

Hukukî ve Siyasî Açından İfade Hürriyeti

Norman P. Barry

Liberal Batı toplumlarının temel özelliklerinden bir tanesi ifade hürriyetinin sebatla muhafaza edilmiş olmasıdır. Sınırlı devlet ilkesi için serbest ekonomi ve bireysel onur elzemdir. Bütün insan hakları belgelerinin can alıcı bir unsuru olmakla beraber, ifade hürriyeti hiçbir zaman liberal düşünürleri tatmin edecek kadar teminat altına alınmamıştır ve eleştiriye açık bu durum yalnızca otoriter rejimlerden değil, fakat aynı zamanda bizatihi Batı demokrasilerinin içindeki fikir hareketlerinden ve hukuk kurallarından da kaynaklanmaktadır. Varlıklarını esas olarak her türlü eleştiriye kısıtlamak suretiyle devam ettirebilen komünist düzenler için ifade özgürlüğünün yasaklanması zorunluydu; yoksa zora dayalı kollektivist sisteme açıkça meydan okumalara müsaade edilmesi, arkalarındaki halk desteğinin kökünden sarsılmasına sebep olurdu. Öte yandan, liberal rejimler de serbest ifadeyi sınırlamıştır, gerçi taraftarları, bu sınırlamaların liberalizmin aslî değerleriyle tutarlı olduğunu her zaman iddia etmişlerdir.

Batı'da ifade hürriyeti, hiçbir zaman mutlak bir değer olmamıştır. Geleneksel olarak, rakip başka amaçlarla yarışmak zorunda olmuştur. Bunların bir kısmı oldukça makul-

dür. Meselâ, rejimin herhangi bir tehdit altında olması durumunda, askerî sırların tamamen ifşa edilmesine müsaade edilmesi tasavvur bile edilmezdi. Böyle bir durumda, millî güvenliğin, birtakım şartlar altında liberal toplumun bir lüksü olarak düşünülebilecek başka herhangi bir şeyden önce gözetilmesi gerekir. Mamafih, hürriyete inananlar, devletin, kendisine yönelik haklı eleştirileri caydırmak için bunu bahane olarak kullanma ihtimaline karşı her zaman uyanık olmuşlardır. İngiltere'de (Britanya'da), meselâ kamu görevlilerinin ifade hürriyetine getirilmiş katı bir sınırlama olan Resmî Sırlar Kanunu çoğu zaman zararsız bilgileri dahi açıklaması yasak olan eski memurların, hükümet politikalarının bilgiyle donanmış olarak tartışmasını engellemek için kullanılmıştır. Jüri sistemi bazan hukukun katılığının biraz yumuşatılmasını sağlar. İngiltere'de Clive Ponting adında bir kişi, Falklands Savaşı sırasında Belgrano isimli bir Arjantin gemisinin batmasıyla ilgili gizli bilgileri ifşa etmişti. Hakkında cezaî kovuşturma başlatılan Ponting teknik olarak suçlu görünmesine rağmen beraat etti. Yine de kanunlar serbest tartışma önünde ciddî bir tehdit olarak durmaktadır. Buradaki kısıtlama bir ka-

nundan kaynaklanmaktaysa da, liberallerin çokça övdükleri örf ve âdet hukuku (common law) da, (aşağıda ele alınacak olan) hakaret ve iftirayla ilgili kurallar örneğinde olduğu gibi, uzunca bir süre ifade hürriyetine ciddî sınırlamalar getirmiştir.

Çoğu hukuk sisteminin serbest ifade ile açık bir şekilde çatışması mümkün başka kanunî hükümleri barındırdığı gerçeği Batılı değerlerin özündeki *çoğulculuğu* göstermektedir. Bunlardan özel önemi olan bir tanesi mahremiyet hakkıdır. Fransız hukuku bir kişinin mütecaviz bir basından korunma hakkını o kadar sıkı bir şekilde korumaktadır ki bu basın haberciliği üstünde ciddî bir sınırlama teşkil etmektedir. Sadece seks skandallarını haber vermekle ilgilenen zorba bir basından ünlü kişilerin korunmasının gerekli olması bakımından bunun makul bir dayanağı var olabilir; fakat kendi kamusal rolleriyle ilgili olabilecek, özel hayatları hakkındaki bir bilgiyi örtbas etmeye çok istekli siyasetçiler tarafından da bu kanun aynı rahatlıkla kullanılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi mutlak bir ifade hürriyeti müdafaası sergilememekte ve ifade hürriyetini bilinçli olarak mahremiyetin gerekleriyle dengelemektedir. Bu, elbette, yargıyı iki rakip iddiayı tatmin edecek kararlar vermek gibi zor bir görevle karşı karşıya bırakmaktadır.

Buradaki zorlukların bir kısmı, hürriyeti, onu ortadan kaldıracakları varsayılanlara karşı koruma problemiyle ilgilidir. Bu ikincilerin, söyledikleri bu değere düşmanca olsa bile, ifade hürriyeti hakkı var mıdır? Bunun en açık örneği, Yahudilere karşı aleni yürüyüşler yapan ve nefret kampanyaları düzenleyen Yahudi karşıtları ve Holocaust'u inkâr edenler gibilerdir. Doğrusu, insanların son derece itici davaları açıkça destekleme hakkını savunan kimi kahramanca örgütler vardır. Amerika Sivil Özgürlükler Birliği (The American Civil Liberties Union), bir keresinde Amerikan Nazilerinin bir

Yahudi bölgesinde tahrik edici bir şekilde yürüyüş yapma hakkını savunmuştu. Batılı rejimlerin pek azı ifade hürriyetini böylesine korur. Meselâ İngiltere'de çok sayıda ırkçılık karşıtı kanun vardır ve bu kanunlar ırkî azınlıklarla ilgili nahoş şeyler söyleyenlerin konuşma serbestisine karşıdır, onların bu tavırları (örf ve âdet hukuku anlamında) kamu düzenini bozmaya neden olacak muhtemel bir tahrik suçunu oluşturmaya bile.

