

**T. C.
ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI**

**AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARINDA
İFADE HÜRRİYETİNİN MİLLİ GÜVENLİK SEBEBİYLE
SINIRLANDIRILMASI**

Doktora Tezi

**Hazırlayan
Erdoğan KESKİN**

**Danışman
Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARİ**

MAYIS 2025, ERZİNCAN

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

“Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyetinin Milli Güvenlik Sebebiyle Sınırlandırılması” “**Doktora**” tezim tarafımda incelenmiştir. Buna göre tezimde bilimsel etik ihlali ve intihal olarak nitelendirilebilecek herhangi bir durum olmadığını taahhüt ederim. Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir biçimde elde edildiğini; aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi beyan ederim.

Erdoğan KESKİN

T.C.
ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Ana Bilim Dalı: Kamu Hukuku

Program Adı : Doktora

Tez Başlığı : Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyetinin
Milli Güvenlik Sebebiyle Sınırlandırılması

Yukarıda bilgileri verilen tez çalışmasının a) Giriş b) Ana bölümler ve c) Sonuç kısımlarından oluşan (Kapak, Ön söz, Özet, İçindekiler ve Kaynakça hariç) toplam 335 sayfalık kısmına ilişkin 28/05/2025 tarihinde **Turnitin** intihal programından aşağıda belirtilen filtreleme uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre tezin benzerlik oranı %5'tir.

Filtrelemeye tırnak içerisindeki **alıntılar dahil** edilmiştir. Filtrelemede **yedi (7) kelimeden daha az** örtüşme içeren metin kısımları hariç tutulmuştur.

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez İntihal Raporu Uygulama Esaslarını inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmasının herhangi bir intihal içermediğini, aksinin tespit edilmesi durumunda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini bilgilerinize arz ederim. 28/05/2025

Danışman: Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI

Öğrenci: Erdoğan KESKİN

KILAVUZA UYGUNLUK

“Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyetinin Milli Güvenlik Sebebiyle Sınırlandırılması” başlıklı Doktora Tezi Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Lisansüstü Tez Yazım Kılavuzuna uygun olarak hazırlanmıştır.

Hazırlayan

Erdoğan KESKİN

Danışman

Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARİ



KABUL VE ONAY TUTANAĞI

Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI danışmanlığında **Erdoğan KESKİN** tarafından hazırlanan “**Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyetinin Milli Güvenlik Sebebiyle Sınırlandırılması**” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı’nda **Doktora Tezi** olarak oy birliği ile kabul edilmiştir.

28/05/2025

JÜRİ:

Danışman : **Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI** (İmza)

Üye : **Prof. Dr. Nihat BULUT** (İmza)

Üye : **Prof. Dr. Ayhan DÖNER** (İmza)

Üye : **Dr. Öğr. Üyesi Nagehan OKUMUŞ** (İmza)

Üye : **Dr. Öğr. Üyesi Elif ÖZPOLAT** (İmza)

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulu'nun /.... /2025 tarih ve sayılı kararı ile onaylanmıştır.

..... /..... /2025

Prof. Dr. Necdet TOZLU

Enstitü Müdürü

ÖN SÖZ

“Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyetinin Milli Güvenlik Sebebiyle Sınırlandırılması” isimli doktora tezimin hazırlanması sürecinde bana koşulsuz destek sağlayan herkese çok teşekkür ederim.

ERDOĞAN KESKİN, Erzincan, 2025



AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE HÜRRİYETİNİN MİLLİ GÜVENLİK SEBEBİYLE SINIRLANDIRILMASI

Erdoğan KESKİN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Doktora Tezi, Mayıs 2025

Tez Danışmanı: Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI

ÖZET

Bu tez iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde öncelikle Birinci Değişikliğe kadar ve Birinci Değişiklikten sonra ifade hürriyetinin Birleşik Devletlerdeki tarihsel ve felsefi gelişimi incelenmiştir. Bunun yanında Amerikan Yüksek Mahkemesinin ifade hürriyetine ilişkin yaklaşımı, muğlaklık ve aşırı genişlik doktrinleri ele alınmıştır. Ayrıca Mahkemenin kategorik yaklaşımına; korunan ifadeler için benimsenen denetim düzeyleri ile korunmayan ifadeler kategorisine yer verilmiştir. Daha sonra, milli güvenlik kavramı incelenmiştir. İkinci bölümde ise ifade hürriyetinin milli güvenlik sebebiyle sınırlandırılması halinde Yüksek Mahkemenin uyguladığı ölçütler ele alınmıştır. Öncelikle genel doktrinler ve denetim düzeyleri ile sansür konularına yer verilmiştir. Ardından korunmayan ifadelere yapılan müdahaleleri denetlemek için uygulanan açık ve mevcut tehlike ölçütü ile dengeleme ölçütü ve ifade hürriyetinin mutlak olarak korunması yaklaşımı Mahkemenin kararları çerçevesinde teorik ve pratik yönleri itibariyle incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Birinci Değişiklik, İfade Hürriyeti, Milli Güvenlik, Amerikan Yüksek Mahkemesi

**THE RESTRICTION OF FREEDOM OF SPEECH ON THE GROUNDS OF
NATIONAL SECURITY IN THE CASE-LAW OF THE UNITED STATES
SUPREME COURT**

Erdoğan KESKİN

Erzincan Binali Yıldırım University

Graduate School of Social Sciences

PhD Dissertation, May 2025

Supervisor: Assoc. Prof. Dr. İsmail KÖKÜSARI

ABSTRACT

This thesis is in two parts. The first section examines the historical and philosophical development of freedom of speech in the United States before and after the First Amendment. It also discusses the Supreme Court's approach to freedom of expression and the vagueness and overbreadth doctrines. In addition, the Court's categorical approach; the levels of control adopted for protected expressions and the categories of unprotected expressions are included. Then, the concept of national security is examined. The second section discusses the criteria applied by the Supreme Court in cases where freedom of speech is restricted on the grounds of national security. First, general doctrines and levels of scrutiny and the prior restriction are examined. Then, the clear and present danger test applied to review restrictions on unprotected expression; and the balancing test and the approach of absolute protection of freedom of expression are analyzed in terms of theoretical and practical aspects within the framework of the Court's decisions.

Keywords: The First Amendment, Freedom of Speech (Expression), National Security, The U.S. Supreme Court

İÇİNDEKİLER

AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE HÜRRİYETİNİN MİLLİ GÜVENLİK SEBEBİYLE SINIRLANDIRILMASI	
BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK	i
TEZ ÖZGÜNLÜK SAYFASI.....	ii
KILAVUZA UYGUNLUK	iii
KABUL VE ONAY TUTANAĞI.....	iv
ÖN SÖZ	v
ÖZET	vi
ABSTRACT	vii
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR.....	xvii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AMERİKAN FEDERAL ANAYASA HUKUKUNDA İFADE HÜRRİYETİ, İFADE HÜRRİYETİNİN TARİHİ GELİŞİMİ VE MİLLİ GÜVENLİK KAVRAMI

I. Amerikan Anayasa Hukukunda İfade Hürriyeti.....	6
A. İfade Hürriyetinin Teorik Arka Planı.....	6
1. Genel Olarak İfade Hürriyeti Kavramı	6
2. İfade Hürriyetine Teorik Yaklaşımlar	7
B. Birinci Değişikliğe Kadar İfade Hürriyetinin Amerika'daki Gelişimi	13
1. Koloni Döneminde ve Erken Dönemde İfade Hürriyetinin Gelişmesine Etki Eden Temel Hususlar	14
2. Birinci Değişikliğe Giden Süreç ve Ortaya Çıkan Tartışmalar.....	18

C. İfade Hürriyetinin Birinci Değişiklikteki Görünümü ve Birinci Değişiklik Sonrasındaki Bazı Gelişmeler.....	23
1. Genel Olarak	23
2. Birinci Değişikliğin Amacının ve Kapsamının Belirlenmesi.....	24
a. Birinci Değişikliğin Amacı ve Kapsamı.....	24
b. Birinci Değişikliğin Kapsamına Dair Görüşler	27
3. Birinci Değişiklik Sonrasında Ortaya Çıkan Gelişmelere Genel Bakış.....	31
a. Çıkarılan Kanunlar Bakımından Örnekler.....	31
(1) 1791-1940 Arası Dönem.....	31
(a) 1798 Tarihli Yabancılar ve İhanet Kanunları (The Alien and Sedition Acts).....	31
(b) 1917 Tarihli Casusluk Kanunu (Espionage Act).....	39
(2) 1940-2001 Arası Dönem.....	40
(3) 2001 ve Sonrası.....	41
b. Birinci Değişiklik Sonrasında Yüksek Mahkemenin Kararlarında İfade Hürriyetinin Tarihi Gelişimi.....	43
D. Yüksek Mahkemenin Denetiminde İfade Hürriyetine Müdahale Öngören Kuralların Niteliği.....	46
1. Genel Olarak Hukuk Kurallarının Muğlaklığı (Vagueness) ve Aşırı Genişliği (Overbreadth).....	46
2. Muğlaklık Doktrini	47
a. Muğlaklık Kavramı.....	47
b. İfade Hürriyeti Bağlamında Mahkeme Kararlarında Muğlaklık.....	49
3. Aşırı Genişlik Doktrini.....	54
a. Aşırı Genişlik Kavramı ve İfade Hürriyeti	54
b. İfade Hürriyeti Bağlamında Mahkeme Kararlarında Aşırı Genişlik	56

4. Muğlaklık ve Aşırı Genişlik Doktrinleri Arasındaki İlişki	60
E. Yüksek Mahkemenin İfade Hürriyetine Yapılan Müdahalelere Uyguladığı	
Denetim Düzeyleri ve Kategorik Yaklaşım	61
1. İfade Hürriyetine Yapılan Müdahalelerin Niteliğine Göre Uygulanacak	
Denetimin Tespit Edilmesi	61
a. Üç Düzeyli Denetim	62
b. İçeriğe Dayalı Müdahale	64
(1) İfade Hürriyetine Yapılan Müdahalenin İçeriğe Dayalı Olması	64
(2) İçeriğe Dayalı Müdahalenin Türleri	67
c. İçerikten Bağımsız Müdahale	69
d. İfade Hürriyetine Müdahalelerde Uygulanacak Denetim Düzeyi	71
(1) Genel Olarak	71
(2) İçeriğe Dayalı Müdahalelerde Denetimin Hangi Düzeyde Yapılacağının	
Tespiti Sorunu	73
(a) Bakış Açısı Ayrımcılığının Yapılması ile Kamu Alanındaki ve Özel	
Mülkteki İfadelere Yapılan Müdahalenin İçeriğe Dayalı Olması	73
(i) Sıkı Denetim Yapılan Haller	73
(ii) İçeriğe Dayalı Müdahaleler ve İkincil Etkiler Doktrini	78
(iii) Kuralın İlk Bakışta İçerikten Bağımsız Olması Hali	80
(b) Kamu Alanı Olmayan ve Hükümet Kontrolünde Bulunan Yerlerdeki	
İfadelere Yapılan Müdahalenin İçeriğe Dayalı Olması	82
(i) Kamu Alanı Olmayan ve Hükümet Kontrolünde Bulunan Yerlerin	
Belirlenmesi	82
(ii) Kamu Alanı Olmayan ve Hükümet Kontrolünde Bulunan Yerlerde	
İçeriğe Dayalı Müdahalelere Uygulanacak Denetimin Düzeyi	84
(3) Müdahalenin İçeriğe Dayalı Olmaması Halinde Denetimin Hangi	
Düzeyde Yapılacağının Tespiti Sorunu	87

(a) İçeriğe Dayalı Olmayan Müdahaleler ve O'Brien Ölçütü.....	87
(b) O'Brien Ölçütünden Sonra İçeriğe Dayalı Olmayan Müdahalelerin Denetim Düzeyi	89
2. İfadenin Türleri Bakımından Yapılan Denetim ve Ölçütlerin Tespiti: Kategorik Yaklaşım	92
a. Korunan ve Korunmayan İfadeler	93
b. İfadenin Türlerine Göre Uygulanacak Ölçütün Tespit Edilmesi Sorunu	96
(1) Amerikan Anayasa Hukukunda İletişimsel Davranışlar ve Mahkemenin Denetimi	96
(a) İletişimsel Davranışlar ve Saf İfadeler Ayrımı.....	96
(b) İletişimsel Davranışların (ve Sembolik İfadelerin) Önemi, Belirlenmesi ve Uygulanan Ölçütler.....	98
(i) İletişimsel Davranışların Önemi.....	98
(ii) İletişimsel Davranışların Tespit Edilmesi	99
(iii) İletişimsel Davranışlardaki “İletişimsel Unsurlara” Müdahale Edilmesi ve Mahkemenin Denetimi.....	103
(iv) İletişimsel Davranışlardaki “İletişimsel Olmayan Unsurlara” Müdahaleler, Rastlantısal Sınırlandırmalar ve Mahkemenin Denetimi.....	107
(2) Amerikan Anayasa Hukukunda Saldırgan (Kavgacı) İfadeler ve Mahkemenin Denetimi	111
(a) Saldırgan İfadeler Kavramı	111
(b) Saldırgan İfadelerin Doğuşu.....	112
(c) Saldırgan İfadelerin Yüksek Mahkeme Kararlarında Geçirdiği Evrim	114
(3) Hukuka Aykırı Eylemleri Teşvik ve Tahrik Eden İfadeler ve Mahkemenin Denetimi	123

II. Milli Güvenlik Kavramı.....	124
A. Genel Olarak Güvenlik Kavramı	124
B. Milli Güvenlik (National Security)	126
1. Milli Güvenlik Kavramı.....	126
2. Amerikan Milli Güvenlik Anlayışı ve Gelişimi.....	128
a. Amerikan Milli Güvenlik Anlayışı.....	128
b. Amerikan Milli Güvenlik Anlayışına Yön Veren Önemli Olaylar ve Değerler	130
(1) Amerikan Milli Güvenlik Anlayışına Yön Veren Önemli Olaylar ve Gelişmeler ile Milli Güvenliğin Anayasal Hürriyetler Üzerindeki Etkisi .	130
(a) Erken Dönemde Milli Güvenliğin Görünümü.....	130
(b) Birinci Dünya Savaşı ve İkinci Dünya Savaşı Dönemlerinde Milli Güvenliğin Görünümü	134
(c) Soğuk Savaş Döneminde Milli Güvenlik	139
(d) Soğuk Savaşın Ardından Milli Güvenlik, 11 Eylül Sonrasında Milli Güvenliğin Görünümü ve Yeni Gelişmelerin Etkisi.....	143
(i) Soğuk Savaşın Sona Ermesinin Milli Güvenlik Politikalarına Yansıması	143
(ii) 11 Eylül Saldırılarının Milli Güvenlik Algısına Etkisi	144
(iii) 11 Eylül Saldırılarının Yol Açtığı Hürriyet Rejimi: ABD Vatanseverlik Kanunu (USA PATRIOT Act).....	148
(2) Milli Güvenlik Bağlamında Amerikan Anayasal Organları	152
(3) Amerikan Temel Değerleri ve Milli Güvenlik.....	154
C. Milli Güvenliğin Çeşitli Kavramlarla İlişkisi	155
1. Genel Olarak	155
2. Milli Güvenlik ve Milli Menfaatler.....	156

3. Milli Güvenlik ve Kamu Güvenliği	158
a. Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni	158
b. Devletin Temel Görevi Olarak Güvenlik Ekseninde Kamu Güvenliği.....	159
c. Milli Güvenlik ve Kamu Güvenliği İlişkisi	161
4. Milli Güvenlik ve Terörizm	162
5. Milli Güvenlik ve Olağanüstü Hal	165
a. Olağanüstü Hal Kavramı	165
b. Milli Güvenlik ve Olağanüstü Hal İlişkisi	170
6. Milli Güvenlik ve Sıkıyönetim (Martial Law)	172

İKİNCİ BÖLÜM

İFADE HÜRRİYETİNİN MİLLİ GÜVENLİK SEBEBİYLE SINIRLANDIRILMASI VE UYGULANAN ÖLÇÜTLER

I. Genel Olarak	176
II. İfade Hürriyetinin Milli Güvenlik Sebebiyle Sınırlandırılması ve Mahkemenin Denetimi.....	178
A. İfade Hürriyetinin Milli Güvenlik Sebebiyle Sınırlandırılması	178
1. Genel Olarak Hürriyet-Güvenlik İlişkisi.....	178
2. İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması ve Milli Güvenlik	180
3. Amerika’da İfade Hürriyeti ile Milli Güvenlik Çatışmasının Genel Görünümü	184
B. Milli Güvenlik Sebebiyle Sansür Uygulandığı Hallerde Uygulanan Ölçütler	188
1. Doğrudan (Gerçek) Sansür ve Mahkemenin Denetimi	189
2. Dolaylı (Görünüşt) Sansür ve Mahkemenin Denetimi	196
C. Milli Güvenlik Bağlamında Mahkemenin Denetimine Genel Bir Örnek: Holder v. Humanitarian Law Project Kararı.....	201
1. Dava Hakkında Genel Bilgiler	201

2. Muğlaklık ve Aşırı Genişlik Doktrinlerinin Uygulanması	203
3. Müdahalenin Türünün ve Denetim Düzeyinin Tespiti.....	204
III. Mahkeme Tarafından Uygulanan Diğer Ölçütler	208
A. Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütü (The Clear and Present Danger Test)	208
1. Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütünün Ortaya Çıkışı	209
a. Genel Olarak Ölçütün Tarihi Arka Planı	209
b. Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütünün Ortaya Çıkması ve İlk Örnekleri	212
2. Makullük Yaklaşımı (The Reasonableness Approach): Gitlow ve Whitney Kararları Işığında Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütünün Orta Düzey Koruması ..	218
3. Risk Formülü Yaklaşımı (The Risk Formula Approach): Dennis ve Yates Kararları Işığında Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütünün Yeni Görünümü Olarak İfade Hürriyetinin Çok Az Korunması.....	222
4. Brandenburg Yaklaşımı (The Brandenburg Test).....	227
a. Brandenburg’a Giden Yolda Bazı Gelişmeler.....	227
b. İfade Hürriyeti İçin Yeni Bir Dönem: Brandenburg Yaklaşımı.....	229
(1) Brandenburg Kararına Konu Olay	229
(2) Brandenburg Yaklaşımının Uygulanması ve Getirdikleri	230
5. Schenck’ten Brandenburg’a Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütü: Ölçütün Uygulanmasındaki Sorunlar	233
6. 21. Yüzyıl’da Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütü	238
a. 11 Eylül Saldırılarının Ardından Irak’ın İşgalinde Politik Bir Söylem Olarak Açık ve Mevcut Tehlike	239
b. Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütünün Bugünü ve Milli Güvenliğe Tehdit Olarak Görülen TikTok Uygulamasına Yönelik Yaptırımlar	241
(1) İfade Hürriyeti Güvencelerinin Esnetilmesi ve İfade Hürriyetine Yeni İstisnaların Eklenmesi Talepleri	241
(2) Milli Güvenlik ve TikTok	251

c. Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütünün Dünyadaki Etkisi: Türkiye Örneğine Kısa Bir Bakış	256
B. Dengeleme Ölçütü (Balancing Test)	260
1. Dengeleme Ölçütünün Tarihi, Uygulanması, Türleri ve Kategorik Yaklaşım	261
a. Kısaca Dengeleme Ölçütünün Tarihi Gelişimi.....	261
b. Uyuşmazlıkların Çözümünde Dengeleme Ölçütünün Uygulanması.....	263
c. Dengeleme Ölçütünün Türleri	267
d. Kategorik Yaklaşım (Categoricalism) ve Dengelemenin Kısaca Karşılaştırılması.....	269
2. İfade Hürriyeti ile Milli Güvenlik Arasındaki Uyuşmazlık ve Dengeleme Ölçütü.....	271
a. İfade Hürriyeti ve Milli Güvenlik Arasındaki Çatışmada Dengeleme	272
b. Yüksek Mahkeme Kararlarında İfade Hürriyeti ile Milli Güvenlik Çatışmasında İkincil (Örtülü) Bir Unsur Olarak Dengeleme	273
(1) İfade Hürriyeti-Milli Güvenlik Çatışmasında Aşırı Genişlik Doktrini ve Dengelemenin Uygulanması.....	274
(a) Belirli İşlerin Yapılabilmesi İçin Yemin ve Zorunlu Beyan Uygulamalarında Dengelemenin İzleri	274
(b) Aşırı Genişlik ve Muğlaklık Doktrinleri ile Birlikte Dengeleme....	278
(2) Korunan ve Korunmayan (ya da Az Korunan) İfadeler ve Dengeleme	282
(a) Korunan İfadeler ve Dengeleme.....	282
(b) Korunmayan (ya da Az Korunan) İfade Kategorileri ve Dengeleme	286
c. Yüksek Mahkeme Kararlarında İfade Hürriyeti ile Milli Güvenlik Çatışmasında Bağımsız (Açık) Bir Ölçüt Olarak Dengeleme	288
(1) Dengelemenin Bağımsız Bir Ölçüt Olarak Uygulanması	288

(2) Dengelemenin Bağımsız Bir Ölçüt Olarak Uygulanmasının Reddedilmesi	293
3. İfade Hürriyetini Basitleştiren Bir Ölçüt Olarak Dengeleme ve Dengelemenin Yol Açtığı Sorunlar	296
a. Dengelemenin Yapısı Gereği Ortaya Çıkan Sorunlar	297
b. Dengelemenin Hukuki Güvenlik Açısından Neden Olduğu Sorunlar	299
c. Dengeleme Ölçütünün İfade Hürriyetini Önemsizleştirmesi	301
C. İfade Hürriyetinin Mutlak Korunması: Mutlakçı (Kategorik) Yaklaşım (Absolutist Categorical Approach)	305
1. Douglas'ın İfade Hürriyetine Yaklaşımı ve Milli Güvenlik Sebebiyle İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması Sorunu	305
a. Hâkim Douglas'ın İfade Hürriyeti Görüşünün Giderek Korumacı Hal Alması	305
b. Douglas'ın Mutlakçı Görüşü: Nihai Liman Olarak Kutsal İfade Hürriyeti	309
2. Doktrinde İfade Hürriyetinin Mutlaklığı Görüşü	314
a. Genel olarak	314
b. İçeriğe Dayalı Müdahale Yasağı ve Siyasi İfadelerin Mutlaklığı	316
3. 21. Yüzyılda İfade Hürriyetinin Mutlak Korunması	321
SONUÇ	326
KAYNAKÇA	336
ÖZ GEÇMİŞ	358

KISALTMALAR

(Ed.)	: Editor(s)/Editörler
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ACLU	: American Civil Liberties Union
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Akt.	: Aktaran
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.N.	: Başvuru Numarası
Bkz.	: Bakınız
Bs.	: Baskı/Bası
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren(ler)
Der.	: Derleyen
dn.	: Dipnot
E.S.	: Esas Sayısı
E.T.	: Erişim Tarihi
Ed.	: Edition
et al.	: et alia/and others/ve diğerleri
etc.	: et cetera/and other similar things/ve benzeri
fn.	: footnote
GK	: Genel Kurul
I•CON	: International Journal of Constitutional Law
Iss.	: Issue
in	: içinde/inside

K.T.	: Karar Tarihi
N.	: Number/Numara
p.	: paper(s)
pp.	: papers
s.	: sayfa
S.	: Sayı
Sad.	: Sadeleştiren
ss.	: sayfa sayısı
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
Trans.	: Translator(s)
U.S.	: United States
U.S.A./USA	: United States of America
UCLA	: University of California, Los Angeles
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl/Year

GİRİŞ

I. Konunun Takdimi ve Önemi

Birey hürriyeti, anayasa hukukunun en önemli konusudur. Devlet ve siyasi iktidar gibi pek çok anayasal kurum ile hukukun üstünlüğü, kuvvetler ayrılığı gibi anayasa hukuku teorileri birey hürriyetinin korunması ve bireylerin insan onuruna yaraşır bir hayat sürmesinin sağlanması için vardır. İfade hürriyeti de bireyin sahip olduğu ve saygı duyulması gereken hürriyetlerden biridir. Ancak milli güvenlik gibi kamu yararının gereği olan menfaatlerin korunması sebebiyle ifade hürriyeti sınırlandırılmaktadır. Bu durum, çeşitli tartışmaları ve ifade hürriyetinin ihlal edildiği iddialarını gündeme getirmektedir. Söz konusu tartışmalar ve iddialar ışığında ifade hürriyeti pek çok akademik çalışmaya konu olmuştur. Türk hukuk literatüründe de ifade hürriyetine ilişkin çok sayıda monografik eserin kaleme alındığı bilinmektedir. Fakat ifade hürriyetiyle ilgili yapılan çalışmaların önemli bir kısmı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Hukuku boyutuna ilişkindir. Birey hürriyetlerinin daha yüksek seviyede korunduğu Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya gibi ülkelerdeki ifade hürriyetine ilişkin yapılan çalışma sayısı ise oldukça sınırlıdır. Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Hukuku boyutuyla çalışmalar yapılmış olmasına rağmen ifade hürriyetinin milli güvenlik sebebiyle sınırlandırılması konusunda da yeterli çalışmanın olmadığı göze çarpmaktadır.

