

## DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ VE 1982 ANAYASASI

Doç.Dr.Mehmet TURHAN (\*)

Düşünce özgürlüğü veya gerçekte önemli olan 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 ama kişilerin de tek amacı bu değildir. Sosyal ve siyasal açıdan düşünceyi açıklama özgürlüğü başka bazı önemli amaçlara ulaşmak için başvurulan bir yöntem ve bir süreç niteliğindedir. Düşünceyi açıklama özgürlüğü demokratik yaşam biçiminin temel bir unsurudur. Ayrıca, düşünceyi açıklama özgürlüğü dinamik bir süreç olması nedeniyle demokratik toplumun amaçlarının saptanmasında ve biçimlenmesinde önemli bir role sahiptir. Şu da belirtilmelidir ki, demokratik bir toplum bir tek düşünceyi açıklama süreciyle varmak istediği bütün amaçlara varamaz. Bu nedenle düşünce özgürlüğüyle ilgili her çalışma ister istemez toplumdaki, kamu düzeni, adalet ve eşitlik gibi diğer başka bazı önemli değerleri dikkate almak zorundadır. Önemli olan sorun düşünceyi açıklama özgürlüğüyle toplumdaki başka önemli değerleri uzlaştırmaktır(1).

Demokrasinin özünü vatandaşların kendilerini etkileyen siyasal kararların alımına katılmaları oluşturmaktadır. Halkın kendi kendisini yönetmesi olarak tanımlanan demokraside yöneticilerin halkın düşünce ve duygularına duyarlı ve bağımlı olması gerekir. İşte düşünceyi açıklama özgürlüğü halkla yöneticiler arasındaki bu ilişkinin sürmesini sağlayan en önemli anayasal mekanizmalardan biri olmaktadır; çünkü kamuoyunda yapılan serbest tartışmalar sonucunda hükümet kendisine yöneltilen eleştirilerden ve önerilerden haberdar olur(2).

Düşünceyi açıklama özgürlüğünün demokrasiler

açısından taşıdığı önemi çağımızın ünlü siyasal bilimcisi Giovanni Sartori'nin düşüncelerinden hareket ederek şöyle açıklayabiliriz. Demokratik sistemin temeli çoğunluk ilkesidir. Parlametoda sandalyelerin çoğunluğunu denetleyen partinin ülkeyi yönetme hakkına ve iradesine ve yaptığı yasaları azınlıkta kalan partilere kabul ettirme yetkisine sahip olduğunu kabul etmek zorundayız. Ancak bu çoğunluğa sınırsız yetkiler verilemez. Eğer sınırsız yetkiler verilirse azınlığa dönüştürülemeyen bir çoğunlukla karşılaşılabilir ve artık bu demokratik bir çoğunluk değildir. Çünkü çoğunluk ilkesi, siyasal yapının çeşitli parçalarının iktidarın kullanılmasında yer değiştirebildiği, değişebilen çoğunlukları gerektirir(3). Anayasa Mahkememiz de bir kararında "halkın serbest irade izharı yollarını tıkayacak veya siyasî hayatın cereyanını tek bir partinin tekeline bırakacak ve çok partili rejimi yok edecek"(4) düzenlemelerin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacağını belirtmiştir. Demokratik koşullarda, çoğunluğun ülkeyi yönetme hakkı sınırsız değildir. Azınlığın çoğunluğu sınırlandırıcı hakları vardır. Bunlar arasında en önemlilerinden biri düşünceyi açıklama özgürlüğüdür. Bunun yanında özgürce siyasal örgütler kurma ve bu yollarla kamu işlerini etkileme hakları da demokratik sistem açısından düşünce özgürlüğünü tamamlayıcı özgürlükler olarak düşünülebilir(5).

Düşünceyi açıklama özgürlüğünün korunmasının önemli nedenlerinden biri de gerçeğin bu yolla ortaya çıkacağına olan inançtır. İnsanlar arasında çok az veya hiç iletişim bulunmadığında gerçeği anlamak ve kavramak güçtür. Açık tartışmaya yöneltilen en eski ve en bilinen saldırı gerçeğin düşünce özgürlüğü yoluyla ortaya çıkmasına bir gereksinim bulunmadığı, yöneticilerin zaten gerçeği bildikleri ve bu nedenle düşünceyi açıklama özgürlüğünün gerçek dışı şeylerin yayılmasına neden olacağı biçimindedir. Platon'dan beri zaman zaman savunulan bu görüş ülkemizde de az sayıda okumuş ve iyi yetişmiş insanın geri kalanlar için neyin kötü neyin iyi olacağına karar verebileceği biçiminde bazı kişilerce savunulabilmektedir. Çağımızda demokratik ülkelerde tümüyle terk edilmiş bu görüş şu iki açıdan hemen eleştirilebilir. Herşeyden önce, halkın düşünce açıklamalarından hangilerinin zararlı hangilerinin yararlı olabileceğini bilebilecek denli bilge sahibi, üstün ve bozulmayacak insan bulabilmek

olanaksızdır. Az sayıda insanın herşeyi bilebileceği ve doğruyu bulabileceği görüşü demokrasinin temelinde yatan insanların eşit olduğu düşüncesine ters düşmektedir. Bu görüş halka karşı duyulan güvensizliğin en güzel örneğidir. Oysa, demokrasi halka güvenmeyi gerektirir. Ayrıca, yönetenler çoğunlukla ve kısa bir süre içinde kendi politikalarını gerçek ve doğru olarak takdim etmeye ve kendilerine yöneltilen eleştirileri ise gerçek dışı ve yanlış ve bu nedenle bir suç olarak gösterme eğilimindedirler(6).

