

Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?

Osman Can*

“Düşünceyi açıklama özgürlüğünün normatif alanına ve anayasal sınırlarına ilişkin bir inceleme”

Bilindiği gibi, bir yandan Avrupa Birliği'ne giriş sürecinde ulusal hukukun Avrupa Birliği Hukuku ile uyumlulaştırılması, Köpenhag Kriterleri ve Katılım Ortaklığı Belgesinin gereklerinin yerine getirilmesi amacıyla uzun çalışmalar ve uzlaşmalar/tavizler sonucu oluşan Ulusal Programın gereklerini pozitif hukukta realize edebilme çabası, diğer yandan da ulusal düzlemde oluşan ve ağırlıklı olarak sivil toplum kuruluşlarının çabaları sonucu oluşturulan kamuoyu baskısı, Anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesi sonucunu doğurmuştur. Başlangıçta 37 maddelik değişiklik paketi TBMM'deki ikinci oylama sonucu bazı maddeleri, Paketin bir demokratikleşme paketi olup olmadığına ilişkin kuşku doğuracak biçimde reddedilmesi sonucu 34 maddeye indirilerek kapsam daralması yasamıştır. Kamuoyunda çokça dile getirilen olgulardan biri de düşünce özgürlüğünün önündeki engellerin kaldırıldığı ve bunun demokratikleşme açısından önemli bir adım olduğuydu. Acaba öyle midir?

I. Değişiklikten Önce Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Genel Değerlendirme

Türk anayasa hukuku ve özgürlükler hukuku literatüründe bazı kavramlar daima birbirine karıştırılmaktadır. Hukuksal tartışmalar, hukuksal argümantasyon ve normatif incelemelerde bu açıkça görüldüğü gibi bu tarz incelemelerde sunulan çözüm önerilerinin de sağlıklı ve çelişkisiz/kafa karıştırıcı olmayan türden olmaları beklenemez, doğrudur de. Bunlar ifade özgürlüğü ile düşünce özgürlüğü ve düşünceyi açıklama özgürlükleridir.

Bir kere düşünce özgürlüğü düşünceyi açıklama özgürlüğü olmadığı gibi, ifade özgürlüğünü de düşünceyi açıklama özgürlüğüne indirgemek mümkün değildir; ya da düşünceyi açıklama özgürlüğünün kapsamını ifade özgürlüğünü içine alacak biçimde genişletme imkanı bulunmamaktadır.

Özellikle düşünce özgürlüğü kavramı literatürde sıkça düşünceyi açıklama özgürlüğünün yerine kullanılmaktadır¹. Oysaki her iki özgürlük bağımsız, birbirinden açıkça farklı-

* Dr., Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ K.J. Ridder, *Meinungsfreiheit in: Neumann-Nipperdey-Scheumann, Die Grundrechte*, Bd. 2, Berlin 1954, s. 243.

lık arz eden, birbirine karıştırılmaması gereken temel haklardır². Düşünce özgürlüğü içsel bir işlem, düşünceyi açıklama özgürlüğü ise bu içsel işlemin dışa aktarılmasıdır. Düşünceyi açıklama özgürlüğü dışsal dünya üzerinde bir etki doğururken ya da doğurmayı amaçlarken, düşünce özgürlüğü bir *forum internum* olarak kalır ve dışsal dünyada bir etki doğurması mümkün değildir³. Düşünce özgürlüğünün sınırlanması mümkün değil, sınırlama denemesi insan onurunu zedeleyici bir uygulamaya yol açar. Ancak düşünceyi açıklama özgürlüğünün demokratik sistemlerde ve insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde bazı nedenlerle sınırlanabileceği kabul edilmektedir.

Bu ayırım İHAS'nde düşünce özgürlüğünün 9. maddede sınırsız olarak ve düşünceyi açıklama özgürlüğünün de 10. maddede, ancak ikinci fıkrasında belirlenen sınırlama nedenlerine paralel olarak düzenlenmesi biçiminde kendini göstermektedir. Aynı yaklaşımı 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Paktının 19. maddesinde de görmek mümkün. Maddenin birinci fıkrası düşünce özgürlüğünü⁴, ikinci fıkra ise düşünceyi açıklama özgürlüğünü de kapsayacak biçimde ifade özgürlüğünü düzenlemektedir⁵. Üçüncü fıkraya göre yalnızca ikinci fıkradaki ifade özgürlüğüne sınırlar çizilebilmesi tutarlıdır⁶, çünkü düşünce özgürlüğü iç dünyaya ilişkin bir işlemdir ve bu

niteliğinden dolayı hiç bir siyasal iktidar müdahalesine elverişli değildir⁷. Bu yaklaşım Türk Anayasası tarafından benimsenmiş; düşünce ve kanaat özgürlüğü 25. maddede herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmeden düzenlenmişken, düşünceyi açıklama özgürlüğü, haberleşme, kitle iletişim özgürlüğünü de içine alacak biçimde 26. maddede düzenlenmiş ve çeşitli sınırlandırma nedenlerine tabi tutulmuştur. Bu açıdan anayasanın pozitif düzenlemesinin -biçimsel de olsa- çağdaş bir çizgi izlediğini söylemek gerekir.⁸

Her iki olgunun ayrı maddelerde düzenlenmesi onlar arasında bir ilişkinin olmadığı anlamına da gelmemektedir. Dikkat edilmesi gereken nokta, düşünce özgürlüğünün, düşünceyi açıklama özgürlüğünün temelini oluşturduğudur. Çünkü bireyin düşüncelerini özgürce oluşturması ve ona sorunsuz ve endişesizce bağlanabilmesi/savunabilmesi, düşünceyi açıklama özgürlüğünün ön şartıdır. Düşünceyi açıklama özgürlüğünün düşünce özgürlüğü olmaksızın, ya da ona müdahale edilmesi durumunda bir anlamı kalmayacaktır⁹.

İfade özgürlüğü ise düşüncelerin açıklanmasının yanında, ifadeye konu olabilecek tüm unsurların dışsal dünyaya aktarımına ilişkin geniş nitelikli bir özgürlüktür¹⁰. Haber aktarımı, duygusal nitelikli açıklamalar, dinsel kanaatlerin açıklanması bu kapsamda değerlendirilmelidir¹¹.

² Gilbert-Hanno Gornig, *Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte*, Berlin 1988, s.141.

³ *a.g.e.*

⁴ "Everyone shall have the right to hold opinion without interference". Sözleşmenin 18. maddesinde ise düşünme özgürlüğüne "dinsel ve vicdani bağlamda" değinilmektedir. Düşünceyi açıklama özgürlüğünün özü, ön şartı olan düşünce özgürlüğü 19. maddenin 1. fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir.

⁵ "Everyone shall have the right to freedom of expression..."

⁶ "The exercises of the rights provided for in paragraph 2 (vurgu bana ait O.C.) of this article carries with it special duties and responsibilities"

⁷ Gornig, *a.g.e.*, 142

⁸ Bu ayırımın pozitif anayasa hukuku açısından ne anlama geldiğine ilişkin geniş bilgi için bkz. Osman Can, *Die Schranken der Meinungsäußerungsfreiheit Nach Türkischem Verfassungsrecht*, Aachen 2001, s. 77 vd.

⁹ Gornig, *a.g.e.* Ancak aralarındaki bu sıkı ilişki, farklılıklarını ortadan kaldırmaz. Farklılıklarını önemsememek toptancı ve redüksiyoner yaklaşımlara yol açma sakıncasını beraberinde taşıdığı gibi, uluslararası sözleşmelerde ve anayasada ayrı düzenlemenin anlamını da açıklayamayacaktır. Aksi yönde bkz. Reyhan Sunay, *İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara 2001, s. 29 vd.

¹⁰ Aynı yönde bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Düşünce Özgürlüğü, İnsan Hakları*, YKY Yay, İstanbul 2000 içinde, s. 109.

¹¹ Bu tür kavramsal ayrımlara yeni bazı çalışmalarda rastlamak mümkün. Krşl. Reyhan Sunay, *İfade Hürriyetinin* s.8vd.

Yine Türk anayasa hukuku literatüründe belki de kendilerine bağlanan hukuksal sonucun aynı olması nedeniyle, kanaat ve vicdan özgürlükleri arasında ayırım yapılmamaktadır. Sonuç olarak yanlış olmamakla birlikte, hukuk teorisi ve dogmatigi açısından birbirlerinden farklı iki kavram/olgudan söz etmek yanlış olmaz. Düşünce özgürlüğü, düşünme işlemi sonrası oluşan ürün olan düşünceyi korumakta iken, kanaat özgürlüğü iyi-kötü, doğru-yanlış, güzel-çirkin benzeri olgular arasında bir tercih, bir taraf tutma işlemini/seçimini korumaktadır¹².

Normatif alan

Düşünce özgürlüğünü düzenleyen anayasanın 25. maddesinde bir değişiklik olmadığı için çalışma, 26. madde üzerinde yoğunlaşmaktadır. Ancak 25. Maddeye, değişiklik paketinin tümü açısından ne tür bir anlam değişikliğine uğradığı bakımından, yeri geldiğinde değinilecektir.

Anayasanın birinci fıkrasında düşünce ve kanaatleri açıklama özgürlüğünün koruma alanı, klasik açıklama tarzlarını/modalitelerini aşacak biçimde tüm iletişim yollarını kapsamaktadır. Bu nedenle maddenin koruduğu hukuksal alanı ifade özgürlüğü olarak nitelendirmek gerekir¹³. Madde düşünceyi açıklama özgürlüğü-

nün yanında aynı zamanda toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün, yeni medya olarak nitelendirilebilecek olan İnternet, kablo yoluyla data transferinin, uydu yoluyla yayın ve data transferinin vs. alt yapısını içermektedir. Ayrıca madde açıkça haber aktarımını da düşünce açıklamasıyla aynı koruma sistemine tabi tutmuştur. Nitekim anayasanın gerekçesi bu yaklaşımı yansıtmaktadır¹⁴. Bu açıdan 26. maddenin bir taraftan düşüncelerin ve haberlerin kitle iletişim araçlarıyla yayılmasını, diğer taraftan da düşünce oluşturma özgürlüğünü garanti ettiğini söylemek gerekir.

26. maddenin koruma alanına toplu olarak düşünce açıklamasının yanında, basın, televizyon, sinema ya da tiyatro yoluyla düşünce açıklaması girmektedir. Ancak, etkilerinin kamuoyunda beklenmedik ve sarsıcı olması ve teknolojik problemler nedeniyle bazı özel kayıtlamalara tabi olan¹⁵ toplu halde ya da medya yoluyla düşüncelerin açıklanmasında, nasıl bir sınırlama yapılacağı, bu araçların anayasa da kurumsal özgürlükler olarak nasıl düzenleneceği, takip eden maddelerde ele alınmaktadır. Nitekim aynı şekilde İHAS'nin 10. maddesi radyo, televizyon ve sinema yoluyla yayın yapılmasının izne tabi olabileceğini hükme bağlamıştır.

1. Düşünce açıklama özgürlüğünün içeriği

Düşünceyi açıklama özgürlüğünün hukuk-dogmatik açıdan içeriğinin anlaşılabilmesi i-

¹² Benzeri analizleri iletirmek zor değildir. Nitekim, düşünme ile düşünce kavramları aynı olmadığı gibi bu farklı kavramları koruyan özgürlükler de farklılık göstermektedir. düşünme, süreci betimleyen bir kavram iken, düşünce bu süreç sonrası oluşan bilgiye dayalı ürünü tanımlamaktadır. Görüşüme göre bu analizlerin yapılmaması, anayasa ve temel hak teorilerinin ve bunlardan doğan somut çözümlerlerin sağlıklı olması tehlikesini barındırmaktadır. Aynı yönde bkz. Ahmet İnam, "Düşünce Özgürlüğünden Özgür ve Özgürleştirici Düşünceye", Hayrettin Ökçesiz (Der.), *Düşünce Özgürlüğü*, Afa Yay, İstanbul 1998 içinde, s. 37.

¹³ Akademik yaklaşımda titizliğin, özellikle Türk anayasasının incelenmesi sırasında, akademisyeni zor durumlara düşürdüğü akademisyenler için bilinen bir gerçektir. Simdi eski 26. madde ifade özgürlüğünü düzenlemektedir dedik. 1. Fıkra göre herkes düşünce ve kanaatlerini....açıklama ve yayma özgürlüğüne sahiptir. Aynı fıkranın ikinci cümlesine göre de özgürlüğün kapsamı genişletilmektedir. 2. Fıkra yine tutarlı bir biçimde "bu hürriyetlerin kullanılması..." diye-

rek maddenin ifade özgürlüğü niteliğini gözünüze alıp tüm alt kategoriler için geçerli sınırlama nedenleri saymaktadır. Ancak üçüncü fıkradaki "düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında (kanaat, haber vs. belirtilmiyor) kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz" biçimindeki *anayasal sınırın* kanaat açıklanmasında ya da haber alıp vermede geçerli olmayacağını mi ileri süreceğiz? Bu bir redaksiyon hatası mı, yoksa anayasa koyucunun bilinçli iradesini mi yansıtmaktadır? Bu soruların yanıtı herhalde başka bir çalışmanın konusu olmalıdır.

¹⁴ Burhan Kuzu, *Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat*, İstanbul 1997, s. 48.

¹⁵ Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19. Aufl, Heidelberg 1993, s. 163.

çin, öncelikle bu özgürlüğe ait kavramlardan ne anlaşılması gerektiği açığa çıkarılmalıdır. Anayasanın 26. maddesinde ilgili kavramlar “düşünce”, “kanaat” ve “haber” olarak geçmekte; çalışmanın ağırlığı ise buna karşın yalnızca düşünce üzerinde yoğunlaşacaktır.

a) Düşünce Kavramı¹⁶

Anayasanın 26. maddesinin 1. fıkrasına göre “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine başlanmasına engel değildir.” Bu norm düşünceyi açıklama özgürlüğünün iki ana unsurunu, yani düşünce ve haberlerin *açıklanması* ve *yayılması* unsurlarını dile getirmektedir.

Düşünce *Ridder*'e göre, rasyonel düşün işlemlerinin ürünü, insanın, kendi zihinsel ameliyeleri yoluyla bir biçimde rasyonel olarak somutlaştırılabilir ve ifade edilebilir kılınmış kanaat ve sanatsal bilinç özü, sonuçta sesli, idrak edilebilir/duyulabilir düşünme ya da sanatsal yaratmanın kendisi, her halükarda bunları dışarı vuran insanın kendi zihinsel başarı ve eseridir¹⁷. Buna paralel olarak düşünceyi, mütalaa, bir şey olarak görme/kabul

etme, yargılama unsurlarıyla biçimlenmiş olarak algılamak gerekir¹⁸. Yani bireyin olaylar, ilişkiler, ideler veya kişilere ilişkin olarak oluşturduğu öznel görüştür¹⁹. Ayrıca bu özgürlük, öncelikle subjektif bir özgürlük olduğundan, bireysel algılamaya dayandığından, özgürlük kapsamına giren düşünceler açısından “değerli”²⁰, “yararlı”, “iyi”, “etiğe uygun” veya “anayasaya uygun” düşünce ayrımcılığını yapmak tutarlı olmadığı gibi, özgürlüğü özgürlük olmaktan da çıkarır. Bu bakımdan Türk hukuk literatüründe bir biçimde yansımaları bulan, yalnızca “demokratik yaşam için vazgeçilmez düşüncelere” vurgu yapılmasının anlamı yoktur. Bu anlayış özgürlüğü objektif-kurumsal alanla sınırlayan, buna karşın her şeyden önce bireysel bir olgu olduğunu unutan bir anlayıştır. Düşünceyi açıklama özgürlüğü demokratik-kamusal-objektif bir özgürlüktür; ancak öncelikli olarak bireysel-subjektif bir özgürlüktür.

Dar anlamda düşünce, görüş, yaklaşım, gözlem, muhakeme, ide, kanaat, mütalaa, yargıyı vs. kapsar²¹. İnsanın, toplumsal olaylar ya da kişisel problemler karşısında, beyin fonksiyonları yoluyla biçimlenmiş pozitif, negatif yada nötr tutumu, düşünce kavramını kısmen tanımlamaktadır.

Düşünceyi açıklama özgürlüğünün objektif bir özgürlük olduğu ve toplumsal yaşamı ilgilendiren esaslı sorularda önemli rol oynadığı²² doğrudur, ancak eksik bir yakla-

¹⁶ Düşünceyi açıklama özgürlüğü Türk hukuk öğretisinde ve politik hayatta en tartışmalı sorun olmasına rağmen, düşünce kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda pek bir açıklamaya rastlanmaz. Oysa ki düşünce kavramının anlaşılardan, düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünün içerik ve norm alanının ve bu özgürlüğün uygulamada yaşanabilir kılınmasının olanağı yoktur. Hukuk-teorik ve hukuk-dogmatik temellerin yoksunluğu da, düşünce özgürlüğü konusundaki klişeleşmiş yazıların çokluğunu ve hukuk-teorik ve pozitif-hukuksal incelemelerin eksikliğini açıklamaktadır. Değinmeler için bkz. Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Özgürlüğü ve 1961 Anayasası*, İstanbul 1969, s. 16 vd; Sait Güran, *İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri*, İstanbul, 1969, s. 369.