Daha yakınlarda, liberalizm tam bir dönüş yapmış görünmektedir; çünkü ifade hürriyeti taraftarı olduğu zannedilebilecek kadın hareketinin bazı üyeleri pornografiyi savunmak için kullanıldığı zaman bu ideale karşı çıkmışlardır. Kadınları özellikle cinsel konularda aşağılayıcı bir şekilde tasvir ettiği hissedilen bir yazar veya bir sanatçı, özellikle Amerika'da düşmanca tutumlara ve yıldırıcı hukuk davalarına tahammül etmek zorundadır. Konuşma serbestisinin davranış üzerinde doğrudan bir etkisi olduğu farzedilir, şöyle ki, ırza geçmeyi hikâye eden bir kişinin bizzat ırza geçen adam kadar suçlu olduğu söylenir. Klâsik liberalizmin bir saldırıya sadece sebep olmak ile fiilen bir zarar vermek arasında yaptığı ayrım bulanıklaştırılmıştır.

Tarihî Arka Plan

İfade hürriyeti lehindeki argümanlar liberal siyasî gelenekle ilişkilidir, ancak bunlar, liberal doktrinin incelikli ve karmaşık ifadesinden önde gelir. Bu hürriyetin belki de ilk sistematik müdafaası şair John Milton'ın 17. yüzyılda yazdığı *Aeropagitica* adlı eserinde yer almıştır. Serbest ifade ve vicdan kavramları müstebit Katolik krallara Protestanların yönelttiği ideolojik itirazların unsurlarıydı. Bununla beraber, hürriyet münhasıran Protestan dininin bir özelliği olarak görülmemelidir, nitekim Katolik İspanya'daki Salamanca okulu esas olarak hürriyetçiydi. Ayrıca, John Locke da *Hosşörü Üstüne Mektup*'ta, ikna edici bir şekilde doktriner olarak hürriyeti savunup mut-

lakiyete karşı çıkmasına rağmen, bu hakkı Katoliklere teşmil etmemiştir. Bu, hürriyetin bazen başka değerlere nasıl feda edildiğinin ilk örneklerinden biridir ki bu örnekte Papalığın dünyevi gücünden duyulan korku hürriyetin değerini bastırmıştır. Mamafih, onsekizinci yüzyıl boyunca, Britanya, ifade hürriyetinin nadiren sorgulandığı, kurallarla idare edilen liberal bir toplumun aşama aşama doğuşunu tecrübe etmiştir. Bu tecrübenin gerçekleşmesinde, başlıca figürlerini David Hume ve Adam Smith'in temsil ettiği İskoç Aydınlanması etkili olmuştur. Bu filozoflar felsefe ve iktisat alanındaki eserlerinde araştırma/sorgulama hürriyetinin sosyal ve entelektüel alanda büyük faydaları olduğunu göstermişlerdir. Bunlar ifade hürriyetinin başlıca (özellikle de Hume'un durumunda) faydacı müdafileri idiler.

İfade hürriyetinin ilk sistematik-felsefi müdafaasını yapmış olan John Stuart Mill'in *Hürriyet Üstüne* (1859)¹ adlı eseri idi. Bu eserin ilgi çekici yanı, ifade hürriyetinin faydacı temeli ile onun daha kapsamlı ahlakî müdafaasını birleştirmiş olmasıdır. Bu aslında, Mill'in genel ahlâkî ve siyasî bakış açısını ve teorik sorunlara eklektik yaklaşımını özetlemektedir. İfade hürriyetinin faydacı bir anlayışla meşrulaştırılması kolaydır. Ancak tam bir hürriyet durumunda bilgi ilerleyecek ve ancak sınırsız fikir mübadelesi sayesinde yerleşik fikirler çöküşten kurtulacaktır. Mill sürekli münazara ve müzakerenin sağlayacağı yenilenme olmadığı takdirde hakikatin kemikleşeceği korkusundan dolayı, yerleşik görüşlere ters düşen, son derece aykırı (heterodox) fikirlerin tartışılmasını desteklemeye tamamen hazırdır. Mill, ayrıca cebrî hukuk marifetiyle tartışmayı yasaklayabilecek konumda olanların zımnen kendi fikirlerinin yanılmaz olduğunu iddia etmekte olduklarını da ileri sürmektedir.