Düşünceyi açıklama özgürlüğünün amaçlarından biri de toplumda olumlu değişimi gerçekleştirmektir. Düşünceyi açıklama özgürlüğü düzenle değişim arasındaki dengenin sürdürülmesinde önemli bir fonksiyona sahiptir. Yeni düşüncelerin ifade edilmesi iktidarda bulunanların sistemin zayıflıklarını farketmelerine neden olur. Sistemdeki bu zayıflıklar **status quo**'dan yana olanların temsilcileriyle değişimden yana olanların temsilcilerinin birbirleriyle iletişime girmeleri sonucunda düzelebilir. Bazen ise, bu zayıflıklar ve eksiklikler öyle kemikleşmiş olabilir ki, bu durumda yapısal değişiklikler gerekebilir. Her iki durumda da, düşünceyi açıklama özgürlüğünün kurulu düzenden yana olanların ve yöneticilerin halkın istek ve arzularından uzak kalmalarını engellemede yardımcı olacağı söylenebilir(7).

Düşünceyi açıklama özgürlüğünün çok önemli bir özgürlük olmasının bir nedeni de, insan onuruna duyulan saygıdan ileri gelmektedir. İnsanlara insan olmaları nedeniyle bazı hak ve özgürlükler tanınmaktadır. "İnsan hakları doktrini" olarak adlandırılan bu düşünce akımı, insanların sırf insan olmaları nedeniyle doğuştan birtakım dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez haklara ve özgürlüklere sahip oldukları düşüncesine dayanmaktadır. Bu hak ve özgürlüklere başta devletler olmak üzere herkesin saygı göstermesi gerekir. Düşünceyi açıklama özgürlüğü de insan hakları doktrininin temelinde yatmaktadır. İnsanlar düşündüklerini korkmadan ve açıkça söyleyebilmelidir ki, insan olduklarını hissedebilsinler.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında insanlık Avrupa'da diktatörlüklerin düşünce ve basın özgürlüğünün kısıtlanmasıyla kurulabilmelerinin kolaylaştığını öğrenmiş oldu. Hitler'in başkaca ülkelerde yaşayan Almanları topluma

katmak amacıyla yayılcı bir politika izlemesi ve milyonlarca insanın Nazilerce yok edilebilmesinin düşünce özgürlüğünün kısıtlanması ve tek yanlı propaganda ile yapılabildiğini de insanlık artık çok iyi farkına varmıştı. Bu nedenle, 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 19. maddesi düşünce özgürlüğünü temel bir insan hakkı olarak bütün cepheleriyle düzenlemiştir: "Herkesin düşünce ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın malumat ve düşünceleri her yoldan aramak, elde etmek ve yaymak hakkını içerir." Daha sonra Roma'da kabul edilen "İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme"nin 10. maddesi; Birleşmiş Milletler çerçevesinde 1966 yılında hazırlanıp 1976 tarihinde yürürlüğe giren "Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme"nin 19. maddesi ve 1969 yılında hazırlanıp 1978 yılında yürürlüğe giren "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi"nin 13. maddesi İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin düşünceyi açıklama özgürlüğüyle ilgili düzenlemesini hemen hemen aynen benimsemiştir. Ancak bu sözleşmeler daha ayrıntılı hükümler içermektedir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde ve diğer uluslararası sözleşmelerde düşünce ve malumat özgürlüğü üç hakkı içerir biçimde tanımlanmıştır. Bu haklar düşünce ve malumatları elde etmek, aramak ve yaymak haklarıdır. Bunlardan düşünce ve malumatları elde etmenin pasif buna karşılık düşünce malumatları aramak ve yaymak haklarının ise aktif haklar olduğu ve üç hakkın da birbirini tamamladığı söylenebilir. Ayrıca bu belgelerde söz konusu olan düşünce ve malumat özgürlüğü klasik basın özgürlüğünü içerdiği gibi; aynı zamanda kitle iletişim araçlarını ve gelecekte teknolojinin çıkarabileceği diğer iletişim araçlarını da içerir bir biçimde düzenlenmiştir(8). Düşünce özgürlüğünün uluslararası boyutları ve kazandığı önem gözönüne alınmadan bu özgürlüğün iç hukuk açısından incelenmesi artık günümüzde mümkün değildir.

### **I- 1961 ANAYASASI VE BU DÖNEMDE DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ**

1961 Anayasasınının 20. maddesi düşünce özgürlüğünü

şöyle düzenliyordu: "Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir; düşünce ve kanaatlarını söz, yazı, resim ile veya başka yollarla, tek başına veya toplu olarak açıklayabilir ve yayabilir. Kimse, düşünce ve kanaatlarını açıklamaya zorlanamaz." Bu maddenin kenar başlığı "Düşünce hürriyeti" idi. Ayrıca bu Anayasada düşünce özgürlüğünün uzantıları olan basın özgürlüğü, kitap ve broşür çıkarma hakkı, bilim ve sanat özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ve dernek hakkı ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

Anayasa Mahkememiz 1961 Anayasası döneminde düşünce özgürlüğünü iki aşamalı bir hukuk süreci olarak algıladı ve "düşünce" bir iç özgürlük olarak kaldığı sürece sınırsız olduğunu; ancak "açıklama ve yayma"nın ise sınırlanabileceğini belirtti. Böylece üzümlere belirtmek gerekir ki, Anayasanın özgürlüklerin güvencesi olarak görüldüğü Anayasa Mahkemesi, düşünce özgürlüğünün Türk Hukukunda kullanılamaz derecede sınırlanması sonucunu doğuracak olan bu yukarıdaki yorumun öncülüğünü yapmış oldu. Yüce Mahkeme 1963 yılında verdiği iki kararda şöyle diyordu: "Düşünce ve kanaat hürriyeti insanların en tabii haklarından. Herkes istediği fikre inanmakta serbesttir. Kişinin iç alemi kanunun her çeşit müdahalesinin dışındadır. Ancak kişinin iç alanında kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına girer ve toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabilir. ...Bu zaruret insanın iç hayatı bakımından mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyetinin, söz, yazı, resim vesaire gibi çeşitli vasıtalarla açığa vurulurken toplumsal yaşayışın sürekliliği (devam ve bekası) sağlanmak için belli esaslara ve kurallara bağlanmak suretiyle kayıtlanmasını zorunlu kılar. ... Bahsi geçen kayıtlama ... vatandaşın ... hakkında herhangi bir kanaat beslemesini men edici mahiyet taşımamaktadır. Esasen kanaat besleme kişinin iç alemini ilgilendirdiği cihetle bir kayıtlamaya da tabi tutulamaz. Bu kanaatin söz, yazı, resim vesaire gibi vasıtalarla açığa vurulmasıdır ki ... bazı kayıtlamalara tabi kılınmıştır"(9). Anayasa Mahkemesinin bu kararlarına göre; "1-Basin yolu ile veya herhangi bir propaganda vasıtasıyla, 2-Umumi veya umuma açık olan mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda, 3-Toplanılan yer veya