¹⁷ Ridder, *Meinungsfreiheit*, s. 248.

¹⁸ BVerfGE, 61, 1 (8).

¹⁹ Dieter Grimm, *Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, NJW 1995, s. 1698

²⁰ BVerfGE, 33, 1 (14f).

²¹ Bu kavramlardan bazıları için bkz. Özkan Tikveş, *T.C. Anayasası Şerhi*, İstanbul 1969, s. 74.

²² Türk anayasa hukukundaki hakim bu öğretiyi detaylı olarak Tanör'de kendini göstermektedir. Düşünceyi açıklama özgürlüğünün politik ve objektif yönüne sürekli olarak yapılan bu vurgu, Türk anayasa koyucunun “political-correctness” anlayışına karşı bir tepki olması dolayısıyla anlaşılabilir, ancak bu nedenle düşünceyi açıklama özgürlüğünün subjektif yönünün ihmal edilmesine neden olmasından dolayı da hatalıdır. Krşl. Tanör, *Siyasi Düşünce...*, s. 19.

şımdır. düşünceyi açıklama özgürlüğü her şeyden önce kişiliğe bağlı, devredilmez, vazgeçilmez temel haktır. Bu hakkı politik açıdan önemli sorunlara ilişkin olarak ya da iki kişi arasındaki bir tartışmada karşı tarafı eleştiri amacıyla ya da yalnızca monolog biçiminde kullanması tamamen kişinin takdirine aittir. Düşünceyi açıklama özgürlüğünün bu yönü onun her şeyden önce sübjektif bir özgürlük olduğunu gösterir. Zaten tersine bir yaklaşıma 26. maddenin izin verdiğini iddia etmek mümkün değildir²³. Özgürlükçü yaklaşım –anayasaya hakim özgürlük anlayışına rağmen–, daha etkin bir garanti sağlamak için, düşünceyi açıklama özgürlüğünün geniş geçerlilik alanının kabulünü gerekli kılar²⁴. Bu nedenle “hukuksal olarak korunan düşünceler kategorisi”²⁵ anlayışına fırsat vermeden düşünce kavramını geniş anlamda kabul etmek, tam bir hukuksal denetimden geçirilip üçüncü kişilerin haklarını veya hukuksal olarak korunan diğer değerlerin ihlal ettikleri andan itibaren ancak, hukuksal koruma alanı dışına çıkarmak en doğru yol olsa gerekir²⁶. Aksi yaklaşım, zaten anayasaya

hakim olan ve devlet otoritesi karşısında özgürlüklerin geri adım atmasını gerektiren anlayışa paralel olarak, özgürlüğün koruma alanını daha da daraltacaktır²⁷.

Yalın haber aktarımını düşünce açıklaması biçiminde algılamanın zorluğu ortadadır; ancak bunların da 26. madde kapsamında aynı korumadan yararlandığı açıktır. Bununla birlikte haber yalın olarak aktarılmıyor ve birey bir biçimde bu habere bir anlam yüklüyor ve sahiplenebiliyorsa bu durumda entelektüel katkı sağlandığı için geniş anlamda düşünce kapsamında değerlendirilmelidir. Yine yönlendirici, eleştirel ve bazen de yanıtı içinde olan sorulara yapılan bireysel entelektüel katkı ortada iken, bunları düşünce kavramı içinde değerlendirip düşünce açıklama özgürlüğünün koruma alanına almamak mümkün değildir.

Ticari/reklam nitelikli açıklama da, öncelikli olarak bir bilgi aktarımı niteliğinde iken, açıklayanın buna kendi olumlu yargısını kattığını yadsımamak gerekir. Bir düşünce açıklamalarında motive dayalı olarak ayrımcılık yapılması tutarlı değildir²⁸. Açıklayanın bununla bir kazanç sağladığının temel hak korumasında bir rolü olamaz. Aksi taktirde yine “değerli-değersiz”, “topluma yararlı-yararsız” biçiminde özgürlüğün esprisiyle bağdaşmaz ayrımlara kapı açılmış olunur. Bu nedenle bir düşünce açıklamasına temel teşkil eden ticari yararlar da²⁹ düşünceyi açıklama özgürlüğünün koruma alanına girer. Bu yaklaşım İHAM yargısında da yansıma bulmuştur. Mahkemeye göre bir düşünce açıklamasının övücü/reklam

²³ Toplumsal ve siyasal alanlar bakımından düşünceyi açıklama özgürlüğü kabul edilemez oranda sınırlı olması gerçeği karşısında, toplumsal ve siyasal konularda (sözüm ona) önemsiz düşüncelerin düşünceyi açıklama özgürlüğünün kapsamına alınmaması herhalde bu özgürlüğü bos bir kalıp haline getirmektedir.

²⁴ Aksi takdirde zaten bazı davranışların temel hak olarak nitelendirilmesini dahi parti kapatma davasına gerekçe olarak değerlendiren Anayasa Mahkemesinin yorumu desteklenmiş olur. Bu durumda artık düşünceyi açıklama özgürlüğünden değil, ayrıcalıklı veya “kötü” düşüncelerin açıklanmasından söz etmek gerekir.

²⁵ Süheyl Batum, *Düşünce ve Bilim Özgürlüğü*, Türkiye'nin Demokratikleşme Sorunu, İÜHF Sempozyumu II, 21 Nisan 1995, İstanbul 1996, s. 42; Tanör ticari ilan ve reklamları ve toplum meseleleriyle ilgili olmayan fikirleri düşünce kapsamında değerlendirmemekte, bu yaklaşımla düşünce özgürlüğünü yalnızca kamusal bir özgürlük olarak algılamaktadır. Tanör, *Siyasi Düşünce...*, s. 17 vd; Çetin Özek, *Türk Basın Hukuku*, İstanbul 1978, s. 140.

²⁶ Bu açıdan örneğin haber, soru, reklam kavramlarında düşünsel katkıyı yadsımayıp bunları da geniş anlamda düşünce kavramına katıp özgürlük alanını genişletmek gerekir.

²⁷ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1996, s. 63; Tanör, *İki Anayasa*, 2. Bası, İstanbul 1991, s. 154; Oktay Uygun, *82 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, İstanbul 1992 (Bundan sonra “Genel Rejim”), s. 14.

²⁸ Degenhart, Rn. 150.

²⁹ Bunun (alman anayasasının) 5/1. Maddesiyle uyuşmadığını söylemek mümkün değil. Bkz. BGHZ 51, 236, 249, aktaran Degenhart Rn. 150.

yapıcı etkisi de aynı şekilde sözleşmenin 10. maddesinin koruma alanına girer³⁰.

b) Açıklama ve yayma kavramları

(1) Genel olarak

Anayasanın 26. madde metnine bakıldığında düşüncelerin yalnızca açıklanmasından değil, aynı zamanda yayılmasından da söz edilmektedir. Düşüncelerin yayılması kavramının açıkça belirtilmiş olmasını, özgürlüğe mümkün olduğunca geniş bir etki alanı sağlama cabası olarak nitelendirmek yanlış olmaz³¹. Ancak her halükarda her iki kavramı, yalnızca düşüncelerin dış dünyaya, üçüncü kişilere aktarılması, bildirilmesi biçiminde dar ve pasif olarak algılayamayız. Geniş anlamda açıklama ve yaymadan, bir düşüncenin ilanını, açıklanmasını, ona çağırını, önerilmesini, telkinini, o düşünce açısından ikna edilmesini, bir düşüncenin propagandasını, eleştirisini, reddini, ona karşı çağrı yapılmasını ve bir düşünce için mücadele yapılmasını anlamak gerekir³².

Her iki modalitenin belirtilmiş olması, düşünce açıklamasının arzu edilen etkisinin korunmasına hizmet ettiği gibi, aynı zamanda muhataplarla ilişki kurulması olanağının korunmasına da hizmet eder. Buna karşın iletişime hazır bir muhatap kitlesinin sağlanmasını talep etme hakkı içermez³³.

Bir düşüncenin muhataplarında bir etki doğurma, onların kanaat ve davranışını değiştirme amacının olması, o düşünce açıklanmasının anayasal korumadan dışlanması anlamına hiçbir zaman gelemmez³⁴. İnteraktif iletişim içinde üçüncü kişilerde etki doğur-

mak, onları ikna etmek, her halükarda düşünce açıklamanın varlık nedenidir³⁵.

Alman Anayasa Mahkemesine göre de düşünce açıklamasının anlamı, dışsal dünyada düşünsel etki doğmasını sağlamak, düşünce oluşturucu ve ikna edici bir biçimde genelin üzerinde etki bırakmakta kendini gösterir³⁶. Nitekim bir düşünce açıklamasının temelini oluşturduğu bir boykot çağrısı, kamuoyunu esaslı bir biçimde ilgilendiren bir soruna ilişkin bir düşünsel tartışmanın aracı olarak kullanılıyorsa, yani özel bir tartışma değil, bilakis toplumun politik, ekonomik, sosyal veya kültürel yararlarına ilişkin endişeye dayanıyorsa, anayasal korunmadan özellikle yararlanır³⁷.

(2) Propaganda

Propagandanın açık, tatmin edici bir tanımını yapmak oldukça zordur³⁸, ancak Propagandayı, insanları etkilemek veya onları taraftar olarak kazanmak için, açıklama yoluyla bilinçli, sistematik ve organize nitelikli etkileme olarak tanımlamak yanlış olmaz. Daha açık olarak, açıklama ve yaymanın ötesinde, Propagandanın, Üçüncü kişilerde yeni kanaatler/idrakler, düşünceler, eğilimler, heyecanlar ya da diğer düşünsel etkiler doğurucu anlamı vardır³⁹. Propaganda etkilemedir. Bu niteliği yoluyla, düşünce oluşumunun, ders vermenin, öğretmenin, eğitimin, tartışmanın ve aydınlatmanın tüm diğer biçimlerinden ayrılır⁴⁰. Propaganda bazen de insanlar üzerinde güç kullanmaksızın düşünsel anlamda tahakküm kurmanın aracı olarak gösterilir⁴¹. Propaganda, aynı zamanda politik, felsefi, ekonomik,

³⁰ 25. Mart 1985 tarihli İHAM kararı için bkz. Dr. Barthold v. Deutschland, EuGRZ 1985, 170, s. 172 vd.

³¹ Christoph Degenhart Art. 5 Abs. 1 u. 2, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativ-Kommentare), Bd. 1, Lfg. 66, Rn. 160.

³² Güran, s. 369.

³³ Degenhart, Rn. 167.

³⁴ Hans-Uwe Erichsen, *Das Grundrecht der Meinungsfreiheit*, Jura 1996, s. 85.

³⁵ Erichsen, *a.g.e.*

³⁶ BVerfGE 7, 198 (210).

³⁷ BVerfGE 7, 198 (212); 25, 256 (264).

³⁸ Ivo Zellweger, *Die strafrechtlichen Beschränkungen der politischen Meinungsäußerungsfreiheit*, Diss. Zürich 1975, s. 46.

³⁹ Tanör, *Siyasi Düşünce...*, s. 28 vd.

⁴⁰ Gornig, s. 423.

⁴¹ *a.g.e.*

doğal bilimsel vb. doktrinlerin ve idelerin sistemli yayılmasının ve esaslı bir biçimde anlatımının aracıdır⁴². Propagandanın özü itibarıyla değil, ancak belirli içeriklere sahip olması dolayısıyla uluslararası hukukta yasaklamalarla karşılaşmaktadır. Şiddet propagandası⁴³, ayrımcılık⁴⁴, küçük düşürme⁴⁵ içerikli propaganda yasaklanan türlerdendir.

Yargıtay da propagandayı bir bütün olarak toplumun yada belirli bir kesimin inanç, tutum ve davranışlarını yönlendirmek amacıyla bilinçli olarak seçilmiş bilgi, olgu ve savları sistemli bir çaba ve çeşitli araçları kullanarak yayma etkinlikleri olarak kabul etmektedir. Ona göre propaganda, geniş bir kitleyi, belirli hedefler doğrultusunda ikna etmek çabasıdır. Bu yolla kitle desteği sağlamak istenmektedir⁴⁶. Gerek yukarıdaki açıklamalar gerekse Yargıtay'ın tarif ettiği propaganda kavramının özellikle siyasi düşünceler açısından düşüncelerin açıklanması ve yayılmasından başka bir şey olmadığı açıktır. Zira kişinin doğru saydığı düşüncelerini başkalarına da kabul ettirmeye çalışması kadar doğal bir şey olamaz⁴⁷. Hukuk bunu korumayacaksa, düşünce özgürlüğünün demokratik sistem açısından artık öneminden söz etmenin anlamı kalmaz.

c) Düşünceyi Açıklama Yöntemleri/ Araçları

26. maddede düşüncenin açıklanması araçlarına ilişkin bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu bakımdan "...veya başka yollarla..." biçimindeki yaklaşım, düşüncelerin uygun olan herhangi bir araçla ya da yolla açıklanabileceğini göstermektedir⁴⁸.

(1) Söz, yazı, resim ve başka yollar

Yukarıda ifade edildiği gibi, 26. maddedeki açıklama araçlarını geniş anlamda algılamak gerekir⁴⁹.

"Söz" ile düşüncelerin doğrudan akustik biçimde aktarılmasını anlamak gerekir⁵⁰. Bu bireysel açıklamanın en asli unsuru olan konuşulan söz olabileceği gibi⁵¹, terennüm ya da marş biçiminde de kendini gösterebilir⁵². Ses dalgaları yoluyla aktarımın yanında elektromanyetik dalgalar, yani plaklar, audio-kasetler, telefonlar yoluyla aktarımlar⁵³ da maddenin koruma alanına girmektedir. Yayılmada esas olan açıklamanın yazılı biçimidir⁵⁴. Yazının yabancı bir dilde ya da ölü bir alfabeye oluşturulmuş olmasının bir önemi yoktur. Yazı, ayrıca gizli simgelerden, çizimlerden veya resimlemeden oluşabilir ya da yalnızca belirli bir kişi grubu tarafından biliniyor olabilir⁵⁵. Yazının üzerine işlendiği nesne, yazı yazmaya elverişli herhangi bir cisim olabilir, yalnızca kağıt, karton değil, taş, ağaç, plastik ve deri de olabilir⁵⁶. Daha modern aygıtlar da bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin, daktilo ile yazılmış tüm belgeler, mektuplar, el ilanları, pankartlar açıklama araçları olduğu gibi⁵⁷, elektronik aktarım biçimleri de, aktarım muhatapta yazılı bir biçimde algılandığı takdirde aynı niteliktedir. Bu bakımdan teleteks, kablo yoluyla aktarılan metinler⁵⁸ ya da internette yayınlanan metinler biçiminde açıklama anayasal koruma altındadır.

⁴² Das kleine politische Wörterbuch, Dietz Vlg. (DDR), "Propaganda" maddesi, s. 730, aktaran Gornig, s. 423.

⁴³ BM-Tüzüğü, Md. 2, No. 4; MSHB Md. 20/1; IHEB Md. 13/5.

⁴⁴ MSHB Md. 20/2, IHEB Md. 13/5.

⁴⁵ MSHB Md. 19/3, İHAS Md. 10/2, IHEB Md. 13/2a.

⁴⁶ CGK, E. 1990/9-263, K. 1990/336, Kt. 10.12.1990

⁴⁷ Tanör, *a.g.e.*, s. 29

⁴⁸ Aynı yönde Güran, s. 369.

⁴⁹ Kaboğlu, İfade Özgürlüğünün Siyasi Partilerce Kullanımının Sınırları, *Anayasa Yargısı* 1999, s. 72.

⁵⁰ Roman Herzog, Art. 5, Abs. I, II, Lfg. 20, in: Maunz-Dürig Grundgesetz-Kommentar, Rn. 70.

⁵¹ Degenhart *a.g.e.*, 66. Lfg., Rdnr. 163.

⁵² Degenhart, *a.g.e.*

⁵³ Degenhart, *a.g.e.*

⁵⁴ Degenhart, *a.g.e.*

⁵⁵ Herzog, *a.g.e.*

⁵⁶ Herzog, *a.g.e.*

⁵⁷ Herzog, *a.g.e.*

⁵⁸ Degenhart, *a.g.e.*

“Resim”den anlaşılması gereken hem geçgin çizimler ya da fotoğraflama yoluyla yalın biçimde yansıtılmasıdır, hem de bunların soyutlaması yoluyla ortaya çıkan eser, semboldür⁵⁹. Bunların yalın biçimleri korunduğu gibi, çeşitli görüntü aktarım yollarıyla muhataplarına ulaşması da aynı biçimde korunur⁶⁰.