Bununla beraber, Mill'in *Hürriyet Üstüne*'sinde, tartışma hürriyetinin topluma getirdiği faydacı değerden tamamen ayrı olarak, bizzatı iyi bir şey olduğu iddiası da vardır. Konuşma serbestisi onun çok değer atfettiği "kendini geliştirme" fikri için hayatidir. Şöyle ki, kendilerine geleneksel değerlere karşı çıkma fırsatı verilmese veya onlar bu fırsatı elde etmeselerdi insanlar bir makinenin dişlilerinden ibaret olurlardı. Tam da faydanın veya hazzın tek kıymetli şey olmadığını göstermek için, (*Faydacılık* adlı kitabında) tatmin olmuş bir aptal olmaksızın tatmin olmaması bir Sokrat olmanın daha iyi olduğunu belirtmiştir.² Hakikat şu ki, Mill'in zihninde, Jeremy Bentham'ın hazzı azamileştirme hesabının ötesine geçen, oldukça yüceltilmiş bir fayda fikri vardı. Aslında, ortodoks bir Benthamcı'nın faydacı hesaplamaları tartışma hürriyetini kısıtlamak için nasıl kullanılabileceğini göstermek kolaydır. Bilimsel fikirler geliştirme konusundaki tam hürriyet, pekâlâ, insanlık üzerinde menfi bir etki yaratabilir: Atom araştırmaları yapma hürriyeti mutlak bir nimet olarak görülebilir mi? Bilimsel özgürlüğün faydalı ve zararlı yönlerini ayırt edebilecek tutarlı kurallar geliştirmek imkânsız olabilir. Burada, insan faaliyetinin faydacı açıdan maliyet ve fayda hesabının yapılması, çok muhtemeldir ki, doğrudan doğruya hürriyet prensibinin kendisine başvurmaktan daha yararlı olurdu.

Faydacı ilkenin tutarlı olarak uygulanması, ifade hürriyetine getirilecek ve zorunlu olarak devletin yanılmazlık iddiasında bulunması anlamına gelmeyen meşru bir sınırlamanın ortaya konulmasının mümkün olduğunu ifade eder. Belirli ifade türlerinin potansiyel olarak tehlikeli oldukları, dolayısıyla güvenlik nedenleriyle kontrol altında tutulmalarının zorunlu olduğu düşünülebilir. Şüp-

¹ John Stuart Mill, *Utilitarianism, On Liberty and Considerations on Representative Government*, London, Everyman, 1972.

² A.g.e., s. 10.

hesiz, Mill'in ilkeleri çerçevesinde, insanları hayat ve mülkiyet hakkını ihlâl etmeye kışkırtması muhtemel ifadelerin yasaklanmasına müsaade edilebilir. Rakip grupların ayrılığı teşvik ettiği şiddetli toplumsal gerilim dönemlerinde basın hürriyetini sürdürmek zor olabilir. Bu gibi durumlarda, mutlak önceliğe sahip hiçbir ilkenin bulunmadığı bir ilkelere çokluğunu/çoğulculuğunu istemek makul olabilir. Elbette, hükümetler her zaman bu gibi argümanları hürriyeti neredeyse ortadan kaldıracak derecede kısıtlamalara gitmek için kullanmak eğilimindedirler; bunun için vatandaşların hürriyetin korunması konusunda daima uyanık olmaları gerekir, ama yine de hürriyetin güvenlik karşısında (niçin) mutlak bir üstünlüğe sahip olması gerektiğini anlamak zordur. Buradaki argümanların yanılmazlık iddiasıyla hiçbir ilgisi yoktur.

Amerika'da "açık ve mevcut tehlike prensibi"nin benimsenmesiyle probleme kısmen bir çözüm sağlanmıştır. Bu, belirli kelime ve eylemlerin topluma çok yakında bir zarar verme ihtimalinin bulunduğu ispat külfetinin savcılığa ait olduğu anlamına gelmektedir. Fakat, tabii ki, temel sosyal değerler üzerinde bir ölçüde anlaşmanın var olduğu toplumda, azamî hürriyeti muhafaza edecek; kabul edilebilir esasların formüle edilmesi çok daha kolaydır. Mill bile, kendi hürriyet prensibinin ancak belli bir medeniyet seviyesine ulaşmış olan toplumlara uygulanabileceğini kabul etmiştir. Dinî nedenlerle derinden bölünmüş ülkelerde, tam bir tartışma ve en önemlisi yayın hürriyetinin sürdürülmesi imkânsız değilse de zor olabilir.

Mill hürriyetin veya ifade hürriyetinin sınırlandırılmasının muhtemel gerekçelerini inceleyenlerken, fayda kavramını neredeyse hiç kullanmamaktadır. Onun gayet basit ve meşhur prensibi kendini korumadır. Hürriyet üzerinde tek meşru sınır zararın engellenmesidir veya, Mill'in yanıtıcı bir şekilde kaydetti-

ği gibi, ancak başkalarını *etkileyen* fiiller yasaklanmalıdır. İlgili kişinin iyiliği veya hatta genel yarar gibi başka hiçbir argüman kabul edilebilir değildir. Başka bir ifadeyle, hiçbir kimsenin kendi iyiliği için cebre maruz bırakılması meşru değildir. Böylece, benim fiillerim sizi tehdit ediyorsa o zaman bana kısıtlama getirilebilir; kelimelerin kullanımı ise ancak su götürmez bir suçun işlenmesine tahrik oluşturmaları hâlinde yasaklanabilir. Mill, bunu meşhur bir örnekle gösteriyor. Bir kişinin mısırın fiyatını sözle protesto etmesi kabul edilebilir; ancak protestocunun bir kalabalığı mısır tüccarının mülkünü yakıp yıkmaya teşvik etmesi suç olur.