toplantıya katılanların adedi veya toplantının konusu ve gayesi itibariyle özel mahiyete haiz olmayan bir toplantıda"(10) yapılan açıklamaları cezalandıran bir yasa Anayasaya aykırı değildir. Böylece düşünceleri açıklama özgürlüğü her türlü sınırlamaya açık bir duruma gelmekte veya sadece "düşünmek" olgusuna indirgenmektedir(11). Ancak Prof.Mümtaz Soysal'ın belirttiği gibi düşüncesini kendisine saklayan insanın sahip olduğu varsayılan düşünceler ve kanaatler nedeniyle özgür olduğunu söylemek pek de anlamlı bir şey olmamaktadır(12).

Anayasa Mahkemesi, ayrıca sözü geçen kararında 20. maddede düzenlenen ve hiçbir sınırlama hükmüne bağlanmayan düşünce özgürlüğünün Anayasanın 11. maddesindeki esaslar dahilinde sınırlandırılabilceğini belirtmekteydi. Bu konuda Yüce Mahkeme aynen şöyle diyordu: "Sınırsız hürriyetin anarşiden başka bir şey olmadığı gözönüne alınınca 20 nci maddeye, düşünce ve kanaat hürriyeti hakkında hiçbir kayıtlama kıstası konulmamış olmasını, bu hürriyeti, Anayasa'nın dayandığı temel ilkelere uygun olmak ve Anayasa'nın 11 inci maddesinde gösterilen esaslar dahilinde kalmak şartıyla; her istikamette sınırlayabilmek hususunda Anayasa vazının kanun koyucuya takdir hakkı tanıdığı olduğu şeklinde yorumlamak tabii bulunmaktadır"(13). Anayasa Mahkemesinin daha sonraki kararları da gözönüne alındığında 11. madde Mahkemenin gözünde yasa koyucuya, Anayasadaki diğer sınırlama olanakları yanında yedek olarak verilmiş genel bir sınırlandırma yetkisi fonksiyonuna kavuşmuştur.

Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasasının 11. maddesini yasa koyucuya genel sınırlandırma yetkisi veren bir hüküm olarak görmesi doktrinde de bir çok yazar tarafından benimsenmiştir(14). Ancak doktrinde, bizim de katıldığımız, bunun tersi görüş de savunulmuştur. Bu görüş 11. madde ile düşünce özgürlüğü gibi hiçbir sınırlama hükmü içermeyen maddelerle ancak belirli sınırlama amaçları gösterilmiş maddelerdeki kademeli ve farklılaşmış sınırlama hükümlerini gözönünde tutmuş ve 11. maddenin tüm temel haklar için geçerli genel bir sınırlama yetkisi vermesi halinde bütün bu maddelerde sınırlama amaçlarının özel bir itina ile tek tek sayılmış olmasının veya hiçbir sınırlama hükmü içermemesinin bir anlamı kalmayacağı sonucuna ulaşmıştır(15).

12 Mart Muhtırasından sonra 1971'de 1961 Anayasasının

11. maddesinde yapılan değişiklikle, 11. madde genel sınırlama hükmü durumuna getirilmek istenmişse de, doktrindeki tartışmalar son bulmamış hemen hemen aynen sürmüştür(16). 1961 Anayasasında hem 11/2. maddede hem de her hak ve özgürlük maddesinde sınırlandırma nedenlerinin ayrı ayrı belirtilmesi hemen hemen yirmi yıl doktrinde süren kısır ve verimsiz "özel-genel" tartışmasının ötesinde de sakıncalarını beraberinde getirmiştir. Belirli bir zamanın ve belirli koşulların zorlamasıyla belli sınırlama sebeplerinin hak ve özgürlüklerle ilgili maddelere rasgele serpiştirilmesi dikkatleri her hakkın güvence altına aldığı somut yaşam ilişkilerinden soyut nitelikteki sınırlama sebeplerine çevirmiş ve sınırlama-özgürlük ikiliğinde bundan zararlı çıkan "özgürlük" olmuştur(17). Düşünce özgürlüğü gibi hiçbir sınırlama hükmü içermeyen hak maddelerinde ise Anayasa Mahkemesi yasa koyucunun getirdiği hemen hemen her türlü sınırlamayı Anayasaya uygun bulmuştur. Bu nedenle bu dönemde Anayasa Mahkemesinin düşünce özgürlüğü konusunda verdiği kararları incelemek bize uygulama konusunda bir fikir verecektir.

