

## DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

Arş. Gör. Ömer KORKMAZ\*

### I. GİRİŞ

Düşünce, insanı diğer canlılardan ayıran bir yeti, bir melekedir. İnsanın insan olarak doğuşundan ileri gelen doğal bir niteliğidir. İnsan sürekli olarak araştıran, varoluşun koşullarını inceleyen bir yaratıktır. Bu özelliği sayesinde ki, insan, çevresindeki olguları gözlemleyerek bunlar hakkında değerlendirmeler yapmakta, vardığı yargılar doğrultusunda davranışlarına bir yön vererek yaşamını anlamlandırmaktadır. İnsanın, kendi özgür iradesiyle yaşamını anlamlandırma çabası ile kişiliğinin gelişimi eş zamanlı olarak ortaya çıkmaktadır. Buna göre, yaşamın anlamlı kılınmasına ilişkin her türlü çaba, aynı zamanda kişiliğin gelişimine yönelik bir faaliyet olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsan, kişiliğinin gelişiminde, bir yandan maddi olanaklarının sağlanması ile bedensel varlığının korunmasına, diğer yandan da özgürlükler aracılığıyla tinsel yönünün zenginleştirilmesine gereksinim duyar. İşte, bu ikinci alana ilişkin gereksinimlerin karşılanmasında düşünce özgürlüğü, varlığı zorunlu bir öge olarak ortaya çıkmaktadır. Bu saptama, birey için olduğu kadar, toplum için de geçerliliğini korumaktadır. Öyle ise, gerek bireyin ve gerekse toplumun gelişiminde düşünce özgürlüğünün önemi açıktır.

İnsan toplumlarının büyük bir hızla gelişmesi, düşüncenin toplumsal ortamda karşılıklı etkilenmeler sonucunda yepyeni biçimlere girmesi, düşünce özgürlüğünün bugün için daha fazla bir önemle ele alınmasını zorunlu kılmıştır. Gerçekten, teknolojinin büyük bir hızla geliştiği, sanayi toplumundan bilgi toplumuna geçiş sürecinin yaşandığı günümüzde, enformasyon önemli bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Düşünce özgürlüğünün, ulusal sınırlar içinde birey ve toplumun gelişimi açısından taşıdığı önemin ötesinde, ulusal sınırları aşan bir düzlemde yarattığı olumlu sonuçlar, bunun hukuk tarafından sağlam güvencelere bağlanmasını zorunlu kılmaktadır. Zaten genel olarak hukukun amacı da, toplum içinde yaşayan bireyin özgürlüklerini sürekli genişletmek için, bir yandan düzen içerisinde toplumun varlığını devam ettirmesini sağlamak, diğer yandan da bireyin özgürlüklerini gereksiz sınırlamalardan ve müdahalelerden korumaktır<sup>1</sup>.

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi

<sup>1</sup> Erdem, Fazıl Hüsnü; "Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi", Ankara Barosu Dergisi, 1988/1, Yıl:54, s.10.

Çağdaş dünyada toplumsal, ekonomik ve siyasal gelişimin ana dinamiğini oluşturduğu kabul edilen düşünce özgürlüğü, günümüz Türkiyesinde, özgürlükçü demokrasi anlayışıyla bağdaşmayacak ölçüde sınırlamalara tabi tutulmuştur. Eyleme dönüşmeyen düşünce açıklamalarına getirilen sınırlamalar, bu topraklar üzerinde özgün görüşlerin filizlenmesini engellemekte, insanlar arasındaki doğal farklılıklar yok edilmeye çalışılarak, tekdüze bir toplum yaratılmak istenmektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak da, egemen kılınmak istenen monist toplum modeline aykırı düşünce ve yapılanmaların yaşama şansları yavaş yavaş ortadan kalkmaktadır. Bunun içindir ki, yavan görüşler, inandırıcı olmaktan uzak yaklaşımlar ya da gerçek iradeyi yansıtmayan kapalı rumuzlar arkasına saklanmış ifadeler ortalığı sarmaktadır. Hiçbir aykırı görüş ya da muhalif düşünce bütün açıklığı ile ifade edilememekte, “*fincancı katırlarını ürkütmemek*” endişesiyle, dolaylı anlatımlarla yetinilmek zorunda kalınmaktadır. İnsanlık tarihinin kara lekesi olarak kabul edilen Ortaçağa ait yasakçı zihniyeti koruması nedeniyle Türkiye, düşünce özgürlüğü açısından Aydınlanma Çağına bile ulaşamamış bir ülke görünümüne bürünmektedir.<sup>2</sup>

Günümüzde en çok tartışılan konulardan biri olan düşünce özgürlüğü ve sınırları konusundaki bu çalışmada amacımız, konuyu düzenleyen hükümlere kısaca değindikten sonra, düşünce özgürlüğünün çağdaş özgürlükçü demokratik toplum düzenlerinde kabul gören (ve/veya uygulanan) sınırlama nedenlerini belirlemeye çalışmaktır. Avrupa Birliği’ne üyelik, globalleşen dünya ve hukukun evrensel değerleri bağlamında “*yasaklayıcı zihniyet*”in bir kenara bırakılması ve düşünce özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin düzenleme ve uygulamaların “*olması gereken hukuk*”a ve “*çağdaş hukuk zihniyeti*”ne uygun olması gereği artık açıkça ortadadır ve hiç bir zihniyet bu durumu gözardı edemeyecektir.

## II. DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI

### A) ANLAM VE ÖNEMİ

Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü toplumlar açısından son derece önemlidir; ancak toplumda ulaşılmak istenen tek amaç değildir. Kişiler açısından düşünceyi açıklama özgürlüğünün kendisi bir amaçtır, fakat kişilerin de tek amacı bu değildir. Sosyal ve siyasal açıdan düşünceyi açıklama özgürlüğü, başka bazı önemli amaçlara ulaşmak için başvurulan bir yöntem/süreç niteliğindedir. Düşünceyi açıklama özgürlüğü, demokratik yaşam biçiminin temel bir unsurudur<sup>3</sup>.

Düşünce, kişinin içsel yaşamının en gizli alanından kaynaklanmaktadır. Bu özelliğiyle düşünce, hukukun düzenleme alanına girmez, çünkü hukuk, amacı gereği yalnızca dışı vurulan davranışlarla ilgilenir. Bireyin içsel alanı, tinsel dünyası; ne

<sup>2</sup> Erdem, agm, s.5-6.

<sup>3</sup> Turhan, Mehmet; “Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1988, S.4, s.87.

düzenlenebilir ne de sınırlanabilir; resmi makamların ve üçüncü kişilerin saldırı alanı dışında kalır. Ancak düşünce kendiliğinden oluşmaz; onu büyük ölçüde dış etkenler hazırlar. Toplumsal ve siyasal yapılar, ekonomik koşullar ve kültürel miraslar ve basın, radyo ve televizyon gibi kitle iletişim araçlarının tâbi olduğu rejim düşünceyi etkiler ve belirler. Düşünce de insanın davranışlarını biçimlendirir ve aslında her düşünce geçişlidir ve doğal olarak da iletişimseldir. Sözle, yazıyla, öğretim yoluyla “*düşünce ve kanaatlerin iletişimi*” doğrudan doğruya hukuk alanına girer<sup>4</sup>.

İnsan hakkı, iki temel kavrama dayanır: Kişi özgürlüğü ve güvenliği ile düşünce özgürlüğü. Bedensel olarak insanın güvenlik içerisinde olması, düşünce alanında (inanç, kanaat, fikir) dokunulmaz olması. Bu iki alan, bütün hak ve özgürlüklerin temeli olarak, insan haklarının sert çekirdeği veya dokunulmaz alanlar şeklinde güvence altına alınmıştır. Gerçekten, aşağılayıcı ve kötü muamele ile işkence yasağı, insanların düşünce ve inanç alanlarının dokunulmazlığı, bütün uluslararası insan hakları belgeleri ve demokratik anayasalarca mutlak olarak koruma altına alınmıştır. Bunlar her yerde, her zaman ve herkes için geçerli güvencelerdir<sup>5</sup>.

Düşünce özgürlüğünün diğer özgürlükler karşısında sahip olduğu önem ve ayrıcalıklı yerin nedenlerinin başında, insan onuruna duyulan saygı gelmektedir. İnsanların sırf insan oldukları için doğuştan birtakım dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez haklara ve özgürlüklere sahip oldukları düşüncesine dayanan “*insan hakları öğretisi*”, bu hak ve özgürlüklere, başta devlet olmak üzere herkesin saygı göstermek zorunda olduğunu bildirir. Bu özgürlükler içerisinde düşünce özgürlüğü, insan hakları öğretisinin temelini oluşturmaktadır. İnsanlar; düşündüklerini hiçbir korkuya kapılmadan açıkça söyleyebilmeleri durumunda, insan olduklarını hissedeceklerdir<sup>6</sup>.

Düşünce özgürlüğü, “*Aydınlanma Çağı*”nın bir ürünü ve onun itici gücü olarak nitelendirilmekte ve insanlık varoldukça temel niteliğini sürdüreceği vurgulanmaktadır<sup>7</sup>.

Düşünce özgürlüğünün temel niteliği, özgürlükler kataloğunda farklı bir konuma sahip olmasından ileri gelmektedir. Gerçekten düşünce özgürlüğü; birçok hak ve özgürlüğün, üzerine kurulu olduğu bir “*kaynak özgürlük*” durumundadır. Bu bağlamda düşünce özgürlüğü, diğer özgürlüklerin “*onsuz olmaz (sine qua non)*” koşuludur. Bunun içindir ki, bütün geleneksel özgürlükler, düşünce özgürlüğünden esinlenilerek adlandırılırlar. Düşünce açıklaması yazı yoluyla (kitap, gazete, dergi vb.) yapılıyorsa “*basın özgürlüğü*”nden; radyo-televizyon ve sanat etkinlikleri yoluyla yapılıyorsa “*görsel-işitsel iletişim özgürlüğü*”nden söz edilir. Kişi kendi iç dünyasından çıkıp çevresiyle ilişkiler kurmaya başlamak, ortak amaçlar etrafında

<sup>4</sup> TÜGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, (Hazırlayan: İbrahim Ö. KABOĞLU), Türkiye Genç İşadamları Derneği Yüksek Kurulu-1994, İstanbul 1997, s.19.

<sup>5</sup> TÜGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.113; **Hafızoğulları**, Zeki; “Liberal Demokratik Bir Hukuk Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C.II, S.2, s.10.

<sup>6</sup> **Erdem**, agm, s.12; Turhan, agm, s.89.

<sup>7</sup> TÜGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.13.

birleştiği benzerleri ile biraraya gelerek düşüncelerini açıklamak isterse; “toplantı özgürlüğü”nden ya da “dernek kurma özgürlüğü”nden söz edilir. Düşünceler kutsal konularda açıklanıyor ise; “din ve vicdan özgürlüğü”nden söz edilir. Demokratik ve özgür bir toplum yapısının temel göstergeleri olan haberleşme özgürlüğü, her türlü yayım özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü, eğitim ve öğretim özgürlüğü gibi hak ve özgürlükler<sup>8</sup>, düşünce özgürlüğünün birer uzantısı durumundadırlar. İşte bu nedenlerle düşünce özgürlüğü, diğer özgürlükler karşısında imtiyazlı bir konuma sahiptir. Kısacası, düşünce özgürlüğü hem birçok özgürlük için aracı bir işlev görmekte, hem de diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı için “besleyici” bir işlev yerine getirmektedir<sup>9</sup>.

#### **B) UNSURLARI VE TANIMI**

Düşünce özgürlüğünün üç kurucu unsurunu şu şekilde sıralamak mümkündür:

**(1) Haber alma ve öğrenme özgürlüğü;** düşüncenin oluşum öncesi evresine ilişkindir. Düşünce sahibi olabilmek için kişilerin bilgi kaynaklarına özgürce ulaşabilmeleri, bunlar arasından diledikleri gibi seçim yapabilmeleri ve böylelikle istedikleri kanılara varabilmeleri gerekmektedir<sup>10</sup>. Fikir ve kanaatlere ulaşabilme olanak ve serbestliği, düşünceye hammadde sağlar; bilgilenme, düşünce olanaklarını geliştirir. Haber, bilgi ve belgelere ulaşabilme, enformasyon hakkı olarak da nitelenebilir. Bu hak, kanaat oluşturma ve düşünce olanağı sağladığı için düşünce özgürlüğünün ön koşulu ya da temel ögesidir<sup>11</sup>.

**(2) Kanaat özgürlüğü;** soyut düşünce evresinde ortaya çıkar ve haber alma ve öğrenme özgürlüğünün güvence altına alındığı bir ortamda oluşan düşünce ve kanaatlerden ötürü kınanmamayı deyimler<sup>12</sup>. Kanaat, düşünce özgürlüğünün bağrında yatar. Kimse, kanaatleri nedeniyle rahatsız edilemez. Bu özgürlük, yalnızca kanaatlerin açıklanmasını tehlikeye koyan her şeye karşı güvenceleri değil, farklı siyasal, felsefi ya da dinsel inançları nedeniyle bireyleri rahatsız eden ya da bunların benimsenmesini engelleyen her olumsuz etmene karşı güvenceyi gerekli kılmaktadır<sup>13</sup>. Gerek enformasyon, gerekse ifade için dokunulmaz alanların güvence altına alınması gerekir ki, bu da, “düşünce, kanaat, fikir ve inanç alanı”dır. Kimsenin kanaatleri, düşünce ve inançları nedeniyle rahatsız edilmemesi o denli doğal bir durum ve alandır ki hukuk kurallarınca düzenlenmesine bile gerek bulunmamaktadır. Fakat Anayasalar, bu alanları güvenceye kavuşturmak için ilke normlar

<sup>8</sup> Çeçen, Anıl; İnsan Hakları, 2. Basım, Ankara 1995, s.205.

<sup>9</sup> Kaboğlu, İbrahim Ö.; Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, İstanbul 1994, s.176; Erdem, agm, s.11.

<sup>10</sup> Erdem, agm, s.8; Çeçen, age, s.204.

<sup>11</sup> TÜGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.19-20, 27; Teziç, Erdoğan; “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı-7, Ankara 1990, s.33.

<sup>12</sup> Erdem, agm, s.8; Teziç, agm, s.33.

<sup>13</sup> TÜGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.19-20, 27.

koymaktadırlar. Aslında Anayasalarda iç içe geçmiş bulunan düşünce, enformasyon ve ifade bütünsel bir düzenlemeye tâbi olmakla birlikte, “*düşünce, kanaat ve inanç*” hareket noktası olarak alınmaktadır<sup>14</sup>.