Söz konusu eksikliğin giderilmesi ve üzerinde çok fazla çalışma yapılmaması sebebiyle ilk yazılı anayasanın kabul edildiği ve bugün hala ileri demokrasi örneği olarak görülen Amerika Birleşik Devletleri'nde "ifade hürriyetinin milli güvenlik sebebiyle sınırlandırılması" konusu, tez çalışması yapmayı hak eden bir konudur. Bugün yürürlükte olan çok sayıda anayasaya kıyasla Birleşik Devletler Anayasasında hak ve hürriyetlerin kabul edilmesi sancılı bir sürecin devamında olmuş; Anayasaya eklenen ilk hürriyetleri düzenleyen Birinci Değişiklik (The First Amendment), ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için bir sebep öngörmemiş ve mutlak bir dille kaleme alınmıştır. Buna rağmen sonradan ifade hürriyetini sınırlandıran çok sayıda kanun yürürlüğe konulmuştur. Bunlardan ilk örnekleri oluşturanlar ve ifade hürriyeti için tehlike arz edenler ise milli güvenlik sebebiyle çıkarılan kanunlardır. Devletin federal yapısı, Anayasanın dili, sert kuvvetler ayrılığı gibi Birleşik Devletlere özgü faktörler ise ifade

hürriyetinin milli güvenlik sebebiyle sınırlandırılması meselesini daha karmaşık hale getirmektedir. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi ifade hürriyetinin sınırlarına ve sınırlandırılmasına ilişkin temel ilkeleri ortaya koyarak¹ bu karmaşıklığı azaltmaya çalışsa da, çok farklı ve değişken sayıda ölçüt uygulaması nedeniyle bunu tam anlamıyla başaramamıştır.

Sonuç olarak tüm hak ve hürriyetlerin korunmasında dolaylı bir etkisi olan ifade hürriyetinin, milli güvenlik sebebiyle sınırlandırılmasını Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi kararları ışığında ele almanın; uygulanan ilkeleri, doktrinleri, ölçütleri belirleyip bunlara ilişkin değerlendirme ve önerilerde bulunmanın Türk Anayasa Hukuku literatürüne katkı sunacağı kanaatindeyiz. Çalışmanın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan Türkiye’de ifade hürriyetinin gerektiği gibi korunabilmesi için ihtiyaç duyulan alternatif arayışına az da olsa katkı sunacağını umuyoruz.

II. Çalışmanın Usulü, Amacı ve Kapsamı

Çalışmada büyük ölçüde Amerikan hukuk literatüründe yer alan bilimsel eserlerin, konuyla ilgili Türkçe kaleme alınmış ya da tercüme edilmiş eserlerin ve Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi kararlarının araştırılması, okunması, değerlendirilmesi şeklinde bir usul benimsenmiştir. Konunun mahiyeti gereği, tarih, siyaset bilimi, siyaset felsefesi gibi farklı disiplinlerden de yararlanılmıştır.

Çalışmanın amacına gelecek olursak birkaç husustan söz etmek gerekir. Türk literatüründe çok fazla çalışma olmaması dolayısıyla önemli bir katkı sağlayacağını düşündüğümüz konunun en ilginç yanı Anayasada bir sınır öngörülmemesine rağmen Yüksek Mahkeme tarafından ifade hürriyetinin sınırlarına ve sınırlandırılmasına ilişkin genel ilke, doktrin ve ölçütlerin belirlenmesidir. Federal devletin karmaşık yapısı, Mahkemenin üye profiline kararlar üzerindeki etkisi² gibi faktörler de devreye girdiğinde Birleşik Devletler’de ifade hürriyetinin konumunu tespit etmek çok zor bir hal almaktadır.

¹ Amerikan Yüksek Mahkemesinin denetimi oldukça karmaşıktır. Mahkemenin yöntemi kategorik bir yöntemdir. Nitekim haklar kendi içerisinde Anayasaya sonradan yapılan eklemeler (amendment) ve maddeler (clause) olarak tasnif edilmektedir. Ayrıca ifade hürriyeti başta olmak üzere bazı hürriyetler kendi içerisinde alt kategorilere bölünmektedir. Bkz. **İsmail Köküsarı**, Anayasal Hakların Çatışması, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 186-187. Diğer yandan pek çok değişkene göre belirlenen ölçüt (test) ismi verilen denetim kıstasları da oldukça çeşitlidir ve denetimi daha da karmaşık hale getirmektedir.

² **Türker Ertaş**, “Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin Yapısının ve Yargıçlarının Atanma Usulünün Yüksek Mahkeme Kararları Üzerindeki Etkileri: Yargıç Anthony Kennedy’nin Belirleyici Oya Sahip Olduğu Seçilmiş Çarpıcı Davalar Işığında Gözlem ve Değerlendirmeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 2, Y. 2020, s. 847.

Bu kapsamda çalışmanın ilk amacı genel ve akademik okuyucuya karmaşık durumu mümkün olduğu kadar anlaşılır bir sistematikte sunmak ve farklı hukuk geleneğine ait bu sistemi daha erişebilir kılmaktadır.

İfade hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin Yüksek Mahkeme tarafından geliştirilen ilke, doktrin ve ölçütlerin neler olduğunu ortaya koyarak korunmak istenen menfaat milli güvenlik olduğunda Mahkemenin nasıl bir değerlendirme yaptığını belirlemek çalışmanın ikinci amacıdır. Milli güvenlik söz konusu olduğunda sistemin karmaşık yapısı gereği ifade hürriyetinin hiç korunmaması ile belli ölçüde korunması arasındaki aralıktaki Yüksek Mahkemenin değişken ölçütler skalası ve uygulaması vardır. Çalışmamızda Mahkemece belirlenen ilke, doktrin ve ölçütlerin milli güvenlik söz konusu olduğunda nasıl uygulandığını göstererek örnek kararları inceleyecek ve nihayet tartışmalar eşliğinde eleştirel değerlendirmelerimize de yer vereceğiz. Bu sayede ifade hürriyetinin milli güvenlik sebebiyle sınırlandırılması halinde Yüksek Mahkemenin işlevini göstermeyi ve ifade hürriyetinin daha fazla korunması için eksiklikleri tespit etmeyi amaçlıyoruz.

Burada çalışmanın kapsamından da bahsetmekte yarar vardır. Öncelikle çalışmanın giriş bölümünde ifade hürriyetinin önemi ve korunmasının sebebinin açıklayan görüşlere yer verilmektedir. Bunun amacı, ifade hürriyetine ilişkin yapılan tartışmaların ve mahkeme kararlarının anlaşılabilmesi için teorik alt yapı oluşturmaktır.

Kısa bir girişin ardından birinci bölümde ilk olarak, ifade hürriyetinin Anayasada düzenlenmesinden önceki tarihi ve toplumsal koşullar, ifade hürriyetinin anayasal güvenceye alınması, Anayasa değişikliğinin anlamı, amacı ve kapsamına ilişkin tartışmalar açıklanmaktadır. Koloni döneminden bugüne değin ifade hürriyetine dair bazı tartışmalar tazeliğini koruduğundan yer verilen tarihsel açıklamalar bugünkü pek çok sorunun anlaşılmasına ışık tutacaktır. Bu bölümde ayrıca Birleşik Devletler’de ifade hürriyeti konusuna başlangıç mahiyetinde olan ifade hürriyetini sınırlandıran kuralların taşınması gereken nitelikler, Yüksek Mahkemenin korunan ifadelere yapılan müdahaleleri denetlerken benimsemiş olduğu temel ölçüt ve doktrinler incelenmektedir. Nitekim Mahkeme, ifade hürriyetine yapılan müdahalenin niteliğine ve müdahaleye konu olan ifadenin mekanına (yerine) göre farklı düzeylerde ve türlerde denetim ölçütlerini kullanmaktadır. Daha sonra Mahkemenin benimsemiş olduğu korunan ve korunmayan

ifade kategorileri ayrımı ele alınmaktadır. İfade hürriyetine dair bir konunun incelenebilmesi için Mahkemenin oluşturduğu bu genel ilkeler, denetim düzeyi ve türleri ile kategoriler önemlidir. Çünkü çalışmanın diğer konuları bu temel açıklamalar üzerine bina edilmiştir.

Birinci bölümde ikinci olarak ifade hürriyetinin sınırlandırılmasında önemli bir kamusal menfaat niteliğini haiz milli güvenlik kavramı ele alınmaktadır. Milli güvenliğin tanımı, Birleşik Devletlerin milli güvenlik anlayışı ve yaşanan gelişmeler, milli güvenliğin benzer çeşitli kavramlarla ilişkisi bu kısımda incelenmektedir. Milli güvenliğe yüklenen anlam, hürriyet-güvenlik ilişkisinde benimsenen görüşler ve güvenlik endişelerini arttıran gelişmeler, ifade hürriyetine yapılan müdahalelerin belirlenmesinde etkili olduğundan Birleşik Devletler’de milli güvenliğin konumu ortaya konulmuştur.

İkinci bölümde ise ifade hürriyetinin milli güvenlik sebebiyle sınırlandırılması halinde genel ilke, doktrin ve ölçütlerin uygulanması ile ifade hürriyetinin ilk bölümdeki genel teorisinden ayrılarak benimsenen ölçütler ve yaklaşımlar incelenmektedir. Elbette, ifade hürriyetine milli güvenlik sebebiyle yapılan müdahalelerde ilk bölümde açıklanan genel hususlar geçerlidir. Fakat, bunlardan farklı olarak 1919 yılında ifade hürriyetine ilişkin ilk önemli kararların verilmeye başlanmasından bugüne farklı ölçütler de benimsenmiştir. Artan terörizm ve savaşların etkisiyle ölçütler önemini sürdürmekte, akademik tartışmaların konusu olmaya devam etmektedir. Bu bağlamda, çalışmanın ikinci bölümünde genel olarak benimsenen doktrin ve ölçütlerin yanı sıra Mahkemenin milli güvenlik endişelerinin yoğun olduğu durumlarda nasıl bir yol izlediği ortaya konulmuş, karar ve tutumlarındaki değişimler incelenmiş; bu hususta eleştiri ve değerlendirmelerimize yer verilmiştir.

Son olarak çalışmada bazı isimlerin ve kavramların kullanımına ilişkin tercihimizden söz etmemiz gerekir. İlk olarak bundan sonra çalışmada Amerika Birleşik Devletleri’ni ve Birleşik Devletler’i, “Amerika”; Amerika Birleşik Devletleri/Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesini de “Amerikan Yüksek Mahkemesi, Yüksek Mahkeme veya Mahkeme” şeklinde ifade edeceğiz. Her ne kadar Amerika bir kıtayı ifade ediyor olsa da Birleşik Devletler’de dahi, devleti ya da ülkeyi ifade etmek için “Amerika” kelimesi bir kısaltma olarak tercih edilebilmektedir. Biz de her defasında uzun bir kullanım yerine bu kısa kullanımı tercih edeceğiz. İkincisi, müdahale ve sınırlandırma

kavramlarının kullanımına ilişkindir. Çalışma boyunca “sınırlandırma ve müdahaleyi” eş anlamlı olarak kullanacağız. Burada konunun bağlamı, İngilizce kaleme alınan kaynakta kullanılan dil ve bazense kavramın metnin akıcılığına etkisi dikkate alınarak tercih yapılmıştır. Nihayet, “The First Amendment”ı kastetmek için Birinci Ek (Amendment) değil, Birinci Değişiklik kavramı tercih edilmiştir. Anayasaya yapılan eklerin doğası gereği değişikliği de içeriyor olması ve değişiklik kelimesinin Amerikan hukukuna yabancı olan kişilerce daha kolay anlaşılabilir olması bizi bu tercihi yapmaya sevk etmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

AMERİKAN FEDERAL ANAYASA HUKUKUNDA İFADE HÜRRİYETİ, İFADE HÜRRİYETİNİN TARİHİ GELİŞİMİ VE MİLLİ GÜVENLİK KAVRAMI

I. Amerikan Anayasa Hukukunda İfade Hürriyeti

A. İfade Hürriyetinin Teorik Arka Planı

1. Genel Olarak İfade Hürriyeti Kavramı

Konuşma (ifade) hürriyeti (freedom of speech) genellikle ifade hürriyeti (freedom of expression) ile eşanlamlı kullanılmaktadır. Konuşma ile sözlü (oral) anlatım kastediliyor gibi görülebilse de, konuşma ve ifade kavramları arasında ayırım yapılmasına ve bu durumun tartışılmasına gerek duyulmamaktadır³. Yaygın kullanıma paralel olarak çalışma boyunca ifade hürriyeti kavramı, İngilizce'deki bu iki kavramı birlikte kastetmek üzere kullanılmıştır. Bu bağlamda duygu ve düşüncelerin konuşarak ve yazarak aktarılmasının yanı sıra film veya resim gibi başka araçlarla aktarılması da ifade hürriyetinin kapsamındadır. Amerika'da da ifade hürriyetine ilişkin güvenceler, tüm ifade ve iletişim araçlarını kapsayacak şekilde anlaşılmaktadır. Sonuç olarak konuşma (ifade) hürriyeti (freedom of speech), ifade hürriyeti (freedom of expression) ve iletişim hürriyetini (freedom of communication) de kapsayacak şekilde ele alınmakta ve incelenmektedir⁴.

³ **Larry Alexander**, Is There a Right of Freedom of Expression?, Cambridge University Press, New York 2005, p. 7-8.

⁴ **Alexander**, Is There a Right of Freedom of Expression?, p. 8. Olağan anlamında yazmak, resmetmek, filme almak gibi davranışlar konuşma ve iletişim/haberleşme olarak görülüyor olsa bile ifade hürriyeti anlamında bunların hepsi konuşma niteliğini haizdir denebilir. Bkz. **T. Ayhan Beydoğan**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Ankara 2003, s. 10.

İfade hürriyetini kısaca yaptırımla karşılaşma endişesi olmadan konuşabilme serbestisi olarak tanımlayabiliriz⁵. İfade hürriyeti, kişilerin korkusuzca duygu ve düşüncelerini açıklayabilmesini; başkalarının konuşmalarını, duygu ve düşünce açıklamalarını, farklı düşünceleri dinleyebilmesini ve farklı görüşlere ulaşabilmesini ihtiva eder. Ayrıca geniş kapsamlı bir hürriyet olarak başka hak ve hürriyetleri bazen tamamen bazense farklı yönleri itibariyle kapsamaktadır. Örneğin, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme, basın hürriyeti gibi hürriyetler ifade hürriyetinin kapsamına giren diğer hürriyetlerdir⁶. Kanaatimizce de bu tür hürriyetlerin tamamı geniş anlamda ifade hürriyetinin kapsamına girer ve onun özel görünümleridir.

İfade hürriyetinin kapsamı ve anlamına ilişkin tartışmalar ve farklı yaklaşımlar mevcuttur. İfade hürriyetinin kapsamı ve anlamına ilişkin benimsenen yaklaşıma göre ifade hürriyetinin önemi ve niteliği değişebilmekte; ifade hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin yapılan tartışmalara verilen cevaplar da farklılık arz etmektedir.

2. İfade Hürriyetine Teorik Yaklaşımlar

İfade hürriyeti birey olmanın en önemli sonuçlarından ve gereklerinden biridir. O nedenledir ki demokratik bir toplumda ifade hürriyeti “toplumun temel çekirdeği” olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu niteliği itibariyle, diğer tüm hak, hürriyet ve demokratik değerlere temas eder⁷. İfade hürriyetini güvence altına alan Amerikan Anayasasının Birinci Değişikliği de ifade hürriyetini iki menfaat bakımından korumaktadır. İlk olarak, ifade hürriyeti bireysel bir menfaattir. Bireyin düşünmesi, kendini geliştirmesi, kendini gerçekleştirmesi ve anlamlı bir hayat sürebilmesi için en temel değerlerdendir. İkinci olarak hakikate ulaşma konusunda ifade hürriyeti bireysel ve toplumsal bir menfaattir⁸. Toplumda bilgiye erişim ve kamuoyu oluşturma amacına matuf ortak bir değerdir.

⁵ İfade hürriyetine ilişkin çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Örneğin Yayla'ya göre ifade hürriyeti, bireylerin tek başlarına ya da topluca kamusal konulara ilişkin görüşlerini dış dünyaya aktarabilmesi anlamına gelir. Bkz. **Atilla Yayla**, “İfade Hürriyeti Nedir, Ne Değildir?”, *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 73-74, Y. 2014, s. 139.

⁶ İfade hürriyetinin kapsamı, niteliği ve önemi için ayrıca bkz. **Reyhan Sunay**, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, *Liberal Düşünce Topluluğu*, Ankara 2001, 8-14.

⁷ İfade hürriyeti, hürriyetlerin siperi (bulwark of liberty) olarak görülmüştür. Bkz. **David S. Bogen**, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, *Maryland Law Review*, Vol. 42, N. 3, Y. 1983, p. 444-445.

⁸ **Zechariah Chafee**, “Freedom of Speech in War Time”, *Harvard Law Review*, Vol. 32, N. 8, Y. 1919, p. 958. Bu toplumsal menfaat, Chafee'e göre özellikle savaş zamanlarında oldukça önemlidir. Çünkü savaş gibi hayati derece öneme sahip bir dönemde ifade hürriyeti savaşın denetiminde ve hataların önlenmesinde önemli bir role sahiptir. Bkz. **Chafee**, “Freedom of Speech in War Time”, p. 958.

İfade hürriyetinin bu iki değersel yönüne ilişkin çeşitli yaklaşımlar mevcuttur. Yaklaşımların tamamını burada tüketmek mümkün olmasa da temel yaklaşımlara yer vermek faydalı olacaktır. Bu yaklaşımları faydacı (sonuççu) ve faydacı olmayan (sonuççu olmayan) yaklaşımlar olmak üzere ayırarak ele alacağız. Fakat, faydacı olan yaklaşımlar ile faydacı olmayan yaklaşımların zaman zaman farklı yönleri itibariyle iç içe geçtiğini; yapılan ayrımın ise konuyu sistematik olarak ele almanın gereği olduğunu belirtmek gerekir.

Birincisi, faydacı yaklaşımlardır. İfade hürriyetini birey ve toplum için sağladığı faydalar ve sonuçlar bakımından faydacı bir bakış açısıyla ele alan yaklaşımlardan bazısını şu şekilde sıralayabiliriz: (i) Bireyin kendisini gerçekleştirme ve özerklik, (ii) bireyin demokratik karar alma sürecine katılması (kendi kendini yönetme), (iii) bireysel ve toplumsal hakikat (gerçek) arayışı.

İlk olarak, bireyin kendisini/kabiliyetini gerçekleştirmesine olanak sağladığı için ifade hürriyeti iyi ve değerlidir. Nitekim sahip olduğu akıl, insanı hayvanlardan ve diğer varlıklardan ayırır; onu eşsiz bir varlık haline getirir. Düşünme, hayal kurma, duygu ve düşüncelerini iletme, medeniyet inşa etme, dil kullanma ve soyut kavramları düşünme gibi pek çok güç ve ayrıcalık sağlar. Birey, toplumda en önemli unsur olarak insan olmanın bu ayrıcalıklarını, kendi yeteneklerini ve karakterini çok farklı dünya görüşlerine ve geniş bir ölçekte bilgiye erişerek, yani ifade hürriyeti sayesinde tanır⁹. Bu, bireyin kendi kararlarını alma ve doğrularını belirlemesi gibi zahmetli bir süreci üstlenmesi demektir. Başkalarının tercih ve kanaatlerine göre yaşamak yerine bu zahmetli sürecin içinde olmak kişinin kendisini gerçekleştirme olanaklı hale getirir¹⁰. Kişinin kendi

⁹ **Thomas I. Emerson**, “Toward a General Theory of the First Amendment”, The Yale Law Journal, Vol. 72, N. 5, Y.1963, p. 879; ayrıca bkz. **Robert Trager/Donna L. Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, A. Nuri Yurdusev (Çev.), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2003, s. 126; **Murat Tümay**, “Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi”, Anayasa Yargısı, S. 32, Y. 2015, s. 357.

