızca 'korku' ve 'panik'ten kaynaklanabilir. Sonuç olarak, Yargıç Douglas'a göre, ifade özgürlüğü "propagandası yapılan kötülüğün ya da zararın kaçınılmazlığı noktasında açık ve nesnel delillere dayanmayan bir tehlike gerekçesiyle kurban edilmemelidir".²³

Yates davasında Yüksek Mahkeme, "açık ve mevcut tehlike" kriterine yeni bir boyut kazandırmıştır. Burada "konuşma" ile "eylem" arasında net bir ayırım yapılmıştır. Mahkeme'ye göre Smith Kanunu'nun yasakladığı "soyut düşünce açıklaması" değil, "somut eylem"lerdir. Daha açık ifadeyle bu kanun, "Hükümetin yıkılması gerektiği soyut düşüncesini" değil, "Hükümetin zor yoluyla yıkılmasını öngören somut eylemler"i yasaklamaktadır. Yüksek Mahkeme'nin bu kararı McChartist döneme hakim olan anti-Komünist histerinin de sonunu hazırlamıştır.²⁴ Yüksek Mahkeme, 1969 yılında verdiği bir kararda "açık ve mevcut tehlike" kavramını ifade özgürlüğünü daha iyi koruyacak şekilde geliştirmiştir. Buna göre bir ifadenin sınırlanabilmesi için onun aynı zamanda "hukukdışı bir eyleme kışkırtması ya da bu eylemi doğurması" gerekir.²⁵ Bundan

²³ *Ibid.*, s.120.

²⁴ Barnum, *Supreme Court and American Democracy*, s.138.

²⁵ *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969). Bu davada Ku Klux Klan lideri olan Clarence Brandenburg bir gösteri sırasında "zenciler Afrika'ya, Yahüdiler de İsrail'e dönmelidir" şeklinde bir konuşma yapmıştır. Bunun üzerine Brandenburg mahkum edilir. Yüksek Mahkeme oy birliğiyle bu mahkumiyetin anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme'nin görüşüne katılmakla birlikte Yargıç Douglas, "açık ve mevcut tehlike" testini eleştirir. Ona göre tiyatrodan yalan yere "yangın var!" diye bağırılması "konuşma ile eylemin içiçe geçtiği klasik bir durumu ifade eder. Burada söz ile eylem birbirinden ayıramayacağı için, meydana gelen eylemden dolayı kişi sorumlu tutulabilir. Douglas'a göre bu gibi istisnai durumlar dışında konuşma cezalandırılmaz. Şöyle devam eder Yargıç Douglas: "Soyut düşüncelerin savunulması ile siyasal eylemin savunulması arasında kesinlikle bir anayasal çizgi söz konusu değildir. Müdafanın/propagandanın kalitesi inancın derinliğine bağlıdır; ve hükümetin bu inanç ve vicdan mabedini işgal etme yetkisi yoktur." Bkz. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), Eastland (ed.), *Freedom of Expression in the Supreme Court*, s.194.

sonra da Yüksek Mahkeme ifade özgürlüğüyle ilgili birçok davada bu kriteri uygulamıştır. Ne var ki, özgürlükçü bir yaklaşımla yorumlanmasına rağmen, "açık ve mevcut tehlike" kriteri özellikle olağanüstü dönemlerde ifade özgürlüğü için tehlike olma potansiyeline sahiptir.²⁶ Kriterin soyut ve bulaşıcı doğası, baskı dönemlerinde muhalif düşüncelerin bastırılmasını haklılaştırıcı bir işlev görebilir. Nitekim, kimileri onu ifade özgürlüğünün genel bir sınırlama testi olarak "kabul edilemez" bulmaktadır.²⁷ Ancak yine de bu kriter, Amerika sınırlarının dışına taşmış, bir çok ülkenin yargı sisteminde kullanılan bir ölçüt haline gelmiştir. Dahası bu ölçüt, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de bazı kararlarında yer bulabilmiştir.²⁸

Türk Anayasa Mahkemesi ve "Açık ve Mevcut Tehlike" Kriteri

Yukarıda "açık ve mevcut tehlike"nin baskı dönemlerinde kısıtlayıcı bir işlev görebileceğini belirtmiştik. Ancak bazı siyasal mekanlarda bu kriter olağan dönemlerde bile kısıtlamaların haklılaştırılması için kullanılabilir. Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'nin bir kısım kararlarında bu ölçütü kullanıp uygulaması tespitimizi doğrulamaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nden farklı olarak, Türk Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğü ve onun bir biçimi olan örgütlenme özgürlüğü konusunda genellikle sınırlayıcı

lemin savunulması arasında kesinlikle bir anayasal çizgi söz konusu değildir. Müdafanın/propagandanın kalitesi inancın derinliğine bağlıdır; ve hükümetin bu inanç ve vicdan mabedini işgal etme yetkisi yoktur." Bkz. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), Eastland (ed.), *Freedom of Expression in the Supreme Court*, s.194.