Şüphesiz, ahlâki olarak meşru hürriyetin derecesi her zaman Mill'in prensiplerinin yorumuna bağlı olacaktır. Eğer (sınırlamanın gerekçesi) fiillerin başkalarını *sırf etkilemiş olması* ise, o zaman hemen hemen hiçbir şey müsaade edilemez. İfade hürriyetinin önemi zaten onun başkalarını etkilemesinde, en azından onların fikrini değiştirebilmesindedir. Bu potansiyel olarak sınırlayıcı tanımın üstesinden gelmek için, Mill genellikle başkalarının *çıkarlarının* etkilenmesini kastettiği şekilde yorumlanır. Her ne kadar modern Amerikan liberalleri, (özel alandaki) din hürriyeti ile sivil hürriyetlerin korunmasına, özel mülkiyetin güvence altına alınmasından daha çok hassasiyet gösteriyorlarsa da, bunun uygun örnekleri kişisel güvenlik ve mülkiyettir. Fakat Mill'in argümanında bir kişinin değerlerini etkilemek ile o kişiye *zarar vermek* arasındaki önemli ayrım saklıdır. Böylece, kendi kişiliğine veya mülkiyetine yönelik saldırılarda olduğundan farklı olarak, hiçbir kişinin kendisini *incitebilecek* sözlü saldırılara karşı koruma talep edemeyeceğine ilişkin temel liberal prensibe ulaşıyoruz. Hiç kimse kendi şahsî değerleri için özel bir imtiyaz iddiasında bulunamaz, çünkü fikir piyasasında onların da diğeriyle rekabet etmesi gerekir. Bu,

tabii, ciddi dinî farklılıkların ve güçlü grup bağılıklarının bulunduğu topluluklar için problemler yaratır. İngiltere Salman Rüşdü olayında bunu yaşadı. Salman Rüşdü, İslam'la alay eden bir roman yazdı ve Müslüman cemaatini öylesine incitti ki ölümle tehdit edildi. Şu açık ki, ifade hürriyetine özel bir değer atfeden Batılı liberal değerler belirli inançlara özel koruma sağlanması konusunda ısrar eden cemaat prensipleri ile çatışmaktadır. Aşırı İslamcı tutumu Mill'in liberalizmi ile bağdaştırmak zordur, ama, şüphesiz dindar Müslümanlar da bir hırsızlığın özel mülkiyete verdiği zarar ölçüsünde, kendi değerlerinin Rüşdü'nün romanından zarar gördüğünü iddia edebilirler. Bütün bunlar, en azından, Mill'in liberalizminin evrensel uygulanabilirliği iddiasının bir zamanlar düşünüldüğünden daha az ikna edici olduğunu göstermektedir.

Ortodoks liberal tutum açısından, Mill'in prensipleri ifade hürriyetini tartışmacı (contentious) bir ahlâka başvurmadan tartışmanın bir yolunu göstermektedir. Cinsel ifade örneğini ele alalım. Bir ortodoks liberal erotik veya pornografik malzemelerin, söz gelişi, kamusal bir mekanda alenen teşhirine itiraz edebilir. Bu, ahlâkî bir tacize/incinmeye neden olduğu için değil, fakat ona elinde olmadan maruz kalanların "mülkiyet" haklarına zarar verdiği için yasaklanabilir. Kamunun üyeleri olarak onlar bir anlamda sokakların sahibidirler ve aleni müstehcen gösterilerden korunmaları gerekir. Buna karşılık, bu malzemeler ahlâken sakıncalı oldukları için yasaklansaydı, o zaman *onların* özel tüketimi bile muhtemelen yasaklanacaktı. Ne var ki, kamusal ile özel arasındaki ayrım liberaller için çok yararlı olmakla beraber, kabul edilmelidir ki, ifade hürriyetiyle ilgili en tartışmalı meseleler kamuyla ilgilidir. Bütün bunlardan öte, genel kabul görmüş doğrulara karşı çıkanlar kamuyu/halkı ikna etmek isterler. Neyin sahici tacize (veya tecavüze) ne-

den olduğu veya olmadığıyla ilgili sorunlar sık sık ortaya çıkar ve bu konuda Mill'in argümanlarında da belirli bir muğlaklık vardır.

Bu muğlaklığı iki tartışmalı alanda incelemek istiyorum: Özellikle İngiltere'de yayın yoluyla hakaret hukuku ve hürriyet meselesi ile Amerika'daki müstehcen literatür. İngiltere'nin hakaretle ilgili çok sıkı kanunları var, yine de epey liberal bir ülke ve bu kanunların müdafileri ifade, veya daha özel olarak yayın, üzerindeki sınırlamaların aşağı yukarı liberal bir rasyonalitesinin bulunduğunu iddia edebilirler. Amerika'da ise kadınları aşağılayıcı veya olumsuz bir tarzda tasvir eden "sanatsal" çalışmalara şiddetle karşı çıkan feministler Mill'in zarar kavramı çerçevesinde bir meşrulaştırmanın arayışı içindeler.

Yayın Yoluyla Hakaret ve İfade Hürriyeti

Esas itibarıyla örf ve âdet hukukunca geliştirilmiş olan İngiltere'deki yayın yoluyla hakaret hukuku özellikle gazete haberciliğini etkileyen ve politikacılara yönelik açık eleştirileri kısıtlayan, ifade hürriyeti üzerinde katı bir sınırlamadan ibarettir. Esasen, bazı ünlüler (basın mensuplarını) hakaret davalarıyla tehdit etmek suretiyle kendilerini teşhir edilmekten kurtarmayı başarmışlardır. Rüşvetçi finansçı Robert Maxwell sürekli kullandığı hakaret davası silahı sayesinde yıllarca basını sindirmiştir. İfade hürriyeti (şimdi artık İngiliz hukukuna da bir kanunla aktarılmış olan) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından güvence altına alınmış olmakla beraber, bu durumu pek değiştirmemiştir. Hakaret tazminatları son derece önemlidir ki bazı küçük, hatta büyük yayınevlerini bile iflâsa sürükleyebilir. Son yıllarda mahkemelerin içtihadında ve kanunlarda bazı ilerlemeler gerçekleşmişse de, İngiltere'de yayın yoluyla hakaretle ilgili hukuk ifade hürriyetinin önünde hâlâ ciddi

bir engeldir. İngiltere'de çoğu haksız fiil davası jüri değil de bir yargıç tarafından görülüyor ve tazminata hükmediliyor olmasına rağmen, bunun yayın yoluyla hakaret için geçerli olmaması kayda değer bir noktadır. Bu davalardaki tazminat miktarları, tüm haksız fiil davalarının jüri tarafından sonuçlandırıldığı Amerika'daki seviyelere yaklaşıyor. Jürinin tazminatlar konusunda yargıçlardan çok daha cömert olacağı, insan tabiatı hakkındaki bildik varsayımlar dikkate alınırsa kolaylıkla tahmin edilebilir.