### **A. Anayasa Mahkemesinin Düşünce Özgürlüğü Konusundaki Kararları**

Anayasa Mahkemesine göre, yabancı ülkelerde yayımlanan yapıtların yurda sokulmasının yasaklanması düşünce özgürlüğünün kapsamına girmez. Mahkemeye göre, bir an için böyle bir düzenlemenin düşünce özgürlüğü ile ilgili bulunduğu varsayılsa bile dışardaki zararlı ve yıkıcı yayımların yurda sokulmasının önlenmesi ile düşünce özgürlüğünün özüne dokunulmuş olduğu söylenemez(18). Bir başka kararında da Anayasa Mahkemesi Baro genel kurul toplantılarına haklı bir neden olmadan katılmayan avukatlara uyarma ve para cezası verilmesi yolundaki düzenlemeyi Anayasanın düşünce özgürlüğünü düzenleyen hükmüne aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesine göre, madde yalnız toplantılara katılma yükümlülüğü getirmekte ve avukatların düşünce ve kanaatlarını açıklamaya zorlayan herhangi bir kural içermemektedir ve bu nedenle düşünce özgürlüğüne aykırı bir yönü yoktur. Türkiye İşçi Partisinin açtığı bu iptal davasında Yüce Mahkeme meslek düzen ve geleneklerine uymayan avukatların disiplin yoluyla cezalandırılmalarını öngören maddeyi düşünce özgürlüğüne aykırı bulmamıştır. Yüce Mahkemeye göre, avukatlara ilişkin disiplin cezalarının uygulanacağı halleri belirleyen bir maddede bu haller

arasında "meslek ve geleneklere uymayana eylem ve davranışlar"ın da sayılması ile tutuculuk ve ortaçağ loncalarının değer yargılarını canlandırma arasında bağlantı kurulmasına olanak yoktur ve bu nedenle düşünce özgürlüğünü zedelemeyiz. Bu davada Anayasa Mahkemesi disiplin cezalarının verilmesinde avukatlık mesleğinin geleneklerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak ilkesinin gözönünde tutulmasını düzenleyen hükmü de aynı gerekçeyle Anayasaya aykırı bulmamıştır(19). Türk Ceza Yasasının değişik 268. maddesine 1490 sayılı yasayla 1971'de eklenen resmi heyetlere karşı gıyapta alenen yapılan hakaretlerin re'sen kavuşturulması gereken bir suç sayılması yolundaki düzenlemenin Anayasanın düşünce özgürlüğü ile ilgili 20. maddesine aykırı olduğu öne sürülmüştür. Ancak Yüce Mahkeme bu düzenlemeyi düşünce özgürlüğünü vatandaşların düşünce ve kanaatlarını söz, yazı veya başka suretlerle açıklayabileceklerini ortadan kaldıran veya kısıtlayan bir kural olarak görmemiştir. Mahkemeye göre, düşünce ve kanaat özgürlüğü, kimseye, başkasına veya resmî kuruluşlara hakaret ve tecavüz etme hakkını vermez(20). Günlük gazetelerin şeker ve kurban bayramlarının belli günlerinde çıkarılmasını yasaklayan yasanın ilgili maddesinin düşünce özgürlüğünü zedelediği ileri sürülmüş; ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu sınırlamanın düşünce özgürlüğünün özüne dokunmadığını; çünkü günlük gazetelerin düşünce ve kanaatları yayma araçlarından yalnız bir bölümünü oluşturduğu; oysa söz konusu özgürlüğün başka yollarla kullanılmasının engellenmediği nedenlerine dayanarak bu düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır(21). Bu kararların yanında Anayasa Mahkemesi dernekler tarafından hazırlanan bildiri ve beyannamelerin Cumhuriyet Savcılığınca verilecek alındı belgesinin bir örneği alınmadan basın ve yayın organlarının basılmalarını ve yayınlamalarını yasaklayan kuralı düşünce özgürlüğüyle çelişir bulmuştur. Yüce Mahkemeye göre, bu kural kişilerin toplu olarak "dernek halinde" düşünce ve kanaatlarını yazı, resim ve başka yollarla açıklayabilme ve yayabilme hakkını zedelemekte ve bu hakkın özünü zedeleyecek biçimde sınırlamaktadır. Ayrıca haber alma hakkı da zedelenmektedir. Böyle bir düzenleme sansür veya izin sisteminden başka bir şey değildir; oysa dernek faaliyetlerinin önemli bir bölümü düşünce ve kanaat açıklamaya yöneliktir ve bu faaliyetleri gereksiz ve anayasal bir nedene dayanmaksızın ağır bir kısıntıya



sokmamak gerekir(22).

Laikliğe aykırı olarak, devletin sosyal, ekonomik, siyasal veya hukuksal temel düzenini dinsel esas ve inançlara uydurmak amacıyla propaganda yapmanın veya telkinde bulunmanın cezalandırılmasını düzenleyen Türk Ceza Yasasının 1949 tarihli 5435 sayılı yasa ile değişik 163. maddesinin dördüncü fıkrasını Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesine göre Anayasanın 20. maddesi genel olarak düşünce özgürlüğünü korumakta ve güvenceye bağlamaktadır. Ancak 19. madde 20. madde karşısında özel hüküm niteliğindedir. Ve 19. madde "Kimse, Devletin sosyal, iktisadî, siyasî veya hukukî temel düzenini, kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya şahsî çıkar veya nüfuz sağlama amacıyla, her ne suretle olursa olsun, dinî veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz." demektedir. İşte Yüce Mahkemeye göre bu özel hüküm karşısında 20. maddedeki genel hüküm gözetilemez. Başka bir anlatımla, anayasal düzenimiz bakımından önemi büyük olan laikliği koruyup sürdürmek için düşünce özgürlüğünün sınırlanması, bizzat Anayasanın uygun bulunduğu bir düzenlemedir(23).

