

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ HUKUKUNDA DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA HAKKINA İLİŞKİN STANDARTLAR

Dr. Şule ÖZSOY*

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu, ABD hukukunda düşünceyi açıklama hakkı ve bu hakka ilişkin ülkede uygulanan standartlardır. Bu amaçla, Federal Anayasası'nın "*İfade Hakkını*" düzenleyen ek 1. maddesi ve Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin (Supreme Court) içtihadı ve uygulamaları ile geliştirdiği prensipler, tarihi süreç içinde incelenmiştir.

İfade hakkının özü ve sınırlarının belirlenmesi, çatışan çeşitli hakların da dengelenmesini gerektiren karmaşık, yasal bir süreçtir. Bu süreç içinde konuşmacı, dinleyiciler ve devletin çeşitli menfaatleri, ifadenin türüne ve ortaya konuş biçimine bağlı olarak, karmaşık bir şekilde karşı karşıya gelebilir. Hukuk, bu çatışma ortamında bir menfaati tercih ederek hakkın korunma alanını belirleyip, diğerlerini ise kısmen veya tamamen bu alanın dışında bırakabilir. Burada yapılan, çatışan menfaatlerin birbirine karşı tartılması ve ağır gelen yasal menfaatin hukuk düzenini şekillendiren hakim anlayış ve değerler ışığında belirlenmesidir.

Makalemizde, Amerikan hukukunda düşünceyi açıklama özgürlüğünün özü, sınırları ve Yüksek Mahkeme'ce çatışan hukuki menfaatleri dengelemekte kullanılan ölçütler Amerikan siyasetinde tercih edilen değerler ışığında incelenmektedir.

ABD hukuku, düşünceyi açıklama özgürlüğünü şekillendirip uygulamaya koyarken, Anayasası'nın koruduğu değerler ışığında makul ve ölçülü bir dengeyi (rationality and proportionality) tutturmayı amaçlamıştır.¹ Bu denge, zaman içerisinde Yüksek Mahkeme'ce yazılan hukuk

* PhD. University of Essex. Yardımcı Doçent Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Bu iki prensip Türk hukukundaki ölçülülük prensibine denk düşer ve ABD Anayasal Yargısı'nın en temel araçlarından olarak kabul edilirler. Bkz., David Beatty, Constitutional Law in Theory and Practice, University of Toronto Press, Canada, 1995, s. 106-113.

yoluyla, değişen toplumla birlikte değişerek ifade edilmiştir. Bu nedenle, McCarty dönemi ve 11 Eylül olayları gibi siyasi toplumsal arka planın da düşünceyi açıklama özgürlüğünün kullanımına etkilerine yeri geldikçe değinilmiştir.

I. ABD ANAYASASI'NDA DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA HAKKI

Federal bir hukuk sistemine sahip olan ülkede, düşünceyi açıklama hakkı, 1787 tarihli Amerikan Anayasası'na 1791 tarihinde eklenen ek 1.madde ile düzenlenmiştir:

“Kongre, düşünceyi açıklama özgürlüğünü, basın özgürlüğünü, halkın barışçıl şekilde toplanma ve sorunlarını hükümete dilekçe yoluyla iletme hakkını ihlal eden kanunlar yapamaz”.

Anayasa'nın lafzı dikkate alındığında, madde yalnızca Kongre'nin yaptığı federal yasaları kapsar gibi gözüke de; 1925 Gitlow v. New York² kararında, Yüksek Mahkeme eyaletleri, idare ve yürütmeyi de Federal Anayasası'nın hak ve özgürlükleri güvence altına alan maddeleri ile bağlı kabul etmiştir. Böylece, ek 1. madde, Amerikan vatandaşlarının ifade hakkının dışardan gelebilecek her türlü (devletten veya kişilerden) müdahaleye karşı korunacağını ifade eder, şekilde anlaşılmıştır.

Garanti altına alınmış bu alanın kapsamını belirleme işi de, yine Yüksek Mahkeme'ce yerine getirilmiştir. Anayasa'nın sözü, mutlak bir şekilde düşünceyi açıklama özgürlüğüne müdahale eden kanun yapılamayacağını belirtse de, Yüksek Mahkeme bu hakkı, mutlak bir hak olarak tanımlamamıştır. Ancak Anayasa'nın açık şekilde istisnaya yer vermeyişi de, Yüksek Mahkemeyi, sınırlamaları ikna edici teori ve savlar üreterek değerlendirme yoluna sevk etmiştir.

Yüksek Mahkeme'nin düşünceyi açıklama hakkını tanımlamak için kullandığı teoriler öncelikle, korunan değere vurgu yaparak, bahsedilen hakkın neden Anayasa ile garanti altına alınması gerektiğini açıklarlar. Bu değerlendirmeler, aynı zamanda ifadenin ne zaman sınırlanabilir olduğunu belirlemede kullanılırlar.

Bahsettiğimiz teorilerden ilki, “Truth-Hakikat” teorisidir. Bu teorinin çeşitli versiyonları bulunmakla beraber, orijinal fikir, İngiliz düşünürler Milton (Areopagitica) ve John Stuart Mill (Özgürlük Üzerine) tarafından ortaya atılmış ve tartışılmıştır.³ Daha sonraları Amerikan Yüksek Mahkeme

² Gitlow v. New York, 268 US, 652 (1925).

³ Eric Barendt, Freedom of Speech, Clarendon Press, Oxford, 1996, s. 8.

yargıçları, bu iki yazardan da esinlenerek teorinin Amerikan versiyonu olarak kabul edilen ve fikirlerin serbest piyasası (marketplace of ideas) olarak adlandırılan teoriyi geliştirmişlerdir. İlkın Adams v. US kararında Yargıç Holmes tarafından savunulan⁴ teori, dayanağını, hakikate ancak düşünceenin serbestçe ifade edildiğı ve birbiri ile rekabet ettiğı özgür bir ortamda ulaşılabilceğı savından almaktadır. Devletin bu sürece müdahale etmesinin toplumların gelişimini önemli ölçüde engellediğı kabul edilmektedir. Eğer devlet, ifadenin serbest dolaşımını engellerse, toplumun doğırlara ulaşmasını de engellemiş olacaktır. Bu teori ile düşünceyi açıklama özgürlüğünün, yüksek bir toplumsal değer olan doğıruya ulaşabilme ve gelişme amacını koruduğı kabul edilmektedir.

Mill'e göre; bir fikri, yanlış olduğunu düşünerek sınırlamak, kısmen de olsa, doğıru olma ihtimali olan fikirlerin de yasaklanması sonucunu doğurur. Ayrıca, her hangi bir fikrin yanlış olduğunu ve sınırlanması gerektiğini savunanların yanlışlığını, yanlıştan muaf olduğunu gösteren bir ölçüt de mevcut değildir.⁵ Daha açık bir deyişle, doğıruyu ararken herkes yanlışabilir. Öyleyse, yanlış bir şekilde bir fikrin yanlışlığını göstermek ve buna dayanarak da o fikri yasaklamak mümkün değildir. 1951 tarihli Dennis v. US kararında yargıç Frankfurter, benzer bir yorum yapmaktadır.⁶

Yargıç Frankfurter; uygarlık tarihine bakıldığında, devletlerce resmen doğırluğuna inanılan pek çok kavramın, zamanla yerini başka doğırlara bıraktığının görüleceğini söylemektedir. Bu sebeptendir ki; karşı konulan, meydan okunan düşünceler ne kadar yerleşik olursa olsun, insan oğlunun doğıruyu arayışına devletler müdahale edememelidir.⁷

Felsefi olarak bu anlayışın eleştirisini yapmak mümkündür. Örneğin; keşfedilecek bir doğıru veya hakikatin bulunup bulunmadığı, oldukça tartışılan bir konu olmuştur. Böyle bir hakikatin varlığı kabul edilse bile; serbest düşünce açıklamalarının, bu hakikatin keşfine katkısının ne ölçüde olduğu belirsizdir.⁸ Bunun yanı sıra, bugün artık bazı düşüncelerin yanlış olduğu ispatlanabilmektedir; örneğin; dünyanın düz olmadığı bir fikir ise, uzaydan çekilen fotoğraflar bu fikrin yanlışlığını ispatlayabilmektedir. Dolayısı ile, hakikat argümanı, her türlü düşünce açıklamasının korunmasını

⁴ Adams v. US, 250 US 616, 630, 631 (1919).

