

DÜŞÜNCELERİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ, YIĞINSAL İLETİŞİM ARAÇLARI VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Ersan İLAL*

Düşünceleri açıklama özgürlüğü kendiliğinden (per se) değer taşıyan, salt bir düşünceyi ya da açıklamayı korumayı amaçlayan bir özgürlük değildir, toplumun yönetiminde en uygun çözümlerin bulunabilmesi için her düşüncenin kamuoyuna yansımaları, halkın katılımını —özetle demokrasiyi— sağlamak temel amacını güden bir özgürlüktür ve bu amacın önemi nedeniyle günümüz uygarlığının çağdaş siyasal kültüründe tartışmasız ana özgürlük olarak kabul edilmiştir.

Bu nedenle, açıklamalara getirilecek herhangi bir sınırlama ya da herhangi bir açıklamanın etkili biçimde topluma yansımalarına engel oluşturan bir düzenleme düşünceleri açıklama özgürlüğünün amacına uygun kullanılması engellenmekte, özgürlüğün özünü yok etmekte, özgürlüğün kullanılmasındaki toplumsal yararı ortadan kaldırmaktadır.

Diğer yanda, çağdaş toplumlarda yığınsal iletişim araçları dışında etkili açıklama söz konusu değildir. Günümüzde düşünceleri açıklama özgürlüğü, yığınsal iletişim araçlarında düşünceleri açıklama özgürlüğü olarak tanımlanmalıdır. Bu nedenle de, basın, sinemanın, radya ve televizyonun yapısal niteliklerine uygun düzenlemelerle sınırsızlık ve etkinlik gereklerinin korunması çabaları demokratik hukuk düzenlerine yansımaktadır. Böylece, yığınsal iletişim araçlarında açıklama özgürlüğünün güvence altına alınmış bulunması, günümüzde demokratik hukuk devletinin temel ölçütü niteliğini kazanmaktadır.

Ancak, üzümlere belirtmek gerekir ki, Türk anayasal gelişmelerinde, değişik toplumsal etkenlerin oluşturdukları yanlılgılar sonucunda varılan yığınsal iletişim araçlarında düşünceleri açıklama özgürlüğüne ilişkin ilke ve kurallar bu ölçütün aşılması için gerekli yeterliğe ulaşmamaktadır. Gene üzümlere belirtmek gerekir ki, özgürlüklerin temel güvencesi olarak Türk anayasal yapısına kazandırılmış bulunan Anaya-

(*) İ.Ü.H.F. Öğretim Üyesi.

sa Mahkemesinin kararları da bu yanlışların ve güvencesizliklerin oluşmasına büyük katkılarda bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında oluşan ve son sosyal düzenlemelere yansıyan, düşünceleri açıklama özgürlüğüne ilişkin üç temel çizgi şöyle özetlenebilir :

- Düşünce özgürlüğü ve düşünceleri açıklama özgürlüğü adlarını taşıyan iki ayrı özgürlük oluşturulması.
- Düşünce özgürlüğünün sınırsız ama düşünceleri açıklama özgürlüğünün sınırlanabilir olmasının kabulü.
- Yığınsal iletim araçlarında düşünceleri açıklama özgürlüğünün ise etkili ve tehlikeli olması nedeniyle sınırlanmasının gerekli görülmesi.

Bu çizgileri oluşturmakla, Yüce Mahkeme yalnızca Türk Anayasa Hukukunda amacına uygun kullanılması olanaksız, sınırlı ve etkisiz bir düşünceleri açıklama özgürlüğü tanımlamakla kalmamakta, çağdaş anayasal düzenlerde demokratik yapının temeli olan, kişilerin özgürce bilgilere ulaşmak ve bilgilerin geliştirdiği bilinçle yönetime katılmak haklarının yargı denetimi güvencesine alınması işlevini de yadsımaktadır.

Biz, bu çalışmanın sınırlı olanakları içinde, Türk Anayasa Hukukunda düşünceleri açıklama özgürlüğü kavramında beliren olumsuz çizgiye ABD Yüksek Mahkeme kararları ile karşılaştıracığımız Türk Anayasa Mahkemesi kararları yardımıyla açıklık kazandırmak amcındayız.

Türk Anayasa Hukukuna düşünceleri açıklama özgürlüğünün ve onun bir uzantısı olan « basın özgürlüğü » nün girmesi daha başlangıcında çarpık ve içeriksiz bir yapıyı yansıtır. 1876 Anayasasında « matbuat » hürriyeti 12. maddede yer alır, ama onun asıl içeriğini oluşturması gereken « fikir » hürriyeti Anayasada yoktur. Bu bir unutkanlık değildir. « Herkes kaalen ve kalem beyanı efkârda azadedir... » hükmünü getiren, Mithat Paşa tasarısının 46. maddesi anayasa koyucu tarafından üstü çizilerek metin dışı bırakılmıştır (1).