**(3) Açıklama özgürlüğü;** düşüncenin dışa vurulması (dışsallaşması) evresinde ortaya çıkar. Soyut düşüncenin işlevselliği, onun dışa vurulmasına bağlıdır. Açıklama özgürlüğü olmadıkça, düşünce edinmeye yarayan özgürlükler ve kanaat özgürlüğü bir anlam taşımaz<sup>15</sup>. İnsan zihnine hapsedilmiş, dışa vurulma şansına sahip olmayan bir düşünce, düşüneni hoşnut etmedikten başka, ona elem bile verir<sup>16</sup>. Açıklama eylemi düşünce özgürlüğünden ayrıldığında, düşünce özgürlüğü anlamsızlaşacaktır. Bireyin kafasında başlayıp yine kafasında biten bir özgürlüğe, “*özgürlük*” sözünü kullanmak da bir anlam ifade etmeyecektir<sup>17</sup>. “*İnancını belli edemeyen insanın inanç özgürlüğünden, ağzını açamayan adamın düşünce özgürlüğünden söz edilemez*”<sup>18</sup>.

Soyut düşünme özgürlüğünü, açıklama özgürlüğünden ayrı düşünmek mümkün değildir. Bu özgürlükte karşımıza çıkan “*açıklama*” kavramına, düşünceleri savunma, başkalarına anlatma, yayma, telkin ve tavsiyelerde bulunma gibi eylemler de girer. Telkin ve tavsiyenin bir topluluğa, sistematik ve daha inandırıcı bir biçimde yapılmasını ifade eden “*propaganda*” eylemi de, düşünceyi açıklama özgürlüğünün kapsamına girmektedir<sup>19</sup>. Bu bağlamda ibadet, dernek, toplantı, basın, gösteri ve öğretim özgürlüklerinden söz edilebilir<sup>20</sup>.

Düşünce özgürlüğü, TEZİÇ tarafından, “*insanın karşılaştığı bütün sorunlara vermek istediği yanıtları kendi kendine seçebilmesi, ya da şahsen hazırlayabilmesi, bireysel ve sosyal davranışlarını da bu yanıtlara uydurabilmesi olanağı*”<sup>21</sup> şeklinde tanımlanmıştır.

TANÖR, düşünce özgürlüğünü, üç ögesini de içerecek şekilde işlevsel ve kuşatıcı bir tanımla şu şekilde ifade etmektedir: “*İnsanın serbestçe fikirler edinebilme, edindiği*

<sup>14</sup> TÜGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.25-26.

<sup>15</sup> Erdem, agm, s.9.

<sup>16</sup> Bury, John Bagnell; Düşünme ve Söz Özgürlüğü (Çev: Avni Başman), Ankara 1995, s.3.

<sup>17</sup> Turhan, agm, s.111.

<sup>18</sup> Soysal, Mümtaz; Anayasaya Giriş, Ankara 1969, s.215. Bununla birlikte, “açıklanmayan düşünce, düşünce değildir” sözünde isabet olmadığını vurgulayan **Hafizoğulları**, şu ifadelerle yer vermektedir: “Bu tür görüşler düşüncenin öznelliğiyle düşüncenin nesnelleşmesini birbirine karıştırmaktadırlar. Düşüncenin nesnelleşmesi demek, düşüncenin bir biçimde ifade edilmesi, yani öznenin dışında algılanabilir bir varlık kazanması demektir. Liberal-demokratik hukuk düzenleri, tabii bu arada hukuk düzenimiz, sadece nesnelleşen düşünce(yle) ... ilgilidir. Bu anlamda, hukuk düzenimizin, kişilerin düşünce(lerine) ... karışma biçiminde bir özü bulunmamaktadır” (agm, s.10).

<sup>19</sup> Erdem, agm, s.9; Aliefendioğlu, Yılmaz; “Düşünsel Özgürlük”, İnsan Hakları Yıllığı (Dr. Muzaffer Sencer’e Armağan), TODAİE, 1995-1996, C.17-18, s.12.

<sup>20</sup> Teziç, agm, s.33.

<sup>21</sup> Teziç, agm, s.33.

*fikir ve kanaatlerden ötürü kınanmama ve bunları, bütün meşru yollardan yararlanarak dışa vurabilme imkan ve serbestliği*"<sup>22</sup>.

ALİEFENDİOĞLU ise, düşünce özgürlüğünün tanımını ve içeriğini şöyle ifade etmektedir: "Düşünsel özgürlük, en kısa biçimde, kişinin özgür düşünme yetisine sahip olması yanında, düşünce ve kanılarını serbestçe açıklayabilmesi anlamına gelir. Düşünsel özgürlük aynı zamanda başka düşüncelere ulaşabilme özgürlüğünü (haber alma, öğrenme, bilim ve sanat özgürlüklerini); din ve vicdan özgürlüğünü de içerir. Bireysel ya da örgütlü olarak düşünce doğrultusunda davranabilme, eylemde bulunabilme bu özgürlüğün unsurlarıdır"<sup>23</sup>.

Başka bir anlatımla düşünce özgürlüğü, "insan için, kişisel ve toplumsal yaşamın getirdiği bütün sorunlara vermek isteği cevapları, kendi kendine seçme ve hazırlama, davranış ve işlemlerini bu cevaplara uygun hale getirme ve gerçek kabul ettiğini başkalarına iletme olanağı" olarak tanımlanmaktadır<sup>24</sup>. Gerçekten düşüncüyü açıklama özgürlüğünün korunmasının önemli nedenlerinden biri de, gerçeğin bu yolla ortaya çıkacağına olan inançtır<sup>25</sup>.

Düşünce özgürlüğü, insanın serbest şekilde bilgiye ve düşünceye ulaşabilmesini, düşünce ve kanaatlerinden dolayı suçlanmamasını (kınanmamasını), düşünce ve kanaatlerini serbest şekilde tek başına veya başkalarıyla birlikte (dernek, sendika, toplantı vb.), çeşitli yollarla (söz, basın, resim, sinema, tiyatro vb.) açıklayabilmesini, savunabilmesini ve başkalarına aktarabilmesini ifade eder<sup>26</sup>. Gerçekten de bu özgürlükte, gerekli ve zorunlu olan; bilgilenme hakkından yararlanan kişinin serbestçe oluşturduğu kanaat, fikir ve görüşlerini açıklayabilmesi, anlatabilmesi ve yayabilmesidir. Bireyin açıklayamadığı, yayınlamadığı, savunamadığı düşüncelerinin koruma altına alınması, düşünce özgürlüğünün varlığının kanıtı olamaz. Bu bakımdan insanın diğer özgürlükleri kavrayıp gerçekleştirebilmesi açısından taşıdığı önem de göz önüne alınarak düşünce özgürlüğüne diğer özgürlüklere karşın daha üstün ve ayrıcalıklı bir yer verilmiştir. Bu durum, söz konusu özgürlüğün en az sınırlan-dırılmasının da ön şartını oluşturmaktadır. Dolayısıyla düşünce özgürlüğünün sınırlandırılması, ancak sınırlamayı haklı kılabilecek bir nedene dayanması halinde kabul edilebilir<sup>27</sup>.

Bu bağlamda düşünce özgürlüğü ile hukuk arasındaki bağlantı noktalarını, düşünce özgürlüğünün yukarıdaki üç kurucu ögesinin tekabül ettiği evreler açısından şu şekilde ortaya koymak mümkündür:

<sup>22</sup> Tanör, Bülent; Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, İstanbul 1969, s.15.

<sup>23</sup> Aliefendioğlu, agm, s.12.

<sup>24</sup> TUGİK "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", age, s.19.

<sup>25</sup> Turhan, agm, s.88.

<sup>26</sup> Türkiye Bilimler Akademisi Düşünce Hürriyeti Hakkında Rapor (Hazırlayanlar: Ergun ÖZBUDUN, Adnan GÜRİZ, Nevzat TOROSLU); İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C.III, Ocak 1995, S.1, s.3; TUGİK "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", age, s.19.

<sup>27</sup> Rapor, age, s.3.

Birincisi, haber alma ve öğrenme özgürlüğünün tekabül ettiği düşüncenin oluşum evresidir ki; bu evrede hukuka düşen ödev, düşüncelerin serbestçe oluşumunu sağlayacak ortamın hukuksal gereklerini yerine getirmektir.

İkincisi, kanaat özgürlüğünün tekabül ettiği soyut düşünce evresidir ki; bu evrenin hukuka yüklediği ödev, kişilerin kanaatlerinden ötürü kınanmalarına engel olmaktır.

Üçüncü ve son evre, açıklama ve yayma özgürlüğünün tekabül ettiği düşüncenin dışa vurulması evresidir ki; bu evre için hukuk, düşünce sahibinin düşüncelerini serbestçe açıklayıp yayabilme ve meşru sınırlar içerisinde düşüncesine uygun eylemde bulunabilme olanağını sağlamak durumundadır<sup>28</sup>.

### III. DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN POZİTİF METİNLERDEKİ DÜZENLENİŞİ

#### A) ULUSLARARASI VE ULUSAL-ÜSTÜ METİNLERDEKİ DÜZENLEMELER VE UYGULAMALAR

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB), 18. ve 19. maddelerinde konuyu düzenlemektedir. 18. madde, “Herkesin düşünme, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır” hükmünü içerirken; 19. madde, “Herkesin fikir ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek ... hakkını içerir” hükmünü içermektedir.

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (KSHUS), konuyu yine 18. ve 19. maddelerinde düzenlemektedir. 18. maddeye göre, “Herkes, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir”. 19. madde ise, I. fıkrasında, “Kimse kanaatleri nedeniyle rahatsız edilemez” hükmünü içermektedir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), 9. maddesinde, “vicdan ve din özgürlüğü” ile birlikte, “düşünce özgürlüğü”ne de değinmekle birlikte, düşüncenin açıklanması veya ifade özgürlüğü ile ilgili esas düzenlemeye 10. maddesinde yer vermektedir. 9. maddenin I. fıkrası, “1. Her şahıs düşünme, vicdan ve din hürriyetine sahiptir. Bu hak, din veya kanaat değiştirme hürriyetini ve alenen veya hususi tarzda ibadet ve ayin veya öğretimini yapmak suretiyle tek başına veya toplu olarak dinini veya kanaatini izhar eylemek hürriyetini tazammun eder. ...”. düzenlemesini içermektedir. 10. madde ise, I. fıkrasında, “Her fert ifade ve izhar hakkına maliktir. Bu hak içtihat hürriyetini ve resmi makamların müdahalesi ve memleket sınırları mevzubahis olmaksızın, haber veya fikir almak veya vermek serbestisini ihtiva eder. Bu madde, devletlerin radyo, sinema veya televizyon işletmelerini müsaade rejimine tabi kılınmalarına mani değildir. ...” hükmünü getirmektedir. İHAS, bu hükümleriyle düşünce ve düşüncenin açıklanması ve yayılması özgürlüklerini güvence altına almış bulunmaktadır.

<sup>28</sup> Tanör, age, s.15; Erdem, agm, s.10-11.

Türkiye'nin de taraf olduğu İHAS çerçevesinde oluşturulmuş ve güvence sisteminin yargılama organı olan İnsan Hakları Avrupa Divanı (İHAD) da, verdiği kararlarda, düşünce özgürlüğünün önemini, kapsamını ve sınırlarını belirlemeye çalışmıştır. İHAS'nde düzenlenen hak ve özgürlükler için öngörülen asgari standardı, dinamik yorum yöntemiyle genişleten ve çağın gereklerine uyumlu hale getiren İHAD<sup>29</sup>, bu çerçevede verdiği kararlarda, düşünce özgürlüğüne ilişkin şu ifadelerle yer vermiştir: *“İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar; çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokrasi olmaz”*<sup>30</sup>. İHAD ayrıca, basın söz konusu olduğunda, bu ilkelerin daha özel bir önem kazanacağını vurgulamıştır<sup>31</sup>.

1972 yılında Helsinki’de yapılan Konferans çalışmaları sonucu hazırlanan *“Helsinki Nihai Senedi”* nin imzalanmasıyla başlayan ve 1990 yılında imzalanan *“Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı”* yla yeni dünya düzeninin simgelerinden biri haline gelen AGİK sürecinde kabul edilen belgelerde de, düşünce özgürlüğüne kapsamlı bir şekilde yer verilmiştir. Paris Şartı’nın *“İnsan Hakları, Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü”* başlığı altında, *“Demokrasi, anlatım özgürlüğünün, toplumdaki bütün gruplara hoşgörü gösterilmesinin ve her birey için fırsat eşitliğinin en iyi güvencesidir”* denildikten sonra, *“Gelecek İçin Ana Noktalar”* başlığı altında insani boyut mekanizmasına ilişkin ilkeler arasında, AGİK üstlenmelerimize uygun olarak; hareket serbestliğinin, vatandaşlarımız arasındaki temasların, bilgi ve fikirlerin serbestçe akımının özgür toplumlar ve serpiyen kültürlerin sürmesi ve gelişmesi için çok önemli olduğu vurgulanmaktadır. AGİK çerçevesinde kabul edilen belgeler arasında, düşünce özgürlüğünü bir hak olarak tanıyan ilk belge; *“Kopenhag Belgesi”* dir. Bu belge, herkesin iletişim hakkı da dahil olmak üzere, ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğunu bildirmektedir. Belgeye göre, *“Bu hak, sınırlar söz konusu olmaksızın ve kamu makamları tarafından müdahale edilmeksizin, görüşlerin ifade edilmesi, bilgilerin ve fikirlerin alınması ve aktarılması özgürlüğünü kapsar”*.

İHEB ve İHAS’nde, diğer uluslararası sözleşmeler ve belgelerde düşünce özgürlüğünün, üç hakkı içerir bir biçimde düzenlendiği görülür. Bu haklar, düşünce ve bilgileri elde etmek, aramak ve yaymak haklarıdır. Bu haklardan düşünce ve bilgileri aramak ve yaymak hakları aktif haklardır ve aslında bu üç hak birbirini

<sup>29</sup> Erdem, agm, s.26.

<sup>30</sup> Handyside-Birleşik Krallık, 07.12.1976, Seri: A, No:24, par.49; Sunday Times-Birleşik Krallık, 26.04.1979, Seri:A, No:30, par.65; Castells-İspanya, 23.04.1992, Seri:A, No:236, par.42 (Divan kararları için bkz. Doğru, Osman; İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, İstanbul 1997, s.67, 188 vd.).

<sup>31</sup> Sunday Times-Birleşik Krallık, 26.04.1979, Seri:A, No:30, par.65 (Doğru, age, s.188).



tamamlamaktadır. Ayrıca bu belgelerde söz konusu olan düşünce özgürlüğü, klasik basın özgürlüğünü içerdiği gibi, kitle iletişim araçlarını da içerir bir biçimde düzenlenmiştir<sup>32</sup>.

## B) BATILI DEMOKRASİLERDEKİ DÜZENLEME VE UYGULAMALAR

### 1. Almanya

1949 tarihli Almanya Anayasası'nın "açıklama özgürlüğü" başlıklı 5. maddesi; "Herkesin, düşüncesini söz, yazı ve resimle serbestçe açıklayıp yaymak, herkese açık olan kaynaklardan -hiçbir engelle uğramadan- bilgi edinmek hakkı vardır" düzenlemesiyle, düşünce özgürlüğünü, düşünce ve bilgi elde etmek, aramak ve yaymak haklarını içerir biçimde düzenlemiştir. Madde ayrıca, "Basın özgürlüğü ve radyo ve film aracılığıyla haber vermek özgürlüğü teminat altına alınmıştır. Sansür konulamaz" hükmüne yer vererek, basın özgürlüğünü de güvence altına almıştır<sup>33</sup>.