26. maddenin yazılış biçimine bakıldığında açıklama yolları/tarzları bunlarla sınırlı değildir. Jestleri, üniforma ya da sembol taşımayı, müzik yoluyla düşünce aktarımını⁶¹ vb. anayasal koruma kapsamında değerlendirmek gerekir⁶².

(2) Yeni medya ve İnternet

Anayasanın 26. maddesi medya yoluyla düşünce ve haberlerin aktarımını korumakta, bu biçimiyle de yeni teknolojik gelişmeler ve demokratik bilgi toplumunun iletişimsel gerekliliklerine uyarlanabilirliğini göstermektedir⁶³. Anayasa koyucunun yeni teknolojik gelişmeleri göz ardı etmeyip bunu düşünce açıklama özgürlüğünün gerekleri olarak görmesini yadsımamak gerekir⁶⁴. Bu bakımdan düşünceyi açıklama özgürlüğünün klasik modalitelerinden olan radyo ve televizyonun yanında elektronik bilgi ağı olanaklarının kullanılmasını, bilgi/düşünce aktarımına hizmet ettikleri sürece 26. madde kapsamında değerlendirmek gerekir⁶⁵.

⁵⁹ Degenhart, Rdnr. 165.

⁶⁰ Degenhart, a.g.e.

⁶¹ Herzog, Rn. 73; Degenhart, 66. Lfg., Rn. 166.

⁶² Walter Berka, Die Kommunikationsfreiheit in Österreich, EuGRZ 1982, s. 413; Aksoy çeşitli açıklama araçları saymakta ve düşünce açıklama özgürlüğü sorunu, hukuk düzeninin bunların kullanılmasına ne oranda izin verdiğine bağlamaktadır. Muammer Aksoy, Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü, Türkiye’de İnsan Hakları Sempozyumu, Ankara 1970, s. 131.

⁶³ Aynı biçimde Avusturya anayasası için bkz. Berka, s. 413.

⁶⁴ Zehra Gönül Akkanat, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye’de İletişim Özgürlüğünün Sınırları, İHY, C. 17-18, 1995-1996, s. 175.

⁶⁵ Bireysel ve kitle iletilişi ayrımı sorunu için bkz. Martin Bullinger, *Strukturwandel von Rundfunk und Presse*, NJW 1984, 385 vd.

(3) Başkalarının haklarına müdahale biçimindeki açıklamalar

Esasen yalın fiziksel güç kullanımı kavramsal olarak düşünce açıklanması olarak değerlendirilemez. Bunlarda amaç düşünce oluşumu/ oluşturulması değildir. Amaç, belirli düşünceleri dikte etmek, ya da –düşünsel bir motif olsa bile– muhataplarda bir düşünce oluşumunu ya da taraftar kazanmayı hedeflemeksizin belirli bir harekete zorlamadır⁶⁶. Aynı şekilde, şiddete dönük bir gösteri yürüyüşünde taş atma, belirli politik talepleri dile getiren bombalı saldırılar gibi fiziksel güç kullanımları, düşünce açıklaması olamaz⁶⁷. Yine düşünce açıklamasıyla doğrudan bağlantısı olmayacak mala zarar verici eylemler –yürüyüş sırasında üçüncü kişilere ait araçların tahribi gibi– 26. maddenin koruma alanına girmez.

26/1. madde hiç bir biçimde, düşünce açıklamasının muhataplarıyla iletişimi suç konusu eylemler yardımıyla sağlamayı, özellikle üçüncü kişileri zorla bilgilendirme hakkını kabul etmez.

B. Anayasal Sınırları

a) Düşünceyi açıklama özgürlüğünün normatif alanı – Anayasal Sınırlar

Anayasal sınırları belirtilmemiş/çizilmemiş bir özgürlük kullanımının, bireyler açısından hukuksal olarak ne anlama geleceği, yasa koyucu tarafından ne biçimde sınırlanabileceği, idari birimler tarafından nasıl uygulanacağı ve yargılama tarafından nasıl yorumlanacağı; bu yolla özgürlüklerin etkin nasıl korunacağı konusunda sağlıklı bir çıkış yolu sağlaması düşünülemez. Anayasal sınırları ihmal etme yoluyla yasa koyucunun sınırlama yetkisinin incelenmesi temel hak teorisine aykırıdır ve bir paradokstur. Ne olduğu bilinmeyen bir

⁶⁶ Degenhart, Rn. 173.

⁶⁷ Degenhart, Rn 173; Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yasasının 23. Maddesi uyarınca bur tür gösteri ve yürüyüşler yasal değildir.

olgunun rasyonel uygulanışının imkanı olmadığı gibi sınırlanması da söz konusu olmaz. Buna rağmen sınırlanıyorsa ortaya çıkan durumun, özellikle özgürlükçü demokratik sistem ve birey için çok da iç açıcı olmayacağını söylemek gerekir. Zaten uygulama da bize fazla zorluk çıkarmadan gerekli örnekleri sergilemektedir⁶⁸.

Anayasal sınırlar, temel hakların garanti sınırını çizerek. Kıta avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkeler açısından bu önemlidir. Anayasal olarak düzenlenmemiş bir hakkın hukuksal olarak talep edilebilirliği söz konusu değildir. Temel hakların öncelikle nesnel sınırları vardır. Bu nesnel sınırların ötesinde anayasanın ideolojik, otoriter niteliğine göre bu nesnel sınırlar yeterli gelmemekte, anayasaların kendileri soyut ya da somut nitelikte sınırlar ve yasaklar koymaktadırlar. Anayasaların doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak çizdiği sınırlar dahilinde kalan özgürlük alanı anayasal korumadan yararlanır. Yasa koyucunun yapacağı sınırlandırmalar ise geriye kalan bu alanda etki doğurur. Yasa koyucunun anayasal sınırları somutlaştırması niteliğindeki yasama çalışmalarını açıklayıcı nitelikte, 13. maddedeki gibi belirli nedenlere dayalı sınırlandırma yetkisi ise kurucu nitelikte ve farklı prosedürlere tabidir⁶⁹. Görüşümüze göre yasa koyucunun asli sınırlandırma yetkisinin sınırları 13. maddede belirtilirken, aynı kriterlerin anaya-

sal sınırların somutlaşması ya da yasal düzenleme geçirilmesinde geçerliliği olduğunu belirtmek oldukça zordur. Örneğin anayasanın (eski) 51/7. maddesinde işçi sendika ve üst kuruluşlarında yönetici olabilmek için en az bilfiil 10 yıl işçi olarak çalışmış olma şartı aranır hükmünün demokratik toplum düzeyine uygunluğu tartışılabilir, ancak yasayla bunu 5 yıla indirmeye anayasa izin vermez.⁷⁰

Anayasamızdaki anayasal sınırlara ilişkin açıklamaları bu yaklaşımla değerlendirmek gerekir.

(1) Başlangıç

(a) Genel Olarak

Genel olarak Başlangıçlar doğrudan doğruya uygulanabilir hukuk kuralları ve normlar niteliğinde değildirler⁷¹. Bunlar daha çok anayasalara temel olan tarihsel, sosyal ya da ideolojik özleri ve temel ilkeleri yansıtır⁷². Çoğu zaman hedef ya da program normları olarak görünürler. Bu açıdan genellikle, anayasa maddeleri gibi, pozitif-hukuksal bağlayıcılıkları ve doğrudan uygulanabilirlikleri (self-executing nitelikleri) yoktur⁷³. Temel

⁷⁰ Benzer yönde ve geniş açıklamalar için bkz. Uygun, *a.g.e.*, s. 76 vd.

⁷¹ Tanör, *Siyasi Düşünce...*, s. 154.

⁷² Alman anayasası da bir başlangıç (Präambel) kısmına sahiptir. Anayasanın metnine dahildir ve anayasanın tarihsel ve siyasal şartlarına, anayasa koyucunun anlayışına ve hedeflerine ilişkin ifadeler içermektedir. Başlangıcın yalnızca deklaratif bir niteliğe sahip olduğunu söylemek güçtür (Hartmut Maurer, *Staatsrecht*, München 1999, s. 136). Hukuksal niteliğe de sahip olduğu kabul edilmektedir (Hartmut Maurer, *a.g.e.*, s. 136). Başlangıcın her bir cümlesi bu açıdan yoruma ilişkin direktifler ve bütünleştirici faktörler olarak dolaylı bağlayıcılığa sahiptir (Hartmut Maurer, *a.g.e.*, s. 136). Alman Anayasa Mahkemesi başlangıçtan iki Almanya'nın birleştirilmesi ödevini çıkarmıştır (Maurer, *a.g.e.*, s. 137; BVerfGE 5, 85 (126 vd); 77, 137 (149). Ancak bunun dışında temel haklara sınır çizebilecek ve doğrudan uygulanabilir nitelikte bir norm türetmeden söz etme imkanı yoktur, Osman Can, *Die Schranken der Meinungsäußerungsfreiheit nach türkischem Verfassungsrecht*, Aachen 2001, s. 111.

⁷³ Can, *a.g.e.*; Uygun, *1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları*, MHB 2 (1988), s. 380.

⁶⁸ Nesnel ve anayasal sınırlara ilişkin sonraki bölümlerde ortaya çıkan gerçek, yasa koyucuya kanunla sınırlanacak bir alanın kalmadığıdır. Aynı yönde bkz. Mithat Sancar, *"Devlet Aklı" Kışkırtıcı Hukuk Devleti*, İstanbul 2000, s. 144 vd. Bunun bilincinde olmakla birlikte yinede anayasal metodolojiye dikkat ederek yapılacak bir incelemenin akademisyenin önünü açtığını, eleştirilerini rasyonel temellere oturtmasını sağladığını ve çözüm önerilerini de aynı biçimde sağlıklı kıldığını söylemek yanlış olmaz. Nitekim hangi yasanın anayasal sınırı yansıttığını ve açıklayıcı/deklaratif nitelikte olduğunu, hangi yasanın da yasa koyucunun kurucu/konstitütif nitelikteki sınırlaması olduğunu bilmenin, bunlara uygulanacak yargısal denetim mekanizmalarının saptanmasında önemi ve gerekliliği ortadadır.

⁶⁹ Uygun, *Genel Rejim*, s. 73.

işlevleri pozitif anayasal normların uygulanışında yorumlayıcı/ışık tutucu olarak ele alınmalarındır⁷⁴. Her halükarda başlangıçların anayasa yorumunda yönlendirici, ışık tutucu ve anayasanın özünü yansıttığı bir fonksiyonu olduğundan kuşku yoktur⁷⁵.

Türk hukuk uygulamasında ise başlangıçların anlamları ve fonksiyonları oldukça büyüktür⁷⁶. Anayasanın 176. maddesi başlangıca pozitif-normatif bir nitelik kazandırmaktadır. Bu maddeye göre "Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı anayasanın metnine dahildir"⁷⁷. Öte yandan anayasanın 2. maddesi uyarınca başlangıçtaki temel ilkeler cumhuriyetin niteliklerini tanımlar. Hatta bir öncelik sıralaması yapıldığında anayasal normlar karşısında üstünlüğe sahiptir⁷⁸. Çünkü başlangıca göre "... bu anayasa ... (başlangıçta belirtilen temel nitelikler, O.C.) fikir, inanç ve kararıyla anlaşılacak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve **mutlak sadakatle** yorumlanıp uygulanır" acaktır. Demek ki anayasanın tümü başlangıçtaki normlar ve ilkelere uygun olarak yorumlanmalıdır⁷⁹. Cumhuriyetin de aynı biçimde anlaşılması gerekmektedir, yani cumhuriyetin niteliklerinden olan demokrasi, insan haklarına saygı, sosyal devlet ilkesi ve insan onurunun korunmasına yönelik diğer tüm anayasal normların, aynı biçimde başlangıçtaki ilkeler ışığında ve ona *mutlak sada-*

katle yorumlanmasında bir anayasal zorunluluk vardır⁸⁰. Yine bu olgunun, insan haklarına saygı, demokrasi, sosyal devlet gibi niteliklerin/ilkelerin klasik batı demokrasilerindeki gibi değil, yalnızca başlangıçta ifadesini bulan temel ilkeler ışığında yorumlanabileceği sonucunu doğuracaktır⁸¹. Esasen sorun da buradan çıkmaktadır. Başlangıç anayasanın özünü ortaya koymaktadır. Anayasanın özünün ve felsefesinin de temel hak ve özgürlüklerden daha çok otoriteye ağırlık verdiği ortadadır. "Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında koruma göremeyeceği..." ifadesiyle düşünceler arasında ayrımcılık yapmakta, koruma göremeyecek düşünceler ve kanaatler kategorisi yaratmakta, bunun sonucunda da düşünceleri ve kanaatlerin açığa vurulması sırasında geçerli olan 26. maddenin normatif alanını, insan onurunun ve demokratik temel değerlerin kabul edemeyeceği biçimde daraltmaktaydı. Bu durum değişiklik sonrası da değişmemiştir. Öte yandan Başlangıç kısmı, Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle "Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri içermekle Anayasa maddelerinin amacını ve yönünü belirleyen bir kaynak"⁸² ise, artık anayasal normların yorumu konusunda hukuk metodolojisinin bilinen yöntemlerini uygulamanın da bir anlamı kalmayacaktır, çünkü herhangi bir anayasa/temel

⁷⁴ Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul 1993, s. 118 vd.

⁷⁵ Tanör, *Siyasi Düşünce...* s. 154.

⁷⁶ Genel değerlendirme için bkz. M. Tevfik Gülsoy, Anayasa Mahkemesi kararlarında Ölçü Norm ve Siyasal alanın Sınırı Olarak başlangıç İlkeleri, *Liberal Düşünce*, Cilt 6, Sayı 22, s. 46-58.

⁷⁷ Anayasanın gerekçesinde de başlangıç anayasanın diğer normlarıyla eşdeğer kılınmıştır. Kuzu, *Anayasa Metinleri...*, s. 207.

⁷⁸ Bu üstünlük, farklı anayasal normları arasındaki nicelik değil, ancak nitelik farklılığını belirlemeye çalışan göreceli bir ilişkidir. Bu ilişki, alt normun üstün olan norma uygun yorumlanması gerektiğini ifade eder, üstün olan normun diğerini ortadan kaldıracağını değil... Yüzbaşıoğlu, s. 110.

⁷⁹ *AYMKD* 11, 141; 7, 167; 20, 363; 21, 172 vd; 22, 259.

⁸⁰ Bu anlayışın, anayasanın 25. maddesinde sınırsız kabul edilen düşünce ve kanaat özgürlüğü, bireyin düşüncelerini açıklamaya zorlanamaması, ve düşünceleri ve kanaatleri nedeniyle kınanamaması ve suçlanamaması garantisini ortadan kaldırdığına ilişkin kuşku doğurduğunu belirtmekte yarar vardır. Hatta Kaboğlu, anayasanın özgürlükleri sınırlama sisteminin, düşünce ve kanaat özgürlüğünün 13. madde karşısında konumu açısından kendi mantığı içinde anlamlı bir yorumunu imkansız kıldığını ifade etmektedir. Kaboğlu, *Düşünce Özgürlüğü, İnsan Hakları, YKY Yay, İstanbul 2000* içinde, s. 115.

⁸¹ *AYMKD* 22, 224.

⁸² *AYMKD*, Sayı 25, s.142.

hak normunun amacını saptamak için Başlangıç kısmına bakmak gerekecektir, bu da söz konusu normun, değişen zaman ve toplumsal koşullara uygun "objektif" bir amacının türetilmesinin yolu tıkamaktadır.

Başlangıç ilkelerinin tümünün, anayasanın 176. maddesi ve Anayasa Mahkemesine göre bağlayıcı normlar olarak nitelendirmek zorunluluğu vardır. Ancak Başlangıç ilkeleri içinde öyle bazı terimler vardır ki bunların hukuksal niteliğe sahip olduklarını iddia etmek mümkün değildir⁸³. Bu haliyle dahi Anayasa Mahkemesi başlangıcın bağlayıcılığı konusunda herhangi bir duraksamada bulunmamıştır⁸⁴.

Şimdi başlangıcın normatif boyutu ortaya konduktan sonra, düşünceyi açıklama özgürlüğü bakımından ne tür anlamlarının olduğuna bakmak gerekir.