Osmanlı yurttaşlarına düşüncelerini açıklama olanağı vermeyen, ama özellikle emperyalist ülke ideolojilerine basında güvence tanıyan

(1) Bu çarpık düzenlemeyi oluşturan iç ve dış nedenlerle ilgili olarak bkz.: İLAL, Ersan, **Basında Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü ve 1961 Anayasası**, İstanbul : 1977 (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi).

bir «içeriksiz özgürlük» düzenlemesinin Anayasa Mahkemesini temel özgürlük güvencesi olarak getiren 1961 Anayasası döneminde de değişik ama daha belirgin bir biçimde sürdüğü görülmektedir.

1961 Anayasasında düşünceleri açıklama özgürlüğünün sağlıklı biçimde güvence altına alınmasını engelleyen temel yanlış «düşünce hürriyeti» kavramının Türk Anayasa Hukukuna yerleşmesidir. Bu yanlış, büyük ölçüde, Anayasanın 20. maddesindeki hiçde bağlayıcı olmayan bir madde kenar başlığından kaynaklanmaktadır.

«Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Düşünce ve kanaatlarını söz, yazı, resim ile veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklayabilir ve yayabilir...» kuralı, maddenin başlığının «Düşünce Hürriyeti» olmasından kaynaklanan bir yorumla, iki aşamalı bir **hukuk** süreci olarak algılanmaktadır. Birinci aşama «düşünce» aşaması, ikincisi ise «açıklama ve yayma aşamasıdır». «Düşünce» bir iç özgürlük, bir hukuk kurumu olarak sınırsızdır, ama «açıklama ve yayma» sınırlanabilecektir.

Üzülerek belirtmek gerekir ki, Anayasanın özgürlüklerin güvencesi olarak öngördüğü Anayasa Mahkemesi, ana özgürlüğün Türk Hukukunda kullanılmaz derecede sınırlanması sonucunu doğuran bu yorumun öncülüğünü yapmaktadır.

Yüce Mahkeme, 1963 yılında verdiği iki kararda :

«Düşünce ve kanaat hürriyeti insanların en tabii haklarından. Herkes istediği gibi düşünmekte, istediği fikre inanmakta serbesttir. Kişinin iç alemi kanunun her çeşit müdahalesinin dışındadır. Ancak kişinin iç alanında kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına girer ve toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabilir. İnsanların toplum halinde yaşayabilmeleri ancak toplum hayatının bazı esaslara ve kurallara bağlanması ile mümkündür. Bu zaruret insanın iç hayatı bakımından mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyetinin, söz yazı, resim vesaire gibi çeşitli vasıtalarla açığa vurulurken toplumsal yaşayışın sürekliliği (devam ve bekası) sağlanmak için belli esaslara ve kurallara bağlanmak suretiyle kayıtlanmasını zorunlu kılar... Bahsi geçen... kayıtlama... vatandaşın... hakkında herhangi bir kanaat beslemesini men edici mahiyet taşımamaktadır. Esasen kanaat besleme kişinin iç alemini ilgilendirdiği cihetle bir kayıtlanmaya da tabi tutulamaz. Bu kanaatin söz,

yazı, resim vesaire gibi vasıtalarla açığa vurulmasıdır ki... bazı kayıtlamalara tabi kılınmıştır.» (2).

Anayasa Mahkemesinin bu kararına göre;

1. Basın yoluyla veya herhangi bir propaganda vasıtasıyla,
2. Umumi veya umuma açık olan mahalde ve birden ziyade kişiler huzurunda,
3. Toplantılan yer veya toplantıya katılanların adedi veya toplantının konusu ve gayesi itibarıyla özel mahiyeti haiz olmayan bir toplantıda (3) yapılan açıklamaları cezalandıran ya da

sınırlayan bir yasa özgürlüğün özüne dokunmayacaktır; çünkü herkes «düşünmekte» y da az sayıda kişiyle, dostlarıyla «evde» «söyleşi sırasında» açıklama yapmakta serbesttir. Böylece düşünceleri açıklama özgürlüğünün dokunulmaz özü «düşünmek» olgusuna indirgenmemektedir.