Davacıların yayın yoluyla hakaret davalarını çoğunlukla kazanmalarının ana nedeni, ispat külfetinin normal hukuka göre tersine çevrilmiş olmasıdır. Hakarete uğramış olduğunu ispatlamak ("ihtimaliyet dengesi" nedeniyle) davacıya düşmez; bu eylemden dolayı kusurlu olmadığını göstermek külfeti davalıdadır. Davacıların çok şüpheli gerekçelere dayanarak genellikle davayı kazanmalarının nedeni budur. Gazetecilerin, meselâ bir politikacı hakkında söylediklerinin tamamen doğru olduğunu ispatlamaları bazen son derece zordur ve bu, aşağıda ele alınacak tartışmalı bir kayıtla birlikte, bir hakaret davasındaki yegâne savunmadır. Bununla beraber, liberal bir toplum hakkındaki en temel anlayışlar, malî olarak çökme korkusu olmaksızın yapılan yanlışlıkları araştırabilen ve teşhir edebilen hür bir basının kamu yararını artıracığı fikrini de ihtiva eder. Birçok konu örf ve âdet hukukunun "esnekliğine" bağlı olduğundan, ifade hürriyetinin bu yönünü ancak yargının müdahalesine imkân tanımayan bir kanunun koruyabileceği düşünülebilir.

Aslında, son yıllarda birtakım iyileşmeler olmuştur ve 1998'deki *Reynold* davasından³ beri de hakaret davalarında "şartlı imtiyaz" müdafaası yapılması kabul edilmektedir. Eğer bir gazetenin elinde, bir kimsenin suç teşkil

edecek veya dürüst olmayan bir şekilde hareket ettiğine dair iyi bir delili olduğu hâlde bunu bilfiil kanıtlayamıyorsa ve bu bilgiyi ifşa etmenin kendisi için bir vazife olduğunu gösterebilirse, o zaman, başka şartlarda hakaretimiz sayılacak beyanlarda bulunabilir. Ne var ki, örf ve âdet hukukunun içtihadî niteliği düşünüldüğünde, bu hakka bile güvenilemez ve kamu yararına dayalı savunmanın kabul edilebilirliği de güvende değildir. Nitekim, 2001 yılında karara bağlanan *Loutchansky* davasının (Yüksek Mahkeme'deki) ilk duruşmasında yargıç "şartlı imtiyaz" savunmasını o kadar dar yorumladı ki davacı kazandı. Bu olayda, itibarlı Londra *Times* gazetesinin elinde, Rus işadamı Dr. Grigor Loutchansky'nin ciddi yolsuzluklara bulaştığı⁴ yolunda polisten ve başka bazı resmî ve özel kaynaklardan elde edilmiş iyi deliller vardı. Nitekim onun ülkede bulunmasının kamu yararına olmadığı söylenmiş ve ülkeye girmesine izin verilmemişti. Bununla beraber, sadece *The Times* gazetesine açtığı hakaret davasını takip edebilmesi için sonunda kendisine izin verilmişti. Buna ve Loutchansky'nin aleyhindeki kesin olarak kanıtlanamayan başka delillere rağmen, davacı kazandı. Böylece *Reynolds* davasında tespit edilen ilkeler tersyüz edilmiş oldu. Bu davada, Lord Nicholls, şartlı imtiyaz kavramını kullanarak, "halkın bilme hakkı"nı vurguladı ve kendi iddialarını ispatlama külfetinin ifade hürriyetini sınırlayanlara ait olması gerektiğini belirtmişti. Fakat *Loutchansky* davasında yargıç Gray, doğru olduğu kanıtlanamayan her şeyin zorunlu olarak yanlış olduğunu söyleyen hakaretle ilgili daha önceki hukuka geri dönüyor gibiydi.

Neyse ki, karar Temyiz Mahkemesinde bozuldu ve *The Times* gazetesi, bazı bakımlardan tamamıyla başarılı olarak nitelendirilmese de, davayı esas olarak kazandı. Ne var ki,

³ *The Times*, 28 Nisan 2001.

⁴ *The Times*, 13 Aralık 2001.

Friedrich Hayek gibi yazar ve filozofların her zaman aksini söylemelerine rağmen, hukukî feraset örf ve âdet hukukunun hürriyetin en iyi koruyucusu olmadığını düşündürmektedir. Hukuk ile hürriyet arasındaki can alıcı bir kavramsal bağlantı, hukuk sisteminin kurallarının açık-seçik ve önceden bilinir olması gereğidir. Geniş yargısal yoruma bağlı oldukları ölçüde, kurallar insanların tamamen hür olmaları için gerekli olan güvenlik ve öngörülebilirliği sağlayamazlar.