¹⁰ **Kent Greenawalt**, “Free Speech Justifications”, Columbia Law Review, Vol. 89, Y. 1989, p. 144. İnsanın yaşaması, karar vermesi ve hata etmesi çeşitli zorluklara yol açsa da onu olgunlaştırır. İnsan olmanın ve erdemin bir gereği olarak insan özerk bir varlıktır. Milton, Tanrının insanlığın atası Hz. Adem’e akıl vererek ona seçme hürriyeti tanıdığını hatırlatmaktadır. Akıl seçim yapmaya yarar; Tanrı insanı serbest bırakır; insanın karşısına onu imtihan edeceği ve onu şaşırtacak bir şey koyar. Milton’a göre bu, erdem ve iyi insanı takdir etmek için gereklidir. Eğer insan buyruk altına alınacaksa o, serbest seçim yapamaz. Bu durumda iyiden ya da erdemden de söz edilemez. Milton’un görüşleri için bkz. **John Milton**, Areopagitica-Basın Özgürlüğü Üzerine, Derman Kızılay (Çev.), Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 74-75. Tümay da, Allah’ın hakîm bir varlık olmasının gereği olarak insan tabiatındaki özelliklerin boşuna ve anlamsız olamayacağını belirtmektedir. Çünkü insanın irade ve hürriyet bilinci, ilâhî imtihanın gereğidir. Yazar bunun en önemli unsuru olarak “fikir, ifade, inanç ve din” alanlarını görmektedir. Bkz. **Murat Tümay**, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü Kavramı, İçeriği ve Sınırlarının Belirlenmesi Sorunu”, Süleyman

kendisini bilme ve gerçekleştirme süreci bir yönüyle birey olma sürecini de ifade eder. Akıl sahibi olmanın sağladığı ayrıcalıklarla birey, kendi inanç ve düşüncelerine sahip olabilir. Akıl sahibi bir varlığın duygu ve düşüncelere sahip olması da bunların dışı aktarımını, yani ifade edilmesini zorunlu kılar. Çünkü insan dışı dönük, sosyal bir varlıktır¹¹.

İkinci olarak, ifade hürriyeti kendisini gerçekleştirmesine olanak sağladığı gibi bireyin yönetime katılmasını da sağlar. Bu yaklaşıma göre bireyin karar alma sürecine katılmasının ve demokratik yönetimin sağlanması yönüyle ifade hürriyeti değerlidir. Nitekim eşit bireyler olarak yönetime katılma, liberal demokratik yönetimde eşsiz bir öneme sahiptir¹². Yönetime katılma, kişiyi edilgenlikten çıkararak etken kılar. Ayrıca bireyin siyasi konulardaki ifade hürriyeti, diğer hürriyetlerin de hayatta kalması için zorunludur. Bu yaklaşımın gelişmesiyle ifade hürriyeti, kültürün inşasına katılma hakkının benimsenmesine, din, edebiyat, sanat, bilim gibi alanlarda ifade hürriyetinin korunmasına katkı sağlamaktadır¹³. İfade hürriyetinin bu işlevi aynı zamanda hükümetin yetkilerini kötüye kullanmasını engeller ve sivil-demokratik bir denetim mekanizması sağlar¹⁴. Sonuç olarak bireylerin toplumda özneler olarak varlık kazanmalarını ve toplumsal kararların alınmasını sağlayan ifade hürriyeti, yalnızca birey için değil, toplum için de iyidir.

Üçüncü olarak, ifade hürriyeti hakikatin keşfedilmesi sürecinde bireylerin yanı sıra toplumun da hakikate erişmesini sağlar. Bireyin ve toplumun hakikate erişebilmesi ile toplumun gelişebilmesi için farklı görüşlerin ortaya konulabilmesi gerekir. Başta toplumsal konular olmak üzere her konuya ilişkin farklı görüşlere erişilebilmesi sayesinde bireyler, bireysel ve toplumsal konulara dair rasyonel kanaate ulaşabilir. Ayrıca düşüncelerin korkusuzca dile getirilmesi halinde sanat, bilim ve teknoloji gelişir. Bilim insanları toplumun faydasına olacak gelişmelere imza atar. Özellikle akademide ifade

Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, Y. 2019, s. 119-120.

¹¹ **Emerson**, "Toward a General Theory...", p. 879-880. Bu yaklaşımın tek başına ifade hürriyetini açıklamaya yetmediği görüşü için bkz. **Greenawalt**, "Free Speech Justifications", p. 143-145.

¹² Ayrıca bkz. **Greenawalt**, "Free Speech Justifications", p. 145-146; **Emerson**, "Toward a General Theory...", p. 882-884.

¹³ **Emerson**, "Toward a General Theory...", p. 882-884. Kendi kendini yönetim (self-government) yaklaşımının en önemli savunucularından Meiklejohn'un bu konudaki görüşleri için bkz. **Alexander Meiklejohn**, "The First Amendment is an Absolute", The Supreme Court Review, Vol. 1961, Y. 1961, p. 253-254; **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 124, 135.

¹⁴ **Greenawalt**, "Free Speech Justifications", p. 142-143.

hürriyetinin olmadığı durumlarda ise birey ve toplum, sanatsal, bilimsel ve teknolojik gelişmelerden mahrum kalır. Aynı zamanda toplumun genel bilgi seviyesi düşer; toplum, zekâsı ve yetenekleri köreltilmiş bireyler üretmeye başlar¹⁵.

Hakikat arayışı içerisinde bireylerin üzerinde tartıştığı şeyin, yaygın olarak doğru kabul edilmesinin bir önemi de yoktur. Hakikatin keşfedilebilmesi için tartışma kapısının her zaman açık tutulması gerekir¹⁶. Bu çerçevede Mill'e göre bir düşüncenin susturulması "insan ırkına" karşı yapılan en büyük kötülüktür. Engellenen bir düşünceye ister katılalım ister katılmayalım, düşünce doğru ise doğru bir düşünce engellenmiş ve insanlık bundan mahrum edilmiş olur. Şayet bu düşünce yanlışsa doğru düşüncenin yanlış olanla karşı karşıya gelmesi ve doğruluğunun bir kez daha anlaşılması engellenmiş olur¹⁷. Benzer şekilde Milton, adil bir ortamda yanlış ve hakikatin çarpışması, diğer deyişle kapışması gerektiğini savunmaktadır. Milton'ın fikirlerini ekonomi terimleriyle ifade eden Hâkim Holmes da hakikati en iyi test etme yolunun fikirlerin kendini "fikirlerin pazaryeri"nde kabul ettirebilmesi olduğunu belirtmektedir¹⁸. Mill'e benzer şekilde ifade hürriyetinin

¹⁵ **Atilla Yayla**, "İfade Hürriyeti Nedir ve Niçin Gereklidir?", Liberal Düşünce Dergisi, S. 50, Y. 2008, s. 170.

¹⁶ **Emerson**, "Toward a General Theory...", p. 881-882. "*Hakikat ile kavrayış tekelleştirilemez*". Bkz. **Milton**, Areopagitica..., s. 82. "*Gerçek hiç kimsenin ve hiçbir görüşün yanılmaz tekelinde değildir*". Bkz. **Yayla**, "İfade Hürriyeti Nedir, Ne Değildir?", s. 140.

¹⁷ **John Stuart Mill**, Hürriyet Üzerine, M. Osman Dostel (Çev.), Ömer Çaha (Sad.), 4. Bs., Liberte Yayınları, Ankara 2014, s. 71; **Greenawalt**, "Free Speech Justifications", p. 130-131; **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 128. Bu iki tezini Mill, düşüncelerin neden engellenmemesi gerektiği kapsamında dört temel ihtimal üzerinden açıklamaktadır: (i) Otorite tarafından ortadan kaldırılmak istenen düşünce doğru olabilir. Oysa hiçbir otoritenin bütün insanlık adına doğru bir düşünceyi engelleme ve insanların onu tartışıp muhakeme etme imkanından alıkoyma yetkisi yoktur. Aksinin kabul edilmesi otoritenin yanlış bulduğunu reddedip kendi doğrusunu mutlak hale getirmesi demektir. (ii) Susturulan düşünce yanlış dahi olsa bu düşünce az da olsa hakikat kırıntısı taşıyabilir. Hakikat her zaman bilinenden ibaret değildir. Dolayısıyla bilip kabul ettiğimiz düşünceler/bilgiler hakikatin tamamı olamayacağından hakikatin geriye kalanına ulaşmak için karşıt düşüncenin ortaya çıkması gerekir. Bkz. **Mill**, Hürriyet Üzerine, s. 72, 122; **Milton**, Areopagitica..., s. 91; ayrıca bkz. **Tolga Şirin**, Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-1/İfade Özgürlüğünün Grisi, Tekin Yayınevi, İstanbul 2020, s. 52-56. Örneğin tarihte resmi olarak doğru olup hiçbir gerçekliği olmayan bilgiler topluma dayatılmıştır. Galileo'ya uygulanan baskının ve nihayet Engizisyon Mahkemesinin değil, Galileo'nun haklı çıktığı akılda tutulmalıdır. (iii) Doğru bilinen düşünce hakikatin kendisi bile olsa karşı çıkılmasına müdahale edilmemelidir. Bu, hakikat olan bilginin yeterince anlaşılması ve muhafaza edilmesi için gereklidir. Aksi halde üzerine konuşulmayan, tartışılmayan, taraftarı karşıt fikirlere karşı fikir üretmek zorunda olmayan hakikat, basit bir dogmadan ibaret kalır ve canlılığını yitirir. (iv) Üzerine tartışmaların yapılamayacağı bir dogma, anlamını kaybedip zayıflar. Gönülden duyulan bir kanaatin akıl ve tecrübe ile ortaya çıkmasını engelleyen bir kabul olarak kalır. Bkz. **Mill**, Hürriyet Üzerine, s. 96, 123; **Şirin**, Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-1..., s. 56. Mill'in teorisinin zorluğuna ve eksik yanlarına ilişkin bkz. **Greenawalt**, "Free Speech Justifications", p. 131-141.

¹⁸ **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 128; Holmes'un karşı oy gerekçesi, **Abrams v. United States**, 250 U.S. 616 (1919), p. 630-631; ayrıca bkz. **Şirin**, Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-1..., s. 65-67. Milton, en üstün hürriyetin "bilme, ifade etme, vicdana uygun olarak serbestçe tartışma" hürriyeti olduğunu ifade etmektedir. Ona göre, düşüncelere müdahale edilmemelidir. Adil bir ortamda yanlış ve hakikatin çarpışması/kapışması gerekir. Kazanan ise her zaman hakikat olacaktır. Bkz. **Milton**,

hakikat arayışındaki önemini vurgulayan bu yaklaşımda hakikat metaforik pazaryerinde serbestçe sergilenir ve kişiler fikirler arasında serbestçe tercih yapar.

Buraya kadar ele alınan yaklaşımlar ifade hürriyetinin bireysel ya da toplumsal işlevleriyle ilgilidir. Sağladığı faydalar bakımından ifade hürriyetini açıklayan yaklaşımlar, belirlenen faydaya hizmet etmeyen ifadelerin sınırlandırılmasıyla uyumludur. Dolayısıyla Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında hakikat arayışında çok az önemi haiz ifadelerin korunmamasında bu yaklaşımların etkili olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin hakikat arayışına katkı sağlamayan kışkırtma, hakaret, iftira gibi ifadeler sınırlandırılabilir¹⁹.

İfade hürriyetini faydacı pencereden açıklamayan yaklaşımlar ise farklıdır. Faydacı olmayan yaklaşımlar, sağladığı fayda ve sonuçlardan bağımsız olarak ifade hürriyetini açıklar ve değerli görür. Bu yaklaşımlardan bazıları şunlardır: (i) Sosyal sözleşme teorisi, (ii) özerkliğin ve rasyonelliğin tanınması ile eşitlik ve insan onuru, (iii) bağımsız bir ilke olarak ifade hürriyeti.

İlk olarak, toplum sözleşmesi yapılarak hükümete bazı sınırlı yetkiler verilmiştir. Bu nedenle hükümet ancak kendisine verilen yetkilere göre karar verebilir ve hareket edebilir. Diğer bir deyişle bu teori, hükümetin bireylerin rızasına dayalı olduğunu ve sınırlı olduğunu esas alır. Bireyin “hak ve hürriyetleri ile rıza” ise hükümetin doğal sınırlarını oluşturur. Dolayısıyla ifade hürriyeti bireyin hürriyeti olduğundan hükümet tarafından ihlal edilmemeli ve korunmalıdır²⁰.

İkinci olarak, bireysel özerkliğe saygı ilkesi, ifade hürriyetine müdahale edilmesine engeldir. Yaklaşımına göre, birey özerk ve rasyonel bir varlıktır. Bu nedenle düşünceleri ve ifadeleri, bireylerin özerkliğine, rasyonelliğine, kendisini gerçekleştirilmesine ya da başkaca bireysel ve toplumsal gelişmelere katkı sağlamasına bile korunmalıdır. Çünkü sonuçlarından bağımsız olarak düşünce açıklaması bireyler için

Areopagitica..., s. 98-99. Milton ve Mill’in hakikat arayışı yaklaşımının Amerikan versiyonu, “fikirlerin pazaryeri” teorisine dönüşmüştür. Bu da ilk olarak Holmes tarafından Abrams kararındaki karşı oy gerekçesinde karşımıza çıkmaktadır. Bkz. **Şule Özsoy**, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşüncüyü Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 56, Y. 2005, s. 29.

¹⁹ Örneğin Amerikan ifade hürriyeti hukukunda müstahcen, tehdit, çıplak dans gibi ifade türleri kendini yönetmeyle doğrudan bağlantılı olmadığından anayasal güvence kapsamında görülmemektedir. Bkz. **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 125.

²⁰ İfade hürriyetini toplum sözleşmesiyle açıklayan görüş için bkz. **Greenawalt**, “Free Speech Justifications”, p. 147-150.

öznel değere sahiptir ve biriciktir. Bu sebeple ifade hürriyetine müdahale edilemez. Bunun gereği olarak hükümet, her zaman “birey özerk ve rasyonelmiş” gibi hareket etmelidir. Ayrıca özerk ve rasyonel bireyin bir konuda bilgilendirilmiş olarak seçim yapabilmesi için koşulların buna en uygun hale getirilmesi gerekir ve bu gereklilik bazı türdeki ifadelere müdahale edilmesini engeller²¹.

Bireyin özerk ve rasyonel olmasının yanı sıra onurlu ve eşit olduğunun da kabul edilmesi gerekir. Özerk ve rasyonel olarak karar veren birey, biricik, kararlarının sorumluluğunu üstlenen ve diğer bireylerle eşit haklara sahip olan bir varlıktır. Bu nedenle hükümetler herkese eşit davranmalı ve insan onuruna²² saygılı olmalıdır. Bunun gereği olarak, herkesin söyleyeceği dinlenmeli, konuşma ve dinleme fırsatı engellenmemeli; bakış açıları arasında bir ayrım yapılmamalı, her bireye ve fikre eşit davranılmalıdır. Aksi bir durum bireyin aşağılanmasıyla başka bir şey değildir²³.

²¹ İfade hürriyetini bireyin özerkliğinin ve rasyonelliğinin tanınması gereğiyle açıklayan görüş ve eleştirisi için bkz. **Greenawalt**, “Free Speech Justifications”, p. 150-152. Hürriyet, insanın ahlaki varlığının da bir gereğidir. Nitekim tercihlerini yönetemeyen, serbest hareket alanına sahip olmayan, ancak baskıcı bir siyasi iktidarın denetim ve gözetiminde hareket etmeye mecbur olan bireyin ahlakiliğinden söz edilemez. Çünkü ahlaki edim, ancak hür irade ve dolayısıyla hürriyetle mümkündür. Ahlaki ve hür olmak ise insanın temel hasletlerinden bir tanesidir. Kant’ın felsefesine baktığımızda, ahlaki sorumluluğun kabul edilmesi hürriyetin de kabulünü zorunlu kılar. Bkz. **Musa Duman**, *Özgürlüğün Anlamı-Felsefi Bir Soruşturma*, Küre Yayınları, İstanbul 2021, s. 228-231. Buna göre bireyin özerk bir varlık olabilmesindeki temel şart da kuşkusuz ifade hürriyetidir.

²² Birey, hiçbir ispata gerek kalmadan sırf insan olmasından kaynaklı olarak saygıyı hak eden bir canlıdır. Bkz. **Nihat Bulut**, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, Y. 2008, s. 2. Ayrıca Bulut’a göre, insan onurunun korunması, kişinin toplumsal baskıdan kurtarılmasıyla, ona kendini geliştirme fırsatı verilmesiyle mümkün olabilir. Bu gibi gereklerin sağlanamaması halinde ise gerçek hürriyetten söz edilemez. Bkz. **Nihat Bulut**, “Bilim Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırlandırılması Sorunu”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IX, S. 1-2, Y. 2005, s. 26.

²³ İfade hürriyetini bireyin eşitliği ve onuru ile açıklayan görüş için bkz. **Greenawalt**, “Free Speech Justifications”, p. 152-153. En temel, atomik unsur, politik zeminde var olan her şeyin hizmet etmesi gereken “birey”dir. Ne söylendiği, nasıl söylendiğinden bağımsız olarak bireyin özerkliğinin korunması ve eşit bir değer olarak kabul edilmesi halinde ifade hürriyetini açıklayan pek çok yaklaşımın öngördüğü ahlaki ve pratik sonuç sağlanabilir. Bu bağlamda sonucu ne olursa olsun ifade hürriyeti kendiliğinden iyidir. Bu, bireyin varlığının ve kendiliğinden değer olmasının zorunlu sonucudur. Buna göre, fikirlerin pazaryerinde yer alan alternatiflerden hangisinin tercih edileceğine birey karar verir. Kişiler kendi fikirlerini sadece tezgâha koyar. Hakikat de pazaryerinde belirlenir. Sonuçta, hükümet bu serbest pazaryerine dokunmamalıdır. Greenawalt de fikirlerin metaforik bir pazaryerinde sergilenmesiyle hakikate ulaşılabileceği önermesini faydacı olmayan yaklaşımlar arasında ele almaktadır. Fakat o, fikirlerin pazaryeri yaklaşımını ifade hürriyetini açıklamak için yeterli görmez. Greenawalt’ın yaklaşımı ve fikirlerin pazaryeri görüşüne ilişkin değerlendirmeleri için bkz. **Greenawalt**, “Free Speech Justifications”, p. 153-154. Bu yaklaşım hükümetin sınırı bakımından belirleyicidir. Pazaryerine konulan fikrin iyi ya da kötü olması veya sonucu pazaryeri metaforunda önemli değildir. Pazar yerinde tercih edilen fikir birey için doğrudur.

İlk iki yaklaşımla uyumlu olarak üçüncü bir yaklaşım ifade hürriyetinin bağımsız bir ilke olmasıdır. Schauer'a göre ifade hürriyeti genel olarak kişi hürriyetinin özel bir görünümü olmaktan öte bağımsız bir ilke olarak değerlidir. Bu yaklaşıma göre bağımsız ifade hürriyeti ilkesi, eşitlik, demokrasi, rasyonalizm gibi başka ilkelerle de birleşebilir. Bir ilke olarak kabul edilmesi ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için sıradan insan davranışının sınırlandırılabilmesine göre daha güçlü gerekçeleri ve şartları gerekli kılar. Anlaşılabileceği üzere ifade hürriyetinin bir ilke olması, onun sınırlandırılmaz olduğu anlamına gelmez. Fakat, ifade hürriyeti diğer ilkeler gibi kendiliğinden değerli ve siyasi iktidarı sınırlandıran bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır²⁴.

Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında da faydacı olmayan yaklaşımların etkisi göze çarpmakta, içerik temelli müdahalelerin kural olarak daha sıkı denetime tabi tutulması ve müdahalelerin tarafsız olması gibi ilkelerde bu yaklaşımlar somut hale gelmektedir. Bu bağlamda milli güvenlik sebebiyle ifade hürriyetinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı veya sınırlandırılabilir olduğunun kabulü halinde ise ifade hürriyetinin göreceği korumanın kapsamı benimsenen yaklaşıma göre farklılık arz eder. Sonuç olarak çalışmanın devamında ifade hürriyetine ilişkin yaklaşımlara göre, yapılan denetimlerin, belirlenen ölçütlerin ve ifade hürriyetinin göreceği korumanın çeşitliliği daha iyi anlaşılabilir.

B. Birinci Değişikliğe Kadar İfade Hürriyetinin Amerika'daki Gelişimi

Amerika'da ifade hürriyeti Amerikan Anayasasında yapılan ilk değişiklik olan 1791 tarihli Birinci Değişiklikle tanınmakta ve korunmaktadır. İfade hürriyetinin kapsamı ve sınırları ise Amerikan Yüksek Mahkemesinin içtihatlarıyla belirlenmiştir²⁵. Buna karşılık Amerika'da ifade hürriyetine ilişkin gelişmeler İngiliz tarihine dayanmaktadır²⁶. Amerika'ya yerleşenlerin pek çoğu Britanya'dan geldiği için Amerikan hukuk, kültür ve politikasının İngiliz geleneğinin bir devamı olduğunu belirtmek gerekir. Ayrıca uzun

²⁴ Schauer'e göre böyle bir ilke, "elde iyi bir kağıt tutulduğu" anlamına gelse de diğer ilkelerden üstün değildir. Schauer'ın "bağımsız bir ilke olarak ifade hürriyeti" yaklaşımı için bkz. **Frederick Schauer**, *İfade Özgürlüğü-Felsefi Bir İnceleme*, M. Bahattin Seçilmişoğlu (Çev.), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2002, s. 6-13.

²⁵ **J. Scott Harr/Kären M. Hess**, *Constitutional Law and the Criminal Justice System*, 4. Ed., Thomson Wadsworth, Belmont 2008, p. 129.

²⁶ Bkz. **Michael Kent Curtis**, *Free Speech, "The People's Darling Privilege" Struggles for Freedom of Expression in American History*, Duke University Press, Durham/London 2000, p. 23; **Jacqueline R. Kanovitz**, *Constitutional Law*, 12. Ed., Anderson Publishing, New Providence 2010, p. 43.

yıllar İngiliz sömürgesi olarak yönetilen Kuzey Amerika’da bulunan bugünkü Amerika Birleşik Devletleri’nde yaşanan gelişmelerin bir kısmı yine koloni döneminden bağımsız incelenemez²⁷. Bu nedenle ifade hürriyetinin gelişimine ilişkin incelememizi İngiliz geleneği ve koloni dönemi etrafında yapacağız.

1. Koloni Döneminde ve Erken Dönemde İfade Hürriyetinin Gelişmesine Etki Eden Temel Hususlar

Hürriyetlerin, Anayasaya eklenmesi hukuki ve siyasi bir süreçten ibaret değildir. Tarihi kökler, sosyo-ekonomik koşullar ve kültürel birikim gibi pek çok faktör bu gelişmelere etki etmiştir. Anayasal boyutta ifade hürriyetinin korunmasının ilk örneklerinden birisi olan Birinci Değişiklik, yüzyılları kapsayan bir sürecin devamıdır. Bu bakımdan Birinci Değişikliğe yol açan koşullar ve teorik tartışmalar bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Nitekim yaşanan olumsuz gelişmelerin Amerikan değerlerinin oluşumunda etkisi büyüktür. Örneğin, İngilizlerin yönetimi sırasında ifade ve basın hürriyeti üzerinde yoğun bir şekilde baskı ve sansür yürütüldüğünden Birinci Değişikliğin bunlara tepki olarak ortaya çıktığı ileri sürülmektedir²⁸. Bu çerçevede Birinci Değişiklikle ilgili başlıға geçmeden ifade hürriyetinin dayandığı temel ilkeleri ve koşulları ele almak gerekir. İfade hürriyetinin modern bir görünüm kazanmasında etkili olan hususlardan bazılarını “parlamentar sorumsuzluk (ayrıcalık)”, “sansür uygulamasının kalkması”, “tabii haklar teorisi”, “dini hoşgörünün gelişmesi” ve “federal devletin kurulması”nın katkısı şeklinde sıralayabiliriz²⁹.