⁵ J. S. Mill, *On Liberty and Other Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1991, s. 22.

⁶ Sionaidh Douglas-Scott, "The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and the European Approaches", *William & Marry Bill of Rights Journal*, Vol. 7 (2) 1999, s. 334.

⁷ Dennis v. US, 341 US, 494, 550 (1951).

⁸ Bkz., Kent Greenawalt, "Free Speech Justifications", *Columbia Law Review*, Vol. 89, 1989, s. 131-137.

savunmakta uygulanamamaktadır. Hakikatin keşfi argümanına yönelik felsefi eleştiriler ve değerlendirmeler, mahkeme kararlarında kullanılan gerekçelerin, geçerliliğini de sorgulanır hale getirdiğinden, önemlidir.

Uygulamada ise bu argüman, ister yargıç Holmes tarafından ifade edilen *“doğru, zaman içinde, diğer düşüncelerle rekabet ederek ortaya çıkar”* biçiminde; isterse de, Frankfurter tarafından ifade edilen *“insan oğlunun doğruyu arama çabalarına müdahale edilmemesi”* biçiminde formüle edilsin, her türlü ifade açıklamasına uygulanabilir ölçütler yaratmakta yetersizdir. Her ne kadar, ifadenin içeriğine yönelik sınırlamaları reddetmek için kuvvetli bir silah sağlasa da, yalnızca bazı fikir açıklamalarını, siyasi düşünceleri etkin koruma kapsamına alabilmektedir. Her hangi bir fikri açıklamak ve savunmak amacını taşımayan ifadeleri ise, pornografi ya da ticari ifadeler gibi, koruma kalkını dışında bırakmaktadır.

Son yıllarda, Amerikan literatürü ve uygulaması tarafından tercih edilen yaklaşım ise, hakikatin keşfi değil, *“otonomi ve demokrasi”* argümanlarıdır.⁹

Otonomi argümanı; bireylerin, devletin müdahale alanının dışında kalan ve yalnızca kendi kontrollerinde otonom alanları olduğu savına dayanır. Burada ifade açıklamaları, özlenen bir sosyal faydaya katkısından ziyade, bireyin muhtar alanı içinde kabul edildiğinden koruma görür. Her türlü düşünceyi ifade etme ve ulaşma hakkı, liberal bir çerçeve içinde korunur. Bireyler, kendi düşüncelerini geliştirmede, arzu ettikleri fikirleri duyma ve söylemede özgür olmalıdırlar. Özgürlük, kendi içerisinde başka bir faydaya katkısına bakılmaksızın korunan ve arzu edilen bir değerdir.

Demokrasi ise, özgür bireylerin ortak bir karar alma sistematığı içerisinde yönetime ve kararlara katıldığı, bir anlamda kendilerini yönettikleri bir siyasi sistemdir. Düşüncenin serbestçe ifadesi ve duyulması, burada yönetime sağlıklı katılım için son derece önemlidir. Uygulamada ise, özellikle siyasi düşünce açıklamaları ile basın yayın özgürlüğü korunurken, demokrasi argümanından faydalanılmaktadır.¹⁰

Bu iki teorik yaklaşım arasındaki temel fark, özgürlüğe getirilen sınırlamaların meşru sınırındadır. Demokrasi argümanı, demokrasiyi ortadan kaldırma gücüne sahip politik örgütlenme ve düşünce açıklamalarının hükümetlerce önlenmesini de meşru zarar olarak algılarken, otonomi argümanı, sınırlamayı geleneksel olarak insanların fiziksel bütünlüğüne ya da

⁹ Bu argümanların anlam ve kapsamı için bkz., Frederick Schauer, *Free Speech, A Philosophical Enquiry*, London, 1982, s. 67-85.

¹⁰ Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bu yaklaşımı sergilediği en bilinen örneklerden biri için, bkz., *New York Times v. Sullivan*, 376 US, 254, 282 (1964).

mallarına yönelik zararların önlenmesi amacıyla kullanılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Refah Partisi Davası¹¹ demokrasi argümanının uygulamasına ve Amerikan Yüksek Mahkemesi, Brandenburg v. Ohio davası da otonomi argümanının pratik uygulamalarına örnektir.¹²

İrkçı ya da cinsiyetçi ayrımcılık ifadelerinin yarattığı moral zararlar, otonomi argümanının bu şekildeki dar zarar tanımı dışında kalır. Buna karşılık, günümüz demokratik toplumlarında, toplumsal barış, korunan bir kamu menfaati olarak artan oranda ağırlığını hissettirmektedir.¹³

Son yıllarda eşitlik de, korunması gereken bir hak ve aynı zamanda tercih edilmesi gereken bir değer olarak belirmiş ve otonomi kavramına yeni bir boyut getirmiştir. Toplumda, ırkçı ve cinsiyetçi düşünce açıklamalarını sınırlamayı meşru kılacak bu yaklaşım, toplum içerisinde eşitliği korumayı amaçlayarak, fiziksel zararlar dışında kalan manevi zararlara müdahale edilmesini de kişinin otonom alanı dışında anlamaktadır.¹⁴ Çatışan haklar kuramı ise, bahsedilen ırkçı ve cinsiyetçi ifadelerin sınırlandırılmasını, liberal teori çerçevesinde meşru gösterebilecek yegane argüman olarak savunulmaktadır.¹⁵ Bu anlayışın uygulamadaki örnekleri ise ABD hukukundan ziyade Kıta-Avrupa'sı uygulanmasında görülmektedir.¹⁶

Yüksek Mahkeme'nin içtihatlarını, bu argümanlardan yalnızca birine dayanarak açıklamak mümkün değilse de, özgürlüğünün felsefi meşruiyetine ilişkin teoriler, pratikte bahsedilen özgürlüğün bir hak olarak kullanım alanının belirlenmesinde etki göstermekte ve sınırlama ölçütlerinin çıkış noktalarının anlaşılmasına yardımcı olmaktadır.

II. DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA HAKKININ KULLANIM ALANI

I. Bölüme başlarken ifade ettiğimiz gibi, Yüksek Mahkeme yargıçları, Anayasa'da sınırlama sebepleri açıkça belirtilmeyen düşünceyi açıklama

¹¹ Refah Partisi ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı Davası, 31 Temmuz 2001, Başvuru No: 41340/98; 41342/98; 41343/98; 41344/98.

¹² Brandenburg v. Ohio, 395 US 444, 447 (1968).

¹³ Nitekim demokrasi argümanının ağırlıklı olarak kendini hissettirdiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında ırkçı ya da cinsiyetçi ifadeler koruma görememektedir. Bkz., Douglas-Scott, *a.g.e.*, s. 329-330.

¹⁴ Bahsettiğimiz bu hak çatışması temelli yaklaşımları en çok feminist ve ırkçılık karşıtı yazarlarda görüyoruz. Örnek; bkz., Catharine A. MacKinnon, "Pornography, Civil Rights and Speech", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol.20, 1985, s. 8; Rae Langton, "Speech Acts and Unspeakable Acts", *Philosophy and Public Affairs*, vol 22(4), 1993, s. 297-298.

¹⁵ Ronald Dworkin, "Two Concepts of Liberty", Isaiah Berlin, *A Celebration*, ed. Edna and Avishai Margalit, Londra, 1991, s. 103-108.