Özgürlükçü bir demokraside, anayasanın anlamını ve ideolojik özünü yansıtan başlangıcı ve onda ifadesini bulan temel ilkeleri kabul etmek, reddetmek ya da farklı bir anlayışa sahip olmak, bireye kalmış bir tercihtir⁸⁵. Düşünceyi açıklama özgürlüğünün anlamı da zaten burada, yani anayasaya uygun olmayan düşünceleri de savunmada ve açıklayabilmede yatmaktadır⁸⁶. Öte yandan anayasanın başlangıcında ifadesini bulan temel ilkeler ve anlayışlar anayasanın geçerli olduğu toplumsal yaşamda, siyasal ve toplumsal olarak söylenmiş ve söylenecek son söz, ulaşılabilecek son hedef değildirler. Onlar mutlak ve son gerçek değildirler, bilakis zaman akışı içinde değişebilen ve dönüşebilen göreceli geçerlilik

postülalarıdır⁸⁷. Aksi takdirde halkın, bir kere anayasayı yaptıktan, devletin niteliklerini belirledikten, devletin organlarına ve güçler ayırımına ilişkin sistemi kurduktan sonra, bir daha o devlet sistemi, ideolojisi, anayasasına ilişkin herhangi bir eleştiri yöneltemeyecek, değişiklik önerisi yapamayacak, bu yönde kamuoyu oluşturamayacaktır⁸⁸. Bunun ise ne sosyolojik, ne hukuksal ne de mantıksal bir tutarlılığının olmayacağı ortadadır.

"Özgürlükçü demokrasilerde..." diye başlanan açıklamaların, anayasanın başlangıcı karşısında anlamlarını yitirdikleri açıktır. Eğer "Hiçbir düşünce ve mülhazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında koruma göremeyece(kse)..." bu durumda anayasada ifadesini bulan düşünceyi açıklama özgürlüğünü, "klasik demokrasilerde" ya da "Özgürlükçü sistemlerde" biçimindeki kavramlarla tanımlama ya da bunu anayasanın anlamına/ özüne/ ruhuna uygun yorum yoluyla çıkarma imkanı da olamayacaktır. Bu bakımdan anayasanın düşünceyi açıklama özgürlüğünü ne kadar koruduğunu anlayabilmek ve onun norm alanını tespit edebilmek için, bu özgürlüğü yine başlangıç ilkeleri ışığında yorumlamak ve somutlaştırmak gerekecektir. Bunun da düşünceyi açıklama özgürlüğünün temelini oluşturan 25. maddedeki düşünce ve kanaat özgürlüğünün içini boşaltacağını iddia etmek yanlış olmaz.

(b) Atatürk İlke ve İnkılapları

Anayasanın başlangıç ilkelerinde dikkati özellikle çeken olgu, diğer demokratik ülkelerde rastlanmayan⁸⁹ ve Türkiye'nin anayasal

⁸³ Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Bası, İstanbul 1994, s. 198. Bu kavramlar "Türk milli menfaatleri, Türk varlığı, Türklüğün tarihi ve manevi değerleri, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliği" olarak sayılabilir.

⁸⁴ *AYMKD*, 21, s. 59 vd; 21, 221f; *AYMK*, E. 1988/64, E. 1990/2, KT. 01.02.1990; *AYMK*, E. 1988/62, E. 1990/3, KT. 06.02.1990. Başlangıcın bağlayıcılığını net olarak sergileyebilmek için Anayasa Mahkemesinin bir kararından alıntı yapmakta yarar vardır.

⁸⁵ Tanör, *Siyasi Düşünce...*, s. 155.

⁸⁶ Tanör, *a.g.e.*

⁸⁷ Tanör, *a.g.e.*

⁸⁸ Tanör, *a.g.e.*, s. 156.

⁸⁹ Tanör, *Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri*, (TÜSİAD-Raporu), İstanbul 1997, s. 96. Tanör bu nor-

düzeninin hem hukuksal hem de hukuk ötesi alanında en belirgin ve belirleyici etkiye sahip “Atatürk İlke ve İnkılapları”dır.

Müslüman ve aynı zamanda modern, ulus haline gelmiş laik ve demokrasiye ulaşma cabası içindeki tek ülkeyi, Osmanlı devleti yıkıntıları arasından çıkaran Atatürk ilke ve inkılapları 1924 anayasasından beri tüm Türk Anayasalarında kabul edilmiştir⁹⁰.

Atatürk ilke ve inkılapları başlangıç dışında anayasanın çeşitli maddelerinde yer almaktadır⁹¹. Tüm bu düzenlemeler ve vurgular, Atatürk ilke ve inkılaplarının yalnızca bir teşekkür ifadesi niteliğinde ve sembolik olarak kabul edilmediğini, tersine, bunun da ötesinde, her bir birey için ve özellikle partiler⁹² için bağlayıcı bir devlet ideolojisini oluşturduğunu ve bu açıdan tüm devlet erklerini bağladığını göstermektedir⁹³. Bu bağlamda Atatürk ilke

ve inkılapları ne Anayasa Mahkemesinde iptal davasına konu olabilirler⁹⁴, ne anayasanın 4. maddesi uyarınca cumhuriyetin nitelikleri olarak değiştirilebilirler ne de değiştirilmeleri teklif edilebilirler⁹⁵. Anayasa hukukumuz açısından Atatürk ilke ve inkılapları diğer anayasal normlara üstündür; en azından anayasal normlar anayasanın özünü ve ruhunu yansıtan Atatürk ilke ve inkılaplarına uygun yorumlanmak zorundadırlar⁹⁶.

Atatürk ilke ve inkılapları bu nitelikleriyle düşünceyi açıklama özgürlüğüne geniş sınırlar çizmektedirler. Nitekim bu sonuca Anayasa Mahkemesi de demonstratif bir biçimde ulaşmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında “Etnik farklılıkları kaldıran, değişik uygulamaları olanaksız kılan, birleştirici ve bütünleştirici, Türkiye Cumhuriyeti’nin vazgeçemeyeceği *en temel* (vurgu bana ait, O.C.) ilke olan Atatürk milliyetçiliği, vatana ve devlete bağlılığı; yurttan ve dünyada barışı öngörür. Bu ilkeye karşı olan bir görüşün Ülke ve ulus bütünlüğüne de karşı olacağı kısıksuzdur...” demektedir⁹⁷. Bu yaklaşım anayasanın başlangıcındaki 5. paragrafındaki cümleyle çatıştığını iddia etmek mümkün olmadığı gibi, “bu ilkeye karşı olan bir görüşün” koruma göremeyeceğini, ilkelerin bu bakımdan düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünün nesnel alanını, daraltıcı bir biçimde çizdiğini söylemek de yanlış olmaz.

(2) 14. Madde – Kötüye Kullanım Yasağı

Düşünceyi açıklama özgürlüğünün anayasal sınırlarından biri de anayasanın “temel hakların kötüye kullanılmaması” başlığını taşıyan 14. maddesidir. Anayasanın 14. maddesinin, temel haklara uygun yorum yöntemiyle, yalnızca “bozmak”, “tehlikeye düşürmek”, “yok etmek” gibi düşünce özgürlüğü ile nesnel-

mu antidemokratik olarak nitelendirmekte ve kaldırılması gerektiğini belirtmektedir.

⁹⁰ Eleştirel yaklaşım için bkz. Refik Yıldız, “Demokrasi ve Agnostizm ya da Kemalist Tek Yolculuk”, *Yeni Türkiye*, No. 17, Türk Demokrasisi Özel Sayısı, s. 496 vd.

⁹¹ Md. 2, “Türkiye Cumhuriyeti... Atatürk milliyetçiliğine bağlı bir devlettir.”; Md. 42/3, “Eğitim, Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda ... devletin denetimi ve gözetimi altında yapılır”; Md. 58 “Devlet, ...gençlerin..., Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda... yetişme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır”; Md. 81 “...Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlı kalacağıma...and içerim”; Md. 103 “Cumhurbaşkanı sıfatıyla ... Atatürk ilke ve inkılaplarına ... bağlı kalacağıma... and içerim.”; Md. 134 “Atatürkçü düşünceyi, Atatürk ilke ve inkılaplarını, Türk kültürünü, Türk tarihini ve Türk dilini bilimsel yoldan araştırmak, tanıtmak ve yaymak ve yayınlar yapmak amacıyla; Atatürk’ün manevi himayelerinde, ... Atatürk Araştırma Merkezi, Türk Dil Kurumu, Türk Tarih Kurumu ve Atatürk Kültür Merkezinden oluşan, kamu tüzel kişiliğine sahip ‘Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu’ kurulur.”; Geçici Md. 2/a “Cumhurbaşkanlığı Konseyinin görevleri ... Atatürk İnkılaplarının korunması, ...”

⁹² Yılmaz Aliefendioğlu, *Siyasal Partiler ve Sivil Toplum Örgütleri*, Anayasa Yargısı 16 (1999), s. 108.

⁹³ Bakır Çağlar, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi*, *Anayasa Yargısı* 1990, s. 63 vd.; Uygun, *Genel Rejim*, S. 157; *ATMKD* 20, 364 vd (SP-Kapatma kararı); Bu tespit ayrıca “Eğitim, Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda ... devletin denetimi ve gözetimi altında” yapılmasını öngören Md. 42/3 tarafından desteklenmektedir.

⁹⁴ Md. 174/1.

⁹⁵ *ATMK*, E. 1989/1, E. 1989/12, KT. 07/03/1989, *RG*. 05.07.1989, s. 33 vd.

⁹⁶ Yüzbaşıoğlu, s. 98.

⁹⁷ *ATMKD*, 28, s. 808.

spesifik ilişki içinde olmayan modaliteleri hukuksal koruma dışına çıkardığı düşünülebilir⁹⁸. Bu tür kavramların, devlet düzeni için “tehlikeli” görüşler için kullanıldığı ve buna bağlı olarak içeriksel düşünce yasaklarının Başlangıçta kendini gösterdiği gerçeği karşısında böyle bir sonuca ulaşmak ideal bir çözümdür, ancak gerçekleri yansıtmamaktadır. 14. maddenin gerekçesi de bu açıdan anlamlıdır. Buna göre “... kanun hükümlerine uygun kullanılan bir hürriyetin esasında başka bir kasıt gütmesi ve bu kastın da fıkrada belirtilen yasak amaçlara yönelik bulunması her zaman mümkündür. Mesela Türkiye’de Türkçe’den başka bir dille yayımlanan süreli yayının bölücülük; yahut dini yayının mezhep ayrımı yaratma kastını gütmesi gibi.”⁹⁹

Öte yandan 14. maddenin, 1961 anayasası döneminde defalarca anayasaya aykırılık sayıyla Anayasa Mahkemesi önüne gelen, toplumsal sorunların kaynağı ve düşünce suçları oluşturan¹⁰⁰, hukuka ve insan haklarına aykırılıkları konusunda toplumsal konsensüs oluşması sonrasında 1991 yılında kaldırılan TCK 141, 142 ve 163 maddelerinin anayasal dayanağını oluşturduğu, o maddelerin koruduğu değerlerin anayasal düzeye taşınması rolüne sahip olduğunu unutmamak gerekir¹⁰¹. Ki bu maddeler düşünce açıklamalarını, kamu düze-

nini tehlikeye atmış olup olmadıklarına bakmaksızın, yaptırıma tabi tutmaktaydılar¹⁰².

1961 anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, lafzi olarak düşünceyi açıklama özgürlüğüne herhangi bir sınır öngörmeyen¹⁰³ 11/3. Maddesini (şimdiki anayasanın 14. maddesinin benzeri), genel bir sınırlama kuralı olarak algılamış ve düşünceyi açıklama özgürlüğünün her yönden¹⁰⁴ sınırlanması amacıyla kullanmıştır. Bundan hareketle Anayasa Mahkemesinin, yeni anayasanın daha ağır ve kısıtlayıcı bir düzenleme öngörmesi gerçeği karşısında içtihadını özgürlükçü yönde geliştirmesi beklenemezdi¹⁰⁵. İki yeni kararında Anayasa Mahkemesi, anayasal olarak tanınmayan ve uluslararası sözleşmelerde¹⁰⁶ açıkça belirtilmemiş azınlıkların olduğuna yönelik iddiaları, parti kapatma kararında gerekçe olarak kabul etmiştir¹⁰⁷. Mahkemeye göre bu tür iddialar ancak “olmayan bir insan hakları sorununu” yaratma amacındadırlar ve hiçbir şekilde koruma göremezler¹⁰⁸. Anayasa Mahkemesi bu karardaki yargısını 14. maddede ile temellendirmiştir¹⁰⁹.

¹⁰² Uygun, *Genel Rejim...*, s. 68; *AYMKD* 18, 265-285; 339-373.

¹⁰³ Doktrinindeki tartışmalar için bkz. Tanör, *TCK 142. Madde*, s. 46 vd.

¹⁰⁴ *AYMKD* 1, s. 163-164; *AYMKD* 1, s. 180.

¹⁰⁵ 1961 Anayasası döneminde dahi Anayasa Mahkemesi Md. 11/3’ü (Temel hakların kötüye kullanılmamasını) temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması için uygulamıştır. 1982 Anayasasının bu konuya yönelik düzenlemesi (Md. 14) daha somut olduğundan, Anayasa Mahkemesinden bu konuda bir yaklaşım değişikliği beklememek gerekiyordu. Bkz. *AYMKD* 20, 363. Benzer yaklaşım için bkz. Kaboğlu, *Düşünce Özgürlüğü, İnsan Hakları*, YKY Yay, İstanbul 2000 içinde, s. 117.

¹⁰⁶ Anlatılmak istenen Lozan Barış Anlaşmasıdır.

¹⁰⁷ *AYMK*, E. 1991/2, E. 1992/1, KT. 10.07.1992, s. 89 ve 92 (SP-Kapatma kararı).

¹⁰⁸ *AYMK*, E. 1991/2, E. 1992/1, KT. 10.07.1992, s. 89 ve 92 (SP-Kapatma Kararı). Kararda devletin kendini koruma “doğal hakkından” söz edilmektedir. s. 65. Karşı oyda, siyasal partilerin, faaliyetlerini ve işlevlerini şiddet ve teröre dönüştürmedikleri ve belirli bir gruplaşma temelinde iktidarı ele geçirmeyi amaçlamadıkları sürece, hukuksal ve anayasal korumadan yararlanacakları belirtilmektedir. s.105.

¹⁰⁹ SP-Kapatma kararı, s. 66 vd, 80.

⁹⁸ Krşl. Christian Rumpf, *Das Türkische Verfassungssystem, Einführung mit vollständigem Verfassungstext*, Wiesbaden 1996, s. 224 vd.

⁹⁹ Kuzu, *Anayasa Metinleri...*, s. 34.

¹⁰⁰ Bu normların Türk politik ve entelektüel yaşamındaki zararlarına ve ilgili Yargıtay kararlarına ilişkin olarak bkz. Tanör, *TCK 142 Madde, Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama*, İstanbul 1979, s. 58 vd; Turgut Kazan, *Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü*, s. 680 vd; Çetin Özek, Suç teşkil eden fiillerin övülmesi ve TCK’nun 142/4 Maddesi İle İlgili İki Yargıtay Kararı, *İÜHFEM*, C. 3 (1967), s. 439 vd.

¹⁰¹ Hasan Sabri Çelikyay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması, İstanbul Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996, s. 36 ve 37 vd; aynı yönde bkz. Rumpf, *Laizismus und Religionsfreiheit in der Türkei*, Stiftung Wissenschaft und Politik, Forschungsinstitut für internationale Politik und Sicherheit, Haus Eggenberg, Ebenhausen 1987, s. 40.

14. maddenin ikinci fıkrası ise maddenin birinci fıkrasında öngörülen anayasal yasaklara karşı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik ve tahrik edenlere karşı cezai yaptırımlar öngörmektedir. Yukarıda anılan anayasal yasakları ve bunlara uyulmaması durumunda yaptırımları somutlaştıracak yasaların ölçülü olmaları gerekmektedir¹¹⁰. Ancak aynı yasaların, demokratik toplum gereklerine uygun olmaları zorunluluğunun olmayacağını iddia etmek yanlışlık olmaz. Çünkü anayasanın kendisinin, demokratik toplum düzenine uygun olup olmadığı tartışması yapılmaksızın öngördüğü yasakları somutlaştıran yasaların bu kurala uymaları gerektiğini söylemek tutarlı değildir¹¹¹. Siyasal alanın sınırlarını çizen ve düşünceyi açıklama özgürlüğüne sınırlar çizen yasal düzenlemelerin 14. maddedeki yasakların somutlaşması niteliğinde olmalarını göz önüne alırsak, Türkiye’de temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel durumun hukuksal açıdan zannedildiğinden de kötü olduğunu söylemek haksızlık olmayacaktır¹¹².

Anayasanın 13. maddesinde öngörülen “demokratik toplum düzeni gerekleri” ilkesinin adresi, anayasanın 13/2 maddesi uyarınca *kurucu* nitelikte hukuk normu koyan yasa koyucudur. Buna karşın yasa koyucunun 14. madde kapsamındaki yasa çıkarma yetkisi sadece açıklayıcıdır ve anayasada öngörülen yasakların somutlaştırılmasıyla ilgilidir¹¹³.