Görüldüğü gibi, maddenin I. fıkrası, bir taraftan politik ve ussal özgürlük temel haklarının bir parçası olarak düşünce, bilgi edinme ve basın özgürlüklerini koruma altına alırken; diğer taraftan da radyo, televizyon ve sinema yoluyla düşüncelerin açıklanması ve yayılması özgürlüğünü garanti altına almaktadır. Düşünce özgürlüğü temel hakkının taşıyıcısı, Almanya Anayasası'nın 19. maddesinin III. fıkrasına göre, insanın kendisidir. 5. madde, manevi araçlarla zorlama veya ekonomik güç elde etmeyi değil; ussal alandaki düşünce çatışmalarını korumaktadır<sup>34</sup>. Almanya Anayasa Mahkemesi de, düşünce özgürlüğünün çerçevesini belirlerken, düşünce açıklamasının kamuoyunda ussal alandaki düşünce çatışmalarına bir katkı sağlayıp sağlamadığına bakmakta ve bunu önemli bir ölçüt olarak kullanmaktadır. Mahkemeye göre düşünce açıklaması, manevi alandaki ussal çatışmaların bir aracıdır<sup>35</sup>. 5. maddenin I. fıkrası, düşüncenin açıklanmasını hangi şekilde olursa olsun korumaktadır. Zira maddede yer alan "söz", "yazı" ve "resim" kavramları yalnızca örnekleyici niteliktedir<sup>36</sup>.

Düşüncenin hiçbir engel olmaksızın açıklanması olanağı, insan varlığının en vazgeçilmez koşullarından biridir. Düşüncelerinin, kanaatlerinin ve isteklerinin (arzularının) yayılması insanın en temel ihtiyaçlarından biridir<sup>37</sup>. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi de, düşünceyi serbestçe açıklama temel hakkını, toplumda insan kişiliğinin ayrılmaz bir ifadesi olarak<sup>38</sup> ve özgürlükçü demokratik devlet düzenin

<sup>32</sup> Turhan, agm, s.90; Erdem, agm, s.26.

<sup>33</sup> Madde hükmü için bkz. Gürbüz, Yaşar; Anayasalar, İstanbul 1981, s.48.

<sup>34</sup> Katz, Alfred; Grundkurs im öffentlichen Recht I, Staatsrecht, 6., überarbeitete Auflage, Regensburg 1983, s.319.

<sup>35</sup> BVerfGE 42, 163, 170.

<sup>36</sup> Katz, age, s.319.

<sup>37</sup> Jortzig, Schmidt; Handbuh des Saatsrecht (Insensee/Kirchof Hrsg.), Band:IV: Freiheitsrecht, Heidelberg 1989, §141, No:1.

<sup>38</sup> BVerfGE 7, 198, 208.

vazgeçilmez bir unsur olarak değerlendirmiştir<sup>39</sup>. Zira düşüncelerin manevi alanda çatışması ancak düşünce özgürlüğünün varlığı ile mümkün olabilir<sup>40</sup>. Düşünce özgürlüğünü, düşüncenin politik ve kamusal alanda oluşturulması sürecinin önemli bir dayanağı olarak kabul eden Yüksek Mahkeme, düşünce özgürlüğünü düzenleyen Almanya Anayasası'nın 5. maddesinin I. fıkrasına büyük önem atfetmektedir<sup>41</sup>. Düşünce özgürlüğünün kapsamını belirlerken, bireyin subjektif kamusal bir savunma hakkının olduğunun göz önünde tutulması gerektiğini belirten Yüksek Mahkeme; basın, radyo ve televizyon kuruluşlarının kurulma garantilerini, örgütlenme hakkının garantilerini, düşüncelerin çoğulculuğunun garanti altına alınmasını, sansüre karşı önleyici tedbirler alınmasını ve hatta basının sübvansede edilmesini düşünce özgürlüğünün garanti ettiği alan içerisinde değerlendirmektedir<sup>42</sup>. Yüksek Mahkemeye göre, düşünce özgürlüğü, her şeyden önce iç alemde "*düşüncenin oluşturulması*" ve sonra da bu düşüncelerin açıklanmasını ifade etmektedir. Bununla birlikte, düşüncenin iç alemde oluşturulması özel bir güvenceyi gerektirmemektedir<sup>43</sup>.

Almanya öğretisindeki baskın görüş, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün koruma alanını, rasyonel değerdeki düşünce ve onun sınırı olarak değerlendirmektedir. Rasyonel değerdeki düşünsel olgulara dayanarak oluşturulan (örneğin, olaylar karşısında vaziyet alma, değerlendirme, tahminde bulunma ve eleştirme gibi) düşünce ve düşünce açıklamaları bu kapsamdadır<sup>44</sup>. Doğru olmayan ifadeler ve gerçeğe aykırı olan olayların bildirilmesi düşünce özgürlüğünün garanti ettiği alan kapsamında değildir<sup>45</sup>.

## 2. Diğer Ülkeler

Dünyanın ilk yazılı anayasası olan 1787 tarihli Amerikan Anayasası'nın 1791 yılında onaylanan ilk değişiklik maddesi, "*Kongre ... söz ve bazın özgürlüğünü ... kısıtlayan hiçbir yasa çıkarmaz*" ifadesiyle, düşünce özgürlüğünü çoğunluk iradesi karşısında anayasal koruma altına almıştır<sup>46</sup>. ABD'ndeki konuya ilişkin yasal düzenlemelere ve Yüksek Mahkeme içtihatlarına bakıldığında, soyut düşüncenin içeriğine bir sınırlama getirilmediği; sınırlamanın, düşüncenin hukuka aykırı yöntemlerle gerçekleştirilmesine yönelik olduğu görülür<sup>47</sup>.

1947 tarihli İtalyan Anayasası'nın 21. maddesi, "*Düşüncelerini söz, yazı ve diğer bütün yayım araçlarıyla serbestçe açıklamak hakkı herkese tanınmıştır. Basın, izin ya*

<sup>39</sup> BVerfGE 7, 198, 208; 50, 234, 239.

<sup>40</sup> **Katz**, age, s.318.

<sup>41</sup> **Katz**, age, s.318.

<sup>42</sup> BVerfGE 57, 295, 318 vd.

<sup>43</sup> BVerfGE 7, 198, 208; 20, 56, 97 vd.

<sup>44</sup> **Katz**, age, s.319.

<sup>45</sup> BVerfGE 54, 208, 219 vd.

<sup>46</sup> Madde hükmü için bkz. **Gürbüz**, age, s.36.

<sup>47</sup> **Erdem**, agm, s.28.

*da sansüre tâbi tutulamaz*" hükmüyle<sup>48</sup>, düşünce özgürlüğünü güvence altına almıştır. Bugün yürürlükte bulunan 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun, mevcut düzeni yıkıcı veya ulusal duyguyu yok edici beyanlarda bulunmayı veya propaganda yapmayı suç sayan 272. maddesinin, İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasanın 21. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmesi<sup>49</sup>, İtalyan Hukuku'nda düşünce özgürlüğünün sınırları konusunda bilgi vermektedir<sup>50</sup>. Zira bu hukuk düzeninde, şiddet unsurunu içeren 272. madde yorumlanırken, siyasi içerikli propaganda, düşünce açıklaması olarak benimsenmekte ve suç sayılmamaktadır. Burada cezalandırılan, bir düşüncenin anayasal usuller dışında eyleme çağrı niteliğinde olmasıdır. Başka anlatımla, bu madde, düşüncenin içeriğini değil, gerçekleştirilme yöntemini cezalandırmaktadır<sup>51</sup>.

### C) 1982 ANAYASASI'NDAKİ DÜZENLEMELER

1982 Anayasası, 1961 Anayasası dönemindeki tartışmalara<sup>52</sup> bir son vermek amacıyla, düşünce özgürlüğü ile düşünceyi açıklama özgürlüğünü iki ayrı maddede ayrı ayrı düzenlemiştir<sup>53</sup>. Konunun bu şekilde ayrı maddeler halinde ele alınmasında

<sup>48</sup> Madde hükmü için bkz. **Gürbüz**, age, s.132.

<sup>49</sup> **Hafizoğulları**, Zeki; "Türk Hukuk Düzeninde İnsan Haklarını Kısıtlayan Hükümler", İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C.III, S.1, s.15-17; **Tanör**, age, s.17.

<sup>50</sup> **Erdem**, agm, s.28.

<sup>51</sup> **Teziç**, agm, s.37.

<sup>52</sup> Gerçekten bu dönemde düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırsız olup olmadığı, daha doğrusu 1961 Anayasası'nın düşünce özgürlüğünü düzenleyen tek maddesi olan 20. maddesinin düşünce özgürlüğüne sınır koyan düzenlemelere cevaz verip vermediği konusunda yoğun tartışmalar yapılmıştır. Zira bu madde düşünce özgürlüğünü yalnızca tanımakla yetinmiş, sınırlamaya dair herhangi bir özel kayıt öngörmemiştir. Bu tartışmaların ayrıntıları için bkz. **Kuzu**, Burhan; "Düşünceleri Açıklama Hürriyeti", İnsan Hakları Yıllığı, Dr. Muzaffer Sencer'e Armağan, TODAİE, C.17-18, 1995-1996, s.34-39.

<sup>53</sup> Bu ayrımın nedeni, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü tarafından şu şekilde açıklanmıştır: "Komisyon sizlere sunduğu Anayasa tasarısında düşünce 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. ... 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 kullanılmayacaktır. ... Diğeri de o kişinin hangi kanaatle, hangi düşüncede olduğunun 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 yahut kişinin düşüncesinin öğrenilme sebebiyle onun zorlanmaması farklıdır, düşünceyi yaydığı zaman kullandığı hürriyet farklıdır. Onun için Komisyon bu iki hürriyeti birbirinden ayrı iki madde halinde düzenlemeyi uygun görmüştür. Nitekim ... düşünce hürriyetinin düşünceyi açıklama yayma hürriyetinin sınırsız olduğu gerekçesi ile ... Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştı ve ... Anayasa Mahkemesi de, düşünce ve kanaat hürriyetini, statik hürriyetinden ayırmış bulunuyor. Bu sebeple biz bu kanaatle her iki hürriyeti ayrı maddelerde düzenlemeyi, bu fikrin

Anayasa Mahkemesi kararlarının da etkisi olmuştur. Gerçekten Anayasa Mahkemesi, 1980 öncesi uygulamalarında bu ayrımı kararlarına yansıtmıştır<sup>54</sup>.

24. madde, “*Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir*” hükmünü içerirken, “*düşünce ve kanaat hürriyeti*” başlığını taşıyan 25. madde, “(1) *Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. (2) Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz*” hükmünü içermektedir. 25. madde, düşünce ve kanaat özgürlüğünün Anayasaca mutlak biçimde tanındığı izlenimini yaratmaktadır. Düşünce özgürlüğü bireyin iç dünyasında (kafasının içinde) kaldığı sürece hukukun mutlak korumasından yararlanabilir. Ancak bu maddeyi, Anayasanın 13. maddesi ışığında değerlendirme gereği de bulunmaktadır<sup>55</sup>. Bununla birlikte, 25. maddedeki “*herkes düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahiptir*” kuralının, bireyin iç dünyasına dönük bir özgürlük olarak algılanması durumunda pratik bir anlamı olmayacaktır. Açıklanmadığı sürece düşünce yasaklanamaz, bu bağlamda korunması için özel bir kurala da gerek duyulmaz<sup>56</sup>. Kaldı ki, sınırlandırılma olanağı olmayan kişiye özgü bu doğal düşünme olgusunun çok fazla bir değeri yoktur. Düşüncenin bir anlam ifade edebilmesi ve işlevsel olabilmesi için dışa vurulması, yani başkalarına iletilmesi gerekir<sup>57</sup>.

26. madde ise, “*düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*”ni düzenlemektedir. Bu madde, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü, radyo, televizyon, sinema gibi kitle iletişim araçlarını da kapsayacak şekilde yeniden tanımlamıştır. Buna 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 müdahaleleri olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayınların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. ...*”. Görüldüğü gibi, madde metni, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü “*enformasyon hakkı*”nı da kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Ancak bu genişlik yanında 1961 Anayasasından farklı olarak genel ve özel sınırlama nedenleri, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü de kapsayacak şekilde geniş tutulmuştur<sup>58</sup>.

Anayasada bu şekilde düzenlenen “*düşünce, kanaat ve din özgürlükleri*” hak ve özgürlüklerin dokunulmaz alanını ya da insan haklarının sert çekirdek alanını

açıkça ortaya konması bakımından yararlı gördük. Gerçi bazı Anayasalarda her ikisi bir tek maddede gösterilmiş; ama bu bir karışıklığa sebep olabilir diye düşünmüştür Komisyonumuz” (Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C.8, s.273-274).

<sup>54</sup> Kuzu, agm, s.40.

<sup>55</sup> TUGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.45-46; Kuzu, agm, s.42; Aliefendioğlu, agm, s.19.

<sup>56</sup> Aliefendioğlu, agm, s.17; Payaslıoğlu, Arif T.; “Anayasalarımızda Düşünce Özgürlüğü”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Ağustos-Eylül 1997, C.XXI, S.202, s.7.

<sup>57</sup> Erdem, agm, s.8.

<sup>58</sup> Kuzu, agm, s.42.

oluşturmaktadır ve aynı zamanda hukukun düzenleme alanının dışında kalan doğal alanlardır<sup>59</sup>. Hukuk düzeni ve Anayasalar, ancak, bu özgürlüklerin dışavurum biçimi olarak “ifade özgürlüğü”nü düzenleme konusu yapabilirler<sup>60</sup>.

#### IV. DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

##### A) DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI SORUNU VE KABUL EDİLEBİLİR SINIRLAMA NEDENLERİ

###### 1. Sınırlama Sorunu

Liberal demokratik hukuk düzeninin vazgeçilmez ögesi olan düşünce özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesi sorunu, Türkiye'nin içinde bulunduğu koşullar dikkate alındığında, çözülmesi gereken önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Birçok Batılı demokratik ülke, belli bir dönem itibarıyla karşı karşıya kaldıkları bu sorunu, bugün artık büyük oranda çözüme kavuşturmuşlar ve artık “*düşünce açıklamalarının ideolojik içeriği bakımından sınırlanamayacağı*” noktasına ulaşmışlardır.

Düşünce açıklamasının içeriği itibarıyla sınırlanması, çözülmesi son derece güç problemlerle karşı karşıyadır. Herşeyden önce, bir düşüncenin “zararlı” veya “zararsız”, “sakıncalı” veya “sakıncasız”, “tehlikeli” veya “tehlikesiz” olduğunu kim, nasıl ve hangi ölçütlere göre belirleyecektir? Yasaklama nereye kadar ve nasıl yapılacaktır? Düşünce özgürlüğünün özünü zedelemeksizin bu sorulara cevap bulmak güçtür.