¹⁶ Douglas-Scott, *a.g.e.*, s. 343.

özgürlüğüne, birtakım sınırlamalar kabul ettikleri kararlarında, korunan hukuki faydanın tespitinde, düşünceyi açıklama özgürlüğünü teorik olarak açıklayan felsefi görüşlerden etkilenmişlerdir. Ancak, kararlarının değerlendirmesini bu yaklaşımlarla sınırlamak yeterli olmayacaktır. Eksiksiz bir değerlendirme için kullanılan diğer tekniklere ve ölçütlere de bakmak gerekmektedir.

ABD Yüksek Mahkeme yargıçları, düşünceyi açıklama özgürlüğünü değerlendirdikleri kararlarında, tıpkı diğer anayasal haklar için olduğu gibi, makul ve ölçülü olma testlerini kullanmaktadır. Çatışan menfaatler böylelikle tespit edilmekte, ayrıştırılarak anayasal sistem içinde dengelenmektedir.

ABD hukukunda makul ve ölçülü olma ölçütünün anlamı şudur: Devlet bir hakkı sınırlarken, bu hakka ağır basan bir amacın, ya da önemli bir kamu menfaatinin varlığını gösterebilmelidir. Bunun yanı sıra, seçilen yöntem, korunması arzu edilen menfaate hizmet etmeye uygun olmalı ve bu sonuca ulaşmak için gerekli olandan fazla bir sınırlama getirmemiş olmalıdır.¹⁷

Liberal otonomi argümanının bir yansıması olarak, ifadenin içeriğine yönelik önceden tespit edilecek her türlü sınırlamalar (Content-Based), 1969 *Brendenbourg v. Ohio*¹⁸ kararından bu yana reddedilmekte, bakılmakta olan davada çatışan menfaatlerin tespit edilmesi ve dengelenmesi işleminde düşünceyi açıklayanın, bu açıklamayı dinleyenlerin kimliği ve açıklanan düşüncenin türü, bir unsur olarak yerini almaktadır. Daha açık bir deyişle; ifade edenin kimliği, ulaştığı kitlenin özellikleri ve ifadenin politik, sanatsal, pornografik, ticari olup olmadığı, hukuki değerlendirmelerde etki yapan unsurlar olarak tespit edilmektedir. Aynı şekilde, ifadenin nerede, ne zaman, nasıl yayıldığı da, çatışan hukuki menfaat ve değerleri doğru tespit edip, dengelemede dikkate alınan unsurlardır. Bütün bu unsurların topluca değerlendirilmesi, sınırlamanın makul ve ölçülü olup olmadığını göstermektedir.

Bu değerlendirmeler yapılırken özgürlüklere, mevcut durumda ağır basan hukuki menfaatin neler olabileceği, ya da olamayacağı hukuk düzeninin kabul gören değer yargıları ile doğrudan bağlantılıdır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi de, değişik zaman dilimlerinde, toplumda ağır basan değer yargılarının da etkisi ile, bahsettiğimiz bu teknikleri kullanmış ve düşünce açıklamalarını sınırlamada çeşitli ölçütler üretmiştir.

¹⁷ Beatty, *a.g.e.*, s. 107.

¹⁸ *Brandenburg v. Ohio*, 395 US, 444, 447 (1968).

III. AÇIK MEVCUT TEHLİKE ÖLÇÜTÜ

Amerikan Yüksek Mahkemesi önüne, düşünceyi açıklama özgürlüğüne ilişkin ilk meseleler I. Dünya Savaşı yıllarında gelmeye başlamıştır.¹⁹ Düşünce özgürlüğüne yönelen ilk ciddi müdahale, 1798 tarihli “İsyana Teşvik Yasası” ile ortaya çıkmış²⁰ olmasına rağmen, bu Yasa, Yüksek Mahkeme’ce incelenme şansını bulamamıştır.

Düşünceyi açıklama özgürlüğünün kullanımına ilişkin standartları belirleme yolunda ilk önemli inceleme, 1919 tarihli Schenck v. US²¹ kararı ile gerçekleştirilmiştir. Bu davada, düşüncelerin serbest piyasası argümanının yaratıcısı olan Yargıç Holmes “açık ve mevcut tehlike” ölçütünü ilk defa yazmıştır. Adı geçen kararda, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin elli yılı aşkın bir süre içinde geliştirerek bugünkü haline getirdiği “açık mevcut tehlike” ölçütü, ABD hukukunda ilk kez uygulanmıştır.

Bu davadaki ilk basit halinde, açık mevcut tehlike kriteri ile sınırlama konusu olabilecek ifadeler şöyle belirlenmişti: Kongrenin önleme yetkisine sahip olduğu esaslı zararları meydana getirebilecek ifadeler.²² Kongrenin önleme yetkisine sahip olduğu “zararları doğurması hayli muhtemel” ifadeler sınırlanabilmekteydi.

Schenck kararının önemi, savunduğu ana fikirde saklıdır. Düşünce açıklamaları, ifade ettikleri fikrin beğenilmemesi, hoş karşılanmaması sebebiyle yasaklanamamalıdır. Sınırlama, ancak suça teşvik ve tahrik halinde, geçerli bir zararın önlenmesi amacıyla yapılabilmelidir. Sınırlanan özgürlük ile, bu yolla korunmaya çalışılan diğer hukuki menfaat arasındaki orantılı dengenin bozulmaması hedeflenir. Bu da, ancak gerçek bir zarar tehlikesinin varlığı halinde mümkün olabilmektedir.

Ancak, 1919’daki ilk ifadesinden sonra, çok basit gibi görünmesine rağmen bu ölçütün tam anlamıyla yargıçlarca benimsenmesi ve bugünkü anlamıyla uygulanması için elli yıl daha beklemek gerekmiştir. Bu elli yıl süresince, ABD’de özgürlükleri savunan kesimler, ifadenin ancak şiddet

¹⁹ Craig R. Ducat, Harold W. Chase, Constitutional Interpretation; Rights of Individual, fifth edition, West Publishing Company, St. Paul, 1992, s. 903.

²⁰ Bkz., *IBID.*, 903. Bu Yasa ile, insanlar arasında, hükümete, kongre ve başkana karşı nefret duyguları yaymak veya hakaret etmek amacı taşıyan, yalan, ya da skandala yol açıcı ifadelerin basımı yasaklanmıştı. Yasa’nın uygulaması fazla uzun sürmemiş, mahkum olan on kişi, daha sonra Başkan Jefforson tarafından affedilmiştir. Kongre bu kişilere tazminat ödenmesini de kararlaştırmıştır.

²¹ Schenck v. US, 249, US, 47 (1919).

²² Sheldon L. Leader, “Free Speech and the Advocacy of Illegal Action in Law and Political Theory”, *Columbia Law Review*, vol. 82 (3), April 1982, s. 417.

veya buna benzer ölçülebilir bir zarara yönelik, ciddi bir tehlikenin varlığı halinde sınırlanabilmesini savunmuştur.²³

1919 Schenck kararını takip eden yıllarda, ekonomik menfaatlerin korunmasının, kişisel haklardan daha popüler bir uğraş olması sebebi ile, Yüksek Mahkeme, açık mevcut tehlikeyi, sınırlamayı sınırlandırıcı bir ölçüt olmaktan çok, bir sonucu açıklarken, şemsiye bir kavram olarak kullanmıştır.²⁴ 1925 tarihli Gitlow kararında ise mahkemenin muhafazakar çoğunluğu, yargıç Holmes'ın muhalefetine rağmen "zararlı eğilim" kriterini uygulamaya koymuşlardır.²⁵ İki yıl sonra, Whitney v. California²⁶ kararında da gene aynı kriteri uygulamıştır. Burada bakılan, artık konuşmanın önlenmeye çalışılan zararı yaratma olasılığının yakınlığı-uzaklığı ve çatışan menfaatler arasında orantılı bir denge değildir. Önlenmeye çalışılan eylemlere, ifadenin zayıf da olsa bir katkı sağlama eğilimi göstermesi, sınırlama için yeterli görül-mektedir. Ölçülülük testi, uygulanma alanını kaybederek yerini sınırlı bir rasyonalite (makul olma) testine bırakmıştır. Makul bir insan tarafından, yapılan sınırlamanın amacı uygun bulunuyorsa, bu yeterli idi.