(3) 24/5. Madde

Her ne kadar anayasanın 24. maddesi “Din ve Vicdan Özgürlüğü”nü taşıyorsa da, içerik olarak aynı zamanda ibadet özgürlüğünü de i-

çermektedir¹¹⁴. Maddenin 5. fıkrasında antilaik görüşleri ve teokratik ya da dine dayalı bir devlet düzenini savunmak yasaklanmıştır¹¹⁵. Ayrıca 5. fıkranın, hukuksal bir kuralın dinsel ihtiyaçları karşılamak üzere biçimlendirilmesini yasakladığı savunulmaktadır.

24. maddenin 5. fıkrasına göre, “Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.” Burada ifadesini bulan “istismar etme” veya “kötüye kullanma” kavramları hakkın kötüye kullanımının klasik tanımlamalarıdır. Bu biçimde anlaşıldığında pek sorun doğurmamaları beklenir. Ancak bu kural gerek anayasa hukuku teorisinde, gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında temel hakların, özellikle düşünceyi açıklama özgürlüğünün doğrudan doğruya sınırı olarak anlaşılmış ve uygulanmıştır¹¹⁶. Nitekim bu anayasal yasağı somutlaştıran mülga TCK’nin 163/4 maddesi doğrudan doğruya antilaik ifadelerin propagandasını yasaklamaktaydı. Öte taraftan Anayasa Mahkemesinin TCK 163. maddesini anayasaya uygun bulan bir kararında, (1961 anayasasının) 19. maddesinde ifadesini bulan “istismar etmek”, “kötüye kullanmak” ve “yasağa karşı gelmek” ve “kışkırtmak” kavramlarının TCK 163/4. maddesindeki propaganda ve telkini karşıladığı dile getirilmiştir¹¹⁷. Propagandanın Türk anayasal pratiğinde yasaklanabilmesi için, bunun mutlaka doğrudan doğruya bir zarar ya

¹¹⁰ Uygun, *Genel Rejim*, s. 81.

¹¹¹ Uygun, *a.g.e.*; *AYMKD* E. 1969/31, E. 1971/3, KT. 12.1.1971

¹¹² 14. maddenin somutlaşması niteliğindeki yasal düzenlemelerin, yalnızca anayasanın kendisinin öngördüğü anayasal yasakları somutlaştırmalarından dolayı, demokratik toplum düzenine uymak zorunda olmadıklarını hatırlamak gerekir.

¹¹³ Uygun, *a.g.e.*, s. 73.

¹¹⁴ Din özgürlüğü, ancak dinin bireyin vicdani ve düşünsel dünyasından toplumsal ve kamusal yasama aksetmediği durumda garanti edilir. Din özgürlüğü devlet işlerinin başladığı yerde sona erer, s. *AYMKD* 10, 65.

¹¹⁵ Bihterin Dinçkol, *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, İstanbul 1992, s. 103.

¹¹⁶ Tartışmalar için bkz. Dinçkol, *a.g.e.*, s. 103 vd; *AYMKD* 18, 272; *AYMKD* 25, 133 (150 vd).

¹¹⁷ *AYMKD*, 18, 273

da tehlike doğurması ve insanları yasak bir eyleme ya da bir suçta azmettirici nitelikte olmasına gerek yoktur¹¹⁸. Bir düşünce ya da ideoloji Türk anayasal düzenine uygun olmadığı sürece anayasal korumadan yararlanamaz. Bu tür tehlikeli düşüncelerin açıklanması ya da propagandasının yapılması düşünceyi açıklama olarak algılanamaz. Anayasa Mahkemesi "...düşünce özgürlüğünün sınırlanması, laikliğin korunması ve yaşatılması amacıyla anayasanın kendisi tarafından öngörülmüştür..." demekle¹¹⁹ aynı zamanda antilaik düşüncelerin açıklanması diye bir özgürlük olmayacağını belirtmektedir¹²⁰. Yine başka bir kararında Anayasa Mahkemesi üniversitelerdeki kılık kıyafetin yasaklanmasını eleştiren ifadeleri parti kapatma kararının gerekçesi olarak kullanmıştır, bunun da ötesinde bu yasağı eleştiri amacıyla yapılan mitingleri, "demokrasiyi yok etmeyi hedefleyen eylemler" olarak nitelendirmiş ve bunların düşünceyi açıklama özgürlüğünün korunmasından yararlanamayacağını belirtmiştir¹²¹.

Bununla birlikte bir dinin sömürülmesi olgusu hukuksal olmaktan öte etik bir sorundur. Bu sorunlar daha çok sağduyuyla, eğitim ve toplumsal hoşgörüyü ve yine yurttaşlarca çözülebilecektir¹²². Aksi taktirde devlete, herhangi bir dinsel davranışı ya da düşünce açıklamasını önce "yanlış" ve ya dinsel duyguların "sömürülmesi" olarak mahkum edip, sonra da bundan hareketle açıklama cezalandırmak imkanı yaratılmış olur. Zaten mülga TCK 163. maddesinin uygulaması da bu yönde gelişim göstermişti¹²³. Anayasa Mahkemesinin

laikliğe ve dinsel alana ilişkin yargılaması aynı şekilde, tüm yaşamsal alanları ve tüm kamusal alanları din kaynaklı olgulardan temizlemek/soyutlamak, onu kontrol etmek ve baskı altına almak biçiminde açıklanabilecek dogmatik bir inanç sistemi, bir ideoloji yaratma olarak kendini göstermiştir¹²⁴.

Bu niteliğiyle anayasanın 24/5 maddesi baskın görüşe göre düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırı olarak anlaşılmıştır¹²⁵. Bu görüş aynı şekilde yargılama tarafından da desteklenmektedir¹²⁶.

2. 26/3. Madde ve Dil yasağı

İçeriksel düşünce yasaklarının yanında anayasanın 26. maddesinin 3. fıkrası düşünceyi açıklama özgürlüğüne farklı bir sınır çizmektedir. Buna göre düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında yasayla yasaklanmış herhangi bir dil kullanılmayacaktı¹²⁷. Yasaklanan bir düşünce değil, düşüncelerin yasaklanmış olan bir dille açıklanmasıdır. İnsanların düşüncelerini ifadeleriyle ifade edememelerinin, herhangi bir düşünceyi açıklayamamadan daha yapay ve insan onurunu daha fazla zedelediğini vurgulamaya gerek yoktur. Düşünce açıklamasının modalitelerini düşündüğümüzde, yasaklanmış

taran Turgut Kazan, Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü, *İBD* 52, s. 684 vd.

¹²⁴ Sami Selçuk, *a.g.e.*

¹²⁵ Turgut Kazan, Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü, *İBD* 52, s. 684; Bihterin Dinçkol, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, s. 103; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Bası, Ankara 1995, s. 59; Soysal ve Teziç buna karşın, Anayasanın Md. 24/5'nin düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırı değildir. Bununla daha ziyade bir cezai yaptırımın unsurlarını gerçekleştiren düşüncelerin sömürülmesi ve kötüye kullanılması yasaklanmaktadır. Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 10. Baskı, İstanbul 1993, s. 141, Erdoğan Teziç, Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü, *Anayasa Yargısı* 7 (1990), s. 38 vd.

¹²⁶ *AYMKD* 18, 273; 22, 313; 25, 143- 158.

¹²⁷ Bkz. 12.4.1991 yılında kaldırılan ve 2932 sayılı Türkçe'den Başka Dillerle Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanun. Burada yasaklanan dilin Aztek ve Eskimo dillerinin, ya da Avustralya yerlileri olan aborijinlerin dilleri olmadığı açıktır. Formülasyondaki zorlama ve anlamsızlık, asıl amacı gizlemedeki başarısızlığı açıkça sergilemektedir.

¹¹⁸ *AYMKD*, 18, 273; Uygun, *1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları*, MFB 2(1988), s.378 vd.

¹¹⁹ *AYMKD*, 18, 273; *AYMK E.* 1989/1, E. 1989/12, KT. 03.07.1989, RG. 05.07.1989, No. 20216.

¹²⁰ Tanör, *İnsan Hakları Sorunu...*, s. 69.

¹²¹ *AYMK E.* 1998/2, K. 1998/1, KT. 9.1.1998, RG. 22.2.1998, s. 277.

¹²² Sami Selçuk, *Düşün Özgürlüğü, Yeni Türkiye*, Türk Demokrasisi Özel Sayısı, No. 17, s. 242.

¹²³ Yargıtay, 9 CD, E. 976/47, E. 976/54, KT. 20. 10. 1976; 9 CD, E. 77/4375, E. 78/ 454 KT. 8.2.1978, Ak-

olanın, insanın beyninde var olan düşüncenin herhangi bir yolla dışarı yansımaysıydı. Yani sözle, yazıyla, resim yoluyla olduğu gibi yayın yoluyla açıklamada da yasak isleyecekti. Kısacası kamusal alan değil, bireysel alanın da bu yasak kapsamına girmesinin yolu açıldı¹²⁸. Zaten basın yoluyla açıklamaya ilişkin aynı yasak 28. maddede kendini göstermekteydi.

Doktrinde, bu yasağın düşünce ve kanaat özgürlüğünü de sınırladığı ve bu haliyle cumhuriyetin temel niteliklerini belirleyen Md. 2'ye aykırı olduğu görüşü savunulmuştur¹²⁹.

Anayasanın 3. Maddesi uyarınca devletin dili Türkçe'dir. Dikkat edilecek nokta, resmi bir dilden değil, devlet dilinden söz edilmesidir¹³⁰. Milli Güvenlik Konseyi, Türkçe'nin resmi yazışma dili olması zorunluluğunun da ötesinde -Atatürk Milliyetçiliğine vurgu eğilimine paralel olarak- devletin dili olarak kabul etmişti. Bu anlamsız değildi. Çünkü "devletin milletiyle bölünmez bütünlüğü" ilkesinde de açıkça görüldüğü gibi dil devletin diliyse, aynı zamanda milli dil olacaktı¹³¹. Bu durumda Türkçe'den başka anadil olması da mümkün değildi. Nitekim anayasanın 41. maddesinde halen bu anlayış kendini göstermektedir¹³².

Bu yasağı Türkiye'nin demografik yapıyla ilişkili olarak¹³³ ve Siyasi Partiler yasasının azınlık yaratılması yasağıyla (SPY Md. 81/c) paralel olarak değerlendirmek gerekir. Dil yasağı bunun yanında dernek kurma özgürlüğünde de (Dernekler Kanunu Md. 6,

No. 4 ve Md. 5, No. 6 ya paralel olarak) kendini göstermektedir¹³⁴.

Dil yasağını somutlaştıran kanun 1991 yılında kaldırılınca, yasağın uygulanabilirliği kalkmış oldu¹³⁵. Ancak aynı yasak radyo ve televizyon yayınları için devam etti. Bu yasak, uygulamada yalnızca belirli bir dile karşı kullanılmıştır.

Uluslararası hukuk açısından bakıldığında dil yasağına ilişkin anayasal düzenlemenin özellikle Lozan Barış Anlaşması'na da aykırı olduğu görülür. Anlaşmanın 39. maddesine göre "*Herhangi bir Türk uyruğunun* (vba), gerek özel gerekse ticaret ilişkilerinde, din, basın ya da her çeşit yayın konularıyla açık toplantılarında, dilediği bir dili kullanmasına karşı hiç bir kısıtlama konulmayacaktır." Bu düzenlemenin açıkça tüm Türk vatandaşları için geçerli olduğu ortada iken, bunu yalnızca gayrimüslim azınlıklar için kabul etmenin bir anlamı yoktur¹³⁶. Çünkü gayrimüslim azınlıklara özel düzenleme söz konusu olduğunda yine aynı madde içinde "gayrimüslim" kavramı açıkça kullanılmıştır. Bu yaklaşım Anlaşmanın 38. maddesinde de söz konusudur. Nitekim belirli bir toplumsal kesiti çoğunluk içinde değerlendirdikten sonra onu, anadilini yasaklamak yoluyla azınlıkların da gerisine düşürmenin tutarlı bir yanı olmasa gerek.

C. Genel ve özel sınırlandırma nedenlerine dayalı sınırlar

Düşüncüyü açıklama özgürlüğüne ilişkin genel sınırlama nedenleri anayasanın 13. maddesinde sayılmıştır¹³⁷. Anayasanın 13. maddesi hemen hemen 14. maddenin bir tekrarı

¹²⁸ Rumpf, Das Türkische Sprachenverbotsgesetz (SprVG) mit einer Anmerkung, InfAuslR 9/85 s. 253.

¹²⁹ Zeki Hafızoğulları, Türk Hukuk Düzeninde İnsan Haklarını Kayıtlayan Hükümler, *İHMD*, C. 3, Sayı 1, Ocak 1995, s. 10.

¹³⁰ Rumpf, Das Türkische Verfassungssystem, s. 105.

¹³¹ Rumpf, Das Türkische Sprachenverbotsgesetz, s. 255.

¹³² Anayasanın 42/son maddesi uyarınca Türkçe'den başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez.

¹³³ Christian Rumpf bu yasaklanan dilin pratikte "Kürtçe" olduğunu ve yasanın başka bir anlam içermediğini ifade etmektedir. Bkz. Rumpf, Das Türkische Sprachenverbotsgesetz, s. 253.

¹³⁴ Rumpf, *a.g.e.*

¹³⁵ Aliefendioğlu, *Düşünsel Özgürlük*, s. 18.

¹³⁶ krşl. Rumpf, *a.g.e.*

¹³⁷ Yasa koyucuya bağlı sınırlama nedenlerinin detaylı olarak islenmesinden, hem çalışmanın amacını hem de makale boyutlarını asacağından kaçınılmıştır. Bu yönde detaylı ve dogmatik inceleme için bkz. Can, *Die Schranken*, özellikle s. 77'den itibaren.

niteliğindedir. Ancak normatif ve anayasal sınır ile yasa koyucuya bağlı sınırlama arasındaki nitelik farkı yakalanmadığı sürece bazen 13. maddeye, bazen de 14. maddeye gereksiz gözüyle bakılabilmektedir. Oysa ki nitelik farkı gözetilerek yapılacak bir yorumda şu sonuca ulaşmak mümkündür: Anayasanın 14. maddesinde sayılan anayasal sınırlar, yine anayasanın kendi koyduğu ve temel hakların –özelde düşünceyi açıklama özgürlüğünün– norm alanını/garanti kapsamını belirleyen sınırlardır. Yasa koyucunun 14. maddeye göre yapacağı/yapmak zorunda olduğu yasal düzenleme açıklayıcı/deklaratifdir. Ancak bu maddede öngörülenin ötesinde bir sınırlama ihtiyacı doğarsa, yasa koyucu anayasanın 13. maddesi uyarınca sınırlama yapabilecektir. Bu durumda yasa koyucunun yapacağı sınırlandırma kurucu niteliktedir ve yasa koyucunun bu yetkisi 14. maddede öngörülenin aksine takdiridir¹³⁸.

Anayasanın 13. maddesinde öngörülen genel nitelikli sınırlandırma nedenleri maddenin son fıkrası uyarınca tüm temel hak ve özgürlükler için geçerlidir. Bu durumda düşünceyi açıklama özgürlüğü hem 13. maddedeki genel sınırlandırma nedenlerine hem de 26. maddedeki özel sınırlandırma nedenlerine göre sınırlandırılabilir, yasa koyucu sınırlandırma işlemi yaparken adı geçen genel ve özel nedenlerin herhangi birine dayanabileceği gibi birkaçına da dayanabilir. Görüldüğü gibi bir sınırlama sistematığı yoktu. Niteliği gereği sınırlandırma kabul edemeyecek olan düşünce özgürlüğü (Md. 25), din ve vicdan özgürlüğü (Md. 24/1) gibi temel hak kategorileri olmadığı gibi nitelikli sınırlandırma nedeni öngören temel hak kategorisi de kabul edilmemiştir¹³⁹.

¹³⁸ Bkz. Uygun, *Genel Rejim*, s. 63.

¹³⁹ Anayasanın 35/2. maddesinde böyle bir izlenim uyandırabilecek bir ifade vardır. Ancak bunun 13/3. madde karşısında anlam ifade etmesi söz konusu değil, bu görüşün maddenin gerekçesi de açıkça desteklemektedir. Bkz. Can, *Die Schranken*, s. 57.

II. Değişiklikten sonra düşünceyi açıklama özgürlüğü

4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile anayasanın düşünceyi açıklama özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinde, Başlangıcın 5. paragrafında, 13. ve 14. maddelerinde değişiklikler yapılmıştır.

Başlangıcın “Hiçbir düşünce ve mülahazanın...” biçiminde başlayan 5. paragrafındaki “düşünce ve mülahaza” “faaliyet” kavramıyla değiştirilmiştir.