²⁶ Hakyemez, *Militan Demokrasi Anlayışı*, s.76.

²⁷ T. I. Emerson, *Toward A General Theory of the First Amendment*, New York: Vintage Books, 1966, s.53.

²⁸ Örneğin bkz. *Geyer v. Turkey*, (Application No: 24919/94), 8 Temmuz 1999. Yargıç Bonello'nun çoğunluk görüşüne katılan ayrı gerekçesi.

bir yaklaşım benimsemektedir. Bunun bir nedeni 1982 Anayasasının otoriter bir nitelik taşıması ve ifade özgürlüğü konusunda aşırı sınırlamalara yer vermesidir.²⁹ Oysa bilindiği gibi ABD Anayasasında ifade özgürlüğünü sınırlayan bir hüküm bulunmamaktadır,³⁰ Elbette anayasanın metni önemlidir, ancak son kertede “Anayasa, yargıçlar ne diyorsa odur”.³¹ Dolayısıyla asıl sorun, yorumlanması ve uygulanması gereken metinlerden değil, bir yorum topluluğu olan Anayasa Mahkemesi’nin kabul ettiği hukuksal paradigmadan kaynaklanmaktadır. Bu paradigma, “ya/ya da”cı, pozitivist ve dönüştürücüdür. Anayasa Mahkemesi için ifade özgürlüğü anayasada belirtilen resmi söylemle sınırlıdır. “Anayasa ideolojisi”ne aykırı görülen düşüncelerin ve örgütlenmelerin hayat hakkı bulması mümkün değildir. Bütün siyasi partilere aynı ideolojik elbiseyi giydirmeye çalışan Mahkeme, bazı kararlarında bu girişimini “açık ve mevcut tehlike” kriterini kullanarak haklılaştırma yoluna gitmektedir. *Sosyalist Birlik Partisi* davasında, Anayasa Mahkemesi kapatma kararını aynı zamanda “açık ve mevcut tehlike” kriterine dayandırmıştır. Mahkeme’ye göre “ırk ayrımcılığının aracı durumuna düşen partinin” tüzük ve programındaki görüşleri ile parti yetkililerinin yaptıkları açıklamalar, “Türkiye Cumhuriyeti için yakın ve görülebilir bir tehlike oluşturmaktadır. Böyle bir tehlike içinde bulunan bir devletin de, ülkesi ve ulusuyla bütünlüğünü koruması en doğal hakkıdır”.³² Mahkeme, bu tehdidin sadece

“düşünce” düzeyinde kalmadığını aynı zamanda “yasaklanan sakıncalı eylemleri kısırtma, katkı ve destek niteliğinde faaliyetler”den kaynaklandığını vurgulamaktadır.³³ Mahkeme, “yakın ve görülebilir tehlike” ölçütünü *Demokrasi ve Değişim Partisi* kararında da kullanmıştır. Bu davada da programında “Kürt dilinin toplumsal yaşamın her alanında ve resmi işlemlerde serbestçe kullanılması..., Kürt kimliğinin tüm sonuçlarıyla Anayasa ve yasalarla garanti altına alınması” gibi görüşlere yer veren Parti’nin bu düşünceleri “yakın ve görülebilir bir tehlike” olarak değerlendirilmiştir.³⁴ Görüldüğü gibi, tehlikenin “düşünce” düzeyinde kalması ya da “eylem”e dönüşmesi sonucu değiştirmektedir. Daha da önemlisi partinin düşüncelerinin neden “tehlike” oluşturduğu da kararlarda açıklanmamaktadır. İsimlerini bile Türkiye’de yaşayan çoğu insanın bilmediği bu partilerin daha faaliyete bile geçmeden nasıl olup da “bölünmez bütünlük” önünde “açık ve mevcut tehlike” oluşturdukları sorusu tartışılmalıdır. Aslında bireylerin ifade ve örgütlenme özgürlüğünün karşısında “devletin kendini koruması” gibi son derece soyut ve bulanık bir söylemi konumlandırılan bir yargısal anlayış, kaçınılmaz olarak farklı ya da aykırı görüşleri bu söyleme yönelik bir tehdit olarak algılayacaktır.

Türkiye’de akademisyenlerin önemli bir kısmı “açık ve mevcut tehlike” kriterinin Anayasa Mahkemesi’nce kullanılması gerektiğini savunmaktadır.³⁵ Ancak kanaatimce, Türkiye’de siyasal ve hukuksal paradigma değişmeden “açık ve mevcut tehlike” kriterinin kullanılması son derece yanlıştır. Nite-

²⁹ Bu konuda bkz. R. Sunay, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara: LDT Yayınları, 2001.