Bir başka kararda da Anayasa Mahkemesi Türkiye'de kültür ve dil farklılığına dayanan azınlıklar bulunduğunu ileri süren veya azınlıklar yaratarak ulus bütünlüğünün bozulması amacını güden siyasal partilerin kapatılmasını gerektiren 648 sayılı Siyasî Partiler Yasasının 89. maddesini Anayasanın düşünce özgürlüğüne aykırı bulmazken yukarıdaki karar doğrultusunda sorunu ele almıştır. Yüce Mahkemeye göre, Anayasanın 57/1. maddesi hükmü siyasal partilerin tüzüklerinin, programlarının ve faaliyetlerinin, insan hak ve özgürlüklerine dayanan demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine ve Devletin ülkesi ve ulusuyla bölünmezliği temel hükmüne uygun olmasını zorunlu tutmakta, bunlara uymayan partilerin temelli kapatılmasını öngörmektedir. Böylece Anayasanın düşünce özgürlüğü ile ilgili 20. maddesi başka bir Anayasa maddesi ile sınırlanmaktadır. Ayrıca yine Anayasa Mahkemesine göre, Anayasanın 11. maddesinin 1. fıkrasındaki "Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün ... korunması amacı ile ... sınırlanabilir." hükmü yer almakta ve aynı maddenin son fıkrasında ise, "... Anayasada yer alan

hak ve hürriyetlerden hiçbirisi ... Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ... ortadan kaldırmak kastıyla kullanılamaz." denerek 57/1. maddedeki sınırlamanın siyasal partilere ilişkin uygulamasına dayanak oluşturmaktadır(24).

Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesise ve komünizme yönelen dernek kurmayı veya gerek bu konularda gerek anarşizm için propaganda yapmayı yasaklayan Türk Ceza Yasasının 141/1. ve 142/2. maddelerinin Anayasanın düşünce ve dernek özgürlüğünü düzenleyen hükümlerine aykırı olduğu nedeniyle açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi Anayasamızın düşünce ve kanaat özgürlüğüne ilişkin genel kural niteliğinde olan 20. maddesinden sonra diğer maddelerde düşünce ve kanaatların belli başlı açıklama yayma yollarını düzenlediğini belirterek, kişilerin bu maddelerdeki sınırlamalara uymaları gerektiğini belirtmiştir. Bunlara ek olarak Anayasa Mahkemesine göre Anayasanın 11. maddesi de genel sınırlandırma hükmüdür ve düşünce özgürlüğüne uygulanabilir. Yeter ki, bu sınırlandırma temel hak ve özgürlüğün özüne dokunmasın. İptali istenen maddelerin yasakladığı eylemler ise 11. maddedeki sınırlandırma sebeplerini de kapsayacak biçimde Anayasanın özünü oluşturan insan haklarına, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan milli, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetini temelinden yıkarak bu niteliklerle bağdaşması olanağı bulunmayan bir başka rejime çevirme çabalarından ibaret olduğuna göre, bu eylemleri yasaklamak yoluyla düşünce özgürlüğü ve dernek kurma hakkı üzerinde yapılan sınırlamaların Anayasaya aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Ayrıca Yüce Mahkemeye göre, söz konusu sınırlamaların düşünce özgürlüğünü ve dernek kurma hakkını, genel olarak, ortadan kaldırmayıp, nitelikleri belirtilen yasak eylemler ölçüsünde konulmuş olduklarına ve sözü geçen hak ve özgürlüklerden yararlanmayı yok edecek derecede önleyici veya engelleyici, dolaylı veya dolaysız, herhangi bir etkileri de bulunmadığına göre, bu hak ve özgürlüklerin özüne dokunmamaktadır(25). Anayasa Mahkemesi Türk Ceza Yasasının 142/1. maddesiyle ilgili 1980 yılında verdiği bir başka kararda "propaganda" kavramı üzerinde durmuştur. Yüce Mahkemeye göre propaganda belli bir amacı gerçekleştirmek ve yandaş kazanmak için, düşüncelerin birden çok kişilerin bilgilerine ulaştırılmasını öngören bir etkileme eylemidir.

Düşünce açıklamasını propagandadan ayırmak gerekir. Mahkemeye göre kuşkusuz propaganda da düşünce açıklaması vardır ancak bu salt ve soyut bir düşünce açıklaması değildir. Kişilerde bir bilgi yaratmaya veya bir duyguyu harekete geçirmeye yönelik bilimsel ve öğretici nitelikteki salt ve soyut nitelikteki düşünce açıklamaları 142/1. maddenin kapsamı dışındadır. 142/1. maddedeki yasak komünizm propagandası yapmaya yöneliktir ve bu nedenle düşünce özgürlüğüne aykırı değildir(26). Yine bir başka kararında Anayasa Mahkemesi Türk Ceza Yasasının 163/4. maddesini Anayasaya uygun bulurken bu maddenin laikliğe aykırı "propaganda" ve "telkin"i yasakladığını belirtmektedir(27). Böylece Anayasa Mahkemesine göre "propaganda" ve "telkin" eylemlerinin yasaklanması Anayasanın düşünce özgürlüğüyle ilgili maddesine aykırılık oluşturmaz.

Aynı mantıktan hareketle Anayasa Mahkemesi resmî makamlarca ilân yapıştırmak üzere ayrılmış olan yerlere izinsiz olarak afiş asmak, yazı yazmak veya bu yerleri boyamak eylemlerinin suç sayılmasını düzenleyen Türk Ceza Yasasının değişik 536/1. kuralını Anayasaya uygun bulmuştur. Yüce Mahkemenin bu kararına göre Anayasadaki özel ve genel sınırlama nedenleriyle sınırlanabileceği kabul edilen özgür basın ve önceden izin almaksızın gazete, dergi ve broşür yayımlamak hakları Anayasada en geniş anlamda düzenlenmiş bulunmaktadır. Düşünce ve kanaatları açıklama ve yayma özgürlüğünün bu etkin yolları açık ve tam bir güvence altında bulunurken, Mahkemeye göre "kimi kullanma biçiminin de, duvarların ve caddelerin kirlenmesine ve giderek şiddet olaylarına neden olması bakımından sınırlanmasının etkinlikteki ceza yaptırımlarına bağlanmasının, anılan özgürlüğün özünü zedeler nitelikte görülmesi veya gösterilmeye çalışılması isabetli sayılamaz"(28).