1940'lı yıllarda, yüksek mahkemeye yeni liberal yargıçlar atanması sonucu, açık mevcut tehlike kriteri yeniden güçlenerek, özgürlüklerinin, öncelikle koruma görmesi gerektiğini vurgulayan kararlarda kullanılmaya başlanmıştır.²⁷ Ancak, düşüncüyü açıklama özgürlüğünü korumaya yönelik bu tutum, Yüksek Mahkeme açık mevcut tehlikenin uygulaması konusunda fikir birliğine sahip olmadığından, kuvvetlenerek devam edememiştir.

1950'li yıllarda McCarthyism döneminin başlaması ile, açık mevcut tehlike ölçütünden bariz bir kopuş yaşanmış ve rejime muhalif düşünce açıklamaları ve sahipleri, en çok ihtiyaç duydukları bir dönemde, Yüksek Mahkeme'ce korunmasız bırakılmışlardır. 1951 tarihinde verilen Dennis v. US kararı²⁸ ile, Komünist Parti'nin on bir lideri, hükümeti devirmek için organizasyon teşekkül etmek ve bunun propagandasını yapmaktan suçlu bulunmuştur. Bu kararda, gerçekte karara konu olan on bir kişinin, bu yönde bir eylemi olmaması dikkate alınmamış, tamamen komünist düşüncenin, devrim yoluyla hükümetin devrilmesini gerektirdiği üzerine odaklanılmıştır.

²³ Malcolm M. Feeley, Samuel Krislov, Constitutional Law, second edition, USA, 1990, s. 461.

²⁴ Ducat and Chase, *a.g.e.*, s. 903, 904.

²⁵ Gitlow v. New York 268 US, 652 (1925).

²⁶ Whitney v. California 274 US, 357 (1927).

²⁷ Thomas v. Collins, 323 US, 516 (1945), Terminello v. Chicago, 337 US, 1 (1949).

²⁸ Dennis v. US, 341 US, 494 (1951).

Gene bu yıllarda, devlet memurlarının devlete bağlılık yemini etmeleri ve bu yeminde komünist parti üyesi olmadıklarını da belirtmeleri zorunluluğu, Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır.²⁹ Gene aynı şekilde, devlet memurlarının, başsavcılığın listesinde yer alan zararlı organizasyonlara üye olmaları yasaklanmıştır. Yüksek Mahkeme, 1952 tarihli Adler v. Board of Education kararında,³⁰ öğretmenlerin komünist parti üyeliği, işlerine son verilebilme gerekçesi olarak anayasaya uygun bulunurken, şahsen eylemlerde bulunulmasalar da, memuriyet görevi kötüye kullanılmasa da bu organizasyonlara üyelik, cezalandırma sebebi olmuştur. Bu durum 1960'ların sonu, 70'lerin başına kadar devam etmiştir.

Dennis kararından altı yıl sonra, Yüksek Mahkeme ilk dönüş sinyallerini vermiştir. Yates v. US kararında, sadece bir partiye üye olmanın mahkumiyet için yeterli sebep olamayacağını; bunun ek 1. madde ile korunan ifade hakkını ihlal ettiğini tespit etmiştir. 1967 tarihli Keyishian v. Board Regents kararı³¹ ile de, devlet memurları bakımından kamu çalışanlarının devlete bağlılık yemini etme zorunlulukları ve salt komünist parti üyesi olmalarının, işlerine son verilme nedeni olması Anayasa'ya aykırı bulunmuştur.

Yates kararından on iki yıl sonra, 1969 tarihli Brandenburg v. Ohio kararı ile Yüksek Mahkeme, halen uygulamakta olduğu *"açık ve mevcut tehlike"* ölçütünü yazmıştır. Bu kararda, kuvvet ve şiddet kullanımını ahlaki ve felsefi olarak savunmanın hatta bunun gerekliliğini müdafaa etmenin tek başına ifadeye müdahale etmeyi meşru kılmadığı, ancak *"bir grup insanı böyle bir harekete hazırlama, kışkırtma"* halinde müdahale edilebileceği belirtilmiştir. Burada bahsedilen kışkırtma, *"hukuka aykırı bir hareketi oluşturmaya veya oluşumunu kışkırtmaya yönelmiş ve amaçlanan sonucu yaratması olası olan"* bir eylemdir.³² Bu ölçütün, iki hukuki amacı mevcuttur. İlki, belli bir zaman diliminde bir eylem, hukuken yasaklansa dahi bu eylemin gerekli ya da arzu edilebilir olup olmadığını tartışmak serbest olmalıdır. İkincisi ise, insanları derhal etki doğuracak şekilde, bir takım yasa dışı eylemlere katılmaya sevk etmenin, bu katılımı oluşturma şansı olduğu ölçüde yasaklanabileceğidir.³³

Brandenburg kararında izlerini gördüğümüz ölçülülük anlayışı, Yüksek Mahkeme kararlarında ilk defa 1968 tarihinde O'Brien v. US kararında uygulanmıştır. Buna göre, ifade hakkına yönelik sınırlamaların anayasallığı, dört ayaklı bir kriterle tespit edilmektedir;

²⁹ Garner v. Los Angeles Board, 341 US, 716 (1951).

³⁰ Adler v. Board of Education, 342 US, 485 (1952).

³¹ Keyishian v. Board Regents 385 US, 589 (1967).

³² Brandenburg v. Ohio, 395 US, 444, 447-8, (1969).

³³ Leader, *a.g.e.*, s. 414.

- a. Hakka yönelik müdahale yetkili bir organca yapılmalıdır,
- b. Sınırlama, önemli yahut elzem bir kamu menfaatini korumak, ya da ona hizmet etmek amacını taşımalıdır,
- c. İdarenin ya da yasa koyucunun sınırlama ile korumayı umduğu menfaat, düşünce özgürlüğünün bastırılması olmamalıdır,
- d. Sınırlama, korunması amaçlanan hukuki menfaatin gerektiği ölçüde olmalı, daha fazla bir alana müdahale etmemelidir.³⁴

O'Brien kararı ile ortaya konan ölçülülük anlayışı ve açık mevcut tehlike kriteri, konusuna bakılarak düşüncenin cezalandırılmasını ya da bastırılmasını önlerken, düşünce açıklaması yoluyla oluşabilecek kimi zararları da önlemeyi amaçlamaktadır. Bu kararla Anayasa'nın ek 1. maddesine uygunluk bakımından, ifadenin konusunu temel alan sınırlandırmalar (Content-Based) ile ifadenin zararlı etkilerini temel alan sınırlandırmalar (Content-Neutral) arasında farklı bir yaklaşım kabul edilmiştir. Politik, sanatsal, bilimsel ve edebi ifadeler toplumsal değere sahip, yüksek koruma gerektiren ifadeler olarak kabul edilmiştir. Bu ifadelerin konusunu "*açık mevcut tehlike kriterine*" aykırı şekilde sınırlayan düzenlemeler Anayasa Ek 1. maddeye aykırı olacaktır. O'Brien kriterleri ise ifadenin zararlı etkilerini temel alan (Content-Neutral) sınırlamalara uygulanacaktır. Bu sınırlamalar, genellikle sembolik ifadelerle (kart yakma, bayrak yakma gibi), kamusal alanlarda yapılacak konuşmaların zaman, yer ve şeklini konu alan düzenlemelerdir.