Amerika ifade hürriyeti bakımından çok daha iyi bir durumdadır, çünkü onun örf ve âdet hukukunun üzerinde olan bir “temel kod” u, anayasası vardır. Anayasanın Birinci Değişikliği devletin tartışma hürriyetini kısıtlamasını yasaklamaktadır. Başlangıçta bu hüküm sadece federal hükümeti bağlıyordu, fakat yirminci yüzyılın başlarında bu hak, değişikliklerdeki başka bazı haklarla beraber, eyaletlerin hukuk sistemlerine de dahil edildi. Bazı yazarlar bu hürriyetin siyasî ifadeyle sınırlı olması gerektiğini iddia etmişlerdir, nitekim hakareti yasaklayan eyalet kanunları olduğu gibi kalmıştır. Buna karşılık, liberaller ve bazen de Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, açık-saçık cinsel malzemelerin yayınının kısıtlanmaması da dahil olmak üzere, bunu genel bir hürriyet hakkı olarak yorumlamışlardır.

Ancak, Amerika'da ifade hürriyetinden yana olan sadece anayasa değil, tabii ki. Mahkeme kararları da İngiltere'de olduğundan çok daha fazla özgürlüğe sıcak bakan bir hukukî ortam yaratmıştır.⁵ Bunlardan en önemlisi, kamu görevlilerinin açtığı hukuk davalarına karşı gazetecileri ve yazarları korumuş olan *The New York Times v. Sullivan* (1964) davası kararıydı. Gazeteci ve yazarlar, İngiltere'de genellikle olduğunun tersine, söyledikleri her şeyin doğruluğunu ispatla-

mak zorunda değildiler, böylece olgularla ilgili hatalar arızî yanlışlar olarak mazur görülebilmektedir. *Sullivan* davası şu prensibi yerleştirdi: Bir hakaret davasını kazanabilmesi için davacı “gerçek kötü niyet”i (actual malice) kanıtlamak zorundadır, bunu yapmak ise kolay bir şey değildir. Bu ilke başlangıçta sadece kamu görevlilerine uygulanıyordu; mamafih neyin “kamu(sal)” olduğu neyin olmadığını tanımlama öylesine genişletildi ki, bir tür kamusal rolü olan hemen hemen herkesin hakaret davası açma hakkı neredeyse tümüyle ortadan kalkmış oldu. Pek çok klâsik liberal “gerçek kötü niyet” kuralının bütün yayın yoluyla hakaret davalarını kapsayacak şekilde genişletilmesini arzu eder. Bazıları bunun insanlar hakkındaki doğru olmayan pek çok beyanın cezasız kalmasına yol açacağını iddia edebilir. Bununla beraber, Amerika'da eyalet huku sistemlerindeki yayın yoluyla hakaret konusundaki eski kurallar hâlâ yürürlükte, ama en azından, ifade hürriyetini itinayla koruyan hukukî bir zemin de hâlâ mevcuttur. Hürriyet lehine peşin bir “tarafgirlik” sözkonusudur.

Aslında, hürriyetçi (liberteryen) fikrin herhangi bir hakaret hukukuna prensip olarak yönelttiği bir itiraz vardır ki burada kısaca ele alınmaya değer. Herhâlde, hakaretin hukuken müeyyidelendirilmesinin meşruluğu insanların kendi itibarları üzerindeki “haklar”dan kaynaklanır. Buradaki haklar mülkiyet haklarına benziyor. Birisinin bir başkası hakkında açıkça doğru olmayan şeyleri dile getirmesi, ona aşağı yukarı ölçülebilir bir zarar vermesi demektir. Herhâlde bu nedenle İngiltere'de yayın yoluyla hakaret davalarında çok ağır tazminatlara hükmediliyor. Buna karşılık, hürriyetçiler, itibarımız üzerinde, meşru yollardan edindiğimiz mülklerimizdekine benzer bir mülkiyet hakkına sahip olmadığımızı iddia ederler. Bizim müspet itibarımız başkalarının tasdiki sayesinde ortaya çıkmaktadır.

⁵ Bkz. Ronald Dworkin, *Freedom's Law* (Özgürlüğün Hukuku), Cambridge, Mass., Harvard, 1996, 8. Böl.

Ayrıca, yalan-yanlış sözlerin yayılmasıyla itibarlara verilecek zararın hakikî bir serbest fikir piyasasında pek kayda değer olmayacağını ileri sürmektedirler. İnsanlar işi-gücü kötü niyetli hikâyeler yaymak olanlara öyle kolay kolay kanmazlar. Kötü niyetliler için bir piyasanın var olmasının yegane nedeni hakareti müeyyidelendiren bir hukuka sahip olmamızdır. Diğer taraftan, insanlar hakkında çirkin hikâyeler yayan kişiye insanlar ilk anda inanma eğilimi içinde olurlar; çünkü halk, mağdur dava açmadığına göre söylenenlerde bir doğruluk payının olması gerektiğini düşünür. Bu bizi hürriyetçi argümanın –zımnen eşitlikçi olan- ikinci özelliğine getiriyor: Mevcut hukuka göre ancak zenginlerin dava açmaya malî gücü yetiyor, o zaman fakirler fiilen korumasız kalmış olmaktadır. Davacının kazanma şansı çok yüksek olmakla beraber, durumu daha az iyi olanlar için hâlâ bir hayli maliyet ve çaba gerektirdiği İngiltere’de durum özellikle böyledir. Zaten zengin olmayan biri için risk almaya değmeyebilir. Karşı tarafın masraflarını da ödemek dahil, “kaybeden öder” kuralının geçerli olduğu bir ülkede, Amerika’dakinin tersine, toplumun daha fakir üyelerinin riskli olması mümkün davalar açmaya kalkışmaları için yeterli bir müşevvik bulunmamaktadır.