³⁰ Bkz. W.W.Van Alstyne, *Interpretations of the First Amendment*, Durham, N.C.: Duke University Press, 1984, ss.22-23.

³¹ Barnum, *The Supreme Court and American Democracy*, s.vii.

³² E.1993/4 (Siyasi Parti- Kapatma), K.1995/1, K.T.19.7.1995, *AMKD* 33/2, s.635.

³³ *Ibid.*, s.636.

³⁴ E. 1995/1 (Siyasi Parti –Kapatma), 1996/1, K.T.19.3.1996, *AMKD* 33/2, s.724.

³⁵ Bu konudaki lehte ve aleyhte görüşlerin özlü bir anlamı için bkz. Hakyemez, *Militan Demokrasi Anlayışı*, ss. 256-258.

kim Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda değinilen iki kararı bu görüşümüzü desteklemektedir. Amerika'nın 1950'li yıllarda yaşadığı "histerik" dönemin süreklileştirildiği, muhalif her unsurun "tehlike" olarak algılandığı ve farklı olan her şeyin "aynılaştırıldığı" bir ortamda bu kriterin neye hizmet edeceği açıktır. "Korkular" ve "vehimler" in gerçekleri maskeleyen bir siyasal mekanda, "açık ve mevcut tehlike" ölçütü korkunun esiri olacaktır. Türkiye'de makro siyaset Schmittçi anlamda "dost/düşman" karşıtlığına dayandığı için "dost" olmayan herkesin ve her kesimin düşüncelerini açıklaması "açık ve mevcut tehlike" olarak algılanacaktır. Dolayısıyla, bu kriterin kullanılması "ötekilerin" "bizleştirilerek" toplumsal ve siyasal yapının homojenleştirilmesinde önemli bir rol oynayabilir.

Sonuç Yerine: Özgürlük Korkusunu Yenmek

İfade özgürlüğüyle ilgili sınırlandırmaların büyük ölçüde "özgürlük korkusu"yla bağlantılı olduğunu söyleyebiliriz. Bu korku, sadece yönetici elitlerin özgürlüğün kurulu düzenleri ve hegemonyaları sarsmasından korkmasıyla sınırlı değildir. Bunun ötesinde bireysel ve toplumsal düzlemde hissedilen bir korkuyla karşı karşıyayız. Erich Fromm, bu korkuyu çok iyi teorize etmiştir. Ona göre, düşüncelerimizi ifade etme özgürlüğü ancak kendi düşüncelerimize sahip olabildiğimizde bir anlam kazanır. Başka deyişle, ifade özgürlüğünün dışsal otoriteden azade olması, ancak içsel psikolojik durumun bireyselliğimizi oluştur-

ma ve geliştirmeye imkan vermesiyle gerçekleşebilir.³⁶ Bireyselliğin önündeki en önemli psikolojik engel de özgürlük korkusudur. Güçsüzlük, yalnızlık ve yabancılaşmanın doğurduğu bu korku, beraberinde özgürlükten kaçışı getirmektedir. Bu da siyasal düzlemde, özgürlükten kaçan insanlara teslimiyet ve kitlikle özdeşleşme dinginliğini öneren otoriterizmin limanında demir atmayla sonuçlanmaktadır.

Özgürlük korkusunun kuvvetli bir şekilde kök saldığı bir toplumda "açık ve mevcut tehlike" kriterinin keyfi bir şekilde yorumlanması ve uygulanması bir olasılığın ötesinde kaçınılmaz bir sonucu ifade eder. Zira böyle bir ortamda bizzat özgürlük korkulan tehlikedir. Özgürlük korkusu, "öteki" korkusuyla da eklenerek büyür. Dolayısıyla, yapılması gereken özgürlük korkusundan kurtulmaktır. Yükseklik korkusu gibi özgürlük korkusunu yenmek de yoğun bir terapiyi gerektirmektedir. Bu toplumsal terapi ifade özgürlüğünün geleceği için kaçınılmazdır. Bu terapinin başlangıç noktası da, galiba özgürlüğün korkulması gerekmeyen bir şey olduğuna insanları inandırmaktır. Bu bağlamda Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin liberal yargıçlarından Hugo Black'in bir sözünü aktarmak isabetli olacaktır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasına şiddetle karşı çıkan Yargıç Black, bir karşıoy yazısını şu cümleyle bitirmişti: "Özgür olmaktan korkmamalıyız."³⁷ Ben de daha fazla uzatmamak için diyorum ki, biraz daha özgür olmanın kimseye, hatta ondan korkanlara bile zararı olmaz.

³⁶ E. Fromm, *The Fear of Freedom*, London: Ark Paperbacks, 1984, ss.207-208.

³⁷ 366 U.S. 82, 116. Aktaran: R. Collins ve D. Skover, *The Death of Discourse*, Colorado: Westview Press, 1996, s.213.