Böylelikle ifade sahibinin politik, sanatsal, bilimsel ve edebi alanlarda dilediği düşüncüyü açıklama özgürlüğüne oldukça sağlam bir koruma alanı sağlanmıştır. Öte yandan, bu kriterler ışığında ırkçı ya da cinsiyetçi ifadelerle yönelik sınırlamalar da Anayasa ek 1. maddeye aykırı kabul edilebilmektedir. Önlenmeye çalışılan zarar soyut hale geldikçe, özgürlüğe ağır basabilecek meşru bir kamu menfaati olarak kabul görmesi zorlaşmaktadır. Nitekim pek çok olayda, ırkçı ifade açıklamaları Anayasa ek 1'e dayanılarak korunmuştur.³⁵ Zira bu tip yasalar doğrudan ifadenin konusuna sınırlama getirmektedirler.

Bunun en önemli örnekleri, Federal Yargıtay (the Court of Appeal) 7. dairesince verilen 1978 tarihli Collin ve 1992 tarihli Yüksek Mahkeme'nin RAV kararlarıdır.³⁶

³⁴ US v. O'Brian., 391 US, 367, 377 (1968).

³⁵ Bunun istisnaları da vardır. ABD Yüksek Mahkemesi Beauharnais v. Illinois, 343 US, 250 (1952) kararında ırkçı söz ve yazıları basıp dağıtanları cezalandırmayı öngören bir yasayı Anayasa'ya uygun bulmuştur. Fakat sonraki yıllarda açık mevcut tehlike kriterine tam bir dönüş yaparak ırkçı söylemleri ve Hollocoust inkarcılarını da AY ek. 1. maddenin korunması kapsamına almıştır.

³⁶ The Court of Appeal for the Seventh Circuit, 578 F. 2nd 1197 (1978); RAV v. City of St. Paul. 505 US, 377 (1992).

Collin kararında, ırkçı ve dinci düşünceleri yayan materyalleri yasaklayan bir düzenleme, ifadenin konusunu hedef aldığı için Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Yüksek Mahkeme 1992'de R .A. V. kararında aynı yaklaşımı tekrarlamıştır. Robert Allen Viktoria isimli kişi, tamamı beyazlardan oluşan bölgeye taşınan siyah bir aileyi korkutma amaçlı olarak, siyah ailenin evinin civarında ırkçı örgüt Klu Klux Klan'ın sembolü yanan haçı taşımaktan mahkum edilmiştir. Yanan haç, gamalı Nazi haçları gibi insanlar arasında cinsiyet, ırk, renk, din ve inanca dayalı olarak öfke, tedirginlik ve kızgınlık yaratacak sembollerin kamuya açık şekilde teşhirini yasaklayan ve Robert Allen Viktoria'nın mahkumiyetine dayanak teşkil eden yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Dava sonucunda, Yüksek Mahkeme, ifadenin konusu esas alınarak düşüncüyü açıklama hakkına sınırlama getirildiği gerekçesiyle, söz konusu yasayı AY ek. 1. maddeye aykırı bulunmuştur.³⁷

Sözü edilen davalarda Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından benimsenen yaklaşım, açık mevcut tehlike ölçütü ışığında ölçülebilmesi zor olan, toplumsal barışa ve eşitliğe yönelik bir takım zararların meşru hedefler olarak tanınmasındaki zorluğu gösterir. Bununla beraber son yıllarda bu yaklaşımda bir takım değişimler kaydedilmektedir. 2003 tarihli Virginia v. Black³⁸ davasında Yüksek Mahkeme insanların gözünü korkutmak amacıyla yanan haç teşhirini suç haline getiren yasayı Anayasa'ya uygun bulmuştur. Bu davada Yüksek Mahkeme, söz konusu yasal düzenlemenin düşüncenin konusuna sınırlama getirdiğini kabul etmekle beraber; Amerikan tarihinde kölelik ve ırk ayrımı ile ilgili yaşanan acı olayları çağrıştıran sembollerin göz korkutma amaçlı olarak kullanımını, toplumsal barışa karşı gerçek tehdit "true threat" olarak kabul etmiş ve getirilen yasaklamayı Anayasa'ya uygun bulmuştur.

IV. DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMAMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE EK 1. MADDE KAPSAMINDA YÜKSEK MAHKEMECE KULLANILAN DİĞER ÖLÇÜTLER

Açık mevcut tehlike, önemli bir yer tutmakla beraber, ABD hukukunda düşüncüyü açıklama özgürlüğünü korumaya (ya da sınırlamaya) yönelik tek hukuki ölçüt değildir. Yüksek Mahkeme ek 1. maddenin uygulama alanını belirlerken başka kriterler de uygulamaktadır.

Yüksek Mahkeme, değişik türdeki ifadelerin kendine özgü problemler yarattığını ve çatışır durumda bulundukları menfaatlerle değişik şekillerde dengelenebileceğini kabul etmektedir.³⁹ Böylece toplantı, gösteri yürüyüşle-

³⁷ RAV v. City of St. Paul. 505 US, 377, 381 (1992).

³⁸ Virginia v. Black, 538 US, 343 (2003).

³⁹ Joseph Burstyn Inc. v. Wilson, 343 US, 495 (1952).

rine ya da semboller yoluyla düşünce açıklamalarına farklı hukuki ölçütler uygulanmaktadır. Gene aynı şekilde, ticari ifadeler de farklı bir rejime tabi kılınmıştır.

Ancak “özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olması” kuralı, genel prensip olarak uygulanmaya devam edilmektedir. El ilanı, broşür ve buna benzer yollarla yayılmaya çalışılan ifadelerin sadece içeriğine dayalı sınırlama kriterleri, Anayasa’ya aykırı olmaya devam etmektedir. Bu hallerde hakkın kullanımı, ancak çevre kirliliği, gürültünün önlenmesi ve benzer kamu düzeninden doğan menfaatlerin korunması amacıyla mümkün olabilmektedir.⁴⁰

Bunun haricinde uygulanan bir diğer ilke de, saf ifadeler ile eylemle ifade etme hallerinin (speech plus) birbirinden ayrılmasıdır. İfadenin kelimelerle açıklanması halleri, düşüncenin eylemlerle belirtilmesine göre daha sıkı bir korumaya tabi tutulmuştur. Buna göre de gösteri yürüyüşlerine ilişkin koruma standardı daha düşük bırakılabilmektedir.⁴¹

Bunun yanı sıra, çeşitli sembollerin giysiler üzerinde taşınması ya da kamuya açık şekilde teşhir edilmesi yoluyla da düşüncenin açıklanabileceği kabul edilmiş ve koruma altına alınmıştır. Örneğin; Nazi üniformalarının giyilmesi, gamalı haçların taşınması bir tür siyasi düşünce açıklaması olarak kabul edilmiş ve korunmuştur.⁴² Toplumun çoğunluğunca kabul edilen değerlere ters düşen sembollerin taşınması korunmaktadır. Aynı şekilde, toplumun çoğunluğunca kabul edilen değerlerin sembollerine yönelik eylemler de politik düşünce açıklaması sayılarak korunmaktadır. Örneğin; “bayrak yakma” eylemi bu şekilde değerlendirilip korunmaktadır.⁴³ Ancak, zarar verilen semboller kamu düzenine ilişkin işlevler görüyorsa, durum farklı olmaktadır. Örneğin; resmi dokümanların, kimlik kartlarının yakılması, sistem içinde önemli aksaklıklara neden olacağından, koruma kapsamı dışında bırakılmaktadırlar.⁴⁴ Burada yapılan; açıklanan düşüncenin içeriğinden soyutlanmış bir zarar-fayda analizidir.

Bu bağlamda; Yüksek Mahkeme’nin ideolojik sınırlamaları reddeden tutumunun bir diğer önemli örneği de, “negatif düşünceyi açıklama özgürlüğü” doktrinidir. Bu doktrini sessiz kalma, bir görüşe katılmama hakkının korunması olarak da adlandırabiliriz. Buna ilişkin ilk problemler “bayrak selamlama” davalarında ortaya çıkmıştır.⁴⁵ Bu davalar, bazı eyaletlerde okul-

⁴⁰ Schneider v. State, 308 US, 147 (1939); Martin v. Struthers, 319 US, 141 (1943).