Bazı düşüncelerin “zararlı”, “sakıncalı” ya da “tehlikeli” kabul edilerek bir takım “yasak düşünce alanları” yaratılması, siyasal gücün, bireyi, “resmi görüş”e uygun düşünmeye zorlanması anlamına gelecektir<sup>61</sup>. Bireyin, resmi ideolojiye aykırı düşüncelere kapalı bir siyasal alan içine hapsedilmesi sonucunu doğuran bu anlayışın amacı; “devletin korunması”dır. Bu amacı gerçekleştirmek için devletler, ceza kanunlarında “devlet aleyhine işlenen suçlar” diye, suç genel teorisiyle bağdaştırılması mümkün olmayan suç tipleri yaratmaktadırlar. Bunun pratik anlamı, devletin, birey ve toplumdan soyutlanarak doğüstü bir kavram olarak algılanmasıdır. Kuşkusuz bu anlayış içerisinde devlet, bireyin hizmetinde bir “araç” olmaktan çıkmakta, başlı başına bir “amaç” haline getirilmiş olmaktadır<sup>62</sup>. Oysa ki, bireyin özgür tercihlerinin engellenmesi ve devletin otokratik bir yapıya bürünmesi sonucunu doğuran bu anlayış, özgürlükçü demokrasi anlayışının gerekleriyle bağdaşmamaktadır. Zira, özgürlükçü demokrasi, bireyin özgür siyasal tercihlerinin

<sup>59</sup> Buna rağmen, “düşünce özgürlüğünün sınırları” başlığında ele alacağımız gibi, 1982 Anayasası, bu dokunulmaz alanı, temel hakların genel sınırlama nedenlerini içeren 13. maddesinin kapsamından çıkarmamıştır.

<sup>60</sup> TÜGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.27.

<sup>61</sup> Özek, Çetin; 141-142, İstanbul 1968, s.21; Erdem, agm, s.31.

<sup>62</sup> Erdem, agm, s.31.

sınırlanamazlığını; devletin de, bir amaç olarak değil, sınırlandırılması gereken bir araç olarak görülmesini savunur. Bu savununun bir gereği olarak özgürlükçü demokrasi, düşünce özgürlüğünü vazgeçilmez bir öge olarak kabul etmektedir. Bu öge aynı zamanda, özgürlükçü demokrasileri, diğer siyasi rejimlerden ayıran temel ölçütlerden biridir<sup>63</sup>.

Düşünce özgürlüğünün, çağdaş demokrasilerde taşıdığı önem ve gördüğü işlev, bu özgürlüğün her türlü düzenlemeden ve sınırlamadan ayrık tutulmasını gerektirmektedir. Açıklanmadığı sürece hiçbir sorun teşkil etmeyen soyut düşünce, açıklanmasıyla birlikte başkalarının özgürlük alanlarını olumsuz yönde etkileyebilecek, onlar tarafından "zararlı" ya da "tehlikeli" olarak nitelendirilebilecek bir hal alabilmektedir. Tıpkı diğer özgürlükler gibi düşünce özgürlüğünün de, var olabilmesi, birey açısından, pratik bir değer ifade edebilmesi için, bunun sınırlarının belirtilmesi, kullanılma yöntemlerinin gösterilmesi, kısaca düzenlenmesi gerekir. Düşünce özgürlüğünün düzenlenmesi, bir yandan bu özgürlüğün kötüye kullanımını önlemek, diğer yandan da herkesin yararlanımını sağlamak amacıyla yöneliktir. Öte yandan, düşünce özgürlüğü ile diğer özgürlüklerin "dingin birlikteliğini sağlamak" ve bunlar arasında çıkabilecek çatışmaların "uzlaştırılması" için de sınırlandırılması kaçınılmazdır<sup>64</sup>.

Bununla birlikte, düşünce özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesine yönelik bir düzenleme, bu özgürlüğün önemine koşut bir duyarlılıkla yapılmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, temel insan haklarından biri olan ve bu nedenle kişinin doğuştan sahip olduğu bir hak olan düşünce özgürlüğünün, düzenleme yapılmadan önce var olduğu, anayasal ya da yasal düzenlemelerin bu özgürlüğü belirleyici bir niteliğe sahip olamayacağı gerçeği de unutulmamalıdır<sup>65</sup>.

Düşüncenin açığa vurulması ve nasıl açıklanacağı konusu, geçmişte olduğu gibi, bugün de, hukukun düzenlemek durumunda olduğu başlıca konulardan biridir. Anayasacılık düşüncesinin gelişimiyle birlikte devletin müdahale alanı dışında tutulmaya çalışılan düşünce özgürlüğü, anayasalarda ve hak bildirilerinde yer almaya başlamıştır. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde, düşüncenin başkalarına özgürce açıklanması ve aktarılmasının, insanların en değerli haklarından biri olduğu belirtilmiştir. İlk yazılı anayasa olan ve ABD Federal Anayasası'nın 1791 yılında gerçekleştirilen ve "Haklar Bildirisi (Bill of Rights)" olarak bilinen ilk değişiklik maddesinden ilki, bu özgürlüğü kısıtlayan yasa çıkarılmayacağını belirterek, düşünce özgürlüğünü güvence altına almıştır<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> **Kapani**, Munci; Kamu Hürriyetleri, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara 1981, s.226.

<sup>64</sup> **Kaboğlu**, age, s.54; **Erdem**, agm, s.23-24.

<sup>65</sup> **Erdem**, agm, s.24.

<sup>66</sup> **Erdem**, agm, s.9-10.

## 2. Kabul Edilebilir Sınırlama Nedenleri

Özgürlükçü demokratik sistem açısından düşünce özgürlüğüne getirilebilecek ve genel kabul gören sınırlama nedenlerini, mukayeseli hukukun da kabul edildiği şekliyle, şu şekillerde belirlemek mümkündür:

**a)** İlk olarak, bütün özgürlüklerde olduğu gibi, düşünce özgürlüğünün de genel ve klasik sınırı, başkalarının özgürlüğüdür<sup>67</sup>. Buna göre, açıklanan düşünce ile başkalarının yaşamı, kişiliği ya da düzeni olumsuz bir biçimde etkileniyorsa, böyle bir düşünce açıklaması “*düşünce özgürlüğü*” kapsamında değerlendirilemeyecektir. Hakaret, iftira, sövme ve benzeri nitelikli düşünce açıklamaları bu grubu oluşturur.

**b)** İkinci olarak, devletin gizli olarak kabul ettiği bilgilerin açığa çıkarılmasına neden olan haber ve açıklamalar düşünce özgürlüğünün sınırlarından biridir.

**c)** Üçüncü olarak, yargılama görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen düşünce açıklamaları da koruma kapsamında değildir.

**d)** Dördüncü olarak, düşünce açıklamasının, insanları suç teşkil eden eylemleri işlemeye tahrik ve teşvik edici nitelikte olması<sup>68</sup> durumunda, açıklama düşünce özgürlüğünün kapsamı dışına çıkacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, suç teşkil eden herhangi bir eylemin suç olmaması gerektiğine ilişkin düşünce açıklamaları, her ne kadar bir anlamda suç olan eylemi övmek suretiyle suç işlemeye dolaylı tahrik ve teşvik niteliği taşısa da, bu tür düşünce açıklamalarının sınırlandırılmaması gerekir. Zira, mevcut yasalara bir eleştiri niteliği taşıyan bu tür düşünce açıklamaları sayesinde ki, hukuk, donmuş kurallar yığını olmaktan kurtulup, kendini yenileme olanağına kavuşur. Gerçekten pozitif hukuk, ancak, yasalardaki düzenlemelere kendi sorgulayıcılığı içinde bakabilen, kendi doğrularını ve gerçeklerini özgür bir biçimde ortaya koyabilen insanların eleştirileri ile statik olmaktan çıkıp, dinamik bir niteliğe bürünebilecektir<sup>69</sup>.

**e)** Beşinci olarak, düşünce açıklamasının “*kamu düzeni*”ni bozucu nitelikte olmaması gerekir. Kamu düzeni kavramı, tanımlanması güç bir kavramdır. Objektif olarak bu kavramın, toplumsal yaşamın devamı için gerekli olan asgari koşulların yerine getirilmesi ile ilgili olduğu söylenebilir. Bu koşullar; insanların güvenli, huzurlu ve

<sup>67</sup> Tanör, age, s.92; Aliefendioğlu, agm, s.13-14.

<sup>68</sup> Bury, age, s.163; Tanör, age, s.92. BURY, bu sınırlama nedenine ilişkin olarak verdiği örnekte, “yazdığım bir kitapta, mevcut toplumları mahkum ederek bir anarşi teorisini savunursam ve bir adam da onu okuduktan sonra saldırgan bir şiddet eylemi yaparsa, benim kitabımın bu adamı anarşist ettiği ve kendisini cinayete yönlendirdiği açıkça kanıtlanmış olabilir, fakat bundan dolayı beni cezalandırmak veya kitabımı yasaklamak doğru olmaz; meğer ki onda o adamı, yaptığı cinayete doğrudan doğruya kışkırtan bir madde bulunsun. ...” (s.163) demektedir.

<sup>69</sup> Erdem, agm, s.32.

sağlıklı bir biçimde yaşamalarıdır<sup>70</sup>. Bu sınırlama nedeninde yasaklamaya konu olan, düşüncenin kendisi değil, onun açıklanış biçimidir<sup>71</sup>.

f) Son olarak, düşünce açıklamasının “ulusal güvenliği” tehdit eder nitelikte olmaması gerekmektedir. Burada sınırlama konusu, devletin varlığına son vermeye yönelik yıkıcı eylemlere çağrıda bulunma ve bu tür eylemlere insanları kışkırtma niteliğindeki düşünce açıklamalarıdır<sup>72</sup>.

Özellikle bu son üç sınırlama nedeninde, soyut kavramlar içerdiklerinden, çözümü gereken bir sonun ortaya çıkmaktadır: Bir düşünce açıklaması, “şiddet kullanmaya teşvik ve tahrik”, “kamu düzenini bozma” ve “ulusal güvenliği tehlikeye düşürme” niteliğini ne zaman kazanır? Bunun ölçütü nedir? Bu konuda ABD Yüksek Mahkemesi'nin geliştirdiği<sup>73</sup> ve Türk doktrininde de taraftar bulan<sup>74</sup> “açık ve yakın tehlike” testinden yararlanılabilir. Bu ölçüte göre, sınırlama, ancak düşüncenin açıklanması ile bireylerin ya da kamu çıkarının korunması amacıyla yasaklanmış eylemler arasında açık ve yakın bir nedensellik bağı bulunduğu durumda mümkün olabilir. Bu durumda ise, yasaklanan, düşüncenin kendisi değil, hukuka aykırı bir biçimde açıklanışdır<sup>75</sup>. Bu ölçütte, tehlikenin açık ve yakın olup olmadığı yasa koyucu tarafından soyut kurullarla değil, uygulamada mahkemeler tarafından saptanır<sup>76</sup>. Mahke-me bu konudaki kararını verirken, düşünce ile eylem arasında varlığı ileri sürülen ilişkiyi mümkün oldukça kırmalı ve gevşetmelidir. Kuşkuya düşülen durumlarda kısıtlanmasın-dan yana değil de, düşüncenin açıklanmasından yana karar verilmelidir. Unutulmama-lıdır ki, demokratik rejimlerde “özgürlük” esas, “sınırlama” ise istisnadır<sup>77</sup>.

## **B) ULUSLARARASI VE ULUSAL-ÜSTÜ METİNLERDEKİ SINIRLAMA HÜKÜMLERİ**

### **1. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**

İHEB'nin 19. maddesi, düşünce özgürlüğünü temel bir insan hakkı olarak bütün yönleriyle düzenlemiştir: “Herkesin fikir ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu

<sup>70</sup> Tunaya, Tarık Zafer; Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul 1975, s.306.

<sup>71</sup> Tanör, age, s.55.

<sup>72</sup> Tanör, age, s.74.

<sup>73</sup> Konuya ilişkin olarak Amerikan Yüksek Mahkemesinin geliştirdiği testler konusunda geniş bilgi için bkz. Turhan, agm, s.102-105.

<sup>74</sup> Tanör, age, s.222; Kapani, age, s.227; Teziç, agm, s.36-37; Turhan, agm, s.107; Güran, Sait; İfade Hürriyeti Üzede İdare'nin Yetkileri, İstanbul 1969, s.361. Hafızoğulları ise, açık ve yakın tehlike ölçütünün, ceza hukukundaki “bir cürmün işlenebilmesi için, fiilin cürmün işlenmesine elverişli olması” ilkesiyle çeliştiğinden söz ederek; bu ölçütün kabul edilemez olduğunu vurgulamaktadır (“Liberal.”, s.13).

<sup>75</sup> Erdem, agm, s.33; Teziç, agm, s.36.

<sup>76</sup> Teziç, agm, s.37.

<sup>77</sup> Erdem, agm, s.34.



*hak, fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber ve fikirleri her yoldan aramak, elde etmek ve yaymak hakkını içerir*". Bildiri'de düzenlenen bütün hak ve özgürlükler için geçerli bir hüküm olan 30. madde, "Bu Bildiri'nin hiçbir hükmü, herhangi bir devlete, zümreye ya da kişiye, Bildiri'de açıklanan hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik bir faaliyete girişme ya da eylemde bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz" demek suretiyle, "özgürlüğü yok etme özgürlüğü"nü kabul edilemez olduğunu bildirmiştir.

Ayrıca, Bildiri, bu genel kayıt dışında, 29. maddede, özgürlüklerin kullanımında özel kayıtlar getirmiştir. Gerçekten Bildiri'de, hak ve özgürlüklerin kullanımının, başkalarının özgürlükleri ve demokratik bir toplumda ahlâk, kamu düzeni ve genel refahın haklı gereklerini yerine getirmek amacıyla sınırlanabileceği bildirilmiştir.

## 2. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

İHAS'nin 10. maddesinin II. fıkrası şu düzenlemeye yer vermektedir: "2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, asayişsizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla öngörülen bazı formalitelere, şartlara, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir. ...".

Burada belirtilen sınırlandırma nedenleri, bir bakıma düşünce ve ifade özgürlüğünün doğal sınırlarını oluşturmaktadır. Zira ifade özgürlüğünün, bu fıkrada belirtilen diğer temel değerleri tahrip edecek şekilde kullanılması düşünülemez<sup>78</sup>. Bu fıkrada belirtilen sınırlama nedenlerini şu başlıklar altında toplamak mümkündür:

- ulusal güvenliğin, ülke bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması,
- asayişsizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi,
- sağlığın veya ahlâkın korunması,
- başkalarının şöhret veya haklarının korunması,
- sır kabul edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi,
- yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunması.

Fıkranın devamından da anlaşılacağı üzere, düşünce ve ifade özgürlüğü ancak bu nedenlerden bir veya birkaçı kullanılarak; demokratik bir toplumda gerekli olan formalitelere, şartlara, sınırlamalara ve cezalara tâbi tutulabilecektir ve bu sınırlama ancak kanunla yapılabilecektir. Getirilen sınırlamalar, demokratik bir toplum için zorunlu tedbirler niteliğinde olabilecektir. Kısacası, düşünceyi açıklama ve yayma

---

<sup>78</sup> Rapor, age, s.4.

özgürlüğüne ancak demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığı ölçü ve oranda sınırlama getirilebilecektir.