Anayasanın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması” başlığını taşıyan genel sınırlandırma maddesi, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” biçimini alarak genel sınırlandırma maddesi olmaktan çıkarılmış ve 1961 anayasasının ilk biçimiyle paralellik sağlayacak şekilde sınırlandırmada yöntem ve sınırlandırmanın sınırı unsurlarına indirgenmiştir.

Anayasanın 14. maddesinde yapılan değişikliklerle madde başlığıyla uyumlu hale gelmiştir. Gerçekten eski haliyle madde, kötüye kullanma yasağı sınırlarını aşır doğrudan doğruya anayasal sınır niteliğini kazanmıştı.

Anayasanın 26. maddesinde ise yasa koyucunun dayanabileceği 13. maddedeki genel sınırlandırma nedenlerinin büyük bir kısmı 26. maddeye aktarılmış, “Düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış herhangi bir dil kullanılamaz” biçimindeki anayasal yasak 3. fıkranın tümüyle birlikte maddeden çıkarılmıştır. Bunun dışında da maddeye son fıkra olarak “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir” eklenmiştir.

A. Normatif alan

Düşünceyi açıklama özgürlüğünün normatif alanına ilişkin herhangi bir değişiklik yaşanmamıştır. Bu durumda normatif alana ilişkin olarak değişiklik öncesi geçerliliğe sahip açıklamalar değişiklikten sonra da geçerlidir. Düşünce kavramı, açıklama ve yayma kavramları ve açıklama-yayma modaliteleri açısından herhangi bir alan daralması ya da genişlemesinden söz etme imkanı bulunmamaktadır.

B. Anayasal Sınırları

Anayasada 4709 sayılı yasayla gerçekleştirilen değişikliklerin can alıcı yönü anayasal sınırların daraltılması yönünde kendini göstermektedir.

1. Başlangıç ve Atatürk İlke ve İnkılapları açısından

Anayasanın başlangıç kısmında yapılan ve 5. paragrafa “Hiçbir düşünce ve mülahaza...” yerine “Hiçbir faaliyet...” kavramını eklemek yoluyla gerçekleştirilen değişiklik iki yönlü etkiye sahiptir.

İlk önce düşünceyi açıklama özgürlüğünün hammaddesi, özü ve ön koşulu olan düşünce özgürlüğünü anlamsız kılan ve onun sağladığı “düşünceye sahip olma”, “sahip olduğu düşünceden dolayı kınanmama, suçlanmama” ve “sahip olduğu düşüncesini açıklamaya zorlanmama” biçimindeki garantilerin içini boşaltan, “ayrıcalıklı” düşünceler anlayışına pirim veren, dolayısıyla insan onurunu zedeleyici, işkencenin önündeki anayasal-psikolojik engeli relative edici bir anomali durumuna, en azından, bu bağlamda son verilmiştir. Artık dogmatik hukuk açısından düşünce özgürlüğü ve onun sağladığı dokunulmazlık zırhının yalnızca “anayasaya” ve “başlangıçtaki değerlere” uygun düşünceler için geçerli olacağını, onun dışındaki düşüncelerin anayasal korumadan yararlanamayacağı iddia etmenin imkanı kalmamıştır. Birey kendi içinde kalan ve söz, yazı, resim vb. yollarla dışa

vurmadığı¹⁴⁰ düşüncelerinden dolayı hukuksal olarak hiçbir biçimde kınanamayacak, suçlanamayacaktır, sahip olduğu herhangi bir düşünceyi, ne kadar saçma olursa olsun, ne kadar zararlı olursa olsun açıklamaya zorlanamayacaktır. Yasa koyucunun bu yöndeki bir yasal düzenleme girişiminin herhangi bir anayasal dayanağı kalmayacaktır¹⁴¹.

Başlangıçtaki bu değişikliğin, düşünceyi açıklama özgürlüğü açısından aynı sonucu doğurduğunu ifade etmek oldukça zordur.

İlk olarak düşünce açıklama özgürlüğünün değeri, düşüncenin açıklanması yoluyla hem bireysel gelişimi sağlamasında, hem de demokratik kamuoyunun sağlıklı hale gelmesi ve demokratik meşruiyeti sağlamasında kendini göstermektedir. Açıklama ve yayma modaliteleri bu fonksiyonu yerine getirmekle, demokratik toplum açısından zorunlu olmadığı sürece, sınırlamaya elverişli olmadıklarını göstermektedir. Bu doğrultuda özgürlükçü

¹⁴⁰ Birey 26. maddede belirtilen modaliteler dışında, yaşam tarzıyla, giyim ve kuşamıyla, kullandığı sözcüklerle, oturduğu çevre, çocuklarını yetiştirme tarzı, zevkleri ve hobileri dünya görüşü hakkında bir biçimde ipuçları verebilir. Bireyin kişiliğine özgü bu olguların hukuksal koruma gerektirmediğini iddia etmenin imkanı yoktur. Zaten 25. maddenin anlamı burada yatmaktadır.

¹⁴¹ Görüşümüze göre, kamu personeline yönelik olarak çıkarılan ve “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez” hükmü (Anayasa Md. 91/1) gereğince Cumhurbaşkanı tarafından veto edilen KHK'nin bu değişiklik sonrası herhangi bir hukuksal dayanağı kalmayacağı gibi, “sakıncalı (!)” olduğu a priori sabit düşüncelere sahip kamu personelinin memuriyetten atılmasının yasayla düzenlenebilmesinin de dayanağı ortadan kalkmış olmaktadır. Çünkü 25. maddede kayıtsız olarak koruma altına alınan “düşünceye sahip olma”, “sahip olduğu düşünceden dolayı kınanmama, suçlanmama” ve “sahip olduğu düşünceyi açıklanmaya zorlanmama” özgürlüklerini dolaylı yoldan kayıtlayan başlangıcın 5. fıkrasındaki “hiç bir düşünce ve mülahaza...” kaydı ve temel hak ve özgürlükler için öngörülmuş sınırlama nedenlerinin istisnasız tüm temel hak maddeleri için geçerli olacağı biçimindeki eski 13. Maddenin son fıkrası da kaldırılmış bulunmaktadır.

bir yaklaşımla, düşünce açıklaması ve yayılmasının “faaliyet” olmadığı, dolayısıyla “Türk milli menfaatlerine, Türk varlığına, devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasına, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerine, Atatürk milliyetçiliğine, ilke ve inkılaplarına ...” aykırı düşüncelerin, söz, yazı, resim vb. yollarla açıklanması ve yayılmasının önünde herhangi bir hukuksal engelin olmadığı savunulabilir.

“Devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğü” yalnızca başlangıçta geçen bir kavram değil, anayasanın yeni 14. maddesinde ve yeni 26. maddesinde de yer edinen ve korunan değerdir. Bu bakımdan bu hukuksal değere aykırılık oluşturan herhangi bir düşünce açıklamasının, faaliyet olup olmadığı tartışmasına girmeksizin, anayasal korunmadan yararlanacağını iddia etmenin imkanı kalmamaktadır. Ancak “devletin ülkesiyle bölünmezliği esası” konusundaki bu berraklık, diğer kavramlar için söz konusu değildir. Yani anayasanın başka herhangi bir maddesinde temel hak sınırı olarak öngörülmemen “Türk milli menfaatleri, Türk varlığı, Türklüğün tarihi ve manevi değerleri, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ...” gibi değerlere aykırılık oluşturan düşünce açıklamalarının anayasal korumadan yararlanamayacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu tür düşünce açıklamalarının “faaliyet” kapsamı dışına çıkarılıp, anayasal korumadan yararlanabileceklerini iddia etmek, gerek anayasanın ruhu, gerekse Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya kazandırılan nitelik ve sözü edilen değerlere yüklediği anlam karşısında gerçekçi bir temele dayanmaz. Bu açıdan başlangıçtaki değerler, 25. maddedeki dokunulmaz özgürlükler karşısında –değişiklik sonrasında– sınırlayıcı bir etkiye sahip olmaktan çıkarken, öte yandan bu değerleri reddeden görüşlerin 26. maddedeki yollarla dışsal dünyaya aktarımlarında anayasal korunmadan yararlanamayacaklarını söylemek gerekecektir. Bu da *forum internum* safhasın-

daki düşüncelerin dokunulmazlığına ilişmezken, dışa aktarılan görüşlerin aktarım biçimlerinin değil de, aktarılan görüşlerin kendisinin yaptırımı uğraması anlamına gelir. Sonuç olarak düşünce suçlarının anayasal dayanaklarının ortadan kalktığını iddia etmek henüz mümkün değildir.

2. 14. Madde – Temel Hakların Kötüye Kullanılması açısından

14. maddede gerçekleşen değişikliklerle madde, başlığıyla uyum sağlar hale gelmiş ve TCK Md. 141 ve 142 maddelerinin, genel anayasal sınır niteliğindeki anayasal dayanakları kaldırılmış oldu. Anayasa koyucu hem TCK 141 ve 142, hem de 163. maddelerinin koruduğu hukuksal değerlere aykırılığı *temel hakların kötüye kullanılması* olarak algılamadığını belirtmektedir. Ancak TCK 163. maddenin anayasal dayanaklarının ortadan kalkmadığını, hem başlangıcın 5. paragrafından hem de anayasanın 24/5 maddesinden çıkarmak zor değildir¹⁴².

Bunun ötesinde TCK 312/2. maddesinin anayasal dayanağının da ortadan kaldırıldığını, bu bakımdan artık söz konusu ceza yasasının anayasaya uygunluğunun denetiminde, 14. maddedeki anayasal sınır kapsamından çıkılıp 13. maddedeki “demokratik toplum düzeni gereklerine uygunluk” kriterine tabi tutulabileceğini ve yasa koyucu tarafından daha demokratik ve özgürlükçü bir yapıya kavuşturulabileceğini iddia etmek yanlış olmaz.

Bunun dışında en önemli yenilik “kötüye kullanma”nın sadece temel haklarını kullanan bireyler için değil, fakat aynı zamanda devlet için de söz konusu olmasıdır. Buna göre, devletin, temel hak ve hürriyetlerin “Anayasa-da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması amaçlaması” da artık bir kötüye kullanma biçimi sayılacaktır. Yeni 14. madde bu bakım-

¹⁴² Bir temel hakkın kötüye kullanılması ile, herhangi bir eylemin hukuka aykırılığı birbirinden farklı olgulardır.

dan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesine biraz daha yakınlaşmıştır¹⁴³.

Yukarıda başlangıcı değerlendirirken “faaliyet” kavramının nasıl değerlendirildiğine bakılarak, anayasal sınırın düşünceyi açıklama özgürlüğü konusunda zıt sonuçlar doğurabileceğini açıklamaya çalıştık. Anayasa koyucunun değişikliği yaparken 14. madde ile başlangıç arasında paralellik sağlama amacını güttüğünü biliyoruz. Bu halde faaliyeti, eğer düşüncelerin “söz, yazı, resim vb.” yollarla açıklanması ve yayılmasını kapsar biçimde algılasak, hem başlangıcın 5. paragrafının, hem de anayasanın 14. maddesinin düşünceyi açıklama özgürlüğünün genel nitelikli anayasal sınırını çizdiğini ve sonuç olarak da değişikliğin bir yarar sağlamadığı sonucuna gitmemiz gerekecektir.

Ancak “faaliyet” kavramını dar olarak yorumlarsak, bu durumda başlangıç açısından, 5. paragrafta sözü edilen çoğu hukuksal nitelik göstermeyen kavramların düşünce açıklamasıyla bir ilgisinin bulunmadığını, devletin ideolojik niteliğini ve kurumsal yapısını yok etmeyi hedef alan eylemlerin, organizasyonların ve örgütlemelerin buna karşın koruma göremeyeceğini, fakat bunların eleştirisinin, ya da birey tarafından kabul ya da reddedilmesinin hukuk düzenini ilgilendirmediğini kabul etmek gerekecektir. Anayasanın 14. maddesi açısından da –paralelliği sağlama düşüncesiyle- düşünce açıklamasının “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler” niteliğinde olamayacağını, *prima facie* olarak düşünce açıklamasıyla ilgili görünen, ancak bu özgürlüğün nesnel sınırlarını aşan, üçüncü kişilerin haklarını zedeleyici, hakaret, sövme, suça azmettirme¹⁴⁴

niteliğindeki açıklamalar dışındaki düşünel nitelikli ve kamuoyu oluşturma aktivitelerinin, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceğini söylemek gerekecektir. İkinci yaklaşımın, yani “faaliyet” kavramını dar yorumlayan yaklaşımın özgürlükçü ve demokratik bir yaklaşım olacağını belirtmeye gerek yoktur.

Yine Yukarıda belirtildiği gibi, anayasanın bütünü, başlangıç bölümü ve Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı karşısında bu ikinci yaklaşımın geçerlilik arz edeceğini düşünmenin yine gerçekçi bir temeli var mıdır? Açıkçası anayasa koyucunun dahi komisyon görüşmeleri sırasında, daha somut ve belirgin olan “eylem” sözcüğünü “faaliyet” sözcüğüyle değiştirmesi¹⁴⁵ bir geri adımdır ve anayasa koyucunun objektif amacını değil de tarihi yorumla elde edilecek subjektif amacı baz alınır- sa, ikinci yaklaşımın Türk jurisprüdansında, özellikle Türk anayasa jurisprüdansında pek kabul edilmeyeceğini belirtmek gerekir¹⁴⁶.

Dikkat çeken başka bir nokta da, eski 14. maddede “amaç” hukuka aykırılığın ana eksenini çizerken, yeni 14. maddede “amaçlayan faaliyetler”in yaptırıma tabi tutulması, maddeyi kötüye kullanım yasağı niteliğine büründürmektedir. Çünkü yeni düzenlemede görüşümüze göre faaliyet cezalandırılmakta, faaliyetin objektif olarak yasal olmayan bir amacı gerçekleştirmeye yönelik olması aranmaktadır. Aksi takdirde anayasa koyucunun bir değişiklik yapma iradesi yoksa niçin “...amacıyla kullanılamazlar” terimleri yerine “...amaçlayan faaliyetler biçiminde

anayasanın yeni 14. maddesinin 2. fıkrasına aykırı davranmış olacağını belirtmek gerekecektir.

¹⁴⁵ İlk değişiklik teklifi ile anayasa komisyonunun kabul ettiği metin arasındaki farklılıklar için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm>, i.t. 05.12.2001.

¹⁴⁶ Nitekim gelişmenin bu yönde olacağını, bu nedenle değişimin bir anlam ifade etmeyeceğini belirten görüşler dile getirilmiştir, bkz. Mustafa Erdoğan, Anayasa Değişti mi?, *Açık Toplum*, <http://www.liberal-dt.org.tr/at/at-me.33.htm>, i.t. 05.12.2001

¹⁴³ Mustafa Erdoğan, Anayasa Değişiklikleri Ne Getiriyor? <http://www.liberal-dt.org.tr/at/at-me.35.htm>, i.t. 10.12.2001.

¹⁴⁴ Ancak antidemokratik düşünce suçu ihdası durumunda bu olgunun içerik değiştireceğini ve ihdas eden devletin

kullanılamazlar” terimlerini koyduğunu anlama imkanı kalmayacaktır¹⁴⁷.

Anayasanın başlangıç hükmü karşısında anayasanın 14. maddesindeki bu yeniliğin de anlamı kalmamaktadır. “Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz” biçimindeki 14/2. madde hükmünde “anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması...” kavramının sağladığı koruma alanı, “anayasanın belirttiği sınırlandırmanın” başlangıç paralellinde, zaten demokratik bir toplumun kabul etmeyeceği kadar geniş olması karşısında oldukça dardır.

Kısacası, başlangıç ve 14. maddedeki değişiklikler birlikte değerlendirildiğinde, anayasanın 25. maddesinin mutlak bir garantiye kavuştuğunu, ancak “faaliyet” kavramının düşünce açıklamalarını kapsadığını ve bu sonuçla anayasanın düşünce suçlarına kapılarını kapadığını söyleme imkanı kalmamaktadır¹⁴⁸. Başlangıcın anayasanın metnine dahil olması/kaldırılmaması devam ettiği ve Anayasa Mahkemesinin başlangıcı yorumlayış tarzı değişmediği sürece anayasadaki anti-demokratik özün ortadan kalktığını söylemek mümkün olamayacaktır.

3. 24/5 Madde açısından

Ancak TCK 163. maddesinin özel anayasal niteliğindeki anayasal dayanağı olan 24/5. maddesi olduğu gibi durmaktadır. Ancak bu maddedeki “Kimse devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama

amacıyla her ne surette olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanmaz” biçimindeki anayasal yasağın değişiklikten sonra nitelik değiştirdiğini belirtmek gerekir. Kötüye kullanma kapsamından çıkan bu tür faaliyetlerin buna karşın, düşünce özgürlüğünün anayasal sınırını tayin etmeye devam ettiğini, hem 24/5. madde, hem başlangıcın 5. paragrafı hem de anayasanın bütününden hareketle söylemek gerekir.