⁴¹ Cox v. Louisiana, 379 US 536 (1965).

⁴² Skokie v. Nat. Socialist Party, 373 US, NE, 2d. 21 (1978).

⁴³ Spence v. Washington 418 US, 405 (1974).

⁴⁴ US v. O’Brien, 391 US, 367 (1968).

⁴⁵ West Virginia State Board of Education v. Barnette 319 US 624, 642 (1943); Minersville School District v. Gobitis, 310 US, 586 (1940).

larda öğrencilere uygulanan bayrak selamlama ve bayrağa sadakatlerini bildirme zorunluluğuna karşı açılmıştır. Yüksek Mahkeme, bu zorunluluğu ek 1'de getirilen anayasal güvencelere aykırı bulmuştur. Kamunun çoğunluğunca benimsenen davranış biçimini benimsememe özgürlüğü, düşünceyi açıklama özgürlüğünün negatif çekirdeğini oluşturur. Özgürlüğün özünü, kişilerin istememeleri halinde, bir düşünceyi yaymaya ya da kabul etmeye zorlanamamaları oluşturmaktadır. Kimi hallerde bu negatif çekirdek, cevap hakkını kullanmak isteyenlere karşı gazete editörlerinin direnmelerine gerekçe olmuş,⁴⁶ kimi zaman da işçilerin, sendikalara verilen zorunlu aidatları ödemekten kaçınmalarına gerekçe gösterilmiştir.⁴⁷

Bu “negatif özgürlüğün” somutlaştığı hallerden biri de, Yehova şahitlerince New Hampshire otoritelerine karşı açılan Wooley v. Maynard⁴⁸ davasıdır. Bu eyalette, bütün ticari olmayan araç plakalarına “ya özgür yaşı, ya da öl” yazılması zorunluluğu getirilmişti. Yüksek Mahkeme, devletin resmi ideolojisinin bu şekilde zorunlu olarak sergilenmesinin, Anayasa ile garanti altına alınmış olan “inanmadığı şeyi söylememe özgürlüğünü” ihlal ettiğine hükmetmiştir. Burada, açık mevcut tehlike ölçütünün kullanılabileceği belli düşüncenin savunulması veya yayılmasına ilişkin bir sorun değil, resmi ideolojiyi benimsememe özgürlüğü söz konusudur.

Açık mevcut tehlike ölçütü ile halledilmesi mümkün olmayan düşünceyi açıklama özgürlüğü sorunlarından bir diğeri de, ticari ifadelerin ne derece AY ek 1 korumasından faydalanacağına ilişkin olandır. Son zamanlara kadar, ticari bilgiler ve reklamlar ek 1. madde kapsamında değerlendirilmemiştir. Ancak, tüketicinin bazı ticari bilgilere ulaşma hakkı çerçevesinde, bu yaklaşım değişime uğramıştır. Ulaşılan ticari bilginin kamuca ihtiyaç duyulabilecek, arzu edilen bir bilgi olması durumunda, siyasi düşünce açıklamaları kadar olmasa da, belirli bir korumadan yararlanacağı kabul edilmektedir.⁴⁹ Önemli nokta; ticari promosyonlar ile bilgi arasında ayırımı gidilmesi; ilkinin, tıpkı doğru olmayan reklamlar gibi koruma görememesidir.

Ek 1. madde kapsamında düşünceyi açıklama hakkının özel bir görünümü olarak korunan bir diğer özgürlük de, basın özgürlüğüdür. Basının, demokratik hayattaki önemi doğrultusunda korunmasının da, ayrıcalıklı olması gerektiği kabul edilmektedir. Amerikan hukukunda, basını yıldırarak ya da dolaylı baskı altında bırakacak her türlü müdahalenin önlenmesi

⁴⁶ Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 US, 241 (1974).

⁴⁷ NAACP v. Alabama, 357 US, 449, 466 (1958).

⁴⁸ Wooley v. Maynard, 430 US, 705 (1977).

⁴⁹ Bkz., Bigelow v. Virginia, 421 US, 809 (1975) kürtaaj kliniği reklamının korunması; Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens' Consumer Council, 425 US, 748 (1976).

prensibi benimsenmiştir. Kamuyu ilgilendiren konuların, gene kamuya açık şekilde ve tüm yönleriyle tartışılabilmesi, demokrasilerde elzem kabul edilen, oldukça önemli bir özgürlüktür. Yüksek Mahkeme, basının dördüncü bir kuvvet olarak demokrasilerdeki işlevini yerine getirebilmesini, kamu yetkilerinin şeffaf, halkın denetimine açık kullanılmasını sağlamayı hedeflemiştir. Bu hedefi en net şekilde ifade eden karar da, “*New York Times v. Sullivan*”⁵⁰ kararıdır. Kamu gücünü kullanan bir kimse ile ilgili yapılan haber ve yorumlarda verilen bilgilerin doğru olmaması, basına (ağır tazminatlar verdirilmesine kadar varabilecek) tek başına bir takım müeyyideler uygulanmasını meşru kılamayacaktır. Bu gibi hallerde basına müeyyide uygulanabilmesi, ancak bilgi yanlışlığının kasten yapılmış olması; yani bilginin yanlış olduğunu bilmek, ya da doğruluğu konusunda hiç bir kaygı taşımadan, bu hususu kusurlu şekilde ihmal etmek şartına bağlıdır.⁵¹

Ayrıca, basına verilen kamu menfaatini kollama görevi gereği, ispat yükü de davayı açan tarafa yüklenmiştir. Basının, iddialarının dayanağını gösterme yükümlülüğü yoktur. Davayı açan tarafın, basının kötü niyetini, ya da ağır ihmali ispatlaması gerekmektedir.

Yüksek Mahkeme, bu standardı sadece kamu gücünü kullanan görevliler ve haklarında çıkan yazılara basın yoluyla cevap verme imkanına sahip, kamuya mal olmuş kişiler bakımından uygulamaktadır.

Son yıllarda Mahkeme, kimlerin kamuya mal olmuş kişi sayılması gerektiğine karar verirken, *Hutchinson v. Proxmire* (1979) davası ile yarattığı ölçütü kullanmaktadır. “*Kamuya mal olmuş kişiler*”, aktif olarak medya haberi yaratmakta rol alan kimselerdir. Bu kişilere, kasten zarar verme amacı, ya da kusurlu bir ihmalin varlığı ispatlanmadığı müddetçe, cevap hakkı veya tazminat gibi hallerin oluşması Ek 1. maddeye göre mümkün değildir. Sıradan insanlar içinse, bu durum mesleğin normal gerekleri ile sınırlandırılmıştır. Yalan ve yanlış haberlerde basın görevlileri, basın mesleğinin bilinen kurallarına göre yapması gereken araştırmayı yapmaması, sorumluluk doğmasına neden olabilmektedir. Bu şekilde Yüksek Mahkeme, güç

⁵⁰ *New York Times v. Sullivan*, 376 US, 254 (1964).

⁵¹ İspat yüküne ilişkin bu düzenleme AİHS düzeni ile önemli farklılık gösterir. Avrupa düzenine göre ispat yükü basının üzerinde kalmaya devam etmektedir. Basın, iddialarının temelini göstermek, haberini standart bir özeni göstererek hazırladığını ispatlamak zorundadır. Ancak bu durum politikacılara yönelik eleştiri ve değer yargısı içeren ifadelerin koruma kapsamında olması haline bir engel teşkil etmez. Bkz., *Lingens v Austria*, Judgement of 8 July 1986, Series A 103; *Oberlschlik v Austria*, Judgement of 23 May 1991, Series A 204. Ayrıca Avrupa düzeninde basının, kamu çalışanlarına yönelik haberlerinden dolayı cezai müeyyideye tabi tutulması ancak, öncelikle iddialarını ispatlama şansı tanınması halinde mümkündür. Bkz., *Süreç II v. Turkey*, Judgement of 8 July 1999, app. No: 24122/94

ilişkilerini ve kamunun haber alma hakkını gözeterek, kamuya mal olmuş kişiler ile sıradan insanlar arasında makul bir ayırım yaratmıştır.