²⁷ Benzer yönde bkz. **Ülker Gürkan**, “Amerika Birleşik Devletlerinde Haber Alma Hürriyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, Y. 1960, s. 147.

²⁸ **Erwin Chemerinsky**, *Constitutional Law Principles and Policies*, 5. Ed., Wolters Kluwer, New York 2015, p. 1363. Amerika’da koloni döneminde hak ve hürriyetlerin gelişmesi ve Amerika’nın İngiltere’yi geride bırakmasını kolaylaştıran etkenlerden birisi İngiltere’de iç karışıklıkların olması ve bu nedenle İngiliz hükümetinin dikkatinin kolonilere yoğunlaşmasının mümkün olamamasıdır. Bir diğeri, İngiliz hükümetinin genel olarak okyanus ötesinden kolonileri kontrol etmekte zorlanmasıdır. Nihayet dini otoritelere karşı muhalefetin gelişmesi de bir başka etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca bkz. **Stephen M. Feldman**, *Free Expression & Democracy in America-A History*, The University of Chicago Press, Chicago/London 2008, p. 10-11.

²⁹ **Bogen**, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 430-431. Elbette etkili olan faktörler buradakilerden ibaret değildir. Muhalefet geleneği ve Cato’nun Mektuplarının da bu gelişime önemli katkılarının olduğu söylenebilir. Örneğin Cato’nun Mektupları muhalefet tarafından kaleme alınmış ve London Journal’de 1720’lerde yayımlanmıştır. İfade hürriyeti savunması yapan bu yazılar ifade hürriyeti düşüncesi bakımından önemli katkılar sağlamıştır. Bkz. **Feldman**, *Free Expression & Democracy in America*, p. 8; **Bogen**, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 444-446; **Curtis**, *Free Speech*, p. 24, 36-38. Cato’nun Mektuplarının bir benzeri de yine 1730’larda Amerika’da ortaya çıkmıştır. New York Weekly Journal’ın matbaasında John Peter Zenger tarafından kaleme alınan yazıda New York’un kraliyet valisi William Cosby’ye yönelik eleştiriler yapılmıştır. Bunun ardından Zenger, isyana teşvik suçundan

İlk olarak, parlamenter sorumsuzluktan söz etmek gerekir. Parlamentoculuk 1215 Magna Carta'dan daha eskilere dayanmaktadır. Parlamenter sorumsuzluk da parlamentoculuğun gelişmesine paralel olarak kral karşısında parlamento üyesi olan lordların ve daha sonra halkın temsilcilerinin serbestçe tartışabilmesinin güvence altına alınması ihtiyacıyla gelişmiştir³⁰. Yıllar içerisinde yaşanan çatışmalarla parlamenter ayrıcalığın tam anlamıyla güvence altına alınması 1689 Haklar Bildirisinin kabul edilmesiyle olmuştur. Koloni döneminde de bu ayrıcalık koloni meclisi üyeleri için kabul edilmiştir³¹. Bu gelişmeler de ifade hürriyetini olumlu yönde etkilemiştir.

Parlamenter ayrıcalığın ifade hürriyetine en büyük katkısı, kendi kendini yönetimin (self-government) gerçekleşebilmesi için “ifade hürriyetinin korunmasının gerektiği” düşüncesinin kabul edilmesidir³². Diğer bir katkısı ise parlamentoda yapılan konuşmalardan hangisinin hakkın kötüye kullanılması olarak görülmesi gerektiğine parlamentonun karar verebiliyor olması ilkesine dayanır. Buna paralel olarak ifade hürriyetine müdahale edilmesi halinde ortaya çıkan uyuşmazlığa halkın kendisinin karar vermesi gerektiği kabul edilmiştir³³. Ayrıca Amerika'ya yerleşenlerin çoğu, kendisini İngiliz olarak gördüğünden Magna Carta'ya dayanan diğer bütün hak ve hürriyetlere sahip olduklarına inanmışlardır³⁴. Bu inanç da bireyin hür olduğu düşüncesini ve ifade hürriyetinin gelişmesini pekiştirmiştir.

İfade hürriyetiyle ilgili olarak karşımıza çıkan diğer bir konu da sansür, başka bir ifadeyle “ön denetim ya da ön kısıtlama”dır³⁵. Sansür, İngiliz siyaset geleneğinde bulunan

yargılanmıştır. Davada, hükümete karşı doğru eleştiriler yapma hakkı tartışılmıştır. Bu olay, Amerikan ifade hürriyeti tarihi ve hukuku bakımından sembol olaylardan bir tanesidir. Bkz. **Curtis**, Free Speech, p. 41-42; **Gürkan**, “Amerika Birleşik Devletlerinde Haber Alma Hürriyeti”, s. 149.

³⁰ **Bogen**, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 431-432. Amerikan devrimcileri hürriyet anlayışlarında İngiliz tarihini, bu çerçevede Whig'lerin görüşlerini referans almışlardır. Bkz. **Curtis**, Free Speech, p. 23-24.

³¹ **Mary Patterson Clarke**, Parliamentary Privilege in The American Colonies, Da Capo Press, New York 1971, p. 62-70; **Bogen**, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 433-434.

³² **Bogen**, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 435. İfade hürriyetinin kendi kendini yönetimin gereği olduğunun en sıkı savunucularından biri olan Meiklejohn, Birinci Değişikliği ve ifade hürriyetini parlamenter ayrıcalıklarla karşılaştırmış ve kendi kendini yönetim çerçevesinde açıklamıştır. Ona göre parlamenterlere sağlanan ayrıcalık gibi halkın sahip olduğu ifade hürriyeti de mutlaklıdır. Bkz. **Alexander Meiklejohn**, Free Speech and Its Relation to Self-Government, Harper & Brothers Publishers, New York 1948, p. 35-37.

³³ **Bogen**, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 437.

³⁴ **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 6.

³⁵ Kapsamlı bir açıklama için bkz. **Bogen**, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 440 vd.

“muhalefet kültürü”ne ve Magna Carta’ya rağmen gelişmiştir³⁶. Bu çerçevede öncelikle Amerikan ifade hürriyeti hukukunun oluşumunda başlıca role sahip olan İngiltere’ye kısaca bakmak gerekir. 17. yüzyıl İngiltere’sinde kitap ya da gazetelerin basılabilmesi için hükümetten lisans alınması ve yayınların ön denetime tabi tutulması gerektiği görülmektedir. Buradaki sansürün amacı, yayınların hükümet tarafından kabul edilebilir olup olmadığını tespit etmektir³⁷. Nitekim hükümet tarafından uygun görülmeyen ve kabul edilmeyen yayınlara lisans verilmemiş ve lisans olmadan yayın yapmak ise suç sayılmıştır. Bu sayede hükümet, muhalefeti susturabilmiş ve basın üzerinde kontrol sağlamıştır³⁸. Fakat lisanslama rejimi 1694 yılında sona ermiştir³⁹.

İngiltere’de sona eren bu rejim, Amerikan hukukunu ve toplumunu etkilemiştir. Nitekim okyanus aşırı bir koloniyi yönetmenin getirdiği zorluklar İngiltere’yi ifade ve basın hürriyetini sınırlandırmaya sevk etmiştir⁴⁰. Bu sınırlamalarla kralın ve parlamentonun eleştirilerden korunması amaçlanmışsa da Amerika’da ifade hürriyetinin temsilcilerin denetlenmesinde önemli bir araç olarak benimsenmesinin önüne geçilememiştir⁴¹. Koloni yönetiminin tüm baskı ve sınırlamalarına karşı direniş ve

³⁶ Magna Carta’ya rağmen hürriyetlere baskı uygulama geleneği varlığını sürdürmüştür. Bkz. **Feldman**, *Free Expression & Democracy in America*, p. 6. İngiliz hukuk ve siyaset geleneğinde muhalefet kültürü ile hakları bastırma geleneğinin bir arada bulunmasının ifade hürriyetinin gelişmesine katkı sunduğu düşünülmektedir. Bkz. **Feldman**, *Free Expression & Democracy in America*, p. 4.

³⁷ **Curtis**, *Free Speech*, p. 29; ayrıca bkz. **Feldman**, *Free Expression & Democracy in America*, p. 6; **Fred S. Siebert**, *The Rights and Privileges of the Press*, Greenwood Press, Westport 1970, p. 4. İngiltere’de sansür uygulaması yıllarca sürmüştür. Bazen siyasi iktidarın konumunu koruma arzusu, bazen de dini statükonun korunması isteği, Avrupa’da Reform hareketlerinin başladığı dönemlerde ortaya çıkan gelişmeler, Kral’ın Kilise’nin başı kabul edilmesine bağlı olarak dinin ve siyasetin iç içe geçmesi ve bununla birlikte Yıldız Odası Kararnamesi, yıllara yayılan bir sansür uygulamasını ve hatıra mirasını İngiliz tarihine geçirmiştir. Bkz. **Bogen**, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 442-443; **Siebert**, *The Rights and Privileges of the Press*, p. 3-4; ayrıca bkz. **Feldman**, *Free Expression & Democracy in America*, p. 6-7. Yıldız Odası Mahkemelerine son verildikten sonra dahi Common Law mahkemelerinde baskıcı kurallar varlığını sürdürmüştür. Ayrıca bkz. **Curtis**, *Free Speech*, s. 28-29; **Siebert**, *The Rights and Privileges of the Press*, p. 4-5.

³⁸ **Curtis**, *Free Speech*, s. 29. Ayrıca hükümeti eleştirmeyi suç sayan bir kanun düzenlemesiyle ifade hürriyeti sınırlandırılmıştır. Yargılama ve denetimleri yapan Yıldız Odası Mahkemesi, Kralın kamuoyu eleştirisinin üzerinde olduğu ve bu nedenle hükümeti eleştiren ifadelerin yasaklandığı ilkesini açıklamıştır. Bkz. **Chemerinsky**, *Constitutional Law*, p. 1364; konuya ilişkin ayrıca bkz. **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 50-54.

³⁹ **Curtis**, *Free Speech*, p. 29; **Siebert**, *The rights and Privileges of the Press*, p. 4; ayrıca bkz. **Chemerinsky**, *Constitutional Law*, p. 1363; **Bogen**, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 443; ayrıca bkz. **Feldman**, *Free Expression & Democracy in America*, p. 7; **Kanovitz**, *Constitutional Law*, p. 43.

⁴⁰ Ayrıca bkz. **Curtis**, *Free Speech*, p. 23; gelişmeler hakkında bkz. **Siebert**, *The rights and Privileges of the Press*, p. 5-7; **Bogen**, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 442-443; **Gürkan**, “Amerika Birleşik Devletlerinde Haber Alma Hürriyeti”, s. 1148.

⁴¹ **Curtis**, *Free Speech*, s. 23; ayrıca bkz. **Feldman**, *Free Expression & Democracy in America*, p. 48-50. Amerika’da sansür uygulanması için girişimler olmuş olsa da ifade hürriyetinin belli bir gruba has

muhalefet sürmüş, ifade hürriyeti önemini korumuştur. Dolayısıyla Devrimden önce Amerika'nın, İngiltere'den daha hür bir ülke olduğunu ve erken dönemde Amerika'da ifade hürriyetinin öneminin anlaşıldığını söylemek mümkündür⁴².

Etkili olan bir diğer husus ise tabii haklar teorisidir⁴³. 18. yüzyıl Amerikalıları için ifade hürriyetinin anlaşılmasında kabul edilen temel kaynaklardan en önemlisi tabii haklar teorisidir⁴⁴. Herkesin doğuştan eşit olduğu ve yaratıcı tarafından herkese bazı hakların verildiğinin kabul edilmesi, ifade hürriyetine büyük katkı sağlamıştır. Nitekim teoriye göre kişilerin hürriyetleri beşerî ve siyasi irade tarafından bahşedilmiş değildir. Bunlar devletten önce vardır ve devletin ifade hürriyetine sınır getirebilmesi için yapılacak müdahalenin haklı olduğunun gösterilmesi gerekir⁴⁵. Bireyler bazı haklarını devlete vermiş olsa da devleti denetleme ve ona direnme (isyan etme) hakkını elinde bulundurmaktadır. İfade hürriyeti de bu düşünceler etrafında temellendirilmiştir⁴⁶.

Dini hoşgörünün gelişerek farklı düşünce ve inançların açıkça dile getirilebilmesinin mümkün hale gelmesi de diğer bir etkidir. Din hürriyeti, ifade hürriyeti gibi tabii bir haktır. Bu iki hak birbirinden ayrı haklar olarak ele alınıyor olsa da birbirinden ayıramaz ve biri olmadığında diğerinin varlığından söz edilemez⁴⁷. Amerika'ya bakıldığında bu birliktelik göze çarpmaktadır. Nitekim toplumun bileşenlerinin önemli bir kısmı mezhepleri nedeniyle gördükleri baskıdan kaçarak Amerika'ya göç edenlerdir. Her ne kadar bazı Amerikan kolonileri dini ayrımcılık yaparak tutucu bir yönetim benimsemiş olsa da din hürriyeti, Amerika'da gelişmiş,

olamayacağı, her insanın buna sahip olduğu fikri benimsenmiştir. Bkz. **Bogen**, "The Origins of Freedom of Speech and Press", p. 444.

⁴² **John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz**, Encyclopedia of the First Amendment, John R.Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009, p. lxxv; **Gürkan**, "Amerika Birleşik Devletlerinde Haber Alma Hürriyeti", s. 149.

⁴³ **Bogen**, "The Origins of Freedom of Speech and Press", p. 450; ayrıca bkz. **Steven J. Heyman**, "Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression", Boston University Law Review, Vol. 78, Y. 1998, p. 1279, 1281.

⁴⁴ **Heyman**, "Righting the Balance", p. 1281.

⁴⁵ **Bogen**, "The Origins of Freedom of Speech and Press", p. 450; ayrıca bkz. **Heyman**, "Righting the Balance", p. 1279. Tabii haklar teorisi çerçevesinde ifade hürriyetinin objektif bir sınırının olduğu düşüncesi veya ifade hürriyetine yapılacak müdahalelere ilişkin benimsenen standartlar, pozitivizmin ve faydacılığın kabul edilmesiyle etkisini yitirmeye başlamıştır. Bkz. **Heyman**, "Righting the Balance", p. 1279.

⁴⁶ **Heyman**, "Righting the Balance", p. 1283. Tabii hakların etkisiyle Anayasa yapılırken devlet kurumlarına ve yapısına yer verilmiş olsa da haklara yer verilmemiştir. Bkz. **Bogen**, "The Origins of Freedom of Speech and Press", p. 451. Her ne kadar Anayasa yapımında haklar metne eklenmemişse de Locke'un düşünceleri ile İngiliz düşünce geleneği gerek bağımsızlık sürecinde gerek Amerikan siyasi düşüncesi üzerinde oldukça etkili olmuştur. Bkz. **Heyman**, "Righting the Balance", p.1287.

⁴⁷ Bkz. **Bogen**, "The Origins of Freedom of Speech and Press", p. 453.

pragmatik bir ihtiyaç olarak kabul edilmiştir. Çünkü yeni bir ulus oluşturulabilmesi için dini hoşgörünün kabul edilmesi gerektiği anlaşılmıştır. Bu sayede farklı inançtan olanların dışlanmaması sağlanmış, çeşitlilik ve farklı inançlar etrafında gelişen düşünceler korunmuştur⁴⁸.

Sonuncusu ise federal bir devletin varlığıdır. Aşağıda da ele alınacağı üzere ifade hürriyetinin tabii bir hak olması sebebiyle Anayasada düzenlemesine gerek olup olmadığına dair tartışmalar sonrasında ifade hürriyeti ve diğer hürriyetlere ilişkin değişiklik yapılmasının ardında yatan temel sebeplerden bir tanesi de federal devletin hürriyet açısından ciddi bir tehlike oluşturmasıdır⁴⁹. Bu çerçevede her ne kadar Anayasanın federal yönetime hürriyetleri sınırlandıracak bir yetki vermediği, Anayasanın federal devletin yetkilerini gösteren birinci maddesi işaret edilerek iddia edilmiş olsa da⁵⁰ Anayasada hüküm olmamasının federal devlete sınırları belirsiz bir takdir alanı açacağı savunulmuş ve bu düşünce üstün gelmiştir⁵¹. Dolayısıyla ifade hürriyetinin korunmasına dair teori ve gerekçeler, federal devletin yetkili olup olmaması temelinde tartışılmıştır.

2. Birinci Değişikliğe Giden Süreç ve Ortaya Çıkan Tartışmalar

Amerika’da ifade hürriyetinin gelişmesini etkileyen faktörler, ifade hürriyetinin öneminin anlaşılmasına, Anayasa değişikliği yapılması gerektiğine ve nihayet Birinci Değişikliğin yapılmasına katkı sağlamıştır. Çalışmanın bu kısmında ifade hürriyeti çerçevesinde bir zihniyetin oluşmasını ve ifade hürriyetinin anayasal düzenlemeye konu edilmesini ele alacağız.

Koloni döneminde Amerika’daki hürriyet anlayışı İngiliz muhalefet geleneğinin etkisinde gelişmiştir⁵². Devrim sürecinde ise devrimciler, İngiltere’ye karşı direnirken bu geleneğin etkisiyle hareket etmişler ve Amerikan ifade hürriyeti geleneğinin oluşmasını

⁴⁸ **William H. Marnell**, *The First Amendment: The History of Religious Freedom in America*, Doubleday, New York 1964, p. 66-85; **Bogen**, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 454-456. Katolikler dini hoşgörüden yeterince yararlanamamıştır. Bkz. **Marnell**, *The First Amendment...*, p. 69-71.

⁴⁹ Benzer yönde bkz. **Bogen**, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 456.

⁵⁰ **Jonathan Elliot**, *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution, as Recommended by the General Convention at Philadelphia in 1787*, Printed by and for the Editor, Vol. III, Washington 1836, p. 203; **Bogen**, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 456-457; tartışmalar için ayrıca bkz. **Elliot**, *The Debates...*, p. 181-186.

⁵¹ **Bogen**, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 456-458.

⁵² **Feldman**, *Free Expression & Democracy in America*, p. 9.

sağlamışlardır⁵³. Ayrıca İngiltere’den daha hür kabul edilen Amerika’da gazete ve dergilerin çoğaldığı, farklı görüşlerin yayılmasının kolaylaştığı görülmektedir⁵⁴. Buna karşın koloni döneminde ifade ve basın hürriyetine yönelik baskılara itirazlar edilse de Devrim döneminde “muhalif muhafazakarlar”ın ifade hürriyeti sınırlandırılmıştır⁵⁵. Muhaliflere karşı uygulanan hürriyet rejimi “kışkırtıcı karalama (seditious libel)”⁵⁶ teorisinin ve hukukunun gelişmesine yol açmış, İngilizleri destekleyen muhafazakarların susturulması meşrulaştırılmıştır⁵⁷. Dolayısıyla bu dönemde Amerika’da, muhalefetin hak ve hürriyetleri bakımından sorunlar olduğunu söylemek gerekir⁵⁸.

Olumsuz bazı örneklerle rağmen Devrim sürecinde ve sonrasında ifade ve basın hürriyetinin korunmaya çalışıldığı ve bu yönde girişimlerde bulunduğu da bilinmektedir. Hatta geç sömürü dönemi ile devrimden sonra basın hürriyetinin çok geniş sınırlara ulaştığı görülmektedir. Kışkırtıcı karalama davaları nadir açılan davalarken özellikle Zenger’in yargılanmasından sonra bu konuda açılmış ve sonuca bağlanmış bir dava olmamıştır⁵⁹. Bağımsızlık mücadelesini takiben herkesin “hayat, hürriyet ve mutluluğa erişme hakkı”na sahip olduğu esas olarak kabul edilmiş ve bu, Jefferson tarafından kaleme alınan Bağımsızlık Bildirisinde önemle vurgulanmıştır. Aynı zamanda bağımsızlığını kazanan koloniler daha sonra Birinci Değişiklikte karşımıza çıkacak olan

⁵³ **Curtis**, Free Speech, s. 23-24; daha fazla bilgi için ayrıca bkz. **Heyman**, “Righting the Balance”, p. 1287-1288; **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 9-13. Örneğin, 1640’larda İngiliz Eşitlikçileri, ifade hürriyetinin herkesin siyasi, ekonomik, sosyal veya dini hiyerarşileri sorgulayabilmesi anlamına geldiğini kabul etmiştir. Yine bu muhalif grup daha sonra Amerika’da devrimciler tarafından geliştirilecek olan egemenlik teorisine benzer görüşler ortaya koymuşlardır. Bkz. **Curtis**, Free Speech, p. 24-25.

⁵⁴ **Vile/Hudson Jr./Schultz**, p. lxxv. Bu süreçte gazeteler önemli bir rol üstlenmiştir. Bkz. **Gürkan**, “Amerika Birleşik Devletlerinde Haber Alma Hürriyeti”, s. 150.

⁵⁵ Bu gelişmeler hakkında bkz. **Curtis**, Free Speech, p. 46-47; **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 49-51.

⁵⁶ Kışkırtıcı karalama (seditious libel), insanları kendi hükümetlerine karşı çıkmaya ikna etmeyi amaçlayan karalama olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda kışkırtıcı karalama, isyana kışkırtan karalama olarak anlaşılmalıdır. Bkz. <https://dictionary.cambridge.org/example/english/seditious-libel>, (E.T. 04.11.2024). Stephen’e göre “seditio” kelimesi Latince kışkırtma niyetini gösteren bir eylemden ziyade gerçek bir isyanı belirtmek için kullanılmış olabilir. Bu kelime İngiliz ceza hukuku tarihine kadar uzanmaktadır. Common Law’da pek çok suç isminde ve tanımında sıfat olarak kullanılmıştır. Bu suçlardan bazısı kışkırtıcı karalama ve kışkırtıcı komplo. **Kışkırtıcı karalama (seditious libel)**: “Kışkırtıcı bir niyetle sözlü veya başka bir şekilde herhangi bir kelime (söz) veya herhangi bir belge yayınlayan kişi suç işlemiş olur”. **Kışkırtıcı komplo (seditious conspiracy)**: “Herhangi bir kışkırtıcı niyetin ilettilmesi için herhangi bir eylemde bulunmak üzere başka bir kişi veya kişilerle anlaşan suç işlemiş olur”. Bkz. **James Fitzjames Stephen**, A History of the Criminal Law of England, Vol. III, Macmillan, London 1883, p. 298-299.

⁵⁷ **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 49-51.