Hürriyetçi argümanda belli bir makullük, hatta çekicilik var olmakla beraber, hakareti müeyyidelendiren bir hukukunun olmasının da bir mantığı var. Bütün hukuk sistemleri, kasıtlı yalanların yayılması yoluyla bir kimsenin saygınlığını yitirmesinin gerçek bir zarar teşkil ettiğini ve fikirlerin serbest piyasasına dayanan bir sistemin insanları yeterince koruyamayacağını kabul etmektedir. Tam bir ifade hürriyetinin geçerli olması bir bütün olarak toplumun yararına olabilirse de bu durum masum mağdurlar da, yani yalan-yanlış hikâyelerin yayılmasından gadre uğramış kişiler de bırakabilir. İngiltere’de yapılması ge-

reken, hakareti yasaklayan bütün kanunların kaldırılması değil, fakat insanların hukukun kendilerini nasıl etkileyeceğini önceden bilmelerine imkân verecek şekilde hakları ve ödevleri açık bir şekilde gösteren tutarlı bir yasal çerçevenin çizilmesidir. Böyle bir düzenlemenin temel özelliği ispat yükünün tersine çevrilmesi olurdu.

Liberal düzenin ana unsurlarından bir tanesi öngörülebilir bir kanunlar manzumesidir. İngiltere’de örf ve âdet hukuku ciddî bir öngörülebilirlik boşluğu yaratmaktadır ve bu şüphesiz fakirleri hakaret davası açmaktan caydırıcı parasal faktöre katkıda bulunmaktadır. Ülkenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni kendi hukukuna dahil etmesinin meseleye bir düzen ve açıklık getireceği düşünülmüş olabilir, ama bu da olmamış görünüyor.

Cinsellik, Hürriyet ve Hukuk

Son yıllarda, Amerika’da ifade hürriyetinde sağlanan liberal ilerlemelerin birçoğu feministlerin cinsel yayınlara ilişkin birtakım sert eleştirilerinin tehdidi altındadır. Şüphesiz, anayasaya uygun müstehcenlik karşıtı kanunlar var, ama bunlar katı bir şekilde uygulanmamışlardır. Ayrıca, ifade kavramı basılı yayını aşacak şekilde genişletilmiştir. Meşhur bir örnekte, bir striptizcinin yaptığı ve müstehcenlikle ilgili yerel bir kanuna açıkça aykırı olan iş, çıplak kadın vücudunun kamu önünde teşhirinin anayasal korumadan bütünüyle yararlanması gereken bir ifade biçimi olduğu gerekçesiyle korunmuştu. Bu, feministler için olduğu kadar muhafazakârlar için de rahatsız edici bir durum. Muhafazakârlar, ifade hürriyetinin ancak siyasî ifadelere uygulanabileceğini düşünürler.

Tartışma hürriyetine ilişkin liberal görüş onun bütün alanlara –özellikle de sanatlarla ilgili olanlara- teşmil edilmesi ve hiçbir ifade türünün koruma dışı bırakılmaması gerektiği

yönündedir. Liberaller, hukuken korunması gerekenin hangi tür (ifade) olacağını seçme görevinin kanun koyuculara verilmesini istemezler: Bu şekilde, hem faydacı nedenlerle hem de kendini-ifade ve kişisel gelişmeye ilişkin daha tartışmalı nedenlerle, radikaller geniş hürriyet talep ederler. Sadece Mill tarzı bir zarar anlayışından türetilen sınırlamalar getirilebilir. Buradaki önemli nokta, liberallerin, karşı çıkmak için iyi nedenlerimiz olabilecek görüşleri de ifade etme hürriyetine değer veriyor olmalarıdır. Şüphesiz, onlar da serbest ifadenin cinsel alandaki birçok modern şeklinin itici olduğunu düşünürlerdi, fakat bu onları yasaklamak için asla bir sebep olamaz: Hürriyet, zorunlu olarak, yanlış olanı yapma hakkını da ihtiva eder ve insanların tutum ve davranışını değiştirmek için cebri hukuka değil sadece iknaya ve akli muhakemeye başvurulabilir.

Pornografik malzemenin filmlerde, kitaplarda veya diğer araçlarda alenen (ve belki özel olarak da) gösterimine karşı çıkan feministler Mill'in argümanlarının bir versiyonunu kullanmaya çalışıyorlar. *Yalnızca Kelimeler (Only Words)*⁶ adlı kitabında Catherine MacKinnon kadınların video filmlerinde, reklâmlarda ve edebiyatta onur kırıcı durumlarda tasvir edilmesinin onlara genellikle zarar verdiğini, çünkü bunların doğrudan doğruya cinsel suçlara yol açtığını iddia etmektedir. Ona göre, bir tecavüz sahnesinin filme alınması gerçek fizikî tecavüze denk düşmektedir ki bu zarar kavramını çok fazla genişleten bir görüştür. O ve onun gibi düşünen Angela Dworkin (ki o aslında evlilikteki karşılıklı anlaşmaya dayalı cinsel ilişkinin de tecavüz olduğu kanısındadır) Indianapolis'te pornografiyi yasaklayan bir kararnameyi yürürlüğe koydurmayı başardılar, ama mahke-

meler onu Birinci Değişikliğe dayanarak iptal ettiler. Oysa benzer bir kanun Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından onaylanmıştı.