Basına ve kamuya mal olmuş kişilere uygulanan bu ölçütler kadar, günümüz toplumunu ilgilendiren bir konu da internettir. Amerikan hukukunda, bu konuda hakim yaklaşım; medyanın diğer kesimlerine uygulanan kuralların internette de uygulanması, konulan materyalin içeriğine değil, zararlı sonuçlarına yönelik sınırlama kriterleri uygulanması ve hizmet sağlayıcıların yayınlanan materyalden dolayı sorumlu tutulmaması ilkeleri çerçevesinde açıklanabilir.⁵² Nitekim, Yüksek Mahkeme’de, Smith v. California⁵³ davasında, nasıl bir kitapçı sahibi sattığı kitapların içeriğinden sorumlu tutulamazsa, internet hizmet sağlayıcılarının da prensip olarak konulan materyalden sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir.

Böylece, Yüksek Mahkeme’nin açık yakın tehlike ölçütü dışına çıkarak, başka değerlendirme kriterleri tercih ettiği halleri genel olarak ve kısaca inceledik. Ancak, anlattığımız bu standartlar, özellikle 11 Eylül olayları sonrası ABD’de başlayan olağanüstü dönem uygulamaları ve uygulanan terörle mücadele yasaları çerçevesinde önemli sapmalara uğramıştır. Bu nedenle terörle mücadele yasalarının düşünceyi açıklama özgürlüğüne etkilerine ayrıca göz atmakta fayda bulunmaktadır.

V. AMERİKAN TERÖRLE MÜCADELE DÜZENLEMELERİNİN DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE ETKİLERİ

Amerika’nın terörle mücadelede bugünkü hukuksal alt yapısının ilk temelleri, 1996 yılında çıkarılan “*Terörle Mücadele ve Etkin Ölüm Cezası Yasası*”⁵⁴ ile atılmıştır. Bu yasa, 1993’de Dünya Ticaret Merkezi’ndeki ve 1995’de Oklohoma’daki saldırılar ertesinde ve artan uluslararası terör tehdidi karşısında alınması gerekli iç tedbirler kapsamında, Amerikan Hükümeti’nin isteği üzerine çıkarılmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi içtihatları ile belirginleşen ifade hakkına ilişkin standartlara, ilk müdahaleler 1996 tarihli yasayla yapılmaya başlanmıştır. Şöyle ki; hükümetin terörist kuruluş listesinde yer alan guruplara her türlü destekte bulunmak (m. 300-303), amaca bakılmaksızın bu kuruluşların faaliyetlerine katılmak, faaliyetler yasal olsa bile, yasaklanmıştır. Bu durum, Yates kararından⁵⁵

⁵² Edwin Baker, “First Amendment and the Internet: Will Free Speech Principles Apply to the Media Apply Here?”, *St. John’s Journal of Legal Commentary*, vol. 11, 1996, s. 718-719.

⁵³ Smith v. California, 361 US, 147 (1959).

⁵⁴ *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996*, Pub. L. No: 104-132, 110 Stat. 1214 (1996).

⁵⁵ Yates v. United States, 354 US, 298.

beri geçerli olan, “bir gruba salt üyeliğin veya fikirlerine katılmanın düşüncüyü açıklama hakkını sınırlamak için yeterli olmadığı” kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, burada bahsedilen terörist gruplar, Amerikan hükümeti tarafından Amerika’nın güvenliğini tehdit ettiği düşünülen her türlü gruptur ve Amerika’nın ekonomik çıkarları da, bu geniş milli güvenlik tanımına dahildir. Tanımın genişliği, insancıl yardımlarda bulunan grupları da suçlu hale getirebilme potansiyeline sahiptir.

1996 tarihli yasadaki diğer hakları da kapsayan geniş tedbirlere rağmen, 11 Eylül olaylarının yaşanması önlenememiştir. 11 Eylül 2001’deki saldırılar ertesinde ise; iç hukukta mevcut yasal düzenlemelerin, terörü durdurmada yetersiz kaldığı düşünülerek, kamuoyunda fazlaca tartışılmadan, Kasım 2001’de, “Vatanseverlik Yasası”⁵⁶ olarak anılan kanun yürürlüğe konulmuştur. Bu Yasa’yla, bağımsız düzenlemelerin yanı sıra, çeşitli kanunlara terörle mücadele amaçlı eklemeler yapılmış, 1996 tarihli terörle mücadele yasası ile anayasal haklara getirilen sınırlamaların derecesi artırılmıştır.

Vatanseverlik Yasası, haklara getirdiği sınırlamalar kadar, iç terörizmi geniş, belirsiz şekilde tanımlaması sebebiyle de Amerikan hukuk ve insan hakları çevrelerinde eleştirilere maruz kalmıştır.⁵⁷ Getirilen bu tanıma göre iç terörizm; (a) ABD ceza yasalarını ya da bir başka ülkenin ceza yasalarını ihlal eder şekilde insan hayatını tehlikeye sokan, (b) sivil halkı korkutmayı veya üzerinde baskı kurmayı amaçlayan, (c) zor ve tehdit yolları kullanarak hükümet politikalarının oluşumuna etki etmeye yönelmiş, (d) adam kaçırma, adam öldürme ve kitlesel imha yolları kullanarak hükümetlere etki etme amacı taşıyan hareketlerdir.

Bu tanım, hükümet uygulamalarına etki etme, ya da hükümet üzerinde baskı oluşturma amacı taşıyan gösteri ve yürüyüşleri düzenleyenleri de terörist sayabilecek belirsizlik ve genişliktedir.

Vatanseverlik Yasası ayrıca, 1996 tarihli yasanın açtığı yoldan giderek, 805 ve 806. maddeleri kapsamında, Amerikan hükümetince terörist sayılan gruplara yapılacak her türlü yardım, ya da suç oluşturmalar bile faaliyetlerine katılımı da terörizme destek saymakta ve yasaklamaktadır.

Ayrıca bu Yasa (m. 411) kapsamında, Amerikan Hükümeti’nce terörist organizasyon olarak kabul edilen gruplara üyelik, faaliyetlerine (yasak olmasalar bile) katılmak, mali yardımda bulunmak, veya yardım toplamak

⁵⁶ Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA Patriot Act of 2001), Pub. L. No: 107-56, 214(a) (2), 115 Stat. 272 (2001).

⁵⁷ Emanuel Gross, “The Influence of Terrorist Attacks on Human Rights in the United States: The Aftermath of September 11, 2001”, *North Carolina Journal Int’l L. & Com. Reg.*, vol. 28, 2002, s. 4-5.

da terörist faaliyet olarak algılanmaktadır. Bu tip eylemlere karıştığı iddia edilen yabancılar tutuklanarak ülke dışına çıkarılabilmektedir. Burada toplanan paranın, ya da sağlanan desteğin terörist bir amaca hizmet ettiğini bilmediğini, ya da bilecek konumda olmadığını ispat yükü, sınır dışı edilecek yabancıların üzerinde olmaktadır.⁵⁸ Getirilen düzenlemeleri somutlaştırmak amacıyla bir Amerikalı yazar şu örneği veriyor; vatandaş olmayan, ama yasal oturma izni olan bir Filistinli, İsrail'i protesto etmek ve Arafat'a destek olmak amacıyla kongre önünde bir kısım insanlara bildiri dağıtsa ve para toplasa; birlikte faaliyette bulunduğu insanlar da, ABD Hükümeti'nce terörist örgüt sayılan Filistin'in kurtuluşu için halk cephesi üyesi olsalar, terörist aktiviteye dahil olmak, destelemek ve yardım etmekten sınır dışı edilebilecektir.⁵⁹ Filistinli, birlikte protesto eyleminde bulunduğu insanların, adı geçen örgüte üye olduklarını veya toplanan paranın nereye gittiğini bilmediğini, bilebilecek durumda olmadığını, yani bir anlamda masumiyetini ispat yükümü ile karşı karşıyadır; bunu başaramadığı takdirde çok ciddi müeyyidelerle karşılaşacaktır.