⁵⁸ Bkz. **Curtis**, Free Speech, p. 47.

⁵⁹ Bkz. **Curtis**, Free Speech, p. 46. Federe devletlerin ifade hürriyetini koruma konusunda başarısız olduğu görüşü için bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 52-53.

hak ve hürriyetleri koruyan haklar bildirilerini kabul etmişlerdir⁶⁰. Ne var ki bildirilerde ve diğer hukuki düzenlemelerde öngörülen güvenceler hızla kabul görmemiş ve mahkemeler tarafından kolayca benimsenmemiştir. Dolayısıyla sancılı bir sürecin yaşandığını söylemek gerekir. Nitekim bu durum mahkemelerin ilk dönem kararlarına da yansımıştır⁶¹. Bağımsızlık Savaşının sona ermesinden sonra hükümet görevlilerinin eleştirilmesine yönelik yayınlar nedeniyle soruşturmalar yapılmış ve hükümet görevlilerinin eleştirilemeyeceği kabul edilmiştir. Buna karşılık muhalif bir grup ise yayınlar yaparak ifade hürriyetini savunmuşlardır⁶².

Nihayet federal ölçekteki en önemli gelişme Federal Anayasanın 1787’de kabul edilmesidir. Anayasada denetim ve denge (checks and balances) üzerine kurulu bir hükümet sistemi kabul edilmiş, ancak hak ve hürriyetlerin korunmasına dair bir hükme yer verilmemiştir⁶³. Anayasanın hazırlanması sürecinde metne hakların eklenmesine yönelik önemli bir çaba harcanmamış, yetersiz olduğunu söyleyebileceğimiz girişimlerden de sonuç alınamamıştır⁶⁴. Anayasada hakların düzenlenmemiş olması büyük bir eksiklik olarak görülebilir. Hazırlık aşamasında en güçlü itiraz da bu eksikliğe yöneliktir⁶⁵. Nitekim bugün, hak ve hürriyetlerin düzenlenmediği bir anayasaya rastlamak oldukça zordur. Fakat açık bir düzenlemenin olmaması, Anayasanın ve yeni sistemin hakları korumadığı anlamına gelmez. Çünkü Anayasa, çoğunluğun azınlık üzerinde baskı kurmasını önleyecek, siyasi iktidarı denetim altında tutacak ve kuvvetleri bir diğeriyle dengeleyecek şekilde kurgulanmıştır⁶⁶. Diğer bir deyişle, hürriyetlere ilişkin açık

⁶⁰ **Vile/Hudson Jr./Schultz**, p. lxxv. Gerek federal anayasanın yapılması gerek federe devlet anayasalarının yapılması, baskılara karşı güvenceler sağlamıştır. Federe devletlerce sağlanan güvenceler ve örnekler için bkz. **Curtis**, Free Speech, p. 48; gelişmeler için ayrıca bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 51-53.

⁶¹ **Curtis**, Free Speech, p. 48-49.

⁶² **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 54-55.

⁶³ **Vile/Hudson Jr./Schultz**, p. lxxv. Bu konuda Feldman, sadece Anayasanın kabul edilmesi değil, Birinci Değişikliğin dahi ifade hürriyetine yönelik düşünceleri, kanunları ve gelenekleri bir anda değiştirmedeğini belirtmektedir. Bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 60.

⁶⁴ **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 60-61. Anayasa metninin son halinde ise yalnızca Kongre üyelerinin serbestçe konuşabilmeleri için gerekli görülen güvencelere yer verilmiştir. Bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 61.

⁶⁵ Bkz. **Heyman**, “Righting the Balance”, p. 1288; **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 61-62; **Curtis**, Free Speech, p. 50. Bu konuda Feldman’a göre, anti-federalistlerin asıl endişeleri, genel olarak ulusal (federal) hükümete çok fazla yetki verilmesidir. Ancak hak ve hürriyetlerin eksik olmasının ilgi çekici olacağı düşünülerek ve bunların hükümet tarafından kolayca ihlal edilebileceği endişesiyle hakların eksikliği temelinde muhalif politika yürütülmüştür. Bu yönde bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 61-62.

⁶⁶ Bkz. **Vile/Hudson Jr./Schultz**, p. lxxv.

hükümlere yer verilmese de hürriyetlerin korunmasını sağlayacak denetim-denge sistemi kurulmuştur.

Fakat hakların eksik olması anti-federalist (cumhuriyetçiler) olarak bilinen muhaliflerin hedefi olmuş, federal haklar bildirisinin kabul edilmesi ve federal yetkilerin sınırlandırılmasının sağlanması gerektiği vurgulanmıştır⁶⁷. Muhalifler, federal makamların sahip olduğu yetkilerle basını susturabilecek araçlara sahip olduğunu iddia etmişler ve eleştirilerini bu noktaya yöneltmişlerdir⁶⁸. Muhaliflerin federal organların sınırlandırılmasının gerekliliğine ilişkin ortaya koydukları argümanların teorik olarak yetersiz kaldığı eleştirisi yapılmışsa da muhalif tepkinin etkisiz olduğu söylenemez. Diğer yandan anti-federalist tepkilere karşılık federalistler de cevap olarak bazı argümanlar geliştirmiştir. Özellikle basın hürriyeti bağlamında bu cevaplar iki noktada toplanmaktadır⁶⁹. Bunlardan birincisine göre, Haklar Bildirisinin kabul edilmesi yalnızca malumun ilanıdır. Herkes haklara pozitif bir dayanak olmaksızın doğuştan sahip olduğundan bir düzenleme yapmaya gerek yoktur. İkincisi ise federalistler, federal devletin hürriyetleri sınırlandırma yetkisi olmadığını kabul ederek olmayan bir yetkinin kısıtlanmasını gereksiz bulmuştur. Ayrıca federalistler, yayıncılar üzerinde federal yetkinin bulunmadığını da savunmuşlardır. Sonuç olarak federalistlere göre federal devletin ucu açık geniş yetkileri ve ifade hürriyetine müdahale etme yetkisi yoktur⁷⁰. Tabii haklar bakımından da federalistler, cumhuriyetlerde (federe devletler) bu hakların korunmasının gereksiz olduğunu benimsemiştir. Onlara göre, cumhuriyetlerde haklar devlete devredilmiş değildir; haklar insanların elindedir. Bu nedenle devletin ne bu hakları sınırlandırmaya yetkisi vardır ne de hakların düzenlenmesine gerek vardır. Sonuç olarak hakların korunması ihtiyacı söz konusu değildir⁷¹. Federalistlerin bu

⁶⁷ **Jud Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, The Yale Law Journal, V. 127, Y. 2017, p. 295-296; ayrıca bkz. **Heyman**, “Righting the Balance”, p. 1288-1289.

⁶⁸ **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 296-297; **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 61-62.

⁶⁹ **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 299. Kısaca ifade etmek gerekirse federalistler böyle bir düzenlemenin gereksiz olduğu yanıtını vermişlerdir. Bkz. **Heyman**, “Righting the Balance”, p. 1288.

⁷⁰ Bkz. **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 299-301; **Heyman**, “Righting the Balance”, p. 1288; ayrıca bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 61-62; **Curtis**, Free Speech, p. 56.

⁷¹ Bkz. **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 301. Özellikle Amerikan halkının egemen olduğu bir cumhuriyette hakların düzenlenmesinin gereksiz olduğu ileri sürülmüş, Amerikan cumhuriyetçi demokratik hükümetinin monarşilerle karıştırılmaması gerektiği, Amerikan tecrübesinde hakların korunmasının halkın ve onun temsilcilerinin güvencesinde olduğu vurgusu yapılmıştır. Bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 62-63.

argümanlarına rağmen, anti-federalistler Anayasayla verilen bazı yetkilerin hürriyetlerin sınırlandırılması için kullanılabileceği konusunda ısrarcı olmuştur. Özellikle federal devletin vergilendirme yetkisiyle basın hürriyetini sınırlandırılabilceği savunulmuştur⁷².

Kanaatimizce federalistlerin ileri sürdüğü görüşler savunulabilir niteliktedir ve hürriyetlere değeri verildiğini desteklemektedir. Ancak siyasi koşullar, federalistlerin bu görüşlerde ısrar etmesini engellemiştir. Federalistler, muhaliflerin eleştirilerine cevap vermek ve bazı federe devletlerin Federal Anayasayı onaylamasını sağlayabilmek için anayasa değişikliğinin yapılmasını kabul etmişlerdir⁷³. Bu sayede anti-federal görüşler daha etkin olmaya başlamış ve hakların Anayasada düzenlenmesinin çeşitli faydalarının olacağı benimsenmiştir⁷⁴. Anayasa değişikliği yapılmasının kabul görmesiyle de değişiklik önerileri ortaya çıkmıştır. Örneğin Madison, basın ve ifade hürriyeti ayrımına dayanan “*konuşma, yazma ve yayın yapma hürriyeti ile basın hürriyetine devletin müdahale edemeyeceği*”nin düzenlenmesi önerisinde bulunmuştur. Fakat tüm öneriler ve yapılan tartışmalar neticesinde Madison’ın önerisine benzeyen, diğer bir deyişle ifade ve basın hürriyeti ayrımını esas alan, fakat çok daha kapsayıcı bir değişiklik yapılmıştır⁷⁵.

⁷² Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 61-63.

⁷³ **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 301-302; **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 63-64. Anayasada hak ve hürriyetlere yer verilmemesi sebebiyle bazı federe devletler, haklar Anayasaya eklenene kadar Anayasayı onaylamayı ve yeni yönetime katılmayı reddetmiştir. Bkz. **Ömer Gedik**, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi (Anayasa Mahkemesinin ilk elli yılı: 1962-2012), Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, s. 8. Haklar Bildirisinin ekleneceğinin taahhüt edilmesinin ardından Amerikan Anayasası, federe devletler tarafından onaylanmıştır. Ayrıca bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 63-64. Hakların Anayasaya eklenmesi ise ancak 1791 yılında mümkün olabilmiştir. Bkz. **Vile/Hudson Jr./Schultz**, p. lxxv-lxxvi; **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 68. Anayasa Değişikliği sürecinde bazı federe devletlerin baskısı etkili olduğu gibi yine Değişiklik metninin hazırlanmasında da bazı federe devletlerin iç düzenlemelerinden etkilenildiği söylenebilir. Bkz. **Heyman**, “Righting the Balance”, p. 1289; **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 64-65. Sürece ilişkin tartışma ve gelişmeler için ayrıca bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 64-69.

⁷⁴ **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 302; ayrıca bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 64-65. Birinci Değişikliğin kabul edilmesinden sonra federaller karşısında anti-federalistlere verilen destek azalmıştır. Diğer taraftan anti-federalistlerin istediği gibi hak ve hürriyetlerin korunduğu ve bu konuda farkındalığın geliştiği; nihayet ifade hürriyeti ile hükümete karşı gelmenin anayasal temelini oluşturulduğu söylenebilir. Bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 69.

⁷⁵ **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 302-304. Madison’ın katkısı ve görüşleri ile Birinci Değişikliğin kabul edilmesi süreci için ayrıca bkz. **Curtis**, Free Speech, s. 57-58. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 64-69.

C. İfade Hürriyetinin Birinci Değişiklikteki Görünümü ve Birinci Değişiklik Sonrasındaki Bazı Gelişmeler

1. Genel Olarak

Yapılan uzun tartışmalardan sonra ilk Anayasa değişikliğinin yapılarak hürriyetlerin Anayasaya eklenmesi 1791 yılında mümkün olmuştur⁷⁶. Haklar Bildirisi (The Bill of Rights) ismi verilen ve Anayasaya bütün halinde eklenen on maddeden ilki Birinci Değişiklik olarak isimlendirilmektedir. Değişiklik maddesi şu şekildedir⁷⁷: “Kongre, bir dinin kurulmasını sağlayan veya dinin hür bir şekilde uygulanmasını yasaklayan; ifade ve basın hürriyetini, halkın barışçıl bir şekilde toplanma ve şikâyetlerinin giderilmesi için hükümete dilekçe verme hakkını kısıtlayan kanun yapamaz.”

Değişiklik yalnızca ifade hürriyetini değil, diğer birçok hak ve hürriyeti de içermektedir. Ayrıca herhangi bir istisnaya ve meşru bir sebebe yer verilmemiş, bu hürriyetlerin sınırlandırılmasını öngören bir kanunun çıkarılması yasaklanmıştır. Dolayısıyla mutlak bir dille kaleme alınan Birinci Değişiklikle ifade hürriyetinin sınırlandırılmayacağı düzenlenmiştir⁷⁸. Buna karşılık Jefferson gibi liberteryanlar ve Blackstone’un “bu Değişikliğin ancak sansürü yasakladığı ve açıklanan düşünceye sonradan müdahale edilmesini engellemediği” görüşünü⁷⁹ benimseyen muhafazakârlar dahil, hemen herkes ifade hürriyetinin kanunla sınırlandırılabilirliğini kabul etmiştir.

Sınırlandırma sebebi bakımından ise farklı yaklaşımlar benimsenmektedir. Liberteryanlar, ifade hürriyetinin ancak başkalarının haklarının korunması için sınırlandırılabilirliğini savunurken muhafazakârlar ifade hürriyetinin kamusal menfaat

⁷⁶ Vile/Hudson Jr./Schultz, p. lxxv-lxxvi; Feldman, Free Expression & Democracy in America, p. 68.

⁷⁷ İngilizce orijinal metin şu şekildedir: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

⁷⁸ Tolga Şirin, Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-2/İfade Özgürlüğünün Yeşili, Tekin Yayınevi, İstanbul 2021, s. 47.

⁷⁹ Ayrıca bkz. Heyman, “Righting the Balance”, p. 1284-1286; Siebert, The Rights and Privileges of the Press, p. 8-9. Blackstone’a göre basın hürriyeti hür bir devlet için temel bileşendir. Bu bakımdan her insanın düşüncelerini topluma açma hakkı vardır. Neticede basın hürriyetine önceden denetim, yani sansür uygulanamaz. Ancak bu hürriyetin hiçbir sınırının olmadığı da düşünülmemelidir. Elbette sansür niteliğinde olmayan müdahaleler yapılabilir. Diğer bir ifadeyle Blackstone, ifadesinin uygunsuz, zararlı veya hukuka aykırı olması halinde sansüre tâbi olmadan kişinin bunun sonuçlarına katlanması gerektiğini savunmuştur. Bkz. Feldman, Free Expression & Democracy in America, p. 8; Curtis, Free Speech, s. 45.

için de sınırlandırılabilirliğini savunmuşlardır⁸⁰. Birinci Değişikliğin anlaşılabilmesi içinse Değişikliğe zaman içerisinde verilen anlamların ve yapılan değerlendirmelerin incelenmesi gerekir⁸¹.

2. Birinci Değişikliğin Amacının ve Kapsamının Belirlenmesi

a. Birinci Değişikliğin Amacı ve Kapsamı

Birinci Değişikliğin amacının tespit edilebilmesi için çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Bu görüşlerden ilki, Birinci Değişikliği kabul edenlerin çoğunun üyesi olduğu Kongrenin 1798 yılında kabul ettiği Yabancılar ve İhanet Kanunları (The Alien and Sedition Acts)’ndan Değişikliğin amacının anlaşılabilirliği görüşüdür. Bu Kanunlara göre, yalnızca “doğru ve iyiniyetli” ifadeler korunurken “gerçeğe aykırı ve kötü niyetli” ifadeler korunmaz. Örneğin İhanet Kanunun 2. maddesine göre, “*Birleşik Devletler hükümetini, Birleşik Devletler Kongresini veya Birleşik Devletler Başkanını karalamak, onlar hakkında gerçeğe aykırı ve kötü niyetli yazılar yazmak, onları aşağılamak veya itibarsızlaştırmak...*” suç olarak düzenlenmiştir⁸².

Yalnızca bu düzenlemelerle Birinci Değişikliğin amacının anlaşılabilmesi ise mümkün değildir. Nitekim İhanet Kanununu muhaliflere karşı bir silah olarak kullanan Başkan John Adams’dan sonra 1800 yılında yapılan seçimi kazanan Başkan Thomas Jefferson, Kanuna dayalı olarak mahkûm edilenlerden özür dilemiş ve daha sonra kanun ilga edilmiştir⁸³. Kanaatimizce başkanların uygulamalarında ortaya çıkan bu farklılık sebebiyle Kanunlar, Birinci Değişikliğin amacını tespit etmekte rehber olarak görülemez. Aksine Kanunlar, Birinci Değişikliğin amacından bir sapmadır ve Kurucu Babalardan birisi olan Jefferson başkan olduktan sonra kanunlar muhaliflere karşı kullanılmamış, ilga edilmiştir. Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki bu düzenlemelere ilişkin Anayasanın ve

⁸⁰ Heyman, “Righting the Balance”, p. 1290-1294.

⁸¹ Öykü Didem Aydın, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku -I- Amerika Birleşik Devletleri Örneği, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 91.

⁸² Chemerinsky, Constitutional Law, p. 1365; Kanunlar için ayrıca bkz. <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=16&page=transcript>, (E.T. 19.04.2025). 1798 yılı, ifade hürriyeti düzenlemesinin test edilmesi için fırsat olarak görülebilir. Nitekim Birinci Değişikliğin yapılmasının üzerinden 7 yıl geçmiş ve Değişikliği ilgilendiren bir Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu yönde değerlendirmeler için bkz. Bogen, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 460-461.

⁸³ Chemerinsky, Constitutional Law, p. 1365; ayrıca bkz. Bogen, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 462.

Birinci Değişikliğin hazırlanmasına ve kabul edilmesine katılan farklı grupların farklı uygulamaları olmuştur.

Amaca ilişkin diğer görüş ise Değişikliğin yeni haklar oluşturmak için değil, hakları saymak (sıralamak) için yapılmış olduğudur. Değişikliğin kabul edilmesindeki temel dürtülerden birinin bu olduğu söylenebilir⁸⁴. Ayrıca Değişikliğin ilk hedefinin yayınlara yönelik lisans uygulamalarını, sansürü ve kısırtıcı karalamaların cezalandırılmasını engellemek olduğu da genel olarak benimsenen bir görüştür. Bunun dışında Amerikan hukuk doktrinde Değişikle neyin amaçlandığını gösterecek somut bir verinin olmadığı kabul edilmektedir⁸⁵. Değişikliğin yürürlüğe girdiği yıllarda başlayan tartışmalar bugün dahi devam etmekte, Birinci Değişikliğin amaçlarına ilişkin çeşitli görüşler canlılığını sürdürmektedir.

Birinci Değişikliğin kapsamı ise yer ve içerik bakımından olmak üzere iki yönden incelenebilir. İlki Değişikliğin yer bakımından kapsamıdır. Bu konunun ele alınması aşağıdaki açıklama ve tartışmaların kapsam ve niteliğinin anlaşılması açısından oldukça önemlidir. Öncelikle Federal Anayasada yapılan Değişikliğin federe devletler için değil, yalnızca federal devlet için bir sınır getirdiği ve ona hitap ettiği kabul edilmiştir⁸⁶. Birinci Değişikliğin federe devletleri kapsamadığının benimsenmesi nedeniyle federe devletlerin kanunlarının Birinci Değişikliğe uygunluğuna yönelik bir denetim söz konusu olamamıştır. Bu hususa ilişkin *Barron v. Baltimore* kararında Yüksek Mahkeme, kurucuların en büyük endişesinin federal devlete karşı olduğunu, bu nedenle hürriyetlerin korunmasını sağlamak ve federal devletin yetkisini sınırlandırmak amacıyla Anayasayı kabul ettiklerini hatırlatmıştır. Kararda Mahkeme, Birinci Değişikliğin federe devletler için uygulanamayacağına, uygulanabilmesi içinse Anayasada değişiklik yapılması gerektiğine karar vermiştir⁸⁷.

⁸⁴ **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 295.

⁸⁵ Bkz. **Chemerinsky**, *Constitutional Law*, p. 1365

⁸⁶ **James Magee**, *Freedom of Expression*, Greenwood Press, Westport/London 2002, p. 1; **Heyman**, “Righting the Balance”, p. 1295-1296. Daha sonra bu yaklaşım terk edilmiştir. Değerlendirmeler için bkz. **Laurence H. Tribe**, *American Constitutional Law*, 2. Ed., The Foundation Press, New York 1988, p. 772-774.

⁸⁷ **Barron v. Mayor & City Council of Baltimore**, 32 U.S. 243 (1833). Kararda Mahkeme, Maryland eyaletinde bulunan Baltimore şehrinde federe devlet organlarının işlemlerine dayanarak verilen kararın kendisi tarafından denetlenemeyeceğini ifade etmiştir. Mahkeme kurucuların en büyük endişesinin federal devlete karşı olduğunu, bu çerçevede hürriyetlerin korunmasını sağlamak ve federal devletin yetkisini sınırlandırmak amacıyla Anayasanın kabul edildiğini hatırlatmıştır. Mahkeme kararında ayrıca, Birinci Değişikliğin federe devletler için uygulanamayacağını, devlet yetkilerine yönelik bir kısıtlamanın

Karardan yaklaşık otuz beş yıl sonra, 1868 yılında yapılan On Dördüncü Değişiklik⁸⁸ ardından başka kararlarında Mahkeme, Birinci Değişikliğin federe devletlere karşı da korunduğunu kabul etmiştir⁸⁹. Sonuç olarak Birinci Değişikliğe ilişkin yapılan inceleme ve tartışmalar On Dördüncü Değişikliğe kadar federal devlet ölçeğinde geçerli olmuştur ve bunlar ilk dönem tartışmalarını oluşturmaktadır. On Dördüncü Değişiklik bağlamında Birinci Değişikliğin yer bakımından kapsamının genişlemesi ise hiç şüphesiz ifade hürriyetine büyük katkı sağlamıştır⁹⁰.

İkincisi ise Değişikliğin içerik bakımından kapsamıdır. Kullanılan dil kötü olmasına rağmen kimi yazarlara göre Değişiklik oldukça açıktır. Fakat bu yazarlara göre Değişikliğin dili açık olsa da tartışmalar sona ermemiştir⁹¹. Nitekim Birinci Değişikliğin amacı ve kapsamına ilişkin yapılacak açıklamaların hepsi, ilgili Anayasa Değişikliğinin yorumlanmasına ilişkin bir sorundur. Anayasa kuralları genel ve soyut kurallar olduğundan yorum yapılması ve kuralın kapsamının belirlenmesi ise her zaman kolay değildir⁹².

Öte yandan ifade hürriyetini anayasal korumaya alan Birinci Değişiklikte ifade hürriyetine sağlanan güvenceye yer verilirken hangi ifadelerin korunup, hangilerinin sınırlandırılabilirliğine yönelik herhangi bir hükme yer verilmediği görülmektedir. Bu noktada Değişiklikte tercih edilen dil, ifade hürriyetinin mutlak olduğunu göstermektedir.

yapılabilmesi için Anayasada düzenleme olması gerektiğini kabul etmiştir. Bkz. **Barron v. Baltimore**, p. 243-245, 247-251.