Anayasa Mahkemesinin özellikle bu iki kararı Yargının Yasamayı ve Anayasa Koyucuyu etkilemesine, Türk Anayasal gelişmelerinde başka konularda görülmemeyen bir örnek oluşturmaktadır. Nitekim, 1982 Anayasası «Düşünce ve Kanaat Hürriyeti» ile «Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti»ni iki ayrı özgürlük olarak, iki ayrı maddede düzenlemiştir. Bu maddelerin Danışma Meclisi'nde görüşülmesi sırasında Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz GÖLCÜKLÜ'nün açıklamaları konumuz açısından ilginçtir :

«...Komisyon sizlere sunduğu Anayasa tasarısında düşünce ve kanaat hürriyeti ile, bu düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini ayrı maddelerde ele almıştır. Bunun sebebi şudur : Her ne kadar düşünce ve kanaat hürriyeti ile, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti birbirine bağlı iki hürriyet ise de gerek bunların niteliği, gerek korunmaları için öngörülen tedbirler yek diğerinden farklıdır.

Şöyle, düşünce ve kanaat hürriyeti demek : kişinin istediği düşünce ve kanaate sahip olması demektir. Bunun korunması için... Kimsenin düşünce ve kanaatini açıklamaya zorlanamaması, hangi kanaattedir onu öğrenmek için o kişi üstünde hiçbir surette zor kullanılmıyacaktır... Diğeri de o kişinin hangi kanaatte, hangi düşüncede ol-

(2) E. 1963/16, K. 1963/83, 8.4.1963, AMKD 1, sh. 159.
E. 1963/17, K. 1963/84, 8.4.1963, AMKD 1, sh. 173.

(3) Bkz.: Yukarıda sözü edilen karar.

duğunun bilinmesi halinde bu düşüncesi sebebiyle kınanıp suçlanamayacağıdır...

Buna karşılık düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti bu düşünce ve kanaat hürriyetinin bir uzantısı niteliğindedir; ama ondan farklıdır. Sahip olunan düşünce sebebiyle suçlanamama, kınanamama ve yahut kişinin düşüncesinin öğrenilme sebebiyle onun zorlanamaması farklıdır, düşünceyi yaydığı zaman kullandığı hürriyet farklıdır.

Onun için Komisyon bu iki maddeyi birbirinden, iki hürriyeti birbirinden ayrı iki madde halinde düzenlemeyi uygun görmüştür. Nitekim ...düşünce hürriyetinin, düşünceyi yayma hürriyetinin (20. madde her ikisini birlikte almıştı) sınırsız olduğu gerekçesi ile... Anayasa Mahkemesinde bir iptal davası açılmıştı ve ...Anayasa Mahkemesi, mealen ve özetle şöyle diyordu : Düşünce, kanaat kişinin kendisinde kaldığı sürece, tamamen kişiyi ilgilendiren, tamamen kişinin kendi alemine ait bir şeydir düşünce, kanaat. Bunun ortaya bir zarar çıkarması düşünülemez; fakat ne zaman ki, bu düşünce ve kanaat, umuma yayılmaya başlandı, o zaman bu yaymadan bir zarar doğabilir. O vakit, bu hürriyet (4) konusunda gerekli sınırlayıcı tedbirler alınabilir. Şu halde, eski 10. maddedeki genel sınırlama tedbirleri, 20. maddedeki düşünce hürriyeti konusunda da geçerlidir. Bu suretle, Anayasa Mahkemesi de düşünce ve kanaat hürriyetini, statik hürriyet hakkını, dinamik, yayma, açıklama hürriyetinden ayırmış bulunuyor.

Bu sebeple biz bu kanaatle her iki hürriyeti ayrı maddelerde düzenlemeyi, bu fikrin açıkça ortaya konması bakımından yararlı gördük. Gerçi bazı anayasalarda her ikisi bir tek maddede gösterilmiş; ama bu bir karışıklığa sebep olabilir diye düşünmüştür Komisyonumuz.» (5)

Böylece, Anayasa Mahkemesi düşünce açıklamalarını düşünceden ayıran, onlara ayrı bir eylem niteliği kazandıran yaklaşımın başını çekmektedir. Düşünce açıklamalarının duvara yazı yazmak, resim yapmak, pankart taşımak, gösteri yapmak gibi çeşitli biçimleri böylece «huzuru bozabilecek», «zararlı», «yasaklanabilecek», «eylemler» olarak sınırlanması yolu açılmaktadır. Anayasa Mahkemesi bunu çeşitli kararlarında da desteklemektedir. Nitekim, Yüce Mahkeme 1980 yılında bir hanın duvarına laiklik ilkesine aykırı yazı yazılmasının cezalandırılmasını öngören TCK hükmünü anayasaya uygun bulduğu kararında, bu hükmün «**iki eylemi**» yasakladığını belirtmektedir. Bunlar, «pro-

(4) 11. madde olacak.