Kısacası, İHAS'nin 10/II maddesi, düşünce özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların birtakım koşullara bağlandığı görülür. Buna göre, sınırlama, yasayla öngörülmesi olmalıdır; müdahale, sınırlı olarak sayılan hukuksal değerlerin korunması amacıyla yönelmeli; alınacak önlem, demokratik bir toplum bakımından gerekli olmalıdır.

İHAD da verdiği bir kararında, müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği sorununu tartışırken, alınan her önlemin izlenen meşru amaçla orantılı olması gerektiğini önemle vurgulamaktadır<sup>79</sup>. Ayrıca İHAD, düşünce özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar konusunda, müdahaleye izin veren İHAS'nin 10/II maddesinin dar yorumlanması gerektiğini belirtmektedir<sup>80</sup>.

Avrupa organları, yalnızca kanaatlerin ifadesi olan düşünce açıklamaları ile, demokratik sistemi şiddet yoluyla yıkmaya kışkırtan düşünce açıklamaları arasında ayırım yapmakta; sınırlamanın bu ikincisi için söz konusu olabileceğini bildirmektedir<sup>81</sup>.

Bununla birlikte, İHAS'nin 10/II maddesinde sayılan sınırlama nedenleri içerisinde, yalnızca “ulusal güvenlik” ile ilgili olan, çağdaş, demokratik toplum için önem taşıyan siyasi düşünce özgürlüğü, sınırlama nedeni olarak görülebilir. Ancak bu kavram, herhangi bir ideolojinin korunması anlamına gelmemektedir. Batılı hukuk sistemlerinde “ulusal güvenlik” kavramından anlaşılan, ülkenin iç ve dış güvenliğidir<sup>82</sup>.

Ayrıca İHAS'nin 17. maddesinde, “özgürlüğü yok etme özgürlüğü”nün de kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir.

### **C) BATILI DEMOKRASİLERDE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI**

Düşünce özgürlüğünün sınırlandırılması sorununun demokratik ülkelerde ele alınışı, ilk kez İkinci Dünya Savaşı sonrası, genel bir eğilim olarak ortaya çıkmıştır. Bunun temel nedeni, liberal demokrasi kuramının kendi varlığına kastetmiş tüm ideolojilere karşı açık oluşuna bağlı olarak, iki dünya savaşı arasında, Almanya ve İtalya'da totaliter devlet anlayışının yerleşmesi doğrultusundaki yaygın kanaattir. Yaşanan acı deneyim, demokratik değerlerin totaliter ideolojilere karşı üstünlüğünün zaman içinde kendiliğinden gerçekleşeceği şeklindeki inancı sarsmış ve böylece, demokratik ülkeler bu konuda koruma tedbirleri almaya başlamışlardır<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> Hanyaside-Birleşik Krallık, 07.12.1976, Seri:A, No:24, par.49 (Doğru, age, s.67).

<sup>80</sup> Sunday Times-Birleşik Krallık, 26.04.1979, Seri:A, No:30, par.65 (Doğru, age, s.189).

<sup>81</sup> Kaboğlu, age, s.178-179.

<sup>82</sup> Tanör, age, s.145 vd.; Erdem, agm, s.27.

<sup>83</sup> Kapani, age, s.221; Tunaya, age, s.310; Turhan, agm, s.89-90.

### 1. Almanya

Almanya Anayasası'nın 5. maddesinin II. fıkrasına göre, şeref ve gençliğin korunmasına yönelik kanunlar aracılığıyla ve genel olarak diğer kanunlarla düşünce özgürlüğüne sınırlama getirilebilir. Burada sınırlamanın belirlenmesi konusunda yasa koyucuya dikkate değer bir olanak verilmektedir. Gerçekten şeref ve gençliğin korunmasına yönelik kanunlar bakımından düşünce özgürlüğü temel hakkının sınırlanması herhangi bir sorun yaratmaz. Fakat madde metnindeki "genel olarak diğer kanunlarla" ibaresiyle sınırlama imkanının getirilmesi çözümleri güç sorunlara neden olmaktadır. Doktrindeki baskın görüşe göre, buradaki genel kanunlardan anlaşılması gereken, 5. maddenin I. fıkrasının koruduğu obje ile örtüşmeyen kanunlar; yani, bu fıkranın düzenleme alanına yönelmeyen kanunlardır. Şeref ve gençliğin korunmasına ilişkin kanunlar özel olarak ve doğrudan doğruya 5. maddenin I. fıkrasının koruma alanını sınırlandırabilir. Ancak "genel kanunlar" özel olarak ve doğrudan doğruya bu temel hakkı sınırlandırmaya yönelemez. Ancak başka bir hukuki yararın korunmasının söz konusu olduğu durumlarda, kaçınılmaz olarak düşünce özgürlüğüne genel kanunlarla sınırlama getirilebilir. Başka bir anlatımla, genel kanunlar, daha öncelikli bir amacı elde etmek ve daha önemli bir hukuki yararı korumak amacıyla kaçınılmaz olarak düşünce özgürlüğü temel hakkını sınırlayan kanunlardır<sup>84</sup>. Bunlara örnek olarak, Ceza Kanunu, Memurlar Kanunu, Medeni Kanun ve Trafik Kanunu gibi kamunun güvenliğini ve düzenini sağlamaya yönelik kanunlar gösterilebilir<sup>85</sup>.

Alman Hukuku'nda düşünce özgürlüğü açısından sınırlamanın sınırı yine Anayasanın 5. maddesinin II. fıkrasında düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Anayasanın 5/I. maddesindeki temel hak garantisi ile 5/II'deki "genel kanunlar" deyimini arasındaki ilişkiyi tek yanlı bir sınırlama anlamında kabul etmek imkansızdır. 5/I'in öngördüğü güvenceler, genel kanunlar aracılığıyla nispileştirilemez. Bu *garantiler* "basit yasa kaydı"na bağlı değildir. Her ne kadar genel kanunlar 5/I'deki temel hakka sınırlama getirebilirlerse de, genel kanunun sınırlayıcı etkisinin de bir sınırı olması gerekir. Bu yüzden genel kanunlar, düşünce özgürlüğünü, bu temel hakkın önemi ve ışığında sınırlayıcı bir etkiye sahiptirler. Genel kanunlardaki sınırlama hükümleri o şekilde yorumlanmalıdır ki, bütün alanlarda özgürlükçü bir demokraside düşünce özgürlüğüne atfedilen özel değer herhalde korunmalıdır. Başka bir anlatımla, düşünce özgürlüğü temel hakkı ile genel kanunlar arasındaki karşılıklı ilişki, "genel kanunlar yoluyla 5/I'in geçerlilik alanına tek yanlı olarak sınırlama getirilebilir" şeklinde yorumlanamaz<sup>86</sup>.

Genel kanunlar, 5/I'in lafzına göre düşünce özgürlüğü temel hakkına sınırlama getirebilirlerse de, getirilen sınırlamalar, özgürlükçü demokratik bir devlette bu temel

<sup>84</sup> Katz, age, s.321-322.

<sup>85</sup> BVerfGE 7, 198, 209 vd.; 28, 191, 201 vd.; 50, 234, 240 vd.

<sup>86</sup> Katz, age, s.322.

hakkın ifade ettiği özel önemi ortadan kaldıracak biçimde yorumlanamaz<sup>87</sup>. Buna “karşılıklı etki teorisi” adı verilmektedir<sup>88</sup>. Buna göre, somut olayda çatışan tüm hukuki çıkarlar, genel ve somut olarak değerler tartımına tâbi tutulmalıdır. Bu yapılırken de, bir taraftan düşünce özgürlüğü temel hakkının önemi ile genel kanunlarla izlenen amaç ve korunmak istenen hukuki yarar denkleştirilmek durumundadır<sup>89</sup>. 5/II’deki hukuki yararın korunması, 5/I’deki düşünce özgürlüğüne ilişkin garantiyle karşılaştırıldığında; bu temel hakkın garanti altına alınması daha öncelikli olmak zorundadır<sup>90</sup>.

Genel kanunlar, bundan başka, “aşırılık yasağı”nı da gözetmek zorundadırlar. Başka bir anlatımla, “oranlılık ilkesi” ihlal edilmemelidir. Ayrıca yasa koyucu da, düşünce özgürlüğüne ilişkin olarak getireceği doğrudan doğruya sınırlamalarda, düzenlemeyi yeterli belirlilikte yapmak durumundadır<sup>91</sup>.

## 2. Diğer Ülkeler

Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Fransa, İtalya, İsviçre ve Belçika hukuk sistem-lerinde düşünce özgürlüğünün ele alınışı hakkında TANÖR’ün verdiği bilgilerden<sup>92</sup> şu sonuçları çıkarmak mümkündür: Batılı hukuk sistemlerinde düşünce özgürlüğünün içeriğine kesinlikle sınırlama getirilmemektedir. Düşünce açıklamasının içeriği -yıkıcı nitelikte de olsa- tek başına tehlikeli görülüp sınırlandırılmamaktadır. Sınırlamaya konu olan, düşüncenin açıklanış biçimidir. Bir başka anlatımla, düşünce açıklamasının gerçekleştiği zaman ve mekân koşulları ile düşünceni açıklanış biçimi dikkate alınarak, sınırlama ya da sınırlamama konusunda bir karar verilmektedir. Buna göre, herhangi bir düşünce, sahip olduğu soyut içeriğin niteliği dolayısıyla değil, düşüncenin eyleme dönüşme biçimiyle sınırlamaya konu olabilmektedir. Kısaca, sınırlanan, düşüncenin soyut içeriği değil, düşüncenin hukuka aykırı dışsallaşma biçimidir.

### D) 1982 ANAYASASI’NDAKİ SINIRLAMA HÜKÜMLERİ

Anayasa ayrı bir maddede düzenlediği “düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü” ile herkese, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına ya da toplu olarak açıklama ve yayma hakkını tanıdıktan (m.26/I) sonra, bunu, amaçlar ve araçlar bakımından II. ve III. fıkralarında çok yönlü özel sınırlamalara tabi tutmuştur. Buna göre; ifade özgürlüğünün kullanılması,

- suçların önlenmesi ve suçluların cezalandırılması,

<sup>87</sup> BVerfGE 7, 198, 207 vd.; 35, 202, 223 vd.; 47, 130, 143.

<sup>88</sup> Katz, age, s.322.

<sup>89</sup> BVerfGE 54, 129, 135 vd.

<sup>90</sup> Katz, age, s.323.

<sup>91</sup> Katz, age, s.323.

<sup>92</sup> Tanör, age, s.152 vd.

- Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanması,
- başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması,
- kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilin kullanılmaması
- yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Anayasa m.25'te düzenlenen "*düşünce özgürlüğü*" için özel sınırlama nedenleri belirtilmediğinden, bu özgürlük için Anayasa koyucunun sınırlama nedenleri koymaktan kaçın-dığı<sup>93</sup> yorumu yerine, bu özgürlüğün de genel sınırlama nedenleriyle çerçeveli olduğunu düşünmek daha isabetli olacaktır. Belki de bu hakkın niteliği gereği genel sınırlama nedenlerinin de uygulanabilirliğinin neredeyse imkansız olduğu düşünülebilir<sup>94</sup>. Ancak düşüncesini açıklamayan, kendisine saklayan; düşüncesi olduğu bilinip bilinmeyen bir kişinin "*özgür*" olduğunu söylemek ne denli tutarlı ve anlamlı olacaktır<sup>95</sup>. Şu halde niteliği gereği düşünce özgürlüğü bakımından pek uygulama alanı bulamayan genel sınırlama nedenleri, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü bakımından uygulanabilecektir demektir. Bu durumda düşünceyi içerik itibarıyla sınırlamak mümkün olabilecek ve düşünce suçları "*meşrulaştırılmış*" ve "*anayasallaştırılmış*" sayılacaktır<sup>96</sup>.

Bunlarla birlikte, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü (enformasyon özgürlüğü), "*Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar (m.26/I, c.2)*" hükmünün, "... radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir (m.26/I, c.3)" istisnasıyla da ileri derecede çerçevelenmiş bulunmaktadır<sup>97</sup>.

Ayrıca, 26. madde yorumlanırken, Anayasa Başlangıç kısmının ve Anayasanın 14. maddesi hükmünün de göz önüne alınması gerekmektedir. "*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 ...*" biçiminde başlayan ilkenin 26. madde kayıtlamalarını aşan bir mutlak sınırlama ve belli alanlarda yasaklama niteliği taşıdığına kuşku bulunmamaktadır. Anayasanın 14. maddesinin III. fıkrası ise, "*Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz*" yasağını koymakla, yorum biçimindeki düşünce açıklamalarına da mutlak bir yasak getirmiş bulunmaktadır<sup>98</sup>.

<sup>93</sup> **Kaboğlu**, age, s.194-195; **Turhan**, agm, s.99.

<sup>94</sup> **Kuzu**, agm, s.47; **Gözübüyük**, A. Şeref; Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s.160.

<sup>95</sup> **Turhan**, agm, s.98.

<sup>96</sup> **Kuzu**, agm, s.47-48; **Tanör**, Bülent; İki Anayasa: 1961-1982, İstanbul 1986, s.139 vd.

<sup>97</sup> TÜGİK "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", age, s.46.

<sup>98</sup> TÜGİK "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", age, s.46-47; **Aliefendioğlu**, agm, s.19.

Anayasa’da öngörülen bu genel ve özel sınırlama nedenleri yanında, Anayasa’nın 12. maddesinin II. fıkrasında belirtilen, “*Temel hak ve hürriyetler kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*” hükmünden doğabilecek bir “*subjektif sınırlama*” da düşünülebilir. Zira bu hüküm, kişiyi, başkalarının hak ve hürriyetleri karşısında saygılı olmaya ve kendi kendini durdurmaya davet eden bir sınırlamadır<sup>99</sup>.

1982 Anayasası, dayandığı yasakçı zihniyete uygun olarak, düşünce özgürlüğünü hem genel (m.13) hem de amaçlar ve amaçlar bakımından çok yönlü sınırlamalara (m.26) tabi tutmuş; böylece deyim yerindeyse düşüncenin yasaklarla çepeçevre sarılması konusunda yasamaya açık çek vermiştir<sup>100</sup>.

Öte yandan, her hak ve hürriyetin, Anayasa’da belirtilmiş olmasa bile, o hürriyetin niteliğinden kaynaklanan yani “*eşyanın doğasında var olan*” objektif sınırları da söz konusudur. Örneğin, basın hürriyeti, hiçbir şekilde başkalarının şeref ve haysiyetine tecavüzü, suç işlemeye kışkırtmayı kapsamaz<sup>101</sup>.