4. 26. madde açısından

Anayasa değişikliğinin düşünceyi açıklama özgürlüğünü düzenleyen 26. madde açısından en göze batan yeniliği “Düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz...” hükmünün kaldırılmasıdır. Bu anayasal yasağın demokratik nitelikte herhangi bir ülkede bulunması söz konusu olmadığı gibi, böyle bir yasağı koymanın hukuksal, etik ve de sosyolojik bir dayanağı yoktur.

Anayasanın 26. ve 28. maddelerindeki bu dil yasağının kaldırılmasını doğru bir hareket olarak değerlendirmek gerekir. Ancak bunun bir ilerleme olarak algılanması söz konusu değildir. Özellikle 26. madde bakımından insan onurunu zedeleyici bir anomali sona erdirilmeye çalışılmıştır. Ancak uluslararası hukuka aykırılığın devam ettiği anayasa hükümleri olduğu gibi durmaktadır. Özellikle anayasanın 42/son. Maddesinde “Türkçe’den başka hiç bir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına anadilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez” hükmü dikkati çekmektedir. Madde eğitim dilinin Türkçe olması zorunluluğunu da aşarak, doğal bir olguyu reddedip, Türkiye’de yaşayan herkesin anadilini yasayla belirleme gibi bir yetkiyi devlete tanımaktadır.

5. Geçici 15. madde değişikliği etkisi

Türk anayasa yargısının kanayan yarası niteliğinde bir sorun olan anayasanın geçici mad-

¹⁴⁷ Açıkça ifade etmek gerekir ki, hukuk uygulamasının izlediği yol dikkate alınrsa, bu ayırımın zorlama olabileceği ve herhangi bir değişikliğin olmadığını savunmak da pekala mümkündür. Bkz. Erdoğan, *a.g.e.*

¹⁴⁸ Mustafa Erdoğan, Anayasa Değişiklikleri Ne Getiriyor? <http://www.liberal-dt.org.tr/at/at-me.35.htm>, i.t. 10.12.2001.

desi tamamen olmasa da pozitif hukuk açısından anlamlı bir değişikliğe uğradı. Değişiklik askeri darbe süreci içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararname ve tüm hukuksal tasarruflara karşı anayasa yargısı yolunu açmış oldu¹⁴⁹. Bu dönem içinde çıkarılan Olağanüstü Hal Kanunu, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanunu ve Sıkıyönetim Kanunu (önemli maddeleri) gibi yasaların çoğu, düşünce özgürlüğünü sınırlayıcı etkiye sahipti. Gerçi anayasa değişikliğiyle bu yasalar hemen değişmeyeceklerdir, yasama belki geç davranacaktır, ya da itiraz yolunun işlemesi zaman alacaktır, ancak her halükarda bu yasalara karşı anayasaya aykırılık savında bulunma yolunun açılması, ikinci bir anayasal düzen anlamına gelen, -hatta asli anayasal düzen olarak da nitelendirilebilen- düzenin ortadan kalkmasını sağlaması açısından çok önemlidir¹⁵⁰.

C. Genel özel sınırlandırma nedenlerine dayalı sınırlar

Anayasanın 13. maddesinin tamamen değiştirilmiş olması, genel olarak temel hakların sınırlama sistematüğinde köklü değişiklik anlamına gelmektedir.

İlk olarak anayasada kümülatif sınırlandırma anlayışı yerini kademeli sınırlandırma sistematüğine bırakmıştır. Bu bir bakıma

1961 anayasası sınırlandırma sistematüğine bir geri dönüş anlamına da gelmektedir. Çünkü 1961 anayasasının 11. maddesi (ilk hali) genel sınırlama maddesi değildi, temel hak ve özgürlükler yalnızca eğer kendi özel maddelerinde sınırlama öngörülürse sınırlanabilecekti¹⁵¹. Nitekim bazı haklar belirli bazı nedenlerle sınırlanabilirken, diğer bazı haklar da herhangi bir nedenle yasayla sınırlanabilirdi. Bazı haklar ise sınırsız öngörülürlerdi. Ancak bu benzerlik yanıltıcı olabilir. Çünkü yeni değişikliklerle oluşan kayıtsız temel haklar şimdiki anayasada 25. madde ile 24/1. madde olarak göze çarpmaktadırlar. Bu sınırlandırma sistematüğünün düşünceyi açıklama özgürlüğü konusunda getirdiği pek bir yenilik olmadığını düşünüyoruz. Çünkü düşünceyi açıklama konusunda sorun kaynağı olabilecek eski 13. maddedeki sınırlama nedenleri paket halinde zaten 26. madde metnine dahil edilmiştir. Bu her bir temel hak ve özgürlükte olduğu gibi, düşünceyi açıklama özgürlüğünde de ilgili sınırlama nedenlerinin öngörüldükleri özgürlük bağlamında değerlendirilip uygulanmasını gerektirecektir. Ancak her halükarda belirtilmesi gereken bir durum vardır. Anayasa değişikliğiyle 26. madde metnine aktarılan paket içinde "genel ahlak" kavramı bulunmamaktadır. Genel sınırlama nedeni artık bulunmadığına ve 26. madde metninde "genel ahlak" ya da "ahlak" nedenleri öngörülmediğine göre düşünceyi açıklama özgürlüğünün genel ahlak nedeniyle artık sınırlanamayacağını mi iddia edeceğiz? Elbette ki sınırlama zorunluluğu vardır. Çeşitli çağdaş anayasalarda bu sınırlama nedeni öngörüldüğü gibi İHAS'nin 10. maddesinde de belirtilmektedir. Açıkça ifade etmek gerekirse değişiklik sonrası anayasanın 13. maddesi ve 26. madde metni bir arada

¹⁴⁹ Geçici bir maddenin ancak anayasa değişikliği sonrası hükümsüz hale gelebiliyor olması hukuk düzeni açısından kabul edilebilir bir durum değildir. Demokrasi ve insan haklarıyla açıkça çelişen ve insan onurunu zedeleyici düzenlemelerin hükümsüz kılınması için öncelikle yargılamının yapılması gereken hukuksal yöntemler vardır. Gustav Radbruch formülüne göre bu tür normlar tamamen ihmal edilir, Alman Yüksek Mahkemesi ise öncelikle normun demokratik bir sistem ve özgürlükçü bir yaklaşım içinde insan haklarına uygun yorumlanması yoluna gidilmesi, bu mümkün değilse ancak ihmal edilmesi yaklaşımını benimsemektedir. Detaylı bilgi için bkz. Gerhard Werle, Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität, NJW 2001, s. 3002 vd, 3004.

¹⁵⁰ Anayasa değişikliği paketi içinde istisnai bir hükümlerle ve istisnai bir süre içinde geçici 15. madde kapsamındaki yasalara karşı "iptal" yolunun açılması demokratikleşme sürecini hızlandırabilirdi.

¹⁵¹ 1961 Anayasası Md. 11 "(1)Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. (2) Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz."

değerlendirildiğinde “ahlak” nedeniyle düşünce açıklamasının sınırlanması mümkün olmayacaktır. Genel ahlak nedeniyle sınırlamanın basın, toplantı ve gösteri yürüyüşü, dernekleşme özgürlüğü gibi kurumsal nitelikli özgürler için öngörüldüğünü ve bu nedenle 26. maddede buna ihtiyaç duyulmadığını iddia etmek anlamsızdır. Çünkü genel ahlak nedeniyle sınırlama sadece düşünceyi açıklama modalitelerini hedef almaz, düşüncenin kendisiyle de ilgilidir. Düşüncenin, bir biçimde ortaya çıkmasıyla genel ahlaka aykırı düşmesi muhtemeldir. Bu eksikliğin bir anayasa değişikliğiyle giderilmesi gerekmektedir. Çünkü anayasanın lafzı bu boşluğu doldurmaya imkan verecek nitelikte değildir.

Ayrıca, “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği esası” 26. maddede de tekrar edilmesine rağmen, düşünceyi açıklama özgürlüğünün türevleri niteliğinde olan ve nitelikleri gereği daha fazla sınırlandırmaya açık olan dernekleşme özgürlüğü ve toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlükleri için ön görülmemiş olmalarını nasıl değerlendireceğiz? Açıkçası bunu anlatmanın bir olanağı görünmemektedir. Gerçi anayasanın başlangıç ve 14. maddesiyle paralel düşünüldüğünde, anayasa koyucunun temel hak ve özgürlükler karşısında hassasiyetle koruduğu bir değer karşısında düşünce suçu yaratmaktan çekinmediğini iddia etmek mümkündür¹⁵². Ancak yine de 26. maddede “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği” ya da “cumhuriyetin temel niteliklerini” bozma niteliğine, düşünceyi açıklama hürriyetinden önce toplantı ve gösteri yürüyüşü ve dernekleşme özgürlüğü elverişlidir. Belki sonradan eklenen sınırlama nedenlerinin yine 26. maddede öngörülen kitle iletişim özgürlükleri için geçerli olacakları, ancak klasik açıklama modaliteleri için geçerli olmayacağını iddia etmek gerekecek-

tir. Anayasa koyucunun bu yönde bir iradesi olmadığı açıktır. Her halükarda bu değerler Başlangıç ve 14. madde bağlamında anayasal sınır niteliğinde olduklarından, bunların yasal düzenlemelerle somutlaştırılarak adı geçen özgürlüklere sınır çizmesi sağlanabilir.

13. Maddedeki demokratik cumhuriyet ilkesinin, temel hak sınırlamalarında yasa koyucunun yapacağı sınırlandırmaların sınırı fonksiyonu varken, laik cumhuriyet kavramının yalnızca temel hak ve özgürlüklerin sınırlaması nedeni olarak algılandığı ve uygulandığı hem hukuk teorisinde dile getirilen hem de Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya çıkan temel olgudur¹⁵³. Bu durumda laik cumhuriyet ilkesinin, sınırlamanın sınırı niteliği olmamasına rağmen bunun 13. madde metnine alınması, maddenin koruyucu etkisinin ortadan kaldırılmasına hizmet eder. Ancak “laik cumhuriyet” kavramının pozitivist bir yaklaşımla değil de, çağdaş ve hümanist bir yaklaşımla, anglo-sakson anlayışı ve Fransa dışında kalan kıta-avrupası seküler anlayışıyla yorumlanabilmesi durumunda, temel hakların sınırlanmasında koruyucu nitelik kazanabileceğini söyleyebiliriz¹⁵⁴.

Son olarak anayasanın yeni 13. maddesinde öngörülen “öze dokunma yasağı” ve “ölçülülük ilkesi”nin temel hakların yaşanabilir kılınması açısından yararlı gelişmeler olduğunu belirtmek gerekir. Fakat bu iki ilkeyi 1961 anayasası dönemindeki anlayışlarla yorumlayıp uygulamak anakronist bir yaklaşım olur. Çünkü 40 yıl içinde hukuk ve özgürlük anlayışlarında başlangıçta bilinemeyecek yeni boyutlar ve ufuklar açılmıştır. Bu iki ilkeyi İHAM ve ATM içtihatları ve AB-

¹⁵² Mustafa Erdoğan, Anayasa Değişiklikleri Ne Getiriyor?, <http://www.liberal-dt.org.tr/at/at-mc35.htm>, i.t. 10.12.2001.

¹⁵³ Mustafa Erdoğan, Anayasa Değişiklikleri Ne Getiriyor? <http://www.liberal-dt.org.tr/at/at-mc35.htm>, i.t. 10.12.2001.

¹⁵⁴ Bu başlık altında detaylı inceleme, çalışmanın kapsamını ve amacını aşacaktır. Yasa koyucuya dayalı sınırlandırma nedenlerini ayrı bir çalışma içinde incelemek yerinde olur.

Temel Haklar Şartı paralelinde değerlendirmek ve yorumlamak daha yapıcı ve çağdaş bir tutum olacaktır. Yine Alman Anayasa Mahkemesinin içtihadına başvurmak kavramın içeriğinin anlaşılması bakımından yararlıdır. Bu yönde Anayasa Mahkemesi'ne önemli görevler düşmektedir.

III. Türkiye'nin taahhütleri yerine getirildi mi?

Meclis çalışmalarında "Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinde Ulusal Programda taahhüt ettiğimiz değişikliklerin de bu teklifle karşılandığının ayrıca önemli olduğu belirtilmiştir."¹⁵⁵

A. İHAS ile uyum

Düşünce özgürlüğüne ilişkin anayasa değişikliğiyle hukuk düzenimizin İHAS ile öngörülen demokratik bir toplum düzenine uyumlu hale gelip gelmediğinin incelenmesi gerekir.

Anayasal sınırlar açısından şunları söylemek mümkündür: Bir kere değişikliklerin İHAS ile uyum sağlama amacını güttüğü tartışması bir kenara, gerçekten anayasanın, düşünce özgürlüğüne ilişkin değişiklikler sonrasında İHAS ile uyumlu hale geldiğini iddia etmek mümkün değildir. Çünkü her şeyden önce İHAS'nin 10. maddesiyle bir uyumdan söz etmek için düzenlemelerin sadece lafızlarına değil, anlam ifade ettikleri sistematige ve sözleşmenin/anayasanın bütünlüğündeki konularına bakmak gerekir. Anayasanın 26. maddesindeki düşünceyi açıklama özgürlüğü yukarıda belirtildiği gibi başlangıç, anayasanın 14. maddesi, 24/5. maddesinin tayin ettiği anayasal sınırlar içinde geçerlilik kazanır. Ne kadar demokratik ve özgürlükçü bir metin halinde formüle edilmiş olursa ol-

sun, özgürlük, anayasanın kendisine çizdiği sınırlar içinde geçerlilik kazanıp anlam ifade eder. Yani Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında düşünceyi açıklama özgürlüğü, "Türk milli menfaatleri, Türk varlığı, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esası, Türklüğün tarihi ve manevi değerleri, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliği"ne aykırı düşmediği ölçüde korunmakta, "laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırmama" yükümü altındadır. Bu bağlamda, "Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasa ile tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayımümkün kılacak şekilde yorumlanamaz" biçimindeki 14/2. madde hükmünde "anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması..." kavramının sağladığı koruma alanı, "anayasanın belirttiği sınırlandırmanın" başlangıç paralelinde ele alındığında, İHAS'nin 17. maddesindeki korumadan çok daha öte sınırlama getirdiği ortadadır. Anayasanın 14. maddesinin yollama yaptığı metin, belirli bir ideolojik ağırlığa ve tercihe dayanan, halkın doğrudan doğruya özgür iradesinin ürünü olmayan, özgürlük-otorite ikileminde otoriteye ağırlık veren bir anayasa iken, İHAS'nin 17. maddesinin yollama yaptığı metin ise imzacı devletlerin "dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve sürekliliği için her şeyin üstünde, bir taraftan, gerçekten demokratik bir siyasi rejim ve diğer taraftan, insan haklarına ortaklaşa saygı ve bu konuda ortak bir anlayış esasına dayalı olarak bu temel özgürlüklere bağlılıklarını teyit"¹⁵⁶ ettikleri bir metindir. İHAS'nde düşünceyi açıklama öz-

¹⁵⁵ Bkz. 21.09.2001 tarihli Anayasa Komisyonu Raporu, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm>, i.t. 05.12.2001.

¹⁵⁶ Bkz. İHAS önsözü, Gölcüklü/Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, 2. Baskı, Ankara 1998, s. 385.

gürlüğüne ilişkin tüm sınırlamaların demokratik toplum için zorunlu olma koşuluna uyması gerekirken, anayasamızda düşünceyi açıklama özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların (Başlangıç, Md. 14 ve Md. 24/5) demokratik toplum düzeni gereklerine uyması gerekmiyor, çünkü yukarıda da belirtildiği gibi anayasanın doğrudan doğruya öngördüğü bir yasağa, yasa koyucuya uygulanacak 13. maddedeki kriterlerin sonradan uygulanmaya çalışılması söz konusu olamaz.

İHAS ile uyum değerlendirilirken İHAM içtihatlarının da değerlendirilmesi gerekir. İHAM'nin İHAS Md. 10'daki sınırlama nedenlerini uygulaması ve yorumlamasıyla Anayasa Mahkememizin aynı kavramları uygulaması ve yorumlamasını karşılaştırdığımızda aradaki fark açıkça ortaya çıkmaktadır¹⁵⁷.

Ancak dil yasağının kaldırılmasının, İHAS'ne uyum sağlama konusunda bir temel gelişme olduğunu da kabul etmek gerekir.