(5) Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 8, sh. 273/274.

paganda» ve «telkin»dir (6). Böylece, yasaların suç saydığı eylemlere tahrik gibi ayırımlar yapmadan, her tür düşüncenin açıklanması «propaganda» sayılabilmekte ve cezalandırılabilir. Örneğin, bir kitabın çevrilmesi ve yayınlanması, kendiliğinden «propaganda eylemi ve suçu» sayıldığı gibi (7). salt duvara yazı yazmakta «propaganda eylemini» oluşturabilmektedir (8).

Anayasadaki özel ve genel sınırlama nedenleriyle sınırlanabileceği kabul edilen basın ve kamu tüzel kişileri elindeki basın dışı haberleşme araçlarında düşünceleri açıklama özgürlüğü, Yüce Mahkemece tam bir güvence altına alınmış olarak kabul edilmektedir. «Gerçekten, sözü edilen özgürlüğü etkin ve yaygın biçimde kullanma olanağı veren hür basın ve önceden izin almaksızın gazete, dergi, kitap ve broşür yayınlamak hakları, Anayasanın 22., 23. ve 24. maddelerinde engeniş anlamda düzenlenmiş bulunan güvencelerini korumaktadır.» Mahkemeye göre, bu «açıklama» eylemlerini gerçekleştiren kişilerin, düşüncelerini «hukuksal ve yasal yollardan açıklamaları gerekir.» Böylece, biçim olarakda açıklamaların yasalara uygunluğu söz konusu olmaktadır. Mahkeme, aynı kararda şöyle bir sonuca varabilmektedir : Düşünce ve kanaatleri açıklama ve yayma özgürlüğünün **en etkin yolları böylesine açık ve tam bir güvence altında** bulunurken, **kimi kullanma biçiminin de, duvarların ve caddelerin kirlenmesine ve giderek şiddet olaylarına** neden olması bakımından **sınırlanmasının ve caydırıcı etkinlikteki ceza yaptırımlarına** bağlanmasının, anılan özgürlüğün özünü zedeler nitelikte görülmesi veya gösterilmeye çalışılması isabetli sayılmaz (9). Yüce Mahkemenin bu önemli kararda açıklama özgürlüğünün özü ve sınırları, açıklama biçiminin düzenlenmesi, açıklamada propaganda ve suça tahrik gibi niteliklerin bulunup bulunmadığının tartışılması gibi temel konulara değinmeden, yüzeysel bir yaklaşımla verdiği karar gerçekten düşündürücüdür. Ayrıca Mahkeme, bir ilan yerine yada duvara basılı yada basılı olmayan kâğıt asmak, yazı yazmak gibi açıklama biçimleriyle ilgili bu kararda izne dayalı olsa bile ceza getiren ve özellikle «siyasal veya ideolojik olmayan» amaçlarla ve «içeriği suç oluşturmayan biçimde» yapılırsa bile ceza öngören söz konusu hükmün «kirletme» gibi nedenleri aşan bir «düşünce açıklama» yasağı getirdiğini gözardı etmektedir.

(6) E. 198/19, K. 1980/48, T. 3.7.1980, AMKD, s. 18, sh. 271.

(7) E. 1979/31, K. 1980/59, T. 27.11.1980, AMKD, S. 18, sh. 339.

(8) E. 1980/19, K. 1980/48, T. 3.7.1980, AMKD, S. 18, sh. 271.

(9) E. 1980/68, K. 1981/3, T. 15.1.1981, AMKD, S. 19, sh. 10.

Mahkemenin bu tutumu, basında hiç olmazsa bir sansür (öndene-
tim) yasağı nedeniyle bir ölçüde korunmuş olan açıklamaların, diğer
biçimlerde çok ağır özü yok eden sınırlama ve yasaklarla karşılaşma-
sı olanağını yaratmaktadır. Kişi «düşünmekte» özgürdür, ama açıkla-
ma «eylemi» huzursuzluk yaratıyorsa, şiddete yol açıyorsa, ya da du-
var kirletiyorsa yasaklanabilecektir. Oysa, hiç kuşkusuz insanın dü-
şüncelerini açıklaması bir eylemdir ve de insan oğlunun en soylu ey-
lemlerinden ilkidir, onu diğer yaratıklardan ayıran davranışların en
başı çekenidir. Gene hiç kuşkusuz düşünce açıklama eylemi, örneğin
insana işkence etmek eyleminden ayırt edilmesi gereken bir eylem-
dir