⁸⁸ On Dördüncü Değişikliğin yapılmasının temelinde kölelik konusunda yaşanan gerilimler ve İç Savaş dönemindeki uygulamalar yatmaktadır. Bu dönemde Güney Eyaletler, kölelik karşıtlarına baskı uygulamış, özellikle ifade hürriyeti ihlal edilmiştir. İktidara gelen kölelik karşıtı Cumhuriyetçi Parti (1860) ise federe devletlerden kaynaklanacak bu gibi ihlalleri önlemek ve bireylerin korkusuzca düşüncelerini açıklamalarını sağlamak için On Dördüncü Değişikliği yapmıştır. Bkz. **Heyman**, “Righting the Balance”, p. 1296-1297; **Michael Kent Curtis**, “The 1837 Killing of Elijah Lovejoy by an Anti-Abolition Mob: Free Speech, Mobs, Republican Government, and the Privileges of American Citizens”, *UCLA Law Review*, V. 44, Iss. 4, Y. 1997, p. 1113, 1120, 1183. İç Savaş ve bu bağlamda ortaya çıkan gelişmeler hakkında kapsamlı bilgi için bkz. **Curtis**, “The 1837 Killing of Elijah Lovejoy by an Anti-Abolition Mob...”.

⁸⁹ Bkz. **Gitlow v. New York**, 268 U.S. 652 (1925). Mahkeme On Dördüncü Değişiklikle, Birinci Değişiklik tarafından güvence altına alınan ifade hürriyetinin (basın hürriyeti ve din hürriyeti ile) federe devletlere karşı da uygulanabilir olduğunu, dolayısıyla ifade hürriyetinin federe devletlere karşı da korunduğunu belirtmiştir. Mahkemenin bu yöndeki kararları için bkz. **Douglas v. City of Jeannette**, 319 U. S. 157 (1943), p. 161-162; **Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad**, 420 U.S. 546 (1975), p. 547.

⁹⁰ **Heyman**, “Righting the Balance”, p. 1296. On Dördüncü Değişiklik, doğuştan itibaren var olan hürriyetlerin federe devletler tarafından da ihlal edilemeyeceği esasına dayanmaktadır. Ayrıca bkz. **Curtis**, *Free Speech*, p. 57.

⁹¹ **Juhani Rudanko**, *Discourses of Freedom of Speech-From the Enactment of the Bill of Rights to the Sedition Act of 1918*, Palgrave Macmillan, Hampshire/New York 2012, p. 2.

⁹² Amerikan anayasa hukuku bağlamında konuyu değerlendirdiğimizde nihai olarak bu yorumu yapacak organ Yüksek Mahkemedir. Bkz. **Aydın**, *Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü...*, s. 70-71.

Ancak ifade hürriyetinin mutlaklığı yaklaşımı Yüksek Mahkeme tarafından kesin olarak reddedilmiş ve hatta Mahkeme korunan ifadelerin kapsamını belirlemek zorunda kalmıştır. Mahkemeye göre, ifade hürriyeti sınırsız bir hürriyet olmadığı gibi Birinci Değişiklik, hükümetin ifade hürriyetini sınırlandırmasını da tamamen yasaklamamıştır⁹³. Nitekim hemen herkes bazı ifadelerin sınırlandırılmasını gerekli görmektedir. Bu ifadeler kimi zaman kişilerin tehdit edilmesi, taciz edilmesi veya kişilere şantaj yapılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İfade hürriyetini en çok savunan kişiler dahi bu tür ifadelerin sınırlandırılmasını gerekli görebilir. Dolayısıyla ifade hürriyeti kapsamında hangi ifadelerin korunup hangilerinin sınırlandırılabilceğinin tespit edilmesi gerekir⁹⁴. Sonuç olarak Mahkeme, ifade hürriyetinin mutlak olmamakla beraber öncelikli olduğunu, ancak bazı menfaatler için sınırlandırılabilceğini kabul etmiştir⁹⁵.

b. Birinci Değişikliğin Kapsamına Dair Görüşler

Birinci Değişiklik ile sağlanan güvencenin kapsamının tartışmalı olmasına bağlı olarak farklı yaklaşımlardan söz etmemiz gerekir. Metnin asıl (kesin, orijinal) anlamını tespit etmek için ileri sürülen, diğer bir açıdan kurucu dönem yorumları olarak görülen özgüncü (orijinalci) görüşlerden ilki, Birinci Değişiklikte yer verilen hürriyetlerin anayasal ya da kanuni bir düzenlemeye gerek kalmaksızın mevcut tabii haklardan ve temel Ortak Hukuk (Common Law) haklarından olduğu görüşüdür⁹⁶.

Bu görüşe göre, Değişiklikte yer alan ifade hürriyeti, tabii haklardan bir tanesidir ve Değişiklik, kamu yararını desteklemek için düzenlenebilecek olan tabii haklara atıfta

⁹³ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1366; ayrıca bkz. **Aydın**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü..., s. 229-230; **Mehmet Emin Ruhi**, "ABD'de Düşünceyi Açıklama Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Uygulanan Ölçütler ve Bozguncu Faaliyetlere Karşı Alınan Önlemler Çerçevesinde Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", Kazancı, S. 8, Y. 2005, s. 8-9. Örneğin Mahkemenin bir kararında bu husus tartışılmıştır. Mahkemenin görüşünü yazan Hâkim Frankfurter bütün ifadelerin Birinci Değişikliğin güvencesinden yararlanamayacağını belirtmiştir. Bu nedenle iftira niteliğinde olan ifadeler için ayrıca açık ve mevcut tehlike ölçütünün yapılmasına da gerek yoktur. Ancak bu görüşe kimi hakimler karşı çıkmıştır. Örneğin Hâkim Douglas'a göre, Birinci Değişikliğin hükmü açıktır ve ifade hürriyeti sınırlandırılmaz. Bu nedenle ifade hürriyeti kapsamında görülmeyen, diğer bir ifadeyle korunmayan bir ifade türünün oluşturulması yerinde değildir. Aksi halde ifade hürriyeti pek çok sebepten dolayı sınırlandırılabilir hale gelir. İfade hürriyeti ve fikirlerin serbest dolaşımı ortadan kalkar. Hâkim Black de Douglas'a benzer şekilde Mahkemenin kararına muhalefet etmiştir. Karar ve karşı oy gerekçeleri için bkz. **Beauharnais v. Illinois**, 343 U.S. 250, (1952), p. 251-266, 268-269, 285. Başka bir kararında Mahkeme, ifade hürriyetinin mutlak olduğu görüşünü reddettiğini belirtmiştir. Mahkeme, şekline veya bağlamına bağlı olarak bazı ifadelerin anayasal korumanın dışında olduğunu ve buna ilişkin kararlarının bulunduğunu hatırlatmıştır. Bkz. **Konigsberg v. State Bar of Cal.**, 366 U.S. 36 (1961), p. 49-51.

⁹⁴ Ayrıca bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1366.

⁹⁵ **Aydın**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü..., s. 229-230.

⁹⁶ **Campbell**, "Natural Rights and the First Amendment", p. 304.

bulunmaktadır. Bunun bir anlamı, ifade hürriyetinin hükümetin müdahalesine veya düzenleme yapmasına gerek olmadan kullanılabilir olmasıdır. Diğer anlamı ise ifade hürriyetinin meşru bir sebeple sınırlandırılabilirliği. Dolayısıyla Kongrenin kamu yararı sebebiyle ve Anayasada öngörülen diğer kurallara bağlı kalarak ifade hürriyetini sınırlandırılabilirliği kabul edilmektedir⁹⁷. Bu görüşle benzer yönde olan diğer bir görüş de Değişiklikte doğrudan tabii hakların düzenlenmediği, fakat geleneksel kurallardan yararlanılmış olabileceği görüşüdür⁹⁸.

Değişikliği tabii haklara dayandıran görüşleri destekleyen bazı kurucu dönem yorumları Birinci Değişikliğin yasama organını ve siyasi iktidarı sınırlandırdığını ifade etmektedir. Yapılan düzenlemeyle federal organların sahip olduğu yetkilerin kullanımı kısıtlanmaktadır. Ayrıca iyi niyetli ifadelerin müdahaleden korunması hedeflenmektedir⁹⁹.

Konuya bütünleştirici bir yaklaşımla bakıldığında ifade hürriyetinin korunmasının amaçlandığı, federal devletin ifade hürriyetini sınırlandırmasına yönelik birtakım güvencelerin sağlandığı ve belli hallerde ifade hürriyetinin sınırlandırılabilirliği görüşü ilk dönem yazarlarının bir kısmı tarafından kabul edilmektedir. Bu çerçevede Birinci Değişiklik, tabii hakların yanı sıra geleneksel kuralları da tanımaktadır. Böylece pozitif düzenlemeye konu edilerek ifade hürriyeti gibi tabii haklara anayasal güvence sağlanmıştır. Buna karşılık hakların kamu yararının gerektirmesi halinde Kongre tarafından sınırlandırılabilirliği de kabul edilmektedir¹⁰⁰.

Birinci Değişiklikte yer alan hürriyetler açısından konuya bakacak olursak, düzenlemede yer verilen hürriyetler birbirinden bağımsız değildir. Her biri ifade hürriyetinin farklı görünümüdür. Bunları ayrı ayrı; din, konuşma, toplanma ve basın hürriyetleri olarak sıralamamız mümkün olsa da aslında hepsi kişinin serbestçe iradesini belirleme ve kendini ifade etme şekli olarak görülebilir. Yani, söz konusu hürriyetler

⁹⁷ **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 304-305. Diğer kurucu dönem yorumları, Değişikliğin yalnızca doğal haklara atıfta bulunma olasılığını desteklemektedir. Buna göre Değişiklikle, yasama organı sınırlandırılmak istenmiştir. Bkz. **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 305-306.

⁹⁸ **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 307.

⁹⁹ **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 306-307. Bu görüş değerlendirildiğinde Campbell’e göre, Birinci Değişikliğin tabii hakları mı, anayasal hakları mı, yoksa ikisini birden mi kapsadığına ilişkin soruya açık bir cevap verilemediği görülmektedir. Bkz. **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 307.

¹⁰⁰ **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 307.

birbirinden ayrılmaz bir bütün oluştururlar¹⁰¹. Konuya bu yönden yaklaşıldığında da Birinci Değişiklik ve On Dördüncü Değişikle ifade hürriyetinin uygulama alanının genişlemesinin tabii haklar teorisinden etkilendiği söylenebilir¹⁰².

Başka bir özgüncü görüş ise Birinci Değişikliğin kuvvetler ayrılığına ilişkin kural getirdiği yönündedir. Buna göre yürütme ve yargı organlarının, yasama organı üyelerini Kongrede sarf ettiği sözler nedeniyle cezalandırmasını önleyici bir güvence getirilmiştir. Çünkü Kongre üyelerinin yalnızca Kongre tarafından cezalandırılabilmesi kabul edilmiştir¹⁰³. Bu görüşe göre Birinci Değişiklikte korunan ifadeler, yalnızca Kongredeki siyasi ifadelerdir. Ancak anayasal düzenlemenin diğer ifadelere güvence sağlamadığı ileri sürülse de Değişikliğin hazırlandığı ve bu konuda tartışmaların yapıldığı “kurucu çağ” olarak ifade edilen dönemde Birinci Değişikliğin böyle bir anlam ve amacının olduğuna dair kanıt yoktur¹⁰⁴.

Liberteryan görüşe göre ise, tüm tabii haklar gibi ifade hürriyeti de ancak başkalarının haklarını korumak amacıyla sınırlandırılabilirken kamu yararı sebebiyle sınırlandırılmaz. Bu görüş, metin tek başına ele alındığında desteklenebilir niteliktedir¹⁰⁵. Nitekim Değişiklik metninde Kongrenin ifade hürriyetini sınırlandırmaya yönelik kanun çıkaramayacağı açıkça düzenlenirken bir istisna öngörülmemiştir. Dolayısıyla liberteryan görüş, metnin yalnızca lafzi anlamıyla ele alınması bakımından özgüncü olarak görülebilir.

¹⁰¹ Aydın, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü..., s. 75-76.

¹⁰² Gelişmeler ışığında ifade hürriyetinin tabii haklar teorisinin etkisiyle, başkalarının haklarının korunması amacıyla sınırlandırılabilmesi büyük ölçüde kabul edilmiştir. Bu, ifade hürriyetinin mutlak surette korunmadığını ve ancak sınırlandırmanın dar bir alanda kalması gerektiğini vurgulamaktadır. Fakat sınırlandırmanın dar bir alanda tutulması söz konusu olmamıştır. İfade hürriyetinin yalnızca başkalarının haklarını korumak amacıyla sınırlandırılması gerektiği kabul edildiğinde dahi 20. yüzyılın sonu ile 21. yüzyılın başı itibarıyla, başka bir ifadeyle son on yıllara baktığımızda ifade hürriyetinin sınırlandırılması sorunu daha çok bireylerarası ilişki bakımından değil, birey ile devlet arasındaki ilişki yönüyle karşımıza çıkmakta; konu, kamu menfaati sebebiyle ifade hürriyetinin sınırlandırılması perspektifinden ele alınmaktadır. Bkz. Heyman, “Righting the Balance”, p. 1298.

¹⁰³ Campbell, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 308. Kongrede tanınan ifade hürriyeti (yasama sorumsuzluğu) ve Kongre’deki ifade hürriyetinin Birinci Değişiklikle olan ilişkisi için bkz. Josh Chafetz, Democracy’s Privileged Few: Legislative Privilege and Democratic Norms in the British and American Constitutions, Yale University Press, New Haven & London 2007, p. 87-93; ayrıca bkz. Bogen, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 431-439.

¹⁰⁴ Campbell, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 308.

¹⁰⁵ Campbell, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 309; Locke’un görüşleri doğrultusunda ayrıca bkz. Heyman, “Righting the Balance”, p. 1282.

Başka bir görüş de sosyal sözleşme teorisine dayanmaktadır. Sosyal sözleşmecî görüşe göre bireylerin sosyal sözleşmeye taraf olurken bütün ifadelerin korunacağını kabul etmediği düşünülmektedir. Sözleşme kapsamında bireyler, yalnızca iyiniyetli ifadelerin korunacağını, yalan ve yanıltıcı olan ifadelerinse korunması için bir sebebin olmadığını kabul etmişlerdir¹⁰⁶.

Kısacası kurucuların, yalnızca iyiniyetli ve genel ahlaka uygun ifadeleri korumak istediği, bunun dışında kalanları Birinci Değişiklik güvencesinin kapsamında görmediği ve bunun aksini gösterecek bir kanıtın bulunmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüşe paralel olarak ilk dönem uygulamalarında da başkalarının haklarını koruma amacı olmadan birçok ifade, federe devletler tarafından sınırlandırılmıştır¹⁰⁷. Dolayısıyla ortaya çıkan uygulama ve verilen mahkeme kararlarının bu görüşü destekler nitelikte olduğunu belirtmek gerekir¹⁰⁸.

Görüşler hakkında verilen kısa bilgilerin ardından sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki tarihsel verilerden hareket edildiğinde bütün ifadelerin, örneğin başkalarının hakkını ihlal etmese de iyi niyete ve genel ahlaka uygun olmayan ifadelerin, sınırlandırılabilirliği görülmektedir. 1780-1790 tarihleri arasının oluşturduğu yaklaşık on yıllık süreçte ifade hürriyetinden anlaşılan mananın bu şekilde olduğu, başka bir mananın kabul edildiğine yönelik emarenin bulunmadığı ileri sürülmektedir¹⁰⁹. Aslında kurucuların amacı, yukarıda da ifade edildiği gibi yeni haklar tanımak değildir. Onların amacı, var olan, sosyal sözleşmede yer verilen, federe devletler tarafından çoktan tanınan ve korunan ifade hürriyetini, federal anayasayla korumak olarak görülmelidir. Buna göre federal devletin ifade hürriyetini, federe devletler gibi düzenleyebileceği kabul edilmiştir¹¹⁰.

¹⁰⁶ **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 310.

¹⁰⁷ Bkz. **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 310-313.

¹⁰⁸ 1897 tarihli bir kararında Yüksek Mahkeme, Haklar Bildirisi olarak bilinen Anayasanın ilk on değişikliğinin, herhangi bir yeni hükümet ilkesi koymayı amaçlamadığını, sadece İngiliz atalarından miras alınan ve çok eski zamanlardan beri, belirli iyi bilinen istisnalara tabi olan güvenceleri ve muafiyetleri somutlaştırmayı amaçladığını açıkça dile getirmiştir. Eski zamanlardan beri var olan ilkelerin somutlaştırıldığının kabul edilmesinin yanı sıra Mahkeme görüşüyle değişikliklerin, yani Anayasanın, bu güvence ve muafiyetlerin istisnalarıyla uyumlu olduğunu onaylamıştır. Meseleye ifade hürriyeti açısından yaklaşıldığında da Mahkemeye göre ifade ve basın hürriyeti, iftiraların, küfürlü veya ahlaksız yayınların; kamu ahlakına veya özel itibara zarar veren diğer yayınların yayınlanmasına izin vermez. Bkz. **Robertson v. Baldwin**, 165 U.S. 275 (1897), p. 281.

¹⁰⁹ Bkz. **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 310.

¹¹⁰ Bkz. **Campbell**, “Natural Rights and the First Amendment”, p. 310-311; **Robertson v. Baldwin**, p. 281. Örneğin 1776 Virjinya Haklar Bildirisinde basın hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti gibi hak ve hürriyetler

3. Birinci Değişiklik Sonrasında Ortaya Çıkan Gelişmelere Genel Bakış

a. Çıkarılan Kanunlar Bakımından Örnekler

İfade hürriyetini sınırlandırmaya yönelik gerek federal devlet gerek federe devletler tarafından pek çok hukuki düzenleme yapılmaktadır. Bunları tek tek ele alıp incelemek mümkün olmadığı gibi gerekli de değildir. Bu çerçevede kanaatimizce ifade hürriyeti ve milli güvenlikle ilgili bazı kanun örneklerine yer vermek yeterlidir. Nitekim ifade hürriyetine yapılan müdahalelerin çoğu da savaş ve olağanüstü yönetim hallerinde ortaya çıkmıştır¹¹¹.

1791 tarihli Birinci Değişiklikten sonraki gelişmeleri milli güvenlik sebebiyle yapılan kanuni düzenlemeler bakımından üç evrede ele alabiliriz. Bunlardan ilki, 1940'lı yıllara kadarki dönem; ikincisi “Kızıl Korku” ya da “McCarthyizm Çağı” olarak anılan yılları da içerisine alan ve 1940'lardan başlayıp 11 Eylül (9/11) Saldırılarına kadar devam eden dönem ve nihayet 11 Eylül Saldırılarından sonraki dönemdir. Burada yaptığımız dönem ayrımı, ifade hürriyetine müdahale amacıyla çıkarılan önemli kanunlar dikkate alınarak yapılmıştır.

(1) 1791-1940 Arası Dönem

İlk olarak 1791-1940 yılları arasında karşımıza çıkan önemli kanuni düzenlemelerden söz edeceğiz. Bunlardan bazıları 1798 tarihli Yabancılar ve İhanet Kanunları (The Alien and Sedition Acts), 1917 tarihli Casusluk Kanunu (Espionage Act) ve 1918 tarihli İhanet Kanunudur (Sedition Act)¹¹².

(a) 1798 Tarihli Yabancılar ve İhanet Kanunları (The Alien and Sedition Acts)

Kanunlar ifade hürriyetinin sınırlandırılmasına yönelik Kongrenin ilk girişimleri olma özelliği göstermektedir¹¹³. İfade hürriyetinin sınırlandırılmasında önemli müdahaleleri içermesi yönüyle ve kabul edildiği erken tarih itibarıyla 1798 tarihli Yabancılar ve İhanet Kanunları (The Alien and Sedition Acts) inleyeceğimiz ilk kanunlardır. Kanunların kabul edilmesinden önce ortaya çıkan gelişmeler, kanunların

sayılmış ve önemi vurgulanmıştır. Bkz. **Mehmet Akad/Bihterin Vural Dinçkol/Nihat Bulut**, Genel Kamu Hukuku, 16. Bs., Der Yayınları, İstanbul 2020, s. 275-276.

¹¹¹ **Harr/Hess**, Constitutional Law..., p. 130.

¹¹² Bkz. **Mikail Uğuş/Mustafa Güçlü**, Amerika Birleşik Devletleri'nde Basın ve İfade Özgürlüğü: Ek Madde-1 Özelinde Örneklerle İnceleme, Kriter Yayınevi, İstanbul 2021, s. 25-33.

¹¹³ **Harr/Hess**, Constitutional Law..., p. 130.

hazırlanmasında ve kabul edilmesinde etkili olmuştur. Bu nedenle kanunların hangi olaylar sonrasında, hangi amaçlarla çıkarıldığı ve nasıl uygulandığı ifade hürriyeti ve milli güvenlik bakımından oldukça önemlidir. Diğer yandan Kanunlar, Birinci Değişiklikten kısa süre sonra çıkarıldığı için bu dönemde çıkarılan diğer kanunlara göre daha fazla önem ifade etmektedir. Nitekim kimilerine göre Birinci Değişiklik bu Kanunlar esas alınarak yorumlanmalıdır¹¹⁴.

1798 tarihli Yabancılar ve İhanet Kanunlarının kabul edilmesinde, yeni vergilere karşı başlayan ve Viski İsyanı olarak bilinen isyanın etkisi fazladır. İsyanın zemin hazırlayan fikir ayrılıkları, ifade hürriyetine yönelik temel teorik ayrışmalara dayanmaktadır. Bu ayrılıklar, federalistlerin “ifade hürriyetine yönelik sansür uygulamamayı yeterli görmeleri ve halkın seçtiği temsilcilerin görevlerini yerine getirebilmesi için haksız saldırılardan korunması” gerektiği düşüncesi ile anti-federalistlerin “halkın sadece oy kullanma hakkına sahip olmadığı, aktif yurttaş olarak seçimden sonra da temsilcilerini eleştirebileceği ve devlet meseleleriyle ilgilenebileceği” düşüncesi arasındaki farka bağlı olarak ortaya çıkmıştır¹¹⁵.

Diğer yandan kanunların kabul edilmesine etki eden başka sebepler de vardır. Yine bu dönemde Devrim sonrasında Fransa’nın Birleşik Krallıkla savaşa girmesiyle Amerika iki devletin arasında kalmış ve tarafsız olmayı tercih etmiştir. Ancak federalist yönetim, Fransızların şiddete dayalı yönetiminden, Fransız devrimcilerinin benimsediği demokrasi modelinden ve anti-federalistlerin bu gelişmelerden etkileneceğinden korkmuştur. Buna karşılık anti-federalistler de federalistlerin aristokratik bir devrim yapmasından endişe etmişlerdir¹¹⁶. İşte bu şartlar altında özellikle federalistlerin cumhuriyetçileri, Fransızların demokrasi anlayışıyla ve Jakoben tarzıyla ilişkilendirmesi

¹¹⁴ Birinci Değişiklik, hürriyetlerin korunmasında hemen etkili olmamıştır. Hürriyetler üzerinde baskı, sansür, cezalandırma devam etmiştir. Bkz. **Gürkan**, “Amerika Birleşik Devletlerinde Haber Alma Hürriyeti”, s. 151.