B. AB-Hukuku ile uyum, AB-Charta'sı ile karşılaştırma

Türkiye, Avrupa Birliğine giriş süreci içinde kendi iç hukukunu birlik hukukuna uyumlu hale getirme yükümlülüğü altına girmiştir. Zaten Avrupa Birliğine giriş için gerçekleştirilmesi zorunluluk arz eden noktalar Kopenhag Kriterleri olarak sunulmuştur. Ancak her şeyden önce Avrupa Birliği'nin kendine özgü bir anayasası olmamasına rağmen, Avrupa Birliği Mahkemesi vasıtasıyla bir temel hak koruması gerçekleştirdiği, bunu yaparken üye devletlerin anayasal geleneği ve İHAS'ni baz aldığını belirtmek gerekir.

Avrupa Birliği 1957 yılında kurulurken doğrudan doğruya bir hedef olmasa bile, milli

hukuk çerçevelerinde bazı temel hakların kısmi görünüşlerini oluşturan bazı hukuksal pozisyonlar yaratılmıştı. Gittikçe ilerleyen Entegrasyonla birlikte AB-Mahkemesi, bunun da ötesinde Topluluk Hukukunun temel hukuk ilkelerini üye devletlerin anayasal geleneklerinden yararlanarak elde etti. Ancak bazı temel hak pozisyonlarının mevcudiyeti ortak bir temel hak anlayışının oluşması için yeterli değildi. Bu eksikliği AB-Mahkemesi İHAS'ni kendi içtihatlarına dayanak oluşturmak suretiyle aştı. AB-Mahkemesinin bu içtihadı Maastricht Sözleşmesi Md. F/2 ile asli hukuk kuralı olarak kabul edilmiş oldu¹⁵⁸.

Avrupa Birliği'ndeki temel hak korumasının bir yandan üye devletlerin anayasal standardı, diğer yandan da İHAS ve İHAM içtihadı baz alınarak gerçekleştiği göz önüne, alınırsa Türkiye'nin bu yöndeki yükümlülüğü, anayasal düzenini İHAS'ne uyumlu hale getirmek ve AB'ne üye diğer devletlerin anayasal düzenleri arasındaki uçurumu gidermek biçiminde özetlenebilir. Türkiye'nin kendine özgü şartları söz konusu olsa bile –ki bu öznel şartların düşünceyi açıklama özgürlüğünün önündeki engelleri meşru kılması mümkün değildir-, bu öznel şartların demokrasi ilkesi ışığında yorumlanıp temel hak ve özgürlükleri otorite lehine sınırlayıcı biçimde değil de, demokratik toplum için zorunluluğu oranında uygulanması gerekecektir. AB-Sözleşmesi (Maastricht Sözleşmesi)'nin F/1 maddesinin bunu gerektirdiği ortadadır¹⁵⁹. Anayasanın başlangıç kısmı ile bunun dışındaki anayasal sınırların bu açıdan Avrupa standardını yakaladığını söyleyemeyiz.

¹⁵⁷ Kaboğlu, İfade Özgürlüğünün Siyasi Partilerce Kullanımının Sınırları, *Anayasa Yargısı* 1999, S. 75, Kaboğlu, Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye), İHY 1993, C. 15, TODAİE Ankara, s. 46 vd.

¹⁵⁸ Jürgen Bröhmer, Das Bundesverfassungsgericht und sein Verhältnis zum Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, <http://www.jura.uni-sb.de/projekte/Bibliothek/texte/Broehmer.html>, i.t. 12.05.2001

¹⁵⁹ AB-Sözleşmesi, Md. F/1: "Birlik, yönetim sistemleri demokratik temel ilkelere dayanan üye devletlerin milli kimliklerine saygı duyar."

Aralık 2000'de Nis'de ilan edilen, İngiltere, İrlanda, İsveç, Danimarka ve Hollanda'nın muhalefeti nedeniyle bağlayıcı niteliğe kavuşmayan, ancak politik bağlayıcılığından şüphe duyulmayan¹⁶⁰ AB-Temel Hak Şartı, genel olarak AB-Hukukunun normatif kurallarında olduğu gibi, Türkiye için doğrudan doğruya bağlayıcı olmamakla birlikte, Birliğe giriş sürecinde dikkate alınması gereken temel belgelerden biridir. Temel Hak Şartı 52/3. maddesi, Şart ile İHAS arasındaki zorunlu ilişkiyi, İHAS'de garanti edilen haklarla örtüşen Şarttaki hakların, İHAS'nde kabul edilen sınırlama nedenleri de dahil olmak üzere aynı anlam ve kapsama sahip olduğu ilkesini kabul etmek yoluyla kurmaktadır¹⁶¹. Koruma düzeyi ve temel hakların kötüye kullanılmamasına ilişkin 53. ve 54. maddeleri İHAS'ne tekrar vurgu yapmakta, Şartın, İHAS'nden daha az garanti sağladığı biçiminde yorumlanamayacağını belirtmektedir. Bu biçimde Türkiye'nin önüne İHAS'ne uyum sağlama şartını dolaylı yoldan tekrar çıkarmaktadır. Bu açıdan bakıldığında Türkiye'nin genelde temel hak ve özgürlüklerin tümü, özelde de düşüncüyü açıklama özgürlüğü açısından hukuk düzeninde demokratik bir toplum düzeninin –ki burada anlaşılması gereken de anayasanın öngördüğü değil, çağdaş batı demokrasilerindeki toplumdur- kabul edemeyeceği sınırlandırmaları, yani anayasal sınırları kısa sürede kaldırması gerekmektedir.

Bunun dışında, Türkiye'deki düşünce ve düşüncüyü açıklama özgürlüğüne ilişkin sorunların kaynağındaki iki temel sorun açısından bu belgenin başlangıcı ilgi çekicidir. Te-

mel Hak Şartı'nın Başlangıç kısmının 2. Paragrafında, "manevi-dinsel ve ahlaki mirasının bilincinde olarak Birlik, insan onurunun bölünmez ve evrensel değerleri, özgürlük, eşitlik ve dayanışma temeline dayanmaktadır" denmektedir¹⁶². Avrupa standardında dinsel özgürlükler karşısında en katı tutum içindeki Fransa'nın dahi imza koyduğu bu yaklaşımın, tüm dinsel öğeleri, hukuksal, kamusal ve toplumsal alan dışına çıkarmayı laik devletin temeli olarak algılayan Türkiye'deki hukuksal düzen için sorunlar doğuracağını iddia etmek herhalde yanlış olmaz. Belki Fransız laiklik anlayışına uygun düşebilecek olan yalın hümanist ve din dışı değerlerin yanında, aynı zamanda Thomas Hobbes'ın deyimiyle "*dignitas humana*" anlayışı içinde manevi değerlerin de demokrasi ve temel hak korumasının alt yapısını oluşturduğu, Avrupa'da kabul gören ve Temel Hak Şartı'na geçen bir olgudur¹⁶³. Avrupa Birliğine girme aşamasındaki Türkiye'nin bu Şarta imza koyacağı/koyacak zorunda olacağı gözünüze alınırsa bunun dinsel içerikli düşünce açıklamalarında bazı düzenleme/iyileştirmeleri zorlayacağını belirtmek gerekir.

Anayasanın AB-Hukuku ve AB-Temel Haklar Şartı gerekleriyle paralellik sağladığını iddia etmek yukarıdaki açıklamalar ışığında mümkün değildir.

C. Kopenhag Kriterleri ve Ulusal Program ile uyum

Avrupa Birliği hukukuyla uyum sağlama çabası dolaylı etkileşim sağlarken, Kopenhag Kriterleri ve Katılım Ortaklığı Belgesi, Türkiye'nin altına girdiği yükümlülükler açısından doğrudan doğruya etki doğurmaktadır.

¹⁶⁰ Karl Albrecht Schachtschneider, Eine Charta der Grundrechte für die Europäische Union, Recht und Politik (37)1/2001, s.16, Matthias Mahlmann, Die Grundrechtscharta der Europäischen Union, <http://www.jura.uni-sb.de/projekte/Bibliothek/texte/Mahlmann.html>, i.t. 12.05.2001

¹⁶¹ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Erläuterungen zum vollständigen Wortlaut der Charta, s. 74 http://ue.eu.int/df/docs/de/DE_2001_1023.pdf içinde, i.t. 07.12.2001,

¹⁶² Çeviri Almanca metinden yapılmıştır. İngilizce (spiritual and moral heritage) ve Fransızca (patrimoine spirituel et moral) metinde ise "manevi ve ahlaki miras"tan söz edilmektedir.

¹⁶³ Peter J. Tettinger, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, NJW 2001, s. 1011.

22 Haziran 1993 tarihinde yapılan Kopenhag Zirvesi'nde, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği'nin genişlemesinin Merkezi Doğu Avrupa Ülkelerini kapsayacağını kabul etmiş ve aynı zamanda adaylık için başvuruda bulunan ülkelerin tam üyeliğe kabul edilmeden önce karşılaşması gereken kriterleri de belirtmiştir. Bu kriterler siyasi, ekonomik ve topluluk mevzuatının benimsenmesi olmak üzere üç grupta toplanmıştır. 10-11 Aralık 1999'da Helsinki zirvesinde Türkiye 13. aday statüsü elde edince bu kriterlerin yerine getirilmesi Türkiye açısından da zorunluluk arz etmeye başlamıştır. Düşünceyi açıklama özgürlüğü konusunda yapılması gereken iyileştirmeler Kopenhag Kriterlerinin siyasi yönünü ilgilendirmektedir.

Kopenhag Kriterleri yanında Türkiye için Avrupa Birliği'nin hazırladığı 08.11.2000 tarihli Katılım Ortaklığı Belgesi, Türkiye'nin AB'ne katılımı açısından kaderini tayin etmektedir. Bu belge, Türkiye'nin AB-Hukukuna ilişkin normatif düzenlemeleri iç hukuka dahil etmesini yeterli görmemekte, ayrıca Avrupa Birliği'nin uyguladığı standartlarda uygulanmasının güvence altına alınmasını da gerekli görmektedir¹⁶⁴. Bu, örneğin çalışmamız açısından, düşünceyi açıklama özgürlüğüne ilişkin anayasal ve yasal düzenlemelerin lafzi olarak AB-Hukukuna uydurulmasının yetersizliğine işaret etmekte, bunun yanında hukuk düzeninin bir bütün olarak ele alınması gerektiğini, Avrupa Standardına ulaşmak için hukuksal uygulamanın, özellikle yargılamanın da demokratik ve özgürlükçü bir anlayış içine girmelerini şart koşmaktadır¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Geniş açıklama için bkz. http://www.abgs.gov.tr/Turk-%20AB/katilim_ortakligib.htm, i.t. 09.12.2001

¹⁶⁵ Doğrusu Türk Anayasal Sistemine ve özgürlük anlayışına yönelik itirazımızın bir özetidir bu. İHAS anayasamızın şekli kaynaklarındandır. Anayasanın 15. maddesi nerdeyse İHAS Md. 15'in kopyasıdır. "Demokratik toplum düzeni" kriteri yine İHAS kaynaklıdır. Buna rağmen aynı düzenlemelerin Türkiye'de farklı, Avrupa'da farklı

Katılım Ortaklığı Belgesi'nde Türkiye'nin gerçekleştirmesi istenen reformlar önceliklerine göre sıralanmaktadır. Türkiye bu reformları gerçekleştirmek amacıyla bir Ulusal Program hazırlamak zorundadır. Ulusal Program, Katılım Ortaklığının ayrılmaz bir parçası olmamakla beraber, belgenin kapsadığı öncelikler Katılım Ortaklığına uymalıdır. Nitekim Türkiye bu doğrultuda kapsamlı bir Ulusal Program hazırlamış, Siyasi Kriterler başlığı (2.1.1) altında kısa (2001 sonuna kadar) ve orta vadede düşünce ve ifade özgürlükleri açısından yapılacak düzenlemeleri sıralamıştır.

Kısa vadede gerçekleştirilecek iyileştirmeler konusunda Ulusal Program 2.1.1 başlığı altında "Anayasa ve diğer mevzuattaki ilgili hükümlerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10'uncu maddesi çerçevesindeki toprak bütünlüğü ve ulusal güvenliğin korunmasını da öngören ölçütler ile lâik ve demokratik Cumhuriyeti, üniter devlet yapısını ve millî birliği koruma kriterleri temelinde gözden geçirilmesi öngörülmektedir". Sınırlama nedenlerinde İHAS'ne göre bir artış söz konusudur. Bunun yanında yasal düzlemde sadece gözden geçirilmeden söz edilmekte ve ne tür somut adımların atılacağına ilişkin ilkesel yaklaşımlar dahi gözükmemektedir.

Anayasada 4709 sayılı yasa ile gerçekleştirilen değişikliklere bakıldığında özellikle 26. maddenin Ulusal Programın 2.1.1 başlığına uygun hale getirildiğini belirtmek gerekir. Şiddet unsuru aranmaksızın, "millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması" amacıyla düşünce açıklaması sınırlanabilecektir. Bu sınırlama yapılırken adı geçen değerlerin "Şiddet ya da şiddete teşvik unsuru" olmaksızın nasıl zedelenebileceğine ilişkin herhangi bir endişe duyulmamaktadır.

sonuç doğurmaları, Katılım Ortaklığı Belgesindeki vurgunun haklılığını gözler önüne sermektedir.

Oysa ki AB-Katılım Ortaklığı belgesindeki siyasi kriterlerde “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”nin 10. maddesi ile uyumlu olarak, ifade özgürlüğü ile ilgili hukuki ve anayasal garantilerin güçlendirilmesi, şiddet yanlısı olmayan görüşleri dile getirmekten hüküm giymiş kişilerin durumuna değinilmesi” öngörülmektedir. Ulusal Programın Katılım Ortaklığı Belgesindeki talepleri karşılamadığı ortadadır.

Bu durumda anayasada yapılan değişikliklerin Ulusal Programa uygun ancak Avrupa Birliği Katılım Ortaklığı Belgesine uymadığını söylemek gerekir. Yapılan değişikliklerin çok somut gelişmeler sağlamadığını, ancak yasal düzlemde yapılacak düzenlemelerle ve yargılamanın alacağı tavırlarla olumlu sonuçlar elde edilebileceği, Avrupa Toplulukları Komisyonunun “Türkiye’nin Katılım Yönünde İlerlemesi Üzerine 2001 Düzenli Raporu”nda açıkça belirtilmektedir¹⁶⁶.

IV. Sonuç

Görülmektedir ki anayasa değişikliğiyle sağlanan gelişmelerin Türkiye’nin özlediği demokratikleşmeyi ve özgürlükçü batı demokrasiler standardını sağlayabileceği pek mümkün gözükmemektedir.

Anayasa koyucu çok sınırlı bir özgürleştirme öngörmüş, ancak bu dar kapsamlı özgürleştirmeyi, anayasaya hakim olan otoriter felsefe ve background’un izin verebileceği kadar gerçekleştirmiştir. Anayasa koyucunun anayasaya hakim olan felsefeyi örtülü olarak onayladığını, daha kapsamlı özgürleştirme

tekliflerini geri çevirerek ya da başlangıçtaki iyileştirme tekliflerin kapsamını daraltarak göstermiştir.

Anayasa koyucu anayasa değişikliğini yaparken bir sistem anlayışına, uzman görüşüne ve sağlıklı bir hukuk politikasına sahip olmadığını, unuttuğu kavramlarla ve çelişkili düzenlemeleriyle göstermiştir. Düşünceyi açıklama özgürlüğü konusunda iyileştirme sağlayacağı yerde – ki deklare edilen hedeflerin önemlisiydi- dil yasağının kaldırılması dışında herhangi bir iyileştirme sağlamamış, hatta sınırlama nedenleri açısından toplantı ve gösteri yürüyüşü ve dernekleşme özgürlüğüne oranla daha da geriye gitmiştir.

Yine değişikliklerle Ulusal Programın gereklerine kısmen uyum sağlanmış olsa bile bu çok anlam ifade etmemektedir. Çünkü Ulusal Programın kendisi Katılım Ortaklığı Belgesindeki beklentilerin uzağındadır.

Her şeye rağmen Avrupa Birliğine giriş sürecinde ve bu amaçla gerçekleştirilen anayasa değişikliğinde bir hedefin varlığı bulanık da olsa hissedilmektedir: Özgürleştirme. Artık onurlu ve özgür bir ülke yaratma cabası içinde olan hukuk teorisyenlerinin ve uygulamacıların – özellikle yüksek mahkemelelerin – değişiklikleri bu gözle okumaları ve uygulamaları gerekmektedir.

Bu temenni anayasanın tümünden gözden geçirilmesinin ve başlangıç kısmının normatif yapıdan arındırılacak biçimde yeniden düzenlenmesi zorunluluğunu hiçbir biçimde relative etmemektedir.

¹⁶⁶ Rapor için bkz. <http://www.deltur.ccc.eu.int/RRTurkey2001.pdf>, s. 21, 93.