Nitekim, ABD Yüksek Mahkemesi ünlü Terminello V. Chicago ka-
rarında bu önemli noktayı vurgulamaktadır :

«Bizim siyasal sistemimizde düşünceleri açıklama özgürlüğünün
bir işlevi tartışmaya yol açmaktadır. Düşünce açıklaması bir huzursuz-
luk, kurulu düzenin koşullarından hoşnutsuzluk yarattığı, hatta kişile-
ri kızgınlığa sürüklediği zaman amacına en iyi biçimde hizmet etmiş
olur. Düşünce açıklaması çoğunlukla kışkırtıcı ve uyarıcıdır; bir fikrin
kabul edilmesi için çalışırken, önyargılara saldırabilir ve çok sarsıcı
etkiler yaratabilir. (Bu nedenle,) ...toplumu rahatsız ve huzursuz kıl-
manın çok ötesinde ciddi ve somut bir kötülüğün açık ve somut teh-
likesi kanıtlanmadıkça sansür ve ceza karşısında korunmuştur.» (10)

ABD Yüksek Mahkemesi, açıkca somut bir suç eylemine tahrik
oluşturmayan açıklamaları cezalandıran yasaları oybirliğiyle anayasa-
ya aykırı bulurken Douglas ayrık oy yazısında açıklama eylemini şöy-
le savunmaktadır (11) :

«Eylem çoğunlukla bir açıklama yöntemidir ve Anayasanın Birin-
ci Ekinin güvencesi altındadır. Mahkememizin bir kararını protesto
amacıyla bir yurttaşın kendisine ait bir Anayasa metnini yırttığını var-
sayalım. Hakkında koğuşturma yapılabilecek midir? ...Düşünce açık-
lamasını cezalandırmaktan yana olanların genellikle verdikleri örnek
kafabalık bir tiyatrodan yalan yere «yangın var» diye bağırın adamla il-
gilidir. Ancak, bu örnek açıklama ile eylemin bitişik olduğu klasik olay-
dır... Bunları ayırmak gerçekten olanaksızdır ve olaylar nedeniyle ko-
ğuşturma yapılabilir. Kanımca, bu gibi ender durumlar dışında, düşün-
ce açıklamaları hakkında koğuşturma yapılmaz.

[10] Terminello v. Chicago 377 US 1 (1949).

[11] Brandenburg v. Ohio 395 US 444 (1969).

Soyut fikirlerin savunulması ile ...siyasal eylemin savunulması arasında anayasada bir ayırım olmadığı kesindir.»

ABD Yüksek Mahkemesi yukarıda belirlediğimiz kararlar ve sayısız benzerlerinde düşünce açıklama eyleminin içeriğine herhangi bir sınırlama getiren yasal düzenlemeleri kesinlikle anayasaya aykırı bulmakta ve bunun tek istisnası olarak somut bir tehlikenin, bir suçun oluşmasına neden olacak açıklamaları yasaklamayı mümkün kılan «açık ve somut tehlike» testini uygulamaktadır. Ancak, başlangıçta, savaş halinde orduda emirlere uymayı öneren açıklamaların sınırlanabilmesiyle ilgili olarak uygulanan bu test (12) Yargıç Holmes'un Gitlow (13) kararındaki ünlü karşı oy yazısının etkisiyle giderek daha da az sınırlayıcı bir nitelik kazanmış ve sonraki kararlarda devlete karşı şiddete başvurunun soyut biçimde savunulmasının ve bu konuda eğitim yapılmasının bile yasaklanamayacağı, ancak bilinçli, eylemli somut bir şiddete başvuru önerisinin cezalandırılabileceği kabul olunmuştur (14).

Ancak, Douglas ve Black gibi Yüksek Mahkeme kararlarına damgalarını vurmuş iki yargıç bu «açık ve somut tehlike» ölçütünü bile, baskı dönemlerinde tehlikeli bir araç saymakta (15) ve yukarıda özetlediğimiz, Brandenburg kararına yazdıkları ayrık oy yazısında belirttikleri gibi, açıklamanın suç eylemine bitişik olduğu istisna dışında açıklamaya sınır kabul etmemektedirler.