26. maddenin I. ve II. fıkraları, İHAS’nin 10. maddesi ile karşılaştırıldığında, büyük ölçüde bir paralellik bulunmaktadır. Anayasanın 26. maddesinin II. fıkrasında sayılan sınırlama nedenleri, İHAS’nin 10. maddesinin II. fıkrasındaki sınırlama sebepleri ile paraleldir. Bununla birlikte 26. maddede yer almamakla birlikte, Anayasanın 13. maddesi gereğince<sup>102</sup> bütün temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına uygulanabilecek olan genel sınırlama nedenlerinden *milli güvenliğin, ülke bütünlüğünün, genel ahlakın ve sağlığın korunması*, İHAS m.10’da belirtilen sınırlama nedenleri arasındadır. Buna karşılık, Any. m.26/III’te yer alan ve düşüncelerin açıklanmasında ve yayılmasında belli bir dilin kullanılmasının kanunla yasaklanabilmesine cevaz veren hükmün, yalnızca İHAS ile değil, çağdaş demokrasinin hiçbir normu ile bağdaştırılması mümkün değildir. Bu hüküm, gerek İHAS’nde yer alan sınırlama nedenlerinden gerek Avrupa Anayasalarından “*asil sapma*” niteliğinde yasaklar yaratmaktadır<sup>103</sup>. Her ne kadar, belli bir dilin

<sup>99</sup> Kuzu, agm, s.46.

<sup>100</sup> Sancar, Mithat; “Düşünce Özgürlüğü Sorunu”, Çağdaş Hukuk, Yıl:6, S.61, 1988/2, s.33.

<sup>101</sup> Kuzu, agm, s.46; Sağlam, Fazıl; Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s.47-53; Tanör, Siyasi Düşünce., s.210-212; Özbudun, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1990, s.85, 90; Turhan, agm, s.111.

<sup>102</sup> 1982 Anayasası’nın özgürlükler rejimi, sistematigi ve 13. maddenin “bütün” sıfatını vurgulayarak ayrıksız ve açık ifadesi, 25. maddenin yani düşünce ve kanaat özgürlüğünün “sınırlama dışı” bırakılmadığını göstermektedir. Nitekim, Anayasanın 13. maddeyi düzenleme biçiminin hedefi, şeklen değinilen yorum farklılıklarına son vermek gibi görünse de, asıl amaç bir genel sınırlama maddesi ile hak ve özgürlükleri daha çok sınırlamaktır (TÜGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.45, 46. Aynı yönde bkz. Kuzu, agm, s.45; Özbudun, age, s.84). 13. maddenin I. fıkrası hükmüne göre; “*Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen sebeplerle, Anayasanın özüne ve zırhına uygun olarak kanunla sınırlanabilir*”.

<sup>103</sup> TÜGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.37; Turhan, agm, s.101.

kullanılmasına ilişkin yasak 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) ile kaldırılmış olmakla birlikte, böyle bir yasağın ilerde tekrar konulabilmesine imkan verecek olan söz konusu Anayasa hükmünün de kaldırılmasında zorunluluk vardır<sup>104</sup>.

Aslında İHAS de ifade özgürlüğünün sınırlarını çok geniş tutmaktadır. Devletler, öngörülen nedenlerden bazılarını alıp anayasalarına koyabilirler, ancak bu genel çerçevenin ötesine geçemezler. Zira, İHAS Devletler için, güvence sistemi bakımından “*minimum standart*”, sınırlama sistemi bakımından “*maksimum standart*” oluşturur. 1982 Anayasası’nın “*ifade özgürlüğü*”nün sınırlama ve yasaklarına ilişkin ölçütleri, İHAS’nin m.10/II hükmünün öngördüğü ölçütlerin ötesine geçmektedir. 1982 Anayasası, söz konusu “maksimum standart”ı aşmıştır. Nitekim bu çerçevede yürürlüğe konan yasalar, Türkiye’de düşünce suçunun varlığını ortaya koymaktadır<sup>105</sup>.

Bununla birlikte Anayasa olağanüstü dönemlerde düşünce özgürlüğünü sınırlanamaz kabul etmektedir. “*Kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz (m.15)*”. Olağanüstü durumlar için bile bu mutlak koruma geçerliliğini korumaktadır. Bunun olağan durumlar için haydi haydi (a fortiori) geçerli olması gerekir. Olağanüstü dönemde dokunulamayan özgürlüklerin olağan hukuk düzeninde sınırlama dışında bırakılması doğaldır. Ancak “*genel sınırlama nedenlerinin temel hak özgürlüklerin tümü için geçerli*” olduğu kuralını da anlamlandırmak gerekir. Kaldı ki, Türk ve Türklük öğeleri karşısında “*hiçbir düşünce ve mülahaza*”nın koruma göremeyeceğini öngören Anayasa’nın Başlangıç ilkesi de buna eklenmektedir. Bir yandan Başlangıç kısmı ve 13. maddenin salt ve ayrıksız “sınırlama” formülleri; öte yandan, 15 ve 25. maddelerin mutlak koruma alanları, nasıl bağdaştırılabilecektir? Bu durumda, düşünce özgürlüğünü sınırlama dışında tutmak için tek bir uzlaştırma formülü akla gelebilir. Bu da, yasama organının 25. madde için sınırlama nedenleri koymaktan kaçınmasıdır. 1982 Anayasası’nın özgürlükleri sınırlama sistemi, düşünce ve kanaat özgürlüğüne, kendi mantığı içinde anlamlı bir yorumu olanaksız kılacak derecede gölge düşürmektedir<sup>106</sup>.

1982 Anayasası, öteki Avrupa anayasalarının aksine İHAS’nin öngördüğü sınırlama nedenlerini bir “*torba hüküm*” şeklinde aynen almış bulunmaktadır. Oysa diğer Anayasalar bunu kısmen alma şeklinde bir uyarılma yoluna gitmişlerdir<sup>107</sup>. Any. m.26/III, sadece ifade özgürlüğünü sınırlamakla kalmayıp, dilin kullanılmasını tümünden yasaklamakla, ayrımcı ve ırkçı bir zihniyeti sergilemektedir. Bu çerçevede Avrupa ülkeleri ırkçı görüş açıklamalarını sınırlar ya da kayıtlarken; 1982 Anayasası’ndaki bu hükmün varlığı, yapıcılarının Türkçe ve Kürtçe arasındaki ayrımcı zihniyetlerini ortaya koymaktadır<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> Rapor, age, s.5.

<sup>105</sup> TUGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.47.

<sup>106</sup> TUGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.46.

<sup>107</sup> TUGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.37; Kuzu, agm, s.47.

<sup>108</sup> TUGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.37.

İHAS m.10 ile Any. m.13 ve 26 arasında sınırlama sebepleri açısından göze batıcı bir aykırılık olmamakla beraber, her iki metinde yer alan sınırlama sebeplerinin, çok geniş ve değişik yorumlara elverişli kavramlar olduklarında kuşku yoktur. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu (İHAK) ve Divanının (İHAD) kararlarında bu sınırlama sebeplerinin yorumu konusunda devletlere genişçe bir takdir hakkı tanınmış olması, elbette bu takdir hakkının sınırsız olduğu anlamına gelmez. Devletlerin takdir hakkı, İHAS m.10'da yer alan “*demokratik toplumun gerekleri*” kavramı çerçevesinde yorumlanmak zorundadır. Demokratik toplumun gerekleri, Sözleşmede tanımlanmış olmamakla beraber, İHAK ve İHAD bu kavramı “*çoğulculuk*”, “*hoşgörü*” ve “*açık fikirlilik*” unsurlarıyla tanımlamışlardır<sup>109</sup>.

İHAD, bir kararında, düşünce özgürlüğüyle demokratik toplumun gerekleri kavramı arasındaki ilişkiyi şöyle vurgulamıştır: “*İfade özgürlüğü, bu tür (demokratik) bir toplu-mun temel direklerinden birini, onun ilerlemesinin ve tüm insanların gelişmelerinin temel şartlarından bir tanesini oluşturur. ... Bu özgürlük, sadece hoşgiden ya da in-sanları tedirgin etmeyen veya kayıtsızlıkla karşılanan ‘haber’ veya ‘fikirler’ için de-ğil, Devleti veya halkın herhangi bir kesimini inciten, şoka sokan veya rahatsız eden haber veya fikirler için de söz konusudur. ‘Demokratik toplum’un olmazsa olmaz şartlarını oluşturan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleri bunlardır*”<sup>110</sup>.

### **E) KANUNLARDAKİ SINIRLAMA HÜKÜMLERİ**

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, 2098 sayılı Dernekler Kanunu, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kurumu Kanunu, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 5680 sayılı Basın Kanunu, 3713 sayılı TMK gibi kanunlar demokrasiyi olduğu kadar doğrudan doğruya veya dolaylı şekilde bilgi edinme, tek başına veya başkalarıyla birlikte bunları açıklayabilme, savunabilme ve yayabilme özgürlüğünü de sınırlarıcı hükümleri içermektedirler. Bu türden hükümler yeniden ele alınmadan ve demokratik toplum gereklerine uygun hale getirilmeden demokrasinin ve dolayısıyla düşünce özgürlüğünün tam olarak sağlanabileceği söylenemez.

#### **1. Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler**

TCK'nun 140. maddesindeki, “*Devletin hariçteki itibar veya nüfuzunu kırarak şekilde devletin dahili vaziyeti hakkında yabancı memlekette asılsız, mübalağalı veya maksadı mahsusa müstenid havadis veya haberler neşreden veya milli menfaatlere*

<sup>109</sup> Rapor, age, s.5.

<sup>110</sup> Handside-Birleşik Krallık, 07.12.1976, Seri:A, No:24, par:49 (Doğru, age, s.67; Rapor, age, s.5).



zarar verecek herhangi bir faaliyette bulunan vatandaş, beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapse konulur" hükmü, bir "düşünce suçu" ydu.

TCK'nun 141. maddesinde de, belli düşünceler etrafında birleşmeyi (cemiyet kurma), hatta buna "tevesül" bilen ve "düşünce suçu" oluşturan bir hüküm vardı. Madde yürürlükte olduğu dönemde, Askeri Yargıtay "kanun, toplum için sakıncalı olan düşünce etrafında toplanmayı yasaklamaktadır", "cemiyete girme bir düşünce suçudur" gibi ifadelerle maddenin bir düşünce suçunu içerdiğini açıkça kabul etmiş ve öyle uygulamıştır<sup>111</sup>.

TCK'nun 142. maddesi de, "bir sosyal sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek (...) için propaganda yapmayı" suç saymış ve hatta 1938'de yapılan değişiklikle "cebir ve şiddet" unsuru da kaldırılmış ve düşüncenin propagandasının yapılması suçun oluşması için yeterli kabul edilmiştir. Bu maddenin, bir bütün olarak uygulaması, yalnız komünizm propagandası ya da övgüsünün değil, bunun yanı sıra düzene ilişkin eleştirilerin de cezalandırıldığını ortaya koymuştur.

TCK m.163/III'te yer alan "laikliğe aykırı olarak devletin sosyal veya ekonomik veya siyasi veya hukuki temel düzenini, kısmen de olsa dini esas ve inançlara uydurmak amacıyla (...) her ne suretle olursa olsun, propaganda yapan"ları cezalandıran hüküm yine düşünceyi açıklama özgürlüğünün bir sınırlaması niteliğindedir.

1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten 1991 yılına kadar, düşünce açıklamalarına ilişkin yargılama ve cezalandırmalar, esas itibariyle TCK'nun bu maddelerine dayanıyordu. 1991 yılında çıkarılan Terörle Mücadele Kanunu, bu maddeleri yürürlükten kaldırdı, ancak 8. maddesiyle de "düşünce suçu" kategorisinin alabildiğine genişlemesinin yolunu da açtı<sup>112</sup>.

TCK'nun birçok hükmü, "düşünce suçu" yaratacak niteliktedir. Bunlar; yetkili makamların basımını ya da yayılmasını yasakladığı bilgileri alanları (m.132/III), devlet sırlarına ilişkin bilgileri elde edenleri (m.136/IV), yasaklanan haberleri yayanları (m.137), "kanunlara karşı gelmeye halkı teşvik ile memleketin emniyetine tehlike iras edecek surette makale neşredenler veya halkı askerlik hizmetinden soğutmak yolunda neşriyatta veya telkinatta bulunanlar"ı (m.155) cezalandıran hükümlerdir. Yine Cumhurbaşkanı'na hakaret ve sövmeyi cezalandıran hüküm (m.158) ile "Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisi'ni, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif" suçunu öngören hükmü (m.159)

<sup>111</sup> TÜGİK "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", age, s.47. Adalet Bakanlığı'nın verilerine göre, TCK m.141, 142 ve 163'ten 1982-1991 yılları arasında 10.949 kişi yargılanmıştır (Aktaran: TÜGİK "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", age, s.48).

<sup>112</sup> Sancar, agm, s.34.

belirtilebilir<sup>113</sup>. Bu maddedeki "*hükümetin manevi şahsiyeti*" ve "*adliyenin manevi şahsiyeti*" ifadeleri yerine "*hükümet*" ve "*adliye*" terimleri kullanılmalıdır<sup>114</sup>.

Ayrıca dinsel ve Tanrısal alanına ilişkin eleştirel yaklaşımların kovuşturma konusu yapılmasına olanak sağlayan 175. madde belirtilebilir<sup>115</sup>.

Son olarak, kanunun cürüm saydığı bir eylemi açıkça övmeyi veya iyi gördüğünü söylemeyi veya halkı kanuna itaatsizliğe teşviki veya halkı sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahriki cezalandıran 312. madde hükmü vurgulanabilir. Birbirine ters düşen farklı yorumları ortaya çıkarmaya elverişli olan bu madde, düşüncüyü açıklama özgürlüğünü ve bu özgürlüğün belirme biçimlerinden birisi olan eleştirme özgürlüğünü sınırlayacak esnekliktedir veya en azından çoğu kez bu şekilde yorumlanıp uygulanmaktadır<sup>116</sup>.

## 2. Terörle Mücadele Kanunundaki Düzenlemeler

3713 sayılı TMK, TCK'nda yer alan ve düşünce özgürlüğüne sınırlama getiren 140., 141., 142. ve 163. maddelerini ve düşüncenin ifade ediliş biçimini sınırlayan 3932 sayılı "*Türkçe'den Başka Dillerde Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanun*"u yürürlükten kaldırarak, düşünce özgürlüğü önündeki engellerin giderilmesi konusunda önemli bir aşama alınmasını sağlamıştır. Böylece komünist, anarşist, Cumhuriyet ve demokrasi karşıtı, ırk düşüncesine dayalı, milli duyguları zayıflatıcı veya anti-laik düşüncelerin propagandası veya övülmesi suç olmaktan çıkarılmıştır. Ancak TMK'nun 8. maddesi ile yürürlükten kaldırılan TCK m.142/III'te yer alan "*milli duyguları yok etmek veya zayıflatmak için*" propaganda yapmak fiili daha da belirsiz bir tanımla suç olarak yeniden öngörülmüştü. Buna göre, "*hangi yöntem, maksat ve düşünce ile olursa olsun Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü hedef alan yazılı ve sözlü propaganda*" yapmak suçtu. Görüldüğü üzere burada giderek benimsenen "*açık ve yakın tehlike*" ölçütü veya benzeri ölçütler dikkate alınmaksızın "*hangi yöntem, maksat ve düşünce ile olursa olsun*" propaganda yapmak fiili cezalandırılmaktaydı. Maddenin, bu düzenleniş biçimi ile belli düşünce ve ideolojilerin propagandasını yasaklamakla kalmadığı, ayrılıkçılık noktasına varmayan düşünce açıklamalarını olduğu kadar, bazı konularda bilimsel araştırma yapmak veya haber vermek haklarını da ciddi şekilde sınırladığı kuşkusuzdu<sup>117</sup>. TMK'nda 1995 yılında yapılan değişiklikle, "*hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun*" ibaresi metinden çıkarılmıştır<sup>118</sup>. Bu değişiklik, failin kusurluluğu aranmadan cezalandırılmasını engellemeye yönelik olduğu için genel olarak olumlu karşılanmıştır. Ancak, hangi türden sözlü ve yazılı propagandanın,

<sup>113</sup> TÜGİK "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", age, s.53.