¹¹⁵ **Feldman**, *Free Expression & Democracy in America*, p. 73. Varlıklı ve iyi eğitim almış John Adams gibi federaller aristokratların ülkeyi yönetmesini istemiştir. Onlara göre, halk-sıradan insanlar kolaylıkla yönlendirilebilir ve kıskırılabilir. Jefferson gibi anti-federalistler (cumhuriyetçi-demokratlar) ise sıradan insanı cahil görmemiştir. Onlara göre sıradan insanların yeni ulusun yönetiminde yer alması gerekir. Bkz. **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 65-66. Federalistler (Hamilton ve diğerleri) ile anti-federalistlerin (Jefferson ve arkadaşları) yaklaşımlarındaki farklar için ayrıca bkz. **Gürkan**, “Amerika Birleşik Devletlerinde Haber Alma Hürriyeti”, s. 157-158.

¹¹⁶ **Feldman**, *Free Expression & Democracy in America*, p. 74-75; **John C. Miller**, *Crisis in Freedom: The Alien And Sedition Acts*, Little, Brown and Company, Boston 1952, p. 72-77. Kanunlar kabul edildiğinde ülke Amerikan milliyetçiliğinin temsilcisi olan federalistler (parti) tarafından yönetilmekteydi. Bkz. **Miller**, *Crisis in Freedom...*, p. 3.

ile yabancıların Amerikan düzenini bozacağından korkulması sonucunda Kanunların kabul edildiği görülmektedir¹¹⁷. Ayrıca Kanunlar, milli güvenlik meselelerinin ve başkanın kişisel itibarının ifade ve basın hürriyetinden üstün tutulduğu ilk örnekleri temsil etmektedir¹¹⁸.

1798 tarihli Yabancılar ve İhanet Kanunları olarak bilinen kanunlar, bu koşullar altında çıkarılmıştır ve aynı amaca sahip birbirinden farklı dört kanundan oluşmaktadır. Kanunlar; Vatandaşlığa Kabul Kanunu (The Naturalization Act), Yabancılar Kanunu (The Alien Act), Yabancı Düşmanlar Kanunu (Alien Enemies Act) ve İhanet Kanunu (Sedition Act)'dur¹¹⁹. Söz konusu Kanunlar, John Adams döneminde Fransa'ya karşı deniz savaşlarına girildiği sırada kabul edilmiştir. Kanunlardan üçü tam olarak uygulanamasa da İhanet Kanunu hem uygulanması hem de ifade hürriyetine etkisi bakımından önemlidir. Dolayısıyla bu kanunlardan en kötü şöhrete sahip olanı, ifade hürriyetini en çok sınırlandıranı ve tartışmaların merkezinde yer alanı İhanet Kanunudur¹²⁰.

¹¹⁷ **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 74-79; ayrıca bkz. **Peter McNamara**, "Hamilton, Alexander", in Encyclopedia of the First Amendment, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009, p. 545; **Harr/Hess**, Constitutional Law..., p. 130.

¹¹⁸ **Paul J. Cornish**, "Adams, John", in Encyclopedia of the First Amendment, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009, p. 60.

¹¹⁹ **Clyde Willis**, Student's Guide to Landmark Congressional Laws on the First Amendment, Greenwood, Westport 2002, p. 5; ayrıca bkz. **Rudanko**, Discourses of Freedom of Speech..., p. 72; **Gordon S. Wood**, Empire of Liberty: A History of the Early Republic, 1789–1815, Oxford University Press, New York 2009, p. 247-249. Başkan Trump ikinci başkanlık döneminde, Uzun yıllardan sonra ilk kez Yabancı Düşmanlar Kanunu (Alien Enemies Act) derin uykusundan uyandırmıştır. Trump, "Amerika Birleşik Devletleri Başkanı ve Başkomutan olarak, Amerikan halkını bu işgalin yıkıcı etkilerinden koruma" görevi olduğunu; Amerika Birleşik Devletleri Anayasası ve Amerika Birleşik Devletleri kanunları, Yabancı Düşmanlar Kanunu (50 U.S.C. 21 vd.) uyarınca kendisine verilen yetkiyle Tren de Aragua (TdA) isimli yabancı terör örgütüne karşı Başkanlık kararı (ilanı/emri) yayınlamış ve talimatlar vermiştir. Buna göre, yabancı düşmanların oturma izinlerinin iptali, mallarının müsaderesi, gözaltına alınması ve tutuklanması gibi hususlar düzenlenmiştir. Bkz. **Invocation of the Alien Enemies Act Regarding the Invasion of The United States by Tren De Aragua (Proclamation)**, The White House, 14.03.2025, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/03/invocation-of-the-alien-enemies-act-regarding-the-invasion-of-the-united-states-by-tren-de-aragua/>, (E.T. 23.03.2025); gelişmeler hakkında bkz. **Sofia Ferreira Santos**, "What is the 1798 law that Trump used to deport migrants?", 22.03.2025, <https://www.bbc.com/news/articles/cy871w21d3vo>, (E.T. 23.03.2025).

¹²⁰ **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 5; **Rudanko**, Discourses of Freedom of Speech..., p. 72-73; ayrıca bkz. **Bogen**, "The Origins of Freedom of Speech and Press", p. 460-461; **Heyman**, "Righting the Balance", p. 1292. Bu Kanunun yol açtığı sorunlar basit değildir. Sorunlar Kanundan öncesi ve sonrası bakımından bir zihniyet meselesidir. Bkz. **Curtis**, Free Speech, p. 49. İhanet Kanununun orijinal tam metni için bkz. **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 9-10; **Rudanko**, Discourses of Freedom of Speech..., p. 73-74; <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=16&page=transcript#no-3>, (E.T. 11.02.2025).

Fransız ve İrlandalı devrimcilerin devlet için bir tehdit olarak görülmesi, diğer bir ifadeyle yabancıların yol açacağı sonuçlardan korkulmasının etkisi nedeniyle kabul edilen bu Kanunla, başkan ve Kongre hakkında itibarı zedeleyici yazılar yazmak, onları eleştirmek gibi eylemler ihanet olarak kabul edilmiştir¹²¹. Ayrıca Başkanın partisi olan Federalist Parti, Kanuna göre hükümeti eleştirmenin dahi Anayasayı ortadan kaldırmak olduğunu iddia etmiştir¹²². Federalistler, böyle bir Kanunun kabul edilmesiyle anti-federalist muhalefeti susturmayı, Başkan Adams'ı eleştirilerden korumayı ve bu sayede gelecek seçimleri kazanmayı ummuşlardır¹²³.

Kanunun liberal endişelerle ve Zenger ilkelerine mümkün olduğunca bağlı kalınarak hazırlandığı, Amerikan muhalefet geleneğinin korunmaya çalışıldığı ileri sürülmektedir. Buna karşılık muhalefetin bastırılmaya çalışıldığı da söylenmektedir. Söz konusu ikilem arasında ifade hürriyetine karşı çıkarılan kanunlar muhalefetin ifade hürriyetine dair kapsamlı görüşler ileri sürmesini sağlamıştır¹²⁴.

Federal devlet tarafından düşünce açıklamalarını bastırmayı amaçlayan bir kanunun çıkarılmasına yönelik eleştirilerin temelinde ifade hürriyetinin mutlak olduğu düşüncesi yatmaz. En azından ilk itirazlar bu düşünceye dayanmamaktaydı. Ancak Birinci Değişiklikle federal devletin ifade hürriyetini sınırlandırmasının yasaklandığı düşüncesi ileri sürülmüştür. Bu nedenle kısıktıcı karalamayı ve gerçeğe aykırı fikirlerin yayılmasını önlemek için federal devletin değil, federe devletlerin ifade hürriyetine müdahale edebileceği savunulmuştur. Görüldüğü gibi bu aşamada asıl sorun ifade

¹²¹ **Maggee**, Freedom of Expression, p. 2; **Uğuş/Güçlü**, Amerika Birleşik Devletleri'nde Basın ve İfade Özgürlüğü..., s. 25; **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 5; ayrıca bkz. **Heyman**, "Righting the Balance", p. 1292; **Douglas Fraleigh/Joseph Tuman**, Freedom of Expression in the Marketplace of Ideas, SAGE Publications, Thousand Oaks 2011, p. 143-146; **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 67; **Wood**, Empire of Liberty..., p. 259.

¹²² **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 5. Buna karşılık daha sonra demokratlar olarak anılacak cumhuriyetçiler, muhalefeti susturmanın Anayasayı ortadan kaldırmak anlamına geldiğini savunmuştur. Bkz. **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 3-5. Bu dönemde ifade hürriyetine ilişkin cumhuriyetçi ve federalist yaklaşımın farklılığı için ayrıca bkz. **Rudanko**, Discourses of Freedom of Speech..., p. 72. Cumhuriyetçiler, Jefferson gibi tarıma dayalı düşünceleri savunurken; federalistler, Hamilton gibi, merkantilizme ve yeni sanayiciliğe dayalı düşünceleri savunmuşlardır. Bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 70.

¹²³ **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 79-80; **Wood**, Empire of Liberty..., p. 257-259. Fakat zamanla bu dönemin kanunları, federalistlerin tarihine izi silinemeyecek kara bir leke bırakmıştır. Bkz. **Wood**, Empire of Liberty..., p. 247.

¹²⁴ **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 79-86. Kanunlar, cumhuriyetçilerin kalelerinde anında güçlü bir muhalefetle karşılaşmış ve muhalefetin Virginia Kararını (Resolution) (1798) ve Kentucky Kararını (1799) almasına neden olmuştur. Bu kararlar kanunların anayasal geçerliliğine ilişkin tartışma ve kanaatleri içermektedir. Bkz. **Cornish**, "Adams, John", p. 60; **Heyman**, "Righting the Balance", p. 1292.

hürriyetinin neden ve nasıl sınırlandırıldığı değil, sınırlandırmanın kim tarafından yapılabileceğiyle ilgilidir¹²⁵.

Bu çerçevede, muhaliflere göre Değişiklikte verilmeyen bir yetki kullanıldığından Kongre tarafından çıkarılan Kanun Anayasaya aykırıdır. Sınırlandırma yetkisi federe devletlerdeyken, bu Kanunla federal devlet ifade hürriyetini sınırlandırmaktadır. Yetkisi olmadığı halde federal devletin böyle bir kanun çıkarması federe devletlerin bir kısmının tepkisine yol açmış, hatta bu büyük bir krize ve iç savaşın eşiğine gelmesine neden olmuştur¹²⁶. Nitekim devletlerin bir kısmı ve anti-federalist muhalefet, federal devletin haksız bir şekilde güç kullanarak devleti bir monarşiye dönüştüreceğinden endişe etmiştir. Anti-federalistlerin eleştirilerini doğrularcasına, federalist yönetim de muhalefeti susturmak için Kanunu bir silah gibi kullanmayı sürdürmüş, bu doğrultuda pek çok kovuşturma başlatmıştır¹²⁷.

Anti-federalistlerin federal devletin yozlaşacağına dair endişelerinin haklı olduğunun iyiden iyiye anlaşılmasıyla muhalefet, daha kapsamlı bir ifade hürriyeti teorisi geliştirmiştir. İlk etapta federalistlerin aksine anti-federalistler, ifade hürriyetini sınırlandırma yetkisine yalnızca federe devletlerin sahip olduğunu savunmuşlardır. Bu tartışma çerçevesinde anti-federalistler açısından asıl amacın federe devletlerin egemenlik yetkilerinin federal devlet karşısında korunması olduğunu söylemek mümkündür. İki tarafın ifade hürriyetine ilişkin teorik yaklaşımları farklı olduğundan, ifade hürriyetinin korunması ve sınırlandırılmasına ilişkin tutumlar da farklıdır¹²⁸.

¹²⁵ **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 83; ayrıca bkz. **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 67-68. Federalistler, kanunların Blacstone'un ifade hürriyeti tanımına uygun olduğunu savunurken muhalifler federal devletin ifade hürriyetini bu Kanunla sınırlandırmasının Birinci Değişikliğe aykırı olduğunu savunmuştur. Bkz. **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 67-68.

¹²⁶ **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 84-87.

¹²⁷ **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 84-87. Kanunun tam olarak muhalefeti susturmak ve bir sonraki seçimlerde etkisiz hale getirmek için bir araç olarak kullanıldığını söylemek mümkündür. Muhlif gazeteler aleyhine açılan davalar, muhalefete verilen para ve hapis cezaları federalistlerin bu konudaki çabalarının sonuçlarıdır. Bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 86-89.

¹²⁸ Ayrıca bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 73, 89; **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 68. Federalistler ifade hürriyetine sansür uygulamayı yeterli görmüşler ve halkın seçtiği temsilcilerin görevlerini yerine getirebilmesi için haksız eleştirilerden korunması gerektiğini düşünmüşlerdir. Anti-federalistler ise halkın sadece oy kullanma hakkına sahip olmadığını, aynı zamanda seçimden sonra dahi temsilcilerini eleştirebileceğini ve devlet meseleleriyle ilgilenebileceğini savunmuşlardır. Tarafların farklılıkları dikkate alındığında ifade hürriyetinin bir biçimde korunmaya çalışıldığı görülmektedir. İki taraf da haklı endişeler taşımaktadır. Ancak federalistlere yöneltilen en büyük eleştiri, herkes tarafından kamu görevlilerinin sorgulanabilir ve eleştirilebilir olması gerektiği halde federalist yönetimin buna imkân tanımamasıdır. Bu bağlamda federalistler, muhalifler tarafından monarşist olarak görülmüştür. Ayrıca bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 73-74.

Örneğin Madison, doğrudan sansür öngörülmesine bile Kanunun kişilerin düşüncelerini ifade etmesini engellemesi, yani caydırıcı etkiye yol açması sebebiyle dolaylı olarak sansüre yol açabileceğini belirtmiştir. Yine Madison Amerika’da yürütmeden gelebilecek tehlikelere karşı tedbir alınmışsa da yasama organına karşı hürriyetlerin korunması için yeterince güvence sağlanmadığını savunmuştur. Çünkü ona göre, yayınlara ruhsat veren ve yayınlar üzerinde denetim yapan yürütme gibi yasama organı da ifade hürriyetini sınırlandıracak kurallar koyar. Son olarak Madison, federe devletlerin dahi ifade hürriyetine yönelik bir yetkisi olmadığını açıkça dile getirmese de ima etmiş, ifade hürriyetine karşı cezai bir yaptırımda bulunulamayacağını düşünmüştür¹²⁹.

Madison’ın yanı sıra ifade hürriyetine yönelik görüş sunan başka isimler de vardır. Örneğin Hay, federe devlet tarafından dahi ifade hürriyetinin sınırlandırılmayacağını, fakat Madison’ın da kabul ettiği gibi devlet görevlilerine yönelik iftiralar nedeniyle hukuk mahkemelerinde dava açılabilmesini savunmuştur¹³⁰. Bu çerçevede muhaliflerin görüşleri bazen halkın egemenliğine bağlı cumhuriyetçi demokrasiye bazen ise Locke’a kadar ulaşan liberalizme dayanmaktadır. Ancak nihayetinde “federe devletlerin” dahi cezalandırma yetkisinden yoksun olduğu sonucuna ulaşılmıştır¹³¹. Burada ele aldığımız görüşler, sınırlandırma yetkisine “sadece federe devletlerin sahip olduğu” düşüncesinden “federe devletlerin dahi bu yetkiye sahip olmadığı” düşüncesine evrilmektedir. Özellikle iftira ve hakaret gibi ifadelerin ceza hukukunun değil, tazminat hukukunun konusu yapılması görüşü dikkate değerdir.

Kanunların çıkarılmasında İngiliz geleneğinin de etkili olduğunu eklemek gerekir. Çünkü yukarıda ele aldığımız görüşlerin bir kısmı Değişiklik ile sadece sansürün yasaklandığını kabul etmiştir. Diğer bir ifadeyle, çoğuna göre ifadenin önceden sınırlandırılması yasaklanmışken düşünce açıklandıktan sonra ifadenin sınırlandırılması

¹²⁹ **James Madison**, Report on the Alien and Sedition Acts (7 January 1800), <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-17-02-0202>, (E.T. 11.02.2025); **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 90-92. Ayrıca Madison, Birleşik Devletlerde yasama ve yürütme organlarının halk tarafından seçilmesi nedeniyle halkın bu organlara karşı ifade hürriyetine; sadece seçme değil, seçtikten sonra onları denetleme ve eleştirme hakkına sahip olduğunu savunmuştur. Ayrıca bkz. **Madison**, Report on the Alien and Sedition Acts; **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 90-91.

¹³⁰ İleri sürülen fikirler için bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 91-94; **George Hay**, An Essay on the Liberty of the Press, 1799, p. 16-24.

¹³¹ **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 93-94.

serbesttir. Bu nedenle İhanet Kanunu Anayasaya aykırı olarak değerlendirilmemiştir¹³². Birinci Değişiklik yapılmadan önce ifade hürriyetinin yalnızca sansürü yasakladığını, düşüncenin açıklanmasından sonraya ilişkin bir güvence sağlamadığını ileri süren yazar ve hâkim Blackstone'un görüşleri bunda etkili olmuştur¹³³.

Diğer taraftan tüm bu tartışmalara rağmen, 1798'de henüz Yüksek Mahkeme, denetim-denge sistemi içerisinde görülmediği ve hakimler büyük ölçüde başkana bağlı üyeler olduğu için Kanunun yargı organı tarafından denetlenmesi sağlanamamıştır¹³⁴. Fakat Kanun hakkında hiçbir zaman doğrudan karar vermemesine rağmen Mahkeme, 150 yıldan fazla bir süre sonra New York Times v. Sullivan (1964) kararında, Kanunun geçerliliğine ilişkin durumun tarih yargılamasında açıklığa kavuştuğunu belirtmiş; daha sonra ilga edilerek suçlu bulunanların Başkan tarafından affedildiğini, onlardan özür dilendiğini ve Başkanın Kanunun geçersiz olduğuna dair açıklamasını hatırlatarak kurumsal tavrını ortaya koymuştur¹³⁵.

Görüldüğü üzere tartışmalara ilişkin Kanunun yürürlükte bulunduğu sürede yargısal ve hukuki sonuçlar elde edilememiştir. Ancak henüz tartışmaların başında ve Kanun kabul edilmeden önce arkadaşlarına sakın olmaları gerektiğini, halkın federalistlerin keyfilliğini fark edeceğini ve cumhuriyetçi ilkelere döneceğini söyleyen Jefferson, aslında haklı çıkmıştır. Elindeki yasama ve yürütme gücüyle muhalefeti susturmak için tüm gayretini sarf eden federalistler, muhalefetin ifade hürriyetini geliştirecek teoriler ortaya koymasını ve muhalefete güvenin artmasını sağlamıştır¹³⁶. Nitekim bir sonraki seçimde ortaya çıkan anti-federalistlerin zaferi bunu göstermektedir.

¹³² **Magee**, Freedom of Expression, p. 3; ayrıca bkz. **Bogen**, "The Origins of Freedom of Speech and Press", p. 460; **Miller**, Crisis in Freedom..., p. 80-81. Buna yöneltilen itirazlar için bkz. **Heyman**, "Righting the Balance", p. 1292-1294.

¹³³ Ayrıca bkz. **Heyman**, "Righting the Balance", p. 1284, 1292. Değişiklikle sadece sansürün yasaklandığı iddia edilmiştir. Dönemin cumhuriyetçileri ise buna karşı çıkarak argümanlar geliştirmişlerdir. Bkz. **Heyman**, "Righting the Balance", p. 1292-1294; ayrıca bkz. **Curtis**, Free Speech, p. 49.

¹³⁴ **Magee**, Freedom of Expression, p. 2; ayrıca bkz. **Özsoy**, "...Düşüncüyü Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar", s. 35. James Madison ve Thomas Jefferson gibi önde gelen cumhuriyetçiler, Kanuna karşı çıkmıştır. Karşı hamle olarak da Kentucky ve Virginia eyaletleri kararlar almıştır. Örneğin Virginia Kararı, James Madison tarafından kaleme alınmış ve Kararla bu Kanunun Anayasa tarafından verilmeyen bir yetkiyle çıkarıldığı, Anayasada böyle bir yetki verilmediği gibi bunun açıkça yasaklandığı; hür ifade ve iletişimin engellenmesi sebebiyle verilecek tepkinin evrensel boyutta olması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. **Gaillard Hunt** (Ed.), The Writings of James Madison, Vol. VI, 1790-1802, G. P. Putnam's Sons, New York/London 1906, p. 328-329; ayrıca bkz. **Rudanko**, Discourses of Freedom of Speech..., p. 106; **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 84.

¹³⁵ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1365; **New York Times v. Sullivan**, 376 U.S. 254 (1964), p. 276.

¹³⁶ **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 81, 98.

Federalist Başkan John Adams'dan sonra 1800 seçimlerinde seçimi kazanan yeni Başkan Thomas Jefferson, Kanuna dayalı olarak mahkûm edilenlerden özür dilemiş ve Kanun ilga edilmiştir¹³⁷. 1801 yılında da Jefferson tarafından Kanuna dayanılarak mahkûm edilenlerin cezaları affedilmiştir. Bundan sonra hükümetin eleştirilmesi sorgulanamayan bir hak haline gelmiştir¹³⁸.

Federe devletler boyutunda ortaya çıkan sorunlar ve ihlaller sayılmazsa federal boyutta uzun bir süre ifade hürriyetiyle ilgili önemli bir gelişme olmadığı söylenebilir. Ancak 1830'lara gelindiğinde yeni sorunlar baş göstermiştir. Bu dönemde kölelik karşıtları mücadeleye kalkışmış ve bu mücadelenin dayanaklarından birisi ifade hürriyeti olmuştur. Nitekim broşürler, gazeteler ve dilekçeler muhaliflerce kullanılan en yaygın araçlardır. Siyasi atmosferin etkisiyle muhaliflerce sıkça kullanılan bu araçlar hedef haline gelmiş ve bu dönem, muhaliflerin silahı olan ifade hürriyeti üzerinde çeşitli etkilere yol açmıştır¹³⁹. Diğer yandan güvenlik açısından da ciddi sorunlar yaşanmıştır. Kölelik hakkındaki anlaşmazlığa dayalı olarak güney eyaletleri ile kuzey eyaletleri arasındaki çatışma ve sonrasında ortaya çıkan iç savaşın, milli bütünlük ve güvenlik açısından tehlike teşkil ettiğine şüphe yoktur. Bu bağlamda Başkan Lincoln söz konusu dönemde ülkeyi başkanlık kararnameleriyle yönetmiş ve Kongre de bu kararnameleri onaylamıştır. Dolayısıyla ifade hürriyeti kararnamelerle sınırlandırılmıştır¹⁴⁰. Görüleceği üzere ifade hürriyeti-milli güvenlik çatışması bakımından yaşananlar önemlidir.