Mahkemenin içeriklerini bu kadar titizlikle koruduğu düşünce açıklama biçimlerinin hepsi bir eylem oluşturdukları için, bunların kullanılmasının yasayla düzenlenmesi olağan gözükmemektedir. Ancak, bu düzenlemeleri yaparken, yasa koyucu yada yürütme «açıklamayı yapan kişinin görüşlerinden hoşlanmadığı için yasaklama getiremez. Kamu düzenini korumak, sokaklarda araç ve yolcu trafiğini sağlamak, yada çağdaş toplumsal yaşamın vazgeçilemez amaçlarını gerçekleştirmek amacını gütmelidir ve iyi niyetli davranmalıdır.» (16)

Mahkemeye göre, kamu görevlilerine hoşlanmadığı düşünce açıklamalarının yasaklanabilecek kadar takdir yetkisi ya da olanak veren yasalar Anayasaya aykırıdır.

(12) Schenck v. United States, 249 US 47 (1919).

(13) Gitlow v. People of State of New York, 268 US 652 (1925).

(14) Yates v. United States, 345 UE 298 (1957).

Scales v. United States, 367 US 203 (1961).

(15) Dennis v. United States, 341 US 494 (1951).

(16) Kunz v. New York, 340 US 290, 282 (1951) Ayrık oy yazısı.

Mahkeme verdiği sayısız kararda trafiği engellemek (17) gürültü çıkararak başkalarını rahatsız etmek (18), kamuya ait binalarda olay çıkarmak (19), geçitler kapamak (20), kamuya açık parklarda gösteri yaparak başkalarını rahatsız etmek (21) gibi gerekçelerle, düşünce açıklamalarını «düzenlemek» gerekçesiyle sınırlayan yasa hükümlerini Anayasaya aykırı bulmuştur.

Üzülerek belirtmek gerekir ki, ABD Yüksek Mahkemesi çeşitli eylemlerle, değişik biçimlerde düşünceleri açıklama özgürlüğünün kullanan kişiyi korumak amacıyla, eylemi düzenleme gerekçesiyle getirecek yasakları bile Anayasaya aykırı bulurken, Türk Anayasa Mahkemesi, üstelik oldukça yeni bir kararında, kişinin Anayasa tarafından «söz, yazı, resim ile veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak» kullanabilmesi güvence altına alınan düşüncelerini açıklama hakkına sahip bulunmadığı sonucuna varabilmektedir. Mahkemeye göre : «...salt hukuk açısından, kişinin, kendi düşünce ve kanaatlerini kamuya ait yollara, üçüncü kişilere ait yapılara yazmak ya da bunları içeren kâğıt, para ve benzerlerini asmak biçiminde bir hakka esasen sahip bulunmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Kişilerin düşünce ve kanaat özgürlüklerini hukuksal ve yasal yollardan açıklamaları gerekir.» (22) Böylece Anayasa Mahkemesi düşünceleri açıklama özgürlüğünün kullanılmasında bir tür tersine «yasallık» ilkesi getirmekte ve hakkın kullanılmasını imkânsız kıracak ölçüde zorlaştırmaktadır. Özgürlüklerin temel güvencesi olarak öngörülen bir kurumun ödevi özgürlüğü kullanma biçimlerinin yasalardaki düzenlemelere uygunluğunu değil, yasalarda çeşitli gerekçelerle getirilen düzenlemelerin Anayasada yer alan kurallara uygunluğunu denetlemek ve özgürlüklerin özünü zedeleyen sınırlamaları ortadan kaldırmak olması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda anılan kararında, bir duvara yazı yazarak düşünce açıklamak eylemini cezalandıran hükmün bir duvarı kırılmak, kamuya ait ya da üçüncü kişilere ait bir mala tasarruf gibi eylemlerin dışında bir ceza getirdiğini, «siyasal veya ideolojik olmayan» açıklamalar taşıyan yazı ya da kâğıtlar için daha hafif cezalar ön-

(17) *Shuttlesworth v. Birmingham*, 394 US 147 (1969).

(18) *Saia v. New York*, 334 US 558 (1948).

(19) *Edwards v. California*, 372 US 229 (1963).

(20) *Cox v. Louisiana*, 379 US 536 (1965).

(21) *Niemotko v. Maryland*, 340 US 268 (1948).