<sup>114</sup> **Hafizoğulları**, "Kısıtlayan Hükümler.", s.13.

<sup>115</sup> **Tanör**, Bülent; Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri, TÜSİAD, 1997, s.123-124.

<sup>116</sup> **Rapor**, age, s.7; TÜGİK "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", age, s.53.

<sup>117</sup> **Rapor**, age, s.6.

<sup>118</sup> 4126 sayılı ve 27.10.1995 tarihli Kanun.

“devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü”nü bozacak nitelikte olduğu yine belirsiz kalmaktadır. Fikir ve kanaat açıklamalarının, eleştirel nitelikte görüşlerin cezalandırılabilmesi olanağı sürmektedir. Bu nedenle madde yeni biçimiyle de, ceza hukukundaki “suçta yasallık ilkesi”ne aykırılık oluşturmaktadır<sup>119</sup>.

TMK m.8’in Anayasaya uygunluğu konusunda 1995 Değişikliğinden önceki “madde hükmü, Anayasaya ve Türk anayasal hukuk düzenine aykırıdır” görüşü, geçerliliğini korumaktadır. Madde metnine “ifadede cebir unsuru” sokulmadıkça bu görüş varlığını koruyacaktır. Aslında, TMK’nun genel gerekçesinde, “şiddet içermeyen düşüncelerin ifadesinin serbest bırakılması ...” öngörülmüştü. Fakat maddenin formülasyon şekli, “ayrılıkçı terör”ü değil, “ayrılıkçı fikirler”i, hatta “aykırı fikirler”i cezalandırmaya olanak tanımaktadır. Uygulama da, böyle bir dönüşümü kamutlayıcı örneklerle doludur. Belirtmek gerekir ki, “şiddet”i dışlama, bütün özgürlüklerin nesnel sınırını oluşturmaktadır. Yani hangi özgürlük olursa olsun, şiddetle bağdaşmaz. Şiddetin düşünce özgürlüğü ile de bağdaşmaması doğaldır. Şiddet ve düşünce özgürlüğünün birlikte kullanılması olanağı yoktur. Bu durum karşısında kuşkusuz “şiddet söylemi” veya ögesi cezalandırılmalıdır. Şiddeti övme, savaşa çağrı, terörizmi övme gibi söz ve söylemler yaptırıma tabidir. Avrupa standartlarına göre, “aykırı düşünceler”, hoş giden-gitmeyen, beğenilen-beğenilmeyen, paylaşılan-paylaşılmayan, katlanılan-katlanılmayan nitelikteki düşünce açıklamaları cezalandırılmamaktadır<sup>120</sup>. Oysa TMK m.8’de şiddet propagandası içermeyen düşünce açıklamaları da cezalandırılmaktadır.

TMK m.8, bir tehlikeyi daha içermektedir: Propaganda suçu. Belli bir görüşü, ideolojiyi, doktrini veya siyasal sistemi savunmak, yaymak veya benimsetmeye çalışmak şeklinde propaganda suçuna, çoğulcu demokratik ülkelerin mevzuatlarında rastlanmamaktadır. Düşünceye yandaş sağlayarak, hukuka uygun yöntemlerle geçerliliğini yaygınlaştırmaya yönelik propaganda eyleminin suç sayılması, gerçekte düşüncenin yasaklanması anlamına gelir<sup>121</sup>.

8. maddede yapılan 1995 Değişikliğine rağmen, uygulamada bir “iyileşme” görülmemiştir. Madde hukuk sisteminde var oldukça görülmesi de mümkün değildir<sup>122</sup>. Bu nedenle 8. maddenin tamamen kaldırılması gerekmektedir.

TMK m.6’da da, terör örgütlerine taraftar kazandırmak veya bunları desteklemek gibi amaçlarla olmasa bile, bu örgütlerin bildiri ve açıklamalarını yalnızca basmak veya yaymak suç haline getirilerek, bazı düşüncelere ulaşmak veya bunları yaymak özgürlüğü sınırlandırılmıştır<sup>123</sup>.

<sup>119</sup> TUGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.51.

<sup>120</sup> TUGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.51-52.

<sup>121</sup> TUGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.52-53.

<sup>122</sup> Sancar, agm, s.34.

<sup>123</sup> Rapor, age, s.6.

### F) DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ KARŞISINDA ANAYASA MAHKEMESİ

Konunun 1982 Anayasası'nda düşünce özgürlüğü ve düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü şeklinde iki ayrı madde halinde ele alınmasında Anayasa Mahkemesi kararlarının da etkisi olmuştur. Gerçekten Anayasa Mahkemesi, 1980 öncesi uygulamalarında bu ayrımı kararlarına yansıtmıştır. Nitekim, salt duvara yazı yazma ve pankart asma propaganda eylemi ve suç sayılmıştır<sup>124</sup>. Bir başka kararında da, "... düşünceleri açıklama özgürlüğünü etkin ve yaygın biçimde kullanma olanağı veren hür basın ve önceden izin olmaksızın gazete, dergi, kitap ve broşür yayınlamak hakları Anayasa'nın (1961) 22, 23 ve 24. maddelerinde geniş anlamda düzenlenmiş bulunan güvencelerini korumaktadır. ... bu açıklama eylemlerini gerçekleştiren kişilerin, düşüncelerini hukuksal ve yasal yollardan açıklamaları gerekir. Düşünce ve kanaatleri açıklama ve yayma özgürlüğünün en etkin yolları böylesine açık ve tam bir güvence altında bulunurken, kimi kullanım biçiminin de, duvarların ve caddelerin kirlenmesine ve giderek şiddet olaylarına neden olması bakımından sınırlandırılmasının ve caydırıcı etkinlikte ceza yaptırımlarına bağlanmasının, anılan özgürlüğün özünü zedeler nitelikte görülmesi veya gösterilmeye çalışılması isabetli sayılmaz. ... salt hukuk açısından, kişinin, kendi düşünce ve kanaatlerini kamuya ait yollara, üçüncü kişilere ait yapılara yazmak ya da bunları içeren kağıt ve benzerlerini asmak biçiminde bir hakka esasen sahip bulunmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Kişilerin düşünce ve kanaat özgürlüklerini hukuksal ve yasal yollardan açıklamaları gerekir"<sup>125</sup>.

Anayasa Mahkemesine göre, düşünce, kişinin iç aleminde kaldığı sürece sınırlandırılmaz, düşünce açıklandığı anda bireysel alandan toplumsal alana geçer. Devlet bu alanda, toplum güvenliğini sağlamakla görevli olduğu için düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü de sınırlayabilir. Anayasa Mahkemesi'nin düşünce özgürlüğünün sınırlandırılması yönünde olan kararları, 1982 Anayasası ile paralellik göstermektedir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin kimi zaman devletin ve ülkenin bölünmez bütünlüğü, milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı gibi nedenlerle düşünce özgürlüğünün açıklanması ve yayılması yönündeki sınırlamaları Anayasaya aykırı görmemesi; Türkiye'de "düşünce suçları" alanının genişlemesine ve düşünce özgürlüğünün temellenememesine neden olmuştur<sup>126</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin kırk yıla yaklaşan uygulamasında düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün sınırlandırılması ile ilgili olarak Anayasa'nın genel sınırlama maddesinde yer alan nedenler dışında, Amerikan Yüksek Mahkemesi gibi belirli ölçütler geliştirdiği söylenemez<sup>127</sup>. Mahkemenin bir kararında da belirttiği gibi, kişilerin düşüncelerini ancak, hukuksal ve yasal yollarla açıklayabileceği görüşünü

<sup>124</sup> 03.07.1980, E.1980/19, K.1980/48 (AYMKD, S.18, s.271); 27.11.1980, E.1979/1, K.1980/59 (AYMKD, S.18, s.339).

<sup>125</sup> 15.01.1981, E.1980/68, K.1981/3 (AYMKD, S.19, s.10).

<sup>126</sup> TÜGİK "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", age, s.55; Aliefendioğlu, agm, s.30.

<sup>127</sup> Aliefendioğlu, agm, s.31.

benimsemek, düşünce özgürlüğünü uluslararası düzeyden ve anayasal görüşten, yasallığa indirmek olur<sup>128</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade özgürlüğünün belli somut nedenlerle (suça kışkırtma, şiddeti övme gibi) sınırlanması değil de, genel nedenlerle sınırlanması yönünde oluşturduğu içtihat haklı olarak eleştirilmektedir. Fakat belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasası döneminde düşünce özgürlüğünü ilgilendiren yasaların çok büyük bir kısmını, Anayasa Mahkemesi, Anayasal denetim yasağı koyan Anayasa'nın geçici 15. maddesi yüzünden denetleyememiştir. Söz konusu dönemde çıkarılan yüzlerce kanun, Anayasa Mahkemesi'nin bu hükmü 1983 sonrasında da uygulamasıyla anayasallık denetimi dışında kalmıştır. Bu yasalar içerisinde, başta Dernekler, Sendikalar ve Siyasal Partiler Kanunları olmak üzere, "*siyasal liberalizm*" alanını daraltan ve ifade özgürlüğünü sınırlayan ya da yasaklayan birçok yasa yer almaktadır<sup>129</sup>.

## V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Birey ve toplumu maddi refaha ve manevi huzura kavuşturan "*gelişme*" adı verilen tarihsel sürecin kurucu ögesi, insanların birbirlerini anlayabilme özgürlüğüdür. Her türlü gelişimin itici gücü olarak kabul edilen ve insanlar arasında diyalogu sağlayan düşünce özgürlüğü, bir "*iç alem özgürlüğü*" değildir. Düşüncenin işlevselliği, insanın iç dünyasına hapsedilmeyip, dışa yansıtılmasını gerektirir. Aksi takdirde, dışa yansımaya bir düşüncenin, insana ve topluma sağlayacağı hiçbir yarardan söz edilemez. Bu bağlamda, düşünce özgürlüğünü, "*düşünce özgürlüğü*" ve "*düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü*" diye ikiye ayırarak birincisinin sınırsız, ikincisinin ise sınırlı olduğunu ileri sürmek özgürlük karşıtı bir eğilimi simgelemektedir. Öyleyse, düşünce özgürlüğünün, mantıksal sonucu ve demokratik toplumdaki işlevleri açısından ele alınarak yapılacak doğru bir tanımlamasında, "*düşüncenin açıklanması*" temel bir öge olarak yer almak zorundadır<sup>130</sup>.

Ülkemizde çoğu kez düşünce özgürlüğü deyiimi ile, düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğü kastedilmektedir. Bu gibi durumlarda, düşünceleri açıklama özgürlüğünün "*düşünce özgürlüğü*" olarak adlandırılması yanıltıcı ve yanlış anlamalara yol açıcı niteliktedir. Sık sık "*düşüncenin yasaklandığından, cezalandırıldığından, düşünmenin suç sayıldığından*" söz edilmektedir. Oysa bu tür ifadelerle anlatılmak istenen ve anlatılanlar düşüncelerin açıklanmasına getirilmiş olan sınırlamalar ve sınırlamalarla ilgili suçlar ve cezalardır. Zira düşünce özgürlüğü, ancak düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımı ile anlam kazanabilir. İnsanın kafası içinde kaldığı sürece düşüncelere hukuk kuralları ile özgürlük tanımak, sınırlama, yasaklama ve/ya ceza öngörme mantıksız bir durumdur.

<sup>128</sup> 15.01.1981, E.1980/68, K.1981/3 (AYMKD, S.19, s.10).

<sup>129</sup> TÜGİK "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", age, s.55-56.

<sup>130</sup> Erdem, agm, s.34.

Demokratik bağlamda gelişmiş ülkelerde bile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün içerik ve anlatım şekli bakımından bazı nedenlerle sınırlanabileceği kabul edilmekte ve bu tür sınırlama nedenleri bir kısım uluslararası insan hakları belgelerinde de yer almaktadır. Sorun, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne getirilecek sınırların ve yaptırımların makul ve liberal demokratik, sosyal bir hukuk devleti açısından kabul edilebilir ölçülerinin belirlenmesidir<sup>131</sup>. Zira düşünce özgürlüğü; çağdaş, demokratik yönetim anlayışının onsuz olmaz koşullarından biridir<sup>132</sup>.

Düşünce suçları, insanı ve insan aklını dışlamakla kalmamakta, ayrıca bu suçların düzenlenmesindeki belirsizlikler, suç olanla meşru olanı birbirinden ayırmayı güçleştirmekte, böylece Any. m.38'de ve TCK m.1'de hükme bağlanan "*suç ve cezaların kanuniliği*" ilkesini ihlal etmekte, uygulamada eşitsizliklere, hatta keyfiliklere yol açabilmektedir<sup>133</sup>.

Düşüncelerin açıklanması ve yayılmasını topluma yöneltilmiş bir silah gibi görmek alışkanlığından vazgeçilmelidir. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün sınırlandırılması, ancak, kışkırtıcı, suça azmettirici, ahlaka aykırı, kişisel haklara ya da toplumsal değerlere saldırı niteliğindeki suça dönüşen düşünsel eylem için söz konusu olmalıdır<sup>134</sup>. Zira düşünce özgürlüğünün birey ve toplum bakımından sağladığı yararlar, gerçekleştirdiği işlevler sayılamayacak kadar çoktur: Bireyin psikolojik tatminini, kişiliğinin gelişmesini ve hakikat değerine ulaşmasını sağlamak; bir başka düşünceyi tahrik etmek suretiyle düşüncenin sosyalleşmesine neden olmak; siyasal ya da toplumsal karar alma sürecine katılımı sağlamak; başkalarının öğrenme ve bilgilenme hakkını karışlamak; serbest bir kamuoyu rejiminin kurulmasını gerçekleştirmek; yaşanan sorunlar hakkında alternatif çözümler üretme ve bunların tartışılmasını sağlamak; toplumsal barış ve uzlaşmayı gerçekleştirmek hep bu cümledendir. Bütün bu sayılanlara dikkat edildiğinde, bunların, çağdaş demokrasi anlayışının gereklerinden olduğu görülür<sup>135</sup>.