### **B. Anayasa Mahkemesinin Kararlarından Çıkarılabilecek Sonuç**

Anayasa Mahkemesinin bu kararlarından çıkan sonuç herhalde şöyle özetlenebilir. Düşünce ve kanaat özgürlüğü demek kişinin istediği düşünce ve kanaata sahip olması demektir. Bu nedenle kimse kanaat ve düşüncesini açıklamaya zorlanamaz. Kişilerin düşünce ve kanaatlarını öğrenmek için zorlamaya başvurulamaz. Ve eğer kişinin hangi kanaat ve düşüncede olduğu öğrenilirse bu düşünce ve kanaatı nedeniyle

kınanmaması gerekir. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ise düşünce ve kanaat özgürlüğünün uzantısı niteliğindedir. Ancak düşünceyi açıklama özgürlüğü farklı niteliktedir ve bu özgürlük Anayasanın 11. maddesindeki sebeplerle sınırlanabilir. Düşünceyi açıklama eylemi toplumda huzursuzluk yaratıyorsa, şiddete neden oluyorsa veya duvarları kirletiyorsa yasaklanabilecektir. Propaganda ile düşünceyi açıklama Anayasa Mahkemesine göre bütünüyle birbirinden farklı şeylerdir. Propagandada belki düşünceyi açıklama yönü bulunur; ancak bunun yanında o düşünceyi kabul ettirme çabası ağır basmaktadır; bu nedenle masumane düşünce açıklamasıyla propaganda birbirinden ayrılmalıdır(29).

## **II- 1982 ANAYASASINDA DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ**

Anayasa Mahkemesinin bu kararları bize 12 Eylül öncesi ülkemizde çoğu kişinin zannettiği gibi sınırsız bir düşünce özgürlüğünün olmadığını göstermektedir. Yine Anayasa Mahkemesinin kararları 1982 Anayasasını yapanları etkilemiş ve "Düşünce ve Kanaat Hürriyeti" ile "Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti" iki ayrı özgürlük olarak iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Bunlardan "Düşünce ve kanaat hürriyeti" herhangi bir sınırlamaya tabi olmayan bir özgürlük niteliğindedir. Anayasanın 25. maddesi bu özgürlüğü şöyle ifade etmektedir: "Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz." Bu maddenin gerekçesi de şöyledir: "Bu maddedeki şekliyle düşünce ve kanaat hürriyeti kişinin düşünce ve kanaatlerinde tamamen hür olduğu; bunları açıklamaya zorlanamayacağı; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamayacağıdır. Madde ile bu hürriyet, "Düşünceyi açıklama" hürriyetinden ayrılmıştır. Gerçekten bu iki hürriyet her ne kadar birbiriyle bağlantılı ise de; nitelikleri ve sonuçları bakımından birbirinden farklıdır. Yine Anayasaya göre olağanüstü haller dahi bu özgürlüğün sonuçlarını ortadan kaldıramayacaktır. Başka bir deyişle, düşünce ve kanaat özgürlüğü olağanüstü hallerde dahi ihlal edilemeyecek özgürlükler arasındadır. Ancak düşüncesini açıklayamayan kendisine saklayan; düşüncesi olduğu bilinip bilinmeyen bir kişinin özgür olduğunu söylemek ne denli tutarlı ve anlamlı bir şeydir. Bu maddede değerli olan ve

gerçekte bir anlam taşıyan 2. fıkradır. Yani "Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlarını açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatları sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz." biçimindeki koruma zaman zaman önemli yararlar sağlayabilir.

Bu maddenin ortaya çıkardığı bir sorun da eğer 25. maddedeki özgürlük bireyin iç dünyasıyla ilgili ise, yani "düşünce özgürlüğü" ise, bu maddenin Anayasanın 13. maddesiyle nasıl sınırlanacağıdır. Daha açık bir söyleyişle, 13. maddenin "düşünme özgürlüğü" açısından ne ölçüde geçerli olacağı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. 13. maddenin son fıkrası açıkça "Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir." demektedir. Haklı olarak Erdoğan Teziç "bunun nasıl yorumlanacağını" sormaktadır.

1982 Anayasasınının 13. maddesi bütün hak ve özgürlükler için geçerli yani "genel nitelikte" olan sınırlama nedenlerini göstermektedir. Bunlar bölünmez bütünlük, ulusal egemenlik, Cumhuriyet, ulusal güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlıktır. Artık bu genel sınırlama sebepleri, 1982 Anayasasına göre, temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerlidir. Böylece, 1961 Anayasasında doktrin ve uygulamada 11. madde ile diğer sınırlama hükümleri arasındaki ilişki konusunda süregelen tartışmalar kesin olarak çözüme ulaştırılmış bulunmaktadır. Ancak hemen belirtelim ki, Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunun değişiklik gerekçesinde belirtildiği gibi, bu genel sınırlama sebeplerinden hangilerinin hangi temel hak ve özgürlükler için sınırlama sebebi olarak uygulanacağı yasayla belli olacaktır ve yasa koyucu bir kısım temel hak ve özgürlükler için gerektiğinde genel sınırlama sebeplerinin tümünü dikkate alarak düzenleme yapılabileceği gibi, diğer bir takım temel hak ve özgürlükler için de genel sınırlama sebeplerinden gerekli olanları belirtmek suretiyle sınırlama yapabilecek veya isterse o temel hak ve özgürlüğü hiçbir biçimde sınırlamayabilecektir. Her ne kadar 13. maddenin son fıkrası "Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir." diyorsa da, ilk fıkra "sınırlanabilir" diyerek bir takdir yetkisi içermektedir. Madem sınırlanabilir diyor, o halde yasa koyucu isterse sınırlamayabilir de. 25. maddedeki "düşünce

ve kanaat özgürlüğü" kişinin iç dünyasıyla ilgili bir özgürlük olması ve olağanüstü hallerde dahi hiçbir suretle ihlal edilemeyeceğinden bizce, yasa koyucunun bu özgürlüğü sınırlayamaması gerekir. 13. maddedeki genel sınırlandırma nedenleri ancak sınırlandırılması mümkün olan özgürlükler için geçerlidir. Ve yine bu özgürlüklerin hepsi için de bütün sınırlandırma sebeplerinin hepsi uygulanamaz. Bunlardan hangisinin hangi hak ve özgürlük için uygulanacağına, daha önce belirttiğimiz gibi, yasa koyucu karar verecek ve bunu da Anayasa Mahkemesi denetleyecektir.