(22) E. 1980/68, K. 1981/3, T. 15.1.1981, AMKD, 19, sh. 10.

gördüğünü ve böylece biçimsel bir düzenleme değil bir içerik sınırlaması, düşünce türüne göre bir ceza getirdiğini gözardı etmektedir. Yüce Mahkemenin söz, yazı, resim, basılı olmayan kâğıt asmak gibi yollarla yapılan açıklamaların «sınırlandırılması ve bunların çaydırıcı etkinlikteki ceza yaptırımlarına bağlanması»nın özgürlüğün özünü zedeler nitelikte gösterilmesini «isabetsiz» sayarken dayandığı gerekçe de ilginçtir. Mahkemeye göre «sözü edilen özgürlüğü etkin ve yaygın biçimde kullanma olanağı veren hür basın ve önceden izin almaksızın gazete, dergi, kitap ve broşür yayınlamak hakları, Anayasa (da) ...en geniş anlamda düzenlenmiş bulunan güvencelerini korumaktadır.» Böyle etkin yollar açıkken, Mahkemenin «kimi kullanma biçimi» deyimiyle küçümsediği, üstelik «duvar ve caddelerin kirlenmesine» ve nedense daha «etkin» yollardan daha çok «şiddet olaylarına» neden olduğuna inandığı bu açıklama biçimleri sınırlanabilecek, cezalandırılacaktır (23).

Mahkeme, böylece, düşünceleri açıklama özgürlüğünün gerçekleşmesini basında düşünceleri açıklama özgürlüğünün gerçekleşmesine bağlamaktadır. Burada kullanılan temel kavramlar ise hür basın ve önceden izin almaksızın yayın yapabilmek hakkıdır (24).

Oysa, günümüzde etkin açıklama biçimi olan yığınsal iletişim araçlarında açıklamanın çok daha karmaşık bir yapıya sahip olduğu ve bu araçlarda düşünceleri açıklama özgürlüğünün gerçekleştiğini söyleyebilmek için daha ayrıntılı bir irdelenmenin gerektiği açıktır.

Yüce Mahkeme ise, gene üzülerek belirlemek gerekir ki, basında düşünceleri açıklama özgürlüğüyle ilgili kararlarında aynı sınırlayıcı çizgisini sürdürmektedir. Örneğin daha önce değindiğimiz, 38 sayılı Kanunun 1. maddesinin B bendiyle getirilen sınırlamalarla ilgili kararında (25) basın yoluyla yapılan düşünce açıklamalarına, «toplumun devamını» sağlamak gibi gerekçelerle getirilecek sınırlamaları Anayasaya uygun bulmaktadır. Mahkeme bu tutumu TCK 141-142 ile ilgili bir kararında da belirlemektedir (26). Diğer yandan, Mahkeme 1963 yılında verdiği bir kararda, yurt dışında basılmış ve yayınlanmış eserleri tümüyle anayasal güvence dışına atmaktadır. Bu tür yayınları ya-

(23) E. 1980/68, K. 1981/3, T. 15.1.1981, AMKD, S. 19, sh. 10.

(24) Mahkeme, bir (sansür-ödenetim) yasağından bile değil, izin almadan yayından söz etmektedir.

(25) E. 1963/16, K. 1963/83, T. 8.4.1963, AMKD, 1, sh. 159.

E. 1963/17, K. 1963/84, T. 8.4.1963, AMKD, 1, sh. 173.

(26) E. 1963/73, K. 1965/40, AMKD, 4, sh. 266.

saklamak konusunda idareye keyfî kullanılması olanağı çok fazla olan bir takdir hakkı tanıyan Basın Kanununun 31. maddesi hükmünü Anayasaya uygun bulurken (27), Mahkemenin yalnızca dayandığı Anayasa yorumları değil, mantığı da eleştirilmesi gereken türdendir. Mahkemeye göre, söz konusu yabancı yayınlar basılı oldukları için bunların yurt içine gönderilmesi Anayasanın 17. maddesinde korunan özel iletişimle (Haberleşme Hürriyeti ilgili değildir. Ancak, yurt dışında basıldıkları için 22. maddedeki basın özgürlüğü maddesiyle de korunmazlar, onunla da ilgileri yoktur. Bu tür yayınlar basılı oldukları için, basın ürünü oldukları için söz, yazı, resim ve diğer yollarla yapılan düşünce açıklamalarını koruyan 20. maddeyle de ilgileri yoktur...

Doğrusu, bu yayınların ne ile ilgili olabileceklerini Anayasa Mahkemesinin daha ayrıntılı bir kararda yanıtlaması gerekmektedir. Açık-tır ki, bu tür yayınların bir mektubun içinde, ya da tek bir sayı olarak bir Türk vatandaşına gönderilmesi bir özel iletişimdir ve 1961 Anayasasının 17. maddesinde korunmuştur. Ayrıca 22. maddedeki korumanın yalnızca Türkiye sınırları içinde basılan ve yayılan eserlerle sınırlı tutulması, Türk vatandaşlarının Anayasada güvence altına alınmış bulunan haberlere ulaşmak hakkını da, kullanımını imkânsız kılacak derecede zorlaştırmaktadır.