Çağdaş çoğulcu demokrasi anlayışının temelinde de, çoğunluğun yönetme hakkına sahip olması, azınlığın ise, çoğunluk haline gelebilme şansına sahip olması düşüncesi yatar. Azınlığın çoğunluğa dönüşebilmesine olanak tanıyacak muhalefet etme özgürlüğü, başta düşünce ve örgütlenme özgürlüğü olmak üzere, diğer sivil ve siyasal özgürlüklerin anayasal güvence altına alınmasını gerektirir. Bu şekilde karşıt düşüncelerin açıkça sergilenmesi demokrasi için gerçek bir güvence oluşturur. Çoğulcu demokrasi modelinin, muhalefet etme özgürlüğünün sınırlarını geniş tutarak her türlü düşünceye yayılma hakkının tanınması, düşüncelerin cebir ve şiddet yoluyla hayata geçirilmesi anlamına gelmez. Eyleme dönüşmüş "özgürlüğü yok etme

<sup>131</sup> Payaştoğlu, agm, s.7.

<sup>132</sup> Erdem, agm, s.15.

<sup>133</sup> Rapor, age, s.7; TÜGİK "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", age, s.56.

<sup>134</sup> Aliefendioğlu, agm, s.31; TÜGİK "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", age, s.56.

<sup>135</sup> Erdem, agm, s.34.

özgürlüğü” hiçbir şekilde kabul edilemez. Bu, herkes tarafından kabul edilen bir görüştür. Ancak, henüz yıkıcı eyleme dönüşmemiş, fakat dönüşme potansiyeline sahip düşüncelerin açıklanmasının sınırlanıp sınırlanmayacağı hususu ise tartışmalıdır. Bu noktada, uzlaştırılması gereken iki değer söz konusudur: Bir yandan, insanın özgürce düşünmek, düşüncelerini açıklamak, yaymak ve nihayet düşüncelerine uygun bir toplumsal-siyasal düzeni gerçekleştirmek isteği; diğer yandan ise, kamu düzeninin korunması gerekliliği. Bu iki değerın uzlaştırılması zorunludur<sup>136</sup>.

Hukuk düzenimizde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü teminat altına alınmış değildir. Keyfi kısıtlamalar bulunmaktadır. Hukuk düzeninin tümünün, özellikle “*düşünce suçları mevzuatı*”nın ciddi bir çalışmayla gözden geçirilmesi ve ayıklamaya tabi tutulması gerekmektedir<sup>137</sup>. Bu yapılırken, başkalarının kişilik haklarına, haysiyeti-ne, şerefine, özel yaşamının gizliliğine yapılan saldırılar; hakaret, sövme, iftira suçları; açıkça suç işlemeye azmettiren, suça teşvik eden, şiddeti öven ifadeler, savaş kışkırtıcılığı; uluslar, ırklar ve dinler arasında düşmanlığa ve şiddete yönelen ifadeler, büyük ölçüde uluslararası standartlar gereği, “*düşünce dışında kalan alanlar*” veya “*hukukun korunmayan düşünce kategorisi*”ni oluşturduğundan, bunlara yönelik düzenlemeler gözardı edilmelidir. Yeni hükümler oluşturulurken, yasanın açık ve belirgin olması zorunluluğuna uyulmalıdır. Zira yasa, yargıca, bir yargıçtan diğerine birbirinin zıddı derecesinde değişen değerlendirmelere yol açacak nitelikte aşırı bir takdir yetkisi tanımamalıdır<sup>138</sup>.

Düşünce açıklamasının somut içeriği -yıkıcı nitelikli de olsa- her türlü sınırlamanın dışında tutulmalıdır. Sınırlama ancak, düşüncenin açıklandığı yer ve zaman ile açıklanış biçimi açısından söz konusu olabilir. Bu öğeler bakımından düşünce açıklamasının yıkıcı eyleme davet niteliği taşıyıp taşımadığı değerlendirmesinde, Amerikan Yüksek Mahkemesinin geliştirdiği “*açık ve yakın tehlike*” testinden yararlanmak gereklidir<sup>139</sup>. Hangi sözlerin ya da açıklamaların örneğin, “*teröre açık ve yakın destek*” oluşturacağını ya da oluşturmayacağını tespit etmek kolay değildir. Bu da yargıcın, “*terör*”, “*destek*” ve “*yakın*” kavramlarına yüklediği anlama ve bu noktalarda yargıcın “*anlayışı*”na göre değişecektir<sup>140</sup>. Suç ve cezanın yasallığı ilkesi, yargıcın, suçun unsurlarını ve kanıtlarını değerlendirmesini engellemez. Yargıç kararını verirken ceza kurallarının, kişinin Anayasayla ve uluslararası sözleşmelerle korunan temel hak ve özgürlüklerinin özüne dokunup dokunmadığını aramak, tespit

<sup>136</sup> Erdem, agm, s.34.

<sup>137</sup> Hafızoğulları, “Kısıtlayan Hükümler.”, s.33; TÜGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.56.

<sup>138</sup> TÜGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.57.

<sup>139</sup> Erdem, agm, s.36.

<sup>140</sup> Çelenk, Halit; “Düşünce Suçu Yetmiş Yaşında”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Mayıs-Haziran 1995, C.XIX, S.179-780, s.5.

etmek ve çağdışı kalmış bir yasa kuralını dahi çağdaş bir yorumla ele almak durumundadır. **“İyi yargıç varsa, kötü yasa yoktur”**<sup>141</sup>.

1982 Anayasası'nın düşünce özgürlüğünü düzenleyen ilgili maddelerine bakıldığında, özgürlükler rejimi açısından Anayasaya egemen olan olumsuz havanın bu maddelerde de estirildiği görülmektedir. Her şeyden önce, *“düşünce ve kanaat hürriyeti (m.25)”* ile *“düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m.26)”* şeklinde iki ayrı özgürlük olarak farklı maddelerde düzenleme yoluna gidilmesi, Anayasanın düşünce özgürlüğüne yaklaşımının ilk olumsuz belirtisidir. *“Düşünce”*yi, *“düşünceyi açıklamak”*tan ayrı olarak düzenlemek ve ilkinin mutlak, ikincisinin ise sınırlanabilir olduğunu kabul etmek, düşünceyi yasaklamaktan başka bir şey değildir. Oysa soyut düşünce ile bu düşüncenin açıklanması, bir bütünün ayrılmaz parçalarıdır<sup>142</sup>. Düşünceyi açıklama eyleminin kendisinin yasaklanması, aslında düşüncenin yasaklanmasıdır ve bu düşünce özgürlüğünün özünün zedelenmesi anlamına gelecektir<sup>143</sup>. Aynı şekilde, açıklanmayan düşünce ve kanaatin kınanması da olanaklı olmayacaktır<sup>144</sup>. Bunun içindir ki, yanlış anlaşılmalara ve kavram kargaşasına mahal vermemek amacıyla, birçok batılı ülkede düşünce özgürlüğü, *“konuşma/anlatım özgürlüğü”* gibi, daha somut terimlerle ifade olunmaktadır.

Gerçekten de, 25. maddenin ilk fıkrası, *“Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir”* diyerek, ilk bakışta bu özgürlüğün mutlak bir özgürlük olarak kabul edildiği izlenimini vermektedir. Ancak maddenin II. fıkrası, *“her ne sebep ve amaçla olursa olsun, kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz”* demek suretiyle, bu özgürlüğün, insan zihninde kaldığı sürece mutlak bir özgürlük olarak korunacağını ortaya koyuyor. Halbuki, insanın iç dünyasına hapsedilmiş, dışa vurulma şansına sahip olmayan soyut düşüncenin özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir.

Anayasal düzlemde düşünce özgürlüğüne sınırlama getiren veya böyle bir sınırlamaya gidilmesine imkan verici nitelikte olan ve metinden çıkarılması veya değiştirilmesi gereken hükümleri şu noktalarda toplamak mümkündür:

- Başlangıç kısmının 5. paragrafındaki, *“Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, ... Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin ... karşısında koruma göremeyeceği ...”* hükmünün kaldırılması gerekir.
- Düşünce ve kanaat özgürlüğünü düzenleyen 25. maddenin ve düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü düzenleyen 26. maddenin, genel sınırlama hükümlerini içeren 13. maddenin kapsam alanı dışına çıkarılması gerekir.

<sup>141</sup> Aliefendioğlu, Yılmaz; “Düşünüyorsun, Öyleyse Suçlusun”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Eylül-Ekim-Kasım 1997, C.XX, S.194, s.54.

<sup>142</sup> Erdem, agm, s.29; Turhan, agm, s.101.

<sup>143</sup> Turhan, agm, s.101

<sup>144</sup> Aliefendioğlu, “Özgürlük.”, s.17.



- “*Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması*” kenar başlıklı 14. maddenin konunun gerektirdiği ölçüde yeniden düzenlenmesi gereklidir.
- 26. maddenin II. fıkrasındaki, “*suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması*” gibi “*düşünce suçları*”nın yaratılması veya korunmasına elverişli özel sınırlama nedenlerinin metinden çıkarılması gerekir.
- “*Dil yasağı*”na ilişkin olan 26. maddenin III. fıkrasındaki hükmün tümüyle yürürlükten kaldırılması gereklidir.
- 28. maddenin II. fıkrasındaki, “*Kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayın yapılamaz*” şeklindeki yasağın yürürlükten kaldırılması gerekmektedir.

Yasalarda yapılması gereken düzeltme ve ayıklamalar, daha zor ve geniş boyutludur. Düşünce özgürlüğünü sınırlayan, dil yasağı koyan ve düşünce suçu yaratan hükümler, yürürlükteki mevzuata sinmiş bulunmaktadır. Bunların sayısı onlarla değil, yüzlerle ifade edilmektedir. Söz konusu hükümlerin bir bütün olarak ele alınarak ayıklanması zorunludur<sup>145</sup>.

Öncelikle TMK, yeniden gözden geçirilmeli, 8. maddesi yürürlükten kaldırılmalıdır.

TCK’nun da düşüncenin cezalandırılmasına neden olabilecek nitelikteki hükümleri ya yeniden düzenlenmeli ya da tamamen yürürlükten kaldırılmalıdır. Bu kapsamda özellikle, 132/III, 136/IV, 137, 155, 159, 175, 311 ve 312. maddeler vurgulanabilir.

Türkiye’de düşünce özgürlüğünü temellendirmek amacıyla, mevcut engellerin kaldırılması, yeni güvence mekanizmaları oluşturulması sorunu, yalnızca, “*Hukuk Devleti*”nin kurulması bakımından önem taşımamakta; “*ulus devlet*” ve “*üniter devlet*” hatta bunların geleceği açısından da önem taşımaktadır. Zira ne ulus-devlet, ne de üniter devlet tek soya veya halka dayanan devlet değildir. Tam tersine, ulus-devlet formülü, farklılıkları bağrında barındırmak amacıyla oluşturulmuş bir devlet örgütlenmesi olarak “*üst çerçeve*”dir. Türkiye Cumhuriyeti de bu bağlamda kurulmuştur. Düşünce özgürlükleri çerçevesinde farklılıkları bastırmaya yönelik düzenlemeler, Türkiye Cumhuriyeti’nin “*ulus-devlet*” çatısını zedeleyici boyutlardadır. Üniter devletin birleştiriciliği, ancak bu çatı korunarak işlev görebilir<sup>146</sup>.

Ülkemizde son zamanlarda yaşanan ve gün geçtikçe daha karmaşık bir hal alan sorunların kronikleşmesinde, düşünce özgürlüğüne getirilen sınırlamaların payı küçümsenemeyecek kadar büyüktür. Varolan bütün sorunların çözümüne yönelik farklı sivil arayışların düşünce özgürlüğünü sınırlayan hukuksal düzenlemelere takılması, Türkiye’de demokrasinin geleceği açısından endişe verici sonuçlar doğurmaktadır. Gerçekten, düşünme ve çözüm üretme tekeline sahip devlet seçkinlerinin, Türk devlet geleneğinin bir gereği “resmi doğrular”ı çözüm şeklinde topluma dayatması, yaşanan demokrasi krizini daha da artırmaktadır. Demokratik kural ve kurumlara olan inancın toplum nezdinde azalması, halkın demokratik

<sup>145</sup> TÜGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.57.

<sup>146</sup> TÜGİK “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, age, s.115.

gücünün zayıflaması, bireyin siyasal etkinlik duygusunun zayıflatılması, demokrasi dışı arayışların yaygınlık kazanmaya başlaması, genel olarak özgürlükçü söylemin pek çekici bulunmadığı toplumumuzda muhafazakar eğilimlerin güçlenmesi gibi, demokrasinin geleceği açısından olumsuz kabul edilen gelişmeler, yaşanan bu krizin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Yapılması gereken, çağdaş demokrasi anlayışının gereği olarak her türlü düşünce açıklaması ve örgütlenmesi önündeki engelleri kaldırmak olacaktır. Böylelikle, meydana getirilen özgür bir ortam içerisinde kamuoyunun bilgisine ve desteğine sunulan görüşlerin çatışmasından, mevcut bütün sorunlar için bir çözüm doğacağı kesindir<sup>147</sup>.

Zira düşünce özgürlüğü, tarihsel gelişim içinde, cebir ve şiddet içermeyen, yıkıcı eylemi özendirmeyen, genel ahlak ve adaba aykırı olmayan tüm görüş, ideoloji ve düşünceleri hoşgörülle karşılama anlamına gelir. Kişiye, düşünce ve anlatım özgürlüğünün tanınması ve açıklanan düşünceye de hukuksal koruma sağlanması "hukuk devleti anlayışı"nın gereğidir. Doğaldır ki, kişi onurunu zedeleyici, küfür, iftira, ahlak dışı sözler, özel hayatın gizliliğini ihlal eden, başkalarını suça özendiren söz, yazı, resim ve eylemler düşünce özgürlüğünün korunan alanının dışında kalır. Düşünce suçu, Anayasasının Başlangıç kısmında belirtilen "çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi" ile bağdaşmaz. Düşünceyi ve düşünürü mahkum ederek çağdaş olunamaz. Çağdaş devletin, düşüncelerin açıklanmasına getireceği sınır daha çok, zorlama ve şiddete başvurmanın, yıkıcı eylemi özendirme önlenmesinden ibaret olmalıdır<sup>148</sup>.

Son olarak şu tespit yapılabilir: Düşünce özgürlüğünün güvence altına alınması için hukuksal güvenceler gereklidir; ama yeterli değildir. Bu konudaki asıl güvence, toplumun bu özgürlük konusundaki duyarlılığıdır. Gerçekten, bir toplumda insanlar düşünce özgürlüğünün yararına, önemine ve gerekliliğine inanıyorlarsa, yasalar engellese de, bu özgürlük var olmaya devam edecektir. Ama eğer düşünce özgürlüğünün hukuksal güvenceye sahip olduğu bir toplumda, insanlar bu konuda duyumsamazlık içinde olurlarsa, iktidarı eline geçiren özgürlük karşıtı güçler, zamanla hukuksal güvenceleri askıya alabilirler. Demek ki, düşünce özgürlüğünün asıl güvencesi, toplumun bu özgürlük karşısındaki duyarlılığıdır. Ülkemiz açısından önem taşıyan bu gerçeklik karşısında yapılması gereken, özgürlükçü demokratik siyasal kültürün yaygınlaşmasını sağlamak olacaktır<sup>149</sup>.

<sup>147</sup> Erdem, agm, s.6, 7.

<sup>148</sup> Aliefendioğlu, "Düşünüyorsun.", s.54.

<sup>149</sup> Erdem, agm, s.36.