Bunun yanı sıra, hakkında sınır dışı davası süren göçmen ve yabancılar uygulanmak üzere, 11 Eylül'ü takiben 21 Eylül 2001'de Göçmen Mahkemeleri Baş Yargıcı Creppy tarafından bir genelge yayınlanmıştır. Buna göre, "özel yarar" bulunan hallerde yargılamalar, basına, kamuya ve bu kişilerin yakınlarına kapatılabilmektedir.⁶⁰ Özel yarar bulunması hali, terörle savaş kapsamında şüpheli bulunan yabancıların sınır dışı edilmesi davalarında söz konusu olmaktadır. Creppy Genelgesi'nin Anayasa'ya uygunluğu sorunu, iki ayrı davada Federal Temyiz Mahkemesi'nin iki ayrı dairesinde incelenmiş, farklı sonuçlara ulaşılmıştır. 6. Daire, duruşmaların basına kapalı yapılmasını Anayasa Ek 1.'deki basın haber alma ve verme özgürlüğüne aykırı bulunurken,⁶¹ 3. Daire Anayasa'ya aykırılık sorunu görmemektedir. Mevcut olaydaki zarar tehlikesi gösterilmeksizin duruşmaların kamuya kapatması, yabancıların adil yargılanma hakkı ve basın özgürlüğü üzerinde ciddi tereddütler yaratmaktadır. Bu konudaki hukuki belirsizlik devam etmektedir.

Amerikan siyasetinde 11 Eylül sonrası yaşanan korku ortamı, hukukta zarar tehlikesi konusunda var olan mevcut kıstasların uygulama alanını etkilemiş görülmektedir. Nitekim, mevcut şartlar altında açık mevcut

⁵⁸ 8 USC, § 1182 (a), (3), (B), (iv), (IV), (cc).

⁵⁹ Aubrey Glover, "Terrorism: Aliens' Freedom of Speech and Association Under Attack in the United States," *Duq. L. Rev.* vol. 41, 2003, s. 379-380.

⁶⁰ Shunta Latrice Vincent, "An Alternative to the Blanket Closure of 'Special Interest' Deportation Hearings: Balancing the Press's Right to Access and the Government's National Security Interests," *Ala. L. Rev.* vol. 55, 2004, s. 409-410.

⁶¹ *Detroit Free Press v. Ashcroft* 303 F. 3rd 681, (6th Cir. 2002).

tehlike kriterinin uygulama alanı kalmadığının iddia edilebileceği kimi Amerikalı hukukçular tarafından söylenmekle beraber, zarar tehlikesi açık olmayan tehditler karşısında hakların sınırlandırılması, Amerikan doktrininde pek taraftar bulmamaktadır.⁶²

Vatanseverlik Yasası, özellikle yabancılar bakımından, toplu ve bireysel düşünceyi açıklama hakkını sınırlamanın, ancak somut bir zarar tehlikesinin varlığı halinde, istisnai ve ölçülü olarak mümkün olması prensiplerine uymamaktadır.

SONUÇ

Amerikan Anayasası, şimdiye kadar hayata geçirilen liberal anayasalar içerisinde, düşünceyi açıklama özgürlüğüne en çok kıymet verenlerin başında sayıla gelmiştir. Anayasa, her türlü düşüncenin serbestçe tartışılıp ileri sürülebildiği ve ancak açık bir zarar tehlikesinin mevcudiyetinin ortaya konulduğu hallerde sınırlandırıldığı bir siyasal düzeni tesis etmeyi amaçlamıştır. Amerikan Anayasası, bu amacında bir çok liberal ülke anayasasına ilham kaynağı olacak şekilde başarılı olmuş sayılmalıdır.

Düşünceyi açıklama hakkı, siyasal düzlemde oldukça kuvvetli şekilde korunmaktadır. Bu koruma kalkını, ifadenin çeşitli araçlarla ve değişik şekillerde yayılmasını da kapsar şekilde anlaşılmaktadır. Hakkın koruma alanı, yalnız siyasal düşünce açıklamaları için değil; sanatsal, geçerli bir kamu yararının görüldüğü hallerde, ticari ifadeler ve hatta hiç bir sanat ve düşünce değeri taşımayan ifadeler (pornografi gibi) için de geçerli kabul edilmiştir.

Bununla beraber, toplumda kimi kolektif tehditlerin varlığının önemli ölçüde hissedilmesi, anayasanın liberal hedeflerinden sapmalara olanak tanımaktadır. Yasama ve yürütme organları, özgürlükleri, kriz dönemlerinde gerekli bir kalkan gibi değil de, kötüye kullanılan zararlı bir engel olarak sunabilmekte ve yargı da toplumdaki yaygın korkuya teslim olabilmektedir.

II. Dünya Savaşı'nda Japon asıllı tüm Amerikalıların toplama kamplarına kapatılması, McCarty dönemindeki abartılı anti-komünist tedbirler ve 11 Eylül sonrası düzenlemeler, yukarıda tarif ettiğimiz durumun Amerikan tarihindeki tezahürleri olarak kabul edilmektedir.⁶³ Görülmüştür ki;

⁶² Gross, *a.g.e.*, s. 24.

⁶³ Jacob R. Lilly, "National Security At What Price?: A Look Into Civil Liberty Concerns In The Information Age Under The USA Patriot Act Of 2001 And A Proposed Constitutional Test For Future Legislation", *Cornell J. L. & Pub. Pol'y*, vol. 12, 2003, s. 447.

bu gibi dönemlerde toplum, sonradan oldukça abartılı olduğu düşünülen şekillerde, hayati bir zarar tehlikesinin varlığına inanmaktadır. Çoğu zaman, varlığına soyut halde inanılan bu tehdide karşı hükümetlerin getirdiği tedbirler ise, ölçülülük testinden başarı ile geçememektedir. En kötüsü ise; hakların, korunmasına en çok ihtiyaç duyulan anlarda, soyut zarar tehlikesinin sorgulanmaz varlığı nedeni ile, etkisizleştirilmesi olmaktadır.

11 Eylül sonrası yıllar, bu halin Amerikan Anayasal tarihindeki en son tezahürü olarak, açık mevcut tehlike kriterinin, en azından yasal düzlemde, sekteye uğradığı yıllar olarak anımsanacaktır.

Bununla beraber, bu dönemler uzun süreli olmamakta, liberal bir karşı dalga ile kesilmektedir. Nitekim, yakın zamanda ABD Yüksek Mahkemesi, verdiği bir kararda, hukuk devletinin ve yargı denetiminin önemini vurgulayarak, terörle savaşta anayasal hakların bir kenara itilemeyeceğini belirtmiştir.⁶⁴ Bu karar, terörle savaşta hakları ve hukuk devletini bir mani olarak gören anlayışın koruma bulmayacağı yönünde umutlar vermekte ve yeni bir liberal karşı dalgaının oluşum halinde olduğunu düşündürmektedir.

⁶⁴ Rasul v. Bush (03-334), Geniş bilgi ve tepkiler için bkz., American Civil Liberties Union web sitesi, <http://www.aclu.org/court/court.cfm?ID=16029&c=261> (en son 13 Temmuz 2004'te ziyaret edildi).