MacKinnon'un argümanının özellikle Mill'in liberal çerçevesinde çok anlamlı olduğunu söylemek zordur. Empirik nedenlerle, pornografik malzemenin erkekler tarafından tüketilmesi ile kadınlara karşı cinsel şiddet eylemleri arasında bir bağlantı olduğunu ileri sürmek mümkün olabilirdi, fakat deliller bu iddiayı kesinlikle desteklememektedir.⁷ Gerçekte, Danimarka ve Japonya gibi pornografiye pek az sınırlama getiren ülkelerde cinsel suçlar en düşük orandadır. Pek muhtemeldir ki, pornografi yasaklanmış olsaydı kadınlar daha büyük zararlara maruz kalırlardı. Tam da pornografinin varlığıdır ki, aksi hâlde doğrudan doğruya kadınlara yönelebilecek olan, erkeklerin cinsel saldırganlıklarına bir çıkış yolu sağlamaktadır.

Diğer taraftan, kadınların erkekler tarafından meselâ pornografik videolarda yer almak için zorlandıklarına dair bir delil de yoktur. Esasen, MacKinnon'un argümanı yasallaştırılmış olsaydı, kadınların istihdam şansları büyük ölçüde azalırdı. Onun teklifleri arasında yer alan, meselâ *Playboy* dergisi gibi, çok önemsiz cinsellik tezahürlerinin bile yasaklanmasına yol açacak şekilde, pornografinin oldukça gevşek tanımlanması ifade hürriyeti için gerçek bir tehdittir. İnsan, onun, belki iyi nedenlerle, hoşlanmadığı şeyleri cezaî koğuşturma gerektiren fiillere dönüştürdüğünden şüpheleniyor. İfade hürriyetinin sonuçlarından biri hoşlanmadığımız şeylere tahammül göstermek zorunda olmamızdır. Çocuklar söz konusu olduğunda, müstehcen malzemenin hem üretimi hem de yayılması konusunda farklı argümanlar geçerli olabilir, fakat bütün hukuk sistemlerinde çocukları koru-

⁶ *Only Words (Yalnızca Kelimeler)*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993.

⁷ Bkz. R. A. Posner, *Overcoming Law* (Hukukun Üstesinden Gelmek), Cambridge, Mass. Harvard, 1995, 17. Böl.

yan kanunlar vardır. Liberal bir toplumda, neyin okunması veya seyredilmesi gerektiği konusunda yetişkinlerin kendi kararlarını kendilerinin vermesini bekleriz. MacKinnon zarar ilkesinden kaynaklanan argümanlar kullanmaya çalışıyor, ama argümanlarının gerçek gücünün, aslında kadınların da çoğu zaman mağduru oldukları, bir tür paternizmden kaynaklandığından şüphe edilebilir.

Sonuç

İfade hürriyetinin kat kat daha tartışmalı örnekleri siyasî ifadeyi kısıtlayan rejimlerden çıkmıştır. Burada, liberalizmin evrenselliğinin, yani onun bütün kültürlerce kolaylıkla benimsenebilecek değerleri kendinde topladığı iddiasının kanıtları yetersizdir. Dünyanın her tarafında, kullanılmasının pek zarara yol açmayacağı şartlarda (bile) hür ifadenin baskı altında tutulduğunun örnekleri vardır. Hepsi de ifade hürriyetinin yararlarını dile getiren bir çok uluslararası insan hakları belgesi var olmakla beraber, az sayıda ülke bu haklara gerçekten hakkını veriyor. Bazı ülkelerde, bunlar Batı'nın kültürel "emperyalizm"inin, yani kendi yerli ahlâkî değerleri bulunan toplumlara yabancı normların dayatılması girişiminin, örnekleri olarak açıkça lânetleniyorlar.

Bununla beraber, ifade hürriyetinin geleneksel gerekçelerinin avantajı, onun korunmasının yerel ve geleneksel kültürel değerlerin muhafazasıyla tamamen bağdaşmasıdır. Eğer bir kültürel gelenek sağlam ise, ifade hürriyetinin tanınmasıyla gerçekleşebilecek Batılı değerlerin ithaline dayanabilir. Batılı olmayan Japon hayat tarzının ifade hürriyetinin tehdidi altında kalmış olduğunu tasavvur etmek zordur. İfade hürriyeti üzerindeki katı sınırlamaların kendi gelenek ve değerlerinden emin olmayan, onları fikirlerin piyasasında rekabete sokamayan rejimler tarafından konmuş olduğundan şüphe edilebilir. Bu, şüphesiz, konuşma serbestisini doğrudan siyasî sebeplerle baskı altında tutan rejimler için de aynı ölçüde geçerlidir: Onlar kendi iktidarları için rakipleri bertaraf etmek isterler, fikirlerin serbest akışı ise rakiplerin destek toplamalarına izin vermenin en emin yollardan biridir. Komünizmin bu kadar uzun süre ayakta kalabilmesinin sebeplerinden biri, halkın alternatif iktisadî ve sosyal sistemler hakkında bilgisiz kalmasını sağlayacak şekilde, bütün rakiplerini zor kullanarak yok etmiş olmasıydı. Fakat tabii bunu sonsuza kadar sürdüremezdi.

Çeviren: Özlem Yılmaz

DÜZELTME VE ÖZÜR

Liberal Düşünce'nin Yaz-Bahar 2002 (Sayı 25-26) sayısında "Küreselleşmeyi İnşa Etmek: Egemenliğin Dönüşümü Olarak Küreselleşme" başlıklı makalenin yazarı Ramazan Kılınç'ın künyesi yanlışlıkla *Boğaziçi Üniversitesi Doktora Öğrencisi* olarak yazılmıştır. Yazarın asıl künyesi *Fatih Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Araştırma Görevlisi* olacaktır. Düzeltir, yazardan ve okuyucularımızdan özür dileriz.