Böylece, Mahkeme, basında düşünceleri açıklama özgürlüğüne çok ağır, özü ortadan kaldıran içerik sınırlamalarını getiren yasa hükümlerini Anayasaya uygun bulmaktadır. Ayrıca, en geniş çapta Amerika Birleşik Devletleri'nde olmak üzere, birçok çağdaş demokrasinin hukuk düzeninde gelişmiş bulunan tekelleşmeye karşı hukuk önlemlerinin bizim hukuk sistemimizde gelişmemiş olması ve bununla ilgili olarak, hürriyetleri sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal engellerin devletçe kaldırılması Anayasa kuralının da (28) uygulama alanı bulamaması basında tekelleşmelere neden olmaktadır.

Devlet tekelinde bulunan radyo - televizyon ve anayasal güvence altında olduğu bile tartışılan sinema alanında oluşan tekellerle birlikte ele alınınca bu tekelleşmiş yapı yığınsal iletişim araçlarında kişinin düşünce açıklama özgürlüğünün «en etkin yolları (nın)... açık ve tam bir güvence altında» bulunduğunu ileri süren Mahkemenin görüşüne katılmayı biraz güçleştirmektedir.

(27) E. 1963/170, K. 1963/178, AMKD, 1, sh. 304.

(28) 1961 Anayasası md. 10/2; 1962 Anayasası md. 5.

ABD de Yüksek Mahkemenin ıñınsal iletim araçları sahipliğinde tekelleşmeyi Anayasaya aykırı gören ve buna olanak veren düzenlemeleri engelleyen, kişinin bu araçlardan eşit ölçüde yararlanmasını öngören, haberlere ulaşmayı ve yayınlamayı engelleyen, her tür siyasal ve ekonomik müdahaleyi yasaklayan sayısız kararına benzer kararlarında bizim Anayasa Mahkememizin izlediği çizgi açısından söz konusu olmadığından, kişinin bu temel özgürlüğü, Yüce Mahkemenin de açıkça belirttiği gibi «istediği gibi düşünmekte, istediği fikre inanmakta serbest» olmağa indirgemektedir.

Mahkemenin yürümeğe başladığı yolda çok daha ilerilere ulaşmış görünen 1982 Anayasa koyucusu ise «sınırlı» olarak düşündüğü açıklama ve yayma hürriyetinden (AY md. 26) ayırdığı ve gerekçesinde kişinin «tamamen hür olduğunu» belirlediği düşünce ve banaanat hürriyeti ile ilgili 25. maddede, aynen 1961 Anayasasının 20. maddesinde olduğu gibi hiçbir sınırlama getirmemekte ve Anayasa Mahkemesi gibi, kişinin «sınırsız düşünme hakkını» koruduğu izlenimini uyandırmaktadır. Ancak, 1982 Anayasası, özgürlüklerin sınırlanması konusundaki tartışmalara son vermek amacıyla, 13. maddesinde çok açık bir hüküm getirmektedir. «Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.» «Düşünce» ve «açıklama» hürriyetleri artık ayrı maddelerde düzenlenmiş bulunduğundan, Yüce Mahkemenin 1961 Anayasasının 20. maddesiyle ilgili olarak yaptığı «genel sınırlama nedenleri açıklamaları için geçerli ama açıklanmayan düşünce için değil» yorumu da geçerliğini yitirmektedir. Mahkeme, ya düşünceleri açıklama özgürlüğü gibi bazı özgürlüklerin içeriklerinin öze bitişik olması, yapıları gereği sınırlanamaz olduğunu kabul edecek, ya da bazı Anayasa hukukçularımızın ileri sürdüğü gibi 1982 Anayasasının kendi ideolojisine aykırı olan **düşünceleri** de yasakladığı görüşüne destek verecektir.

1982 Anayasasının çok sayıdaki çelişkili maddeleri arasında en uygulanamaz çelişkilerden birini oluşturan bu durum, kanımızca Yüce Mahkemenin 1982 Anayasası içinde geçerli saydığı açıklaması «temel hakların özü» ölçütünü kullanarak aşabileceği, örneğin 25. maddedeki herhangi bir dilin kullanılmasının, yada (özellikle bilim ve sanat hürriyeti ile ilgili 27. maddede düzenlenmiş olması açısından) yabancı bilim ve sanat eserlerinin ülkeye girmesi ve dağıtımının yasayla yasaklanması gibi durumlardan çözümü çok daha zor ve çok daha önemli bir Anayasa ve demokrasi sorunu yaratmaktadır.