Anayasanın 26. maddesi "düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü"nü düzenlemiştir. Bu maddede düşünceyi açıklama özgürlüğü kitle iletişim araçlarını kapsayacak biçimde ele alınmıştır: "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar." Bu tanımlamadan sonra radyo, televizyon ve sinema gibi basından oldukça farklı kitle iletişim araçları ile yapılan yayımların izin sistemine bağlanabileceği belirtilmiştir: "Bu fıkra hükümlü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir." Böylece bu yayımların önceden denetimine olanak verilmekte ve özellikle sinema sansürü anayasal hükümlerle de desteklenerek "meşru" kılınmaktadır.

26. maddenin 2. fıkrasına göre, Anayasanın 13. maddesindeki genel sınırlamalar yanında, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü şu amaçlarla da sınırlandırılabilir: 1) Suçların önlenmesi, 2) Suçluların cezalandırılması, 3) Devlet sırrı olarak usûlünce belirtilmiş bilgilerin açıklanması, 4) Başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut yasayla öngörülen meslek sırlarının korunması, 5) Yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi.

Bu sınırlandırma amaçlarının hepsi ve kitle iletişim araçlarıyla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına olanak tanınması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de yer alan hususlardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bu konudaki 10. maddesi şöyledir: "1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke

sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir. 2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, asayişsizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, 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." 1982 Anayasasının 13. maddesindeki sınırlandırma amaçları da düşünüldüğünde 26. maddeyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesindeki benzerlik hemen göze çarpmaktadır.

Düşünceyi açıklama özgürlüğü bakımından gözönünde bulundurulması gereken bir önemli sınırlama da dil konusundadır. 26. maddenin 3. fıkrasına göre, "Düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz. Bu yasağa aykırı yazılı veya basılı kâğıtlar, plâklar, ses ve görüntü bantları ile diğer anlatım araç ve gereçleri usulüne göre verilmiş hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merciin emriyle toplattırılır. Toplatma kararını veren merci bu kararını, yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir. Hâkim bu uygulamayı üç gün içinde karara bağlar."

1982 Anayasasının düşünce özgürlüğü konusundaki düzenlemesi kısaca şöyle özetlenebilir. 1982 Anayasa koyucusu düşünceyi açıklama özgürlüğünü düşünce özgürlüğünden ayırmış, düşünce özgürlüğünün açıklanmasına çeşitli sınırlamalar getirmek istemiştir. Ancak şu unutulmamalıdır ki, düşünceyi açıklama eyleminin düşünceden ayrı bir yanı yoktur. Düşünceyi açıklama eyleminin kendisinin yasaklanması için aslında düşüncenin yasaklanması, yani düşünce özgürlüğünün özünün zedelenmesi demektir. O halde 1982 Anayasasının düşünce ve düşünceyi açıklama konusundaki düzenlemesini nasıl yorumlamak gerekir? Bu yorumu yapabilmek için kanımca Amerika'daki "Yüce Mahkeme"nin yıllar boyunca geliştirdiği ve kolaylıkla başka

ülkelere de uygulanabilecek "test"lerini kısaca da olsa gözden geçirmek gerekir.

### **A. A.B.D. Yüksek Mahkemesi'nin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğünün Sınırlandırılması Konusunda Geliştirdiği Testler**

1787 tarihli Amerikan Anayasasının I. Değişikliği düşünceyi açıklama özgürlüğüyle ilgilidir. Bu maddede "Kongre, ... söz özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan bir yasa yapamayacaktır." demektedir. Ayrıca, 14. Değişiklikte, Yüksek Mahkeme tarafından, I. Değişikliğin eyaletlere ve federal yönetime uygulanmasını sağladığı biçimde yorumlanmıştır. Yine Yüksek Mahkemeye göre I. Değişiklik tarafından korunan bütün hakların sınırları vardır. Yüksek Mahkeme söz ve basın özgürlüğünün korunması için çeşitli testler geliştirmiştir.

#### **1. Kötü Eğilim Testi**

Yüksek Mahkeme 1. Değişiklikle ilgili ilk yorumlarında "kötü eğilim testi" olarak adlandırılabilir bir yorum biçimini benimsemişti. Buna göre önemli bir zarar yaratabilecek bir eğilimi içeren ya da yasama organının makul olarak böyle olduğuna inandığı ifade yasaklanabilecektir. Gitlow davasında Yüksek Mahkeme bu görüşü şöyle ifade etmekteydi: "Bir eyaletin kolluk yetkilerini kullanırken söz özgürlüğünü kamu refahına zarar verecek, kamu ahlakını bozacak, suç işlemeye teşvik edecek ya da kamunun huzurunu bozacak biçimde kullananları cezalandırabileceği tartışılmayacak denli açıktır"(31).

Kötü eğilim testi düşünceyi açıklama özgürlüğüne hiçbir koruma sağlamamaktaydı. Kuramsal olarak bütün toplumsal değerler ve amaçlar hemen her zaman düşünceyi açıklama özgürlüğüne yeğlenmekteydi. Pratikte de bu test düşünceyi açıklama özgürlüğü eylemini çok çok başında engellemekteydi. Örneğin, hükümet politikasına etkin bir muhalefetin bu yolla hukuksal korunmadan yararlanması mümkün değildi. A.B.D.'de günümüzde bu test artık terkedilmiştir.

#### **2. Açık ve Yakın Tehlike Testi**

"Açık ve yakın tehlike testi" ilk kez olarak Yargıç Holmes tarafından **Schenk v. United States** davasında Yüksek Mahkemenin görüşü olarak ifade edilmiştir. Holmes'a göre,



"Her davada sorun kullanılan kelimelerin açık ve yakın bir tehlike yaratacak koşullarda ve biçimde kullanılarak önemli zararlar getireceği nedeniyle Kongre'nin önleme hakkını doğuracak biçimde kullanılıp kullanılmadığıdır"(32) **Terminiello v. Chicago** kararında da Yüksek Mahkeme şöyle demektedir: "Bizim hükümet sistemimizde söz özgürlüğünün bir işlevi tartışmaya yol açmaktır. Düşünce açıklaması bir huzursuzluk, kurulu düzenin koşullarından hoşnutsuzluk yarattığı, hatta kişileri kızgınlığa sürüklediği zaman amacına en iyi biçimde hizmet etmiş olur. Konuşma çoğunlukla kışkırtıcı ve uyarıcıdır. Bir düşüncenin kabul edilmesi için çalışılırken, önyargılara saldırılabilir ve çok sarsıcı etkiler yaratılabilir. Bu nedenle, herne kadar söz özgürlüğü mutlak değilse de, toplumu rahatsız ve huzursuz kılmamanın çok ötesinde ciddi ve somut bir zararın açık ve yakın tehlikesi kanıtlanmadıkça sansür ve cezaya karşı korunmuştur. ... Anayasamızda daha sınırlayıcı bir görüşe yer yoktur. Bunun seçeneği ya meclisler, mahkemeler ya da siyasal veya halk toplulukları tarafından düşüncelerin standardizasyonuna yol açacaktır"(33).

**Whitney** kararında Yargıç Brandeis açık ve yakın tehlike kuramını ayrıntılı bir biçimde inceden inceye işlemiştir. Brandeis ve Holmes'a göre düşünce açıklamasının anayasal açıdan cezalandırılabilmesi için dört koşul gereklidir. İlk olarak düşüncenin açıklandığı koşulların potansiyel olarak gerçekten tehlikeli olması gerekir. İkinci olarak korkulan zararın "aşırı derecede ciddi" olması gerekir. Üçüncü olarak düşüncüyü açıklama özgürlüğünün kullanılması sonucunda ciddi bir zararın ortaya çıkacağı korkusunun makul bir tabanı olmalıdır. Dördüncü olarak da tehlikenin yakınlık derecesi oldukça yüksek olmalıdır(34).

### 3. Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğünün Mutlak Olduğunu Savunan Test

A.B.D. Yüksek Mahkemesi açıkça yakın bir suç eylemine tahrik oluşturmayan açıklamaları cezalandıran yasayı Anayasaya aykırı bulurken Yargıç Douglas ayırık oy yazısında açıklama eylemi konusunda şu görüşlere yer veriyordu: "Eylem çoğunlukla bir açıklama yöntemidir ve Anayasanın 1. Değişikliğinin güvencesi altındadır. ... Düşünce açıklamasını cezalandırmaktan yana olanların genellikle verdikleri örnek kalabalık bir tiyatrodan yalan

yere "yangın var" diye bağırان adamla ilgilidir. Ancak, bu örnek açıklama ile eylemin bitişik olduğu klasik olaydır. ... Bunları ayırmak gerçekten olanaksızdır ve olaylar nedeniyle koğuşturma yapılabilir. Kanımca, bu gibi ender durumlar dışında, düşünce açıklamaları hakkında koğuşturma yapılamaz"(35). Yine Yargıç Douglas'la Yargıç Black'in **New York Times v. Sullivan** kararında ortaklaşa yazdıkları ayrık oy yazılarında "Kamusal sorunlar hakkında kişinin istediğini söyleyebilme hakkı bizce 1. Değişikliğin sağladığı en aşağı düzeydeki güvencedir"(36) diyorlardı. Ölümünden kısa bir süre önce Yargıç Black, 1. Değişikliğin yorumu konusunda "Kongre yasa yapamaz demek, yasa yapamaz demektir" diyerek düşünceyi açıklama özgürlüğünü kısıtlayıcı hiçbir yasanın yapılamayacağını söylüyordu(37).

#### 4. Menfaatleri Dengelendirme Testi

Yargıç Felix Frankfurter ve daha sonra da Yargıç John Marshall Harlan, düşünceyi açıklama özgürlüğüne öncelik vermeden, birbiriyle yarışan menfaatleri dengelendirmenin en doğru hukuksal yaklaşım olduğunu belirtmişlerdir. Bu yargıçlara göre, eğer bir öncelik tanınacaksa bu yasama organının olmalıdır. Bu teste göre, Mahkemenin her olayda düşünceyi açıklama özgürlüğünün bireysel ve sosyal menfaatleri ile bu özgürlüğü kısıtlamadaki sosyal menfaatleri dengelendirip ona göre karar vermesi gerekmektedir.

Yargıç Warren **United States v. O'Brien** kararında bu testi şöyle uyguluyordu: "Bu Mahkeme aynı eylemin akışı içinde "söz" ve "sözdişı" unsurlar, biraraya gelince, sözdişı unsurun devlete ait oldukça önemli bir menfaat nedeniyle düzenlenmesi durumunda, doğal olarak bunu takiben, 1. Değişiklik özgürlüklerinin sınırlandırılmalarının haklı olacağını benimsemiştir. Mahkeme devlet menfaatinin niteliğini nitelendirmek için çeşitli tanımlayıcı terimler kullanmıştır: Zorlayıcı, esaslı, tabi kılıcı, üstün, inandırıcı, güçlü. Bu terimlerdeki belirsizlik ne denli çok olursa olsun, biz eğer hükümetin Anayasal yetki alanı içindeyse, eğer önemli ve esaslı bir devlet menfaatini gerçekleştiriyorsa, eğer devlet menfaati düşünceyi açıklama özgürlüğünün bastırılmasıyla ilgili değilse ve eğer Birinci Değişiklik özgürlüğünün iddia edilen arızî sınırlandırılması bu menfaatin gelişmesi için gerekli olandan daha fazla