İfade hürriyetine ilişkin diğer dikkate değer sorunlar müstehcenlikle ilgilidir. Bu dönem içerisinde müstehcen ifadelere karşı sansür uygulamaları yapılmıştır. New York'ta Ahlaksızlıkla Mücadele Derneğinin (New York's Society for the Suppression of Vice) başkanı olan Anthony Comstock 1915'te ölümüne değin, erotik yayınların önlenmesi, sansürlenmesi ve kürtajla mücadele edilmesi için etkili bir şekilde çaba sarf etmiştir¹⁴¹.

¹³⁷ **Chemersinsky**, Constitutional Law, p. 1365; **Bogen**, "The Origins of Freedom of Speech and Press", p. 462.

¹³⁸ **Magee**, Freedom of Expression, p. 3; döneme ilişkin gelişmeler ve yargılamalar için ayrıca bkz. **Curtis**, Free Speech, p. 88-92.

¹³⁹ **Magee**, Freedom of Expression, p. 3-4.

¹⁴⁰ **Magee**, Freedom of Expression, p. 5-6; ayrıca bkz. **Gürkan**, "Amerika Birleşik Devletlerinde Haber Alma Hürriyeti", s. 151. Ülkenin bölünmenin eşiğine geldiği bu dönemde dahi ifade hürriyetine Birinci Dünya Savaşı dönemindeki kadar müdahale edilmediği ileri sürülmektedir. Bkz. **Magee**, Freedom of Expression, p. 5-6.

¹⁴¹ Kapsamlı açıklamalar ve gelişmeler için bkz. **Magee**, Freedom of Expression, p. 7-9; **Helen Lefkowitz Horowitz**, "Victoria Woodhull, Anthony Comstock, and Conflict over Sex in the United States in the 1870s", The Journal of American History, Vol. 87, N. 2, Y. 2000, p. 417-420. Comstock'un ahlaksızlığa

(b) 1917 Tarihli Casusluk Kanunu (Espionage Act)

Amerika'nın Birinci Dünya Savaşına 1917 yılında girmesi, ifade hürriyeti için bir eşik olmuş ve yeni bir dönemi başlatmıştır. Çünkü savaşa girilmesiyle birlikte Kongre, savaşı sürdürmesi, toplum desteğini sağlaması ve muhalefeti susturması için Başkan Wilson'u yetkilendirmiştir. Wilson yönetimi, savaşı “kutsal haçlı seferi” olarak değerlendirirken savaş döneminde ortaya çıkan muhalifler de hain olarak görülmüştür. 1917 tarihli Casusluk Kanunu (Espionage Act) bu koşullarda kabul edilmiştir¹⁴². Dolayısıyla Casusluk Kanunu, İhanet Kanunu gibi savaş koşullarının bir eseri ve iç muhalefeti susturmanın bir aracı olmuştur¹⁴³. Savaş ortamında Kanun ve döneme hâkim olan zihniyet, “ya-ya da”cıdır. Üçüncü bir yolun kabul edilmediği, “dost ya da düşman” denklemine zorunlu kılındığını söyleyebiliriz. İçerik itibarıyla ise Kanunla askeri sır olarak görülen bilgilerin açığa çıkarılması veya sadakatsizliğe teşvik niteliğinde görülebilecek içerikteki ifadeler yasaklanmış ve cezai yaptırım öngörülmüştür¹⁴⁴.

Casusluk Kanunuyla yasaklanan ifadelere ilişkin yargılama yapılabilmesi için aranan şartlar ağır olduğundan hükümet Kanundan beklediğini elde edememiş ve Kanunda değişiklik yapılması ihtiyacı doğmuştur. Bu nedenle aynı dönemde 1918 tarihli İhanet Kanunuyla Casusluk Kanununda bazı değişiklikler yapılmıştır. Hükümetin ve siyasi sembollerin eleştirilmesi yasaklanmış, ordu ve postane gibi kurumlar tehlikeli ifadeleri engellemek için görevlendirilmiştir¹⁴⁵. Özetle, yapılan değişiklik öncesi ve

karşı artan üzü, Genç Erkeklerin Hristiyan Derneğinin (the Young Men's Christian Association-YMCA) başkanı olan zengin bankacı-avukat Morris K. Jessup da dahil olmak üzere toplumda önemli ve saygın çevrelere ulaşmıştır. Comstock bu çevrelerden destek görmüş ve Jessup, ahlaksızlığın önlenmesi için özel bir komite kurarak, Comstock'u bu komitenin lideri olarak işe almıştır. Bkz. **Magee**, Freedom of Expression, p. 96.

¹⁴² **Magee**, Freedom of Expression, p. 9; ayrıca bkz. **Thomas I. Emerson**, “Freedom of Expression in Wartime”, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 116, Y. 1968, p. 980-981; **Uğuş/Güçlü**, Amerika Birleşik Devletleri'nde Basın ve İfade Özgürlüğü..., p. 28; **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 12.

¹⁴³ **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 12; **Tobias T. Gibson**, “Bad Tendency Test”, in Encyclopedia of the First Amendment, John R.Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009, p. 125.

¹⁴⁴ **Magee**, Freedom of Expression, p. 9; ayrıca bkz. **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 15-18. “Ya/ya da” anlayış toplum mühendisliğinin beslendiği kaynaktır. Bu, tek doğrunun olduğu inancına dayanır ve bu doğruya inanmayanları dönüştürmeyi, dönüştürmek mümkün değilse onları ortadan kaldırmayı gerektirir. Bkz. **Zühtü Arslan**, Anayasa Teorisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 209.

¹⁴⁵ **Magee**, Freedom of Expression, p. 9; **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 20-21; ayrıca bkz. **Mary Welek Atwell**, “Brandeis, Louis D.”, in Encyclopedia of the First Amendment, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009, p. 198. Kanunun orijinal tam metni için bkz. **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 23-24.

sonrası için şunu söyleyebiliriz: Casusluk Kanunu, Amerika'ya ait deniz ve kara kuvvetleri aleyhine ifadeleri yasaklamışken 1918 tarihli İhanet Kanunu, Anayasayı ve devleti hedef alan bütün ifadeleri yasaklamıştır¹⁴⁶.

(2) 1940-2001 Arası Dönem

1940'lı yıllara gelinceye değin 1930'larda yaşanan ekonomik kriz ve dünya savaşına rağmen ifade hürriyeti belli ölçüde korunmuş, bu yıllarda diğer hak ya da menfaatler arasında çıkan uyuşmazlıklarda "tercih edilen konum (preferred position)" doktrini benimsenmiştir. Böylece hemen her durumda ifade hürriyetinin önceliği ve ayrıcalığının olduğu kabul edilmiştir¹⁴⁷. Ancak, İkinci Dünya Savaşının etkisiyle yabancı karşıtlığı ve komünizm düşmanlığı dinmemiştir. Bu nedenle hükümeti devireceği düşünülen kişi ve gruplardan ülkenin kurtarılması amaçlanmıştır¹⁴⁸. Bu amacı sağlamaya yönelik girişim ve kanun teklifleri sonrasında 1940 tarihli Yabancıların Kayıtlanması Kanunu (Alien Registration Act) çıkarılmıştır. İhanet Kanununun (1798) devamı niteliğinde görülen Kanun, milli güvenliği korumak adına yabancıları baskı altında tutmak ve sınır dışı etmek için kabul edilmiştir¹⁴⁹. Dolayısıyla 20. yüzyılın ikinci çeyreğinin sonuna gelindiğinde ifade hürriyetinin altın çağı sona ermiştir. İkinci Dünya Savaşı ve Savaş sona erdikten sonra Soğuk Savaşın yol açtığı gerginlikler gibi etkenler hak ve hürriyetlere daha fazla müdahale edilmesine sebep olmaya başlamıştır¹⁵⁰.

¹⁴⁶ **Uğuş/Güçlü**, Amerika Birleşik Devletleri'nde Basın ve İfade Özgürlüğü..., s. 32; **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 21. Bu dönemde Amerikan Sivil Hürriyetler Birliği, 1917 Casusluk Kanunu ve 1918 İhanet Kanunu uyarınca yargılananlara hukuki yardım sağlamıştır. Görüldüğü üzere sivil hürriyet mücadeleleri varlığını sürdürmüştür. Bkz. **Dale Mineshima**, "American Civil Liberties Union", in Encyclopedia of the First Amendment, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009, p. 84.

¹⁴⁷ **Magee**, Freedom of Expression, p. 11.

¹⁴⁸ **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 26-27.

¹⁴⁹ **Uğuş/Güçlü**, Amerika Birleşik Devletleri'nde Basın ve İfade Özgürlüğü..., p. 33; **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 27; ayrıca bkz. **Louise Cainkar**, "Special Registration: A Fervor for Muslims", (Marquette University) Social and Cultural Sciences Faculty Research and Publications: 8, Y. 2002, p. 3. Amerikan Anayasası yabancılar ile vatandaşlar arasında bir ayrım gözetmemiş olsa da yabancıların statüsünün farklı olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu tür kanunların çıkarılmasında Kongrenin geniş yetkilere sahip olduğu benimsenmektedir. Bkz. **Allison Hayward**, "Alien and Sedition Acts", in Encyclopedia of the First Amendment, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009, p. 75. Ayrıca 1940 tarihli Yabancıların Kayıtlanması Kanunu (Alien Registration Act) kabul edilmeden önce yetmişten fazla kez buna benzer kanunların çıkarılması girişiminde bulunulmuştur. Bkz. **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 26-27.

¹⁵⁰ Bkz. **Magee**, Freedom of Expression, p. 11-12; ayrıca bkz. **Cainkar**, "Special Registration...", p. 3; **Uğuş/Güçlü**, Amerika Birleşik Devletleri'nde Basın ve İfade Özgürlüğü..., s. 33.

Bu dönemde “Kızıl Korku (Red Scare)” egemen olmuştur. Komünist ajanların yoksul Sovyetler Birliğinin nükleer silahlara ulaşmasını sağladığına inanılmıştır. Kızıl Korkunun etkisiyle Komünist Parti üyelerine baskılar artmış, partinin liderleri şiddet yoluyla kükümetin/iktidarın yıkılmasını savundukları gerekçesiyle tutuklanmıştır¹⁵¹. Ayrıca Kongre komiteleri, oyuncu, işçi ya da öğretmen gibi toplumun her kesiminden insanı takip altında tutmuş, kişilerin komünizm bağlantısını araştırmıştır. 1940-50’li yıllar arasında devam eden bu “kızıl cadı avı” ifade hürriyetinin büyük yara almasına yol açmıştır¹⁵². Nitekim Kanun, tıpkı 1798 tarihli İhanet Kanunu gibi siyasi muhalefetin bastırılmasında bir araç olarak kullanılmıştır¹⁵³.

Aynı döneme ilişkin İç Güvenlik Kanunundan da (The Internal Security (McCarran) Act of 1950) kısaca bahsetmek gerekir. Bu kanunun önemi kendisinden öncekilere göre belli bir görüşü, partiyi ve SSCB’yi açıkça hedef alıyor olmasıdır. Kanunun hazırlanmasındaki temel dürtü komünist harekete katılan herkesin Amerika’ya karşı olduğudur¹⁵⁴. Kanun, yaşanmakta olan bir savaşın etkisiyle değil, yeni bir dünya savaşına girileceği korkusunun egemen olduğu bir atmosferde kabul edilmiştir. Bu yönüyle İç Savaş veya Birinci Dünya Savaşı dönemlerinde kabul edilen kanunlardan ayrılmaktadır. Nitekim bu dönemde dünyada Amerikan karşıtı bir komünizm akımı başlamış; komünistler, çeşitli ülkelerde güçlenmiş ve Amerikalıların gözüyle Türkiye dahil pek çok Avrupa ülkesini tehdit eder hale gelmiştir. Dünyada ortaya çıkan bu gelişmeler Amerika’da iç hukuka ve hürriyet rejimine yön vermiştir¹⁵⁵.

(3) 2001 ve Sonrası

Amerikan hukuku bakımından komünizm karşıtlığı ifade hürriyeti için tek tartışma konusu olmamıştır. 11 Eylül Saldırılarına kadar geçen sürede ifade hürriyeti bakımından pek çok gelişme yaşanmıştır. Bu dönemde yaşanan sorunlar genel olarak

¹⁵¹ **Magee**, Freedom of Expression, p. 11-12; ayrıca bkz. **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 27; **Uğuş/Güçlü**, Amerika Birleşik Devletleri’nde Basın ve İfade Özgürlüğü..., s. 35.

¹⁵² **Magee**, Freedom of Expression, p. 12.

¹⁵³ **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 28; bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Marc-Georges Pufong**, “McCarthyism”, in Encyclopedia of the First Amendment, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009, p. 720-721. Kanunun orijinal tam metni için ayrıca bkz. **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 29-31.

¹⁵⁴ **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 33.

¹⁵⁵ **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 33-34; ayrıca bkz. **Pufong**, “McCarthyism”, p. 720. Diğer kanuni düzenleme ve gelişmeler için bkz. **Willis**, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. 35-52.

milli güvenlikle özel olarak ise savaş karşıtlığı ve Nazi destekçiliği gibi düşüncelerin açıklanmasıyla ilgilidir. Ancak 11 Eylül 2001 tarihi oldukça önemlidir. Çünkü bu tarihte Amerika'ya karşı büyük bir terör saldırısı gerçekleştirilmiştir. Dünyanın gözü önünde gerçekleşen saldırılar, ifade hürriyetini büyük ölçüde olumsuz etkilemiştir¹⁵⁶.

Saldırıların ardından 25 Ekim 2001 günü Vatanseverlik Kanunu (USA PATRIOT Act (Providing Appropriate Tools Required to Interrupt and Obstruct Terrorism Act)) Başkan Bush tarafından onaylanmıştır. Bu Kanunla yürütme organına dinleme yapma, yazışmaların takibi gibi ifade hürriyetine müdahale niteliğinde çeşitli yetkiler verilmiştir¹⁵⁷. Ayrıca 1996 tarihli Terörle Mücadele ve Etkin Ölüm Cezası Kanununun (The Antiterrorism and Effective Death Penalty Act) yetersiz kaldığı düşünüldükçe çıkarılan Kanunla daha önce öngörülen müdahalelerin kapsamı genişletilmiştir¹⁵⁸. Vatanseverlik Kanunu, milli güvenlik anlayışına yön veren olaylar bağlamında aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

2007 yılına gelindiğinde de Amerika'yı Koruma Kanunu (Protect America Act) kabul edilmiştir. Amerika'yı Koruma Kanunu ile Yabancı İstihbaratı Gözetleme Kanunu'nda (the Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)) değişiklikler yapılmış ve kişiler hakkında bilgi toplanılması, iletişimin ve kişilerin takip edilmesi gibi müdahaleler öngörülmüştür. Ayrıca Kanun öncelikli bir hedef olarak milli güvenliğin korunabilmesi için devlet kurumlarını yetkilendirmiş, El-Kaide veya ona benzer örgütlerle (al-Qa'eda-styled) ile diğer yabancı unsurlarla mücadelede gerekli olan araçlarla donatmıştır¹⁵⁹.

İfade hürriyetine müdahaleyi öngören kanunlar ve gelişmeler burada sayılanlardan ibaret değildir. Fakat Amerika'da ifade hürriyetinin gelişimi ve milli güvenlik bağlamında ifade hürriyetinin sınırlandırılmasını amaçlayan federal kanunlar genel olarak bunlardır. Görüldüğü gibi ifade hürriyetinin sınırlandırılması konusunda

¹⁵⁶ **Magee**, Freedom of Expression, p. 16-17.

¹⁵⁷ **Magee**, Freedom of Expression, p. 17. Bu kanun da milli güvenlikle ilgili diğer pek çok kanun gibi yabancılara ilişkin hükümlere ve önlemlere yer vermektedir. Ayrıca bkz. **Hayward**, "Alien and Sedition Acts", p. 75.

¹⁵⁸ **Özsoy**, "...Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar", s. 44; **Uğuş/Güçlü**, Amerika Birleşik Devletleri'nde Basın ve İfade Özgürlüğü..., s. 36; **Zeki Yıldırım**, İfade ve Basın Özgürlüğü Bağlamında Terör Örgütünün Propagandası Suçu, 2. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 138.

¹⁵⁹ Bkz. **Jeffrey F. Addicott/Michael T. McCaul**, "The Protect America Act of 2007: A Framework for Improving Intelligence Collection in the War on Terror", Texas Review of Law and Politics, Vol. 13, Y. 2008, p. 44-45, 54-59; **Uğuş/Güçlü**, Amerika Birleşik Devletleri'nde Basın ve İfade Özgürlüğü..., s. 37. "Protect America Act" hakkında ayrıca bkz. <https://www.justice.gov/archive/ll/index.html>, (E.T. 12.02.2025).

milli güvenliğin korunması arzusu önemli bir yere sahiptir. Birinci Değişiklik, ifade hürriyeti için anayasal bir dayanak oluştursa da ifade hürriyetinin teorisi ve hukuku, ortaya çıkan siyasi koşullar ve Yüksek Mahkeme içtihatları etrafında şekillenmiştir. İfade hürriyetine müdahale öngören kanunlar da siyasi ve toplumsal koşulların birer yansıması olarak görülmelidir.

b. Birinci Değişiklik Sonrasında Yüksek Mahkemenin Kararlarında İfade Hürriyetinin Tarihi Gelişimi

İfade hürriyetinin anlamının belirlenmesi, korunması ve sınırlandırılması hususunda en önemli organ Kongre ya da başkan değil, Yüksek Mahkemedir¹⁶⁰. Ancak Yüksek Mahkeme ilk dönem diyebileceğimiz 1791-1917 tarihleri arasında ifade hürriyetine ilişkin sessiz ve tepkisiz kalmıştır¹⁶¹. Bu nedenle söz konusu dönemdeki gelişmeler çerçevesinde verilen ilk kararlardan ve Mahkemenin tutumuna neden olan etkenlerden kısaca bahsetmenin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

İhanet Kanunun yürürlükten kaldırıldığı 1801 yılından Casusluk Kanununun kabul edildiği 1917 yılına kadar Yüksek Mahkemenin Birinci Değişiklik hakkında, özellikle ifade hürriyetine ilişkin yeterli değerlendirmede bulunmaması ve sessiz kalması sebebiyle eleştiriler yapılmaktadır. İfade hürriyeti bakımından sonraki dönemlerde ortaya çıkan içtihatlar ve geliştirilen ölçütlerde Mahkemenin ilk dönem kararlarından yararlanılamaması da sonraki kararlarla ilk dönem kararlar arasında istikrarsızlığın ortaya çıkmasına yol açmıştır. Kısacası ilk dönem kararlar ifade hürriyeti bakımından kaynak olarak kullanılamamıştır¹⁶².

Mahkemenin kararlarında ifade hürriyetinin değerlendirilmemesinin veya çok az kararda ifade hürriyeti bakımından bir değerlendirme yapılmasının birçok nedeni olabilir. Az sayıdaki kararların yanıltıcı olmalarını ve kaynak sağlayamamalarını Gibson üç ana nedene dayandırmaktadır. İlk olarak, ifade hürriyetini anayasal niteliğe kavuşturan Birinci Değişikliğin yalnızca federal devlete hitap ettiği, yani federe devletlerin (eyaletlerin) bu kuralın muhatabı olmadığı kabul edilmiştir. Bu nedenle 1925 yılında On Dördüncü Değişiklikle Birinci Değişiklik birlikte değerlendirilinceye kadar, eyalet

¹⁶⁰ Willis, Landmark Congressional Laws on the First Amendment, p. xxv.

¹⁶¹ Michael T. Gibson, “The Supreme Court and Freedom of Expression from 1791 to 1917”, Fordham Law Review, V. 55, Iss. 3, Y. 1986, p. 263-266.

¹⁶² Gibson, “The Supreme Court and Freedom of Expression...”, p. 263-264, 267.

mahkemelerinin verdiği kararlar Birinci Değişiklik açısından denetlenememiştir¹⁶³. Öte yandan ilk dönemde ekonomik ve siyasi koşullar gereği ifade hürriyeti ile birlikte birçok hak bakımından mahkemelere başvuru yapılmadığı da ileri sürülmektedir¹⁶⁴. Bu kapsamda Mahkeme tarafından incelenen uyuşmazlıklarda ifade hürriyetinin az bir yer kaplaması normal karşılanmaktadır. İkinci olarak, ifade hürriyetine ilişkin uyuşmazlıkların mahkeme kararlarıyla sınırlandırılmamış olması ve yerel mahkeme kararlarının ifade hürriyetine ilişkin güncel sorunları konu edinmemiş olması Yüksek Mahkemenin ilk dönem kararlarında ifade hürriyetine ilişkin değerlendirmelerin eksik olmasına neden olmuştur. Üçüncü olarak federal yönetimin ifade hürriyetine müdahale oluşturacak düzenlemelerinin azlığı da bir etken olarak görülebilir. Her ne kadar yukarıda saydığımız bazı federal kanunlar yürürlüğe girmiş olsa da Gibson, ifade hürriyetinin federal devlet tarafından sınırlandırılmasının çok sık karşılaşılan bir durum olmadığını, yapılan müdahalelerin ise sınırlı kaldığını belirtmektedir¹⁶⁵.

Yüksek Mahkemenin Birinci Değişikliğe ilişkin kararlarının yetersizliğine karşılık Mahkemenin önüne ifade hürriyetine ilişkin çeşitli uyuşmazlıklar gelmiştir. Bu kapsamda ilk dönemde verilen bazı kararlara yer vermek gerekir. İlk karar iftiraya ilişkin değerlendirmelerin yapıldığı *White v. Nicholls* kararıdır¹⁶⁶. Karar, Mahkeme tarafından iftiraya dair verilen ilk karar olması sebebiyle önemlidir. Dava konusu uyuşmazlık, 1841 yılında Amerikan Başkanına gönderilen bir mektupla ilgilidir. Mektupta federal bir kamu görevine atanmış olan White’a yönelik eleştiriler dile getirilmektedir. Fakat Mahkeme, bu davada Birinci Değişikliğe dair inceleme yapmamıştır. Kararda, sarf edilen ifadenin “kötü niyetle” yapılıp yapılmadığına ve bu hususta kötü niyete ilişkin ispat külfetinin kime ait olduğuna dair değerlendirme yapılmıştır¹⁶⁷. Mahkeme, imtiyazlı olarak kabul edilen ifadeler¹⁶⁸ hariç gerçeğe aykırı bir ifade söz konusu olduğunda bunun kötü niyetle

¹⁶³ **Gibson**, “The Supreme Court and Freedom of Expression...”, p. 267-270; **Magee**, Freedom of Expression, p. 10; **Robert M. O’Neil**, “Freedom of Speech”, in Encyclopedia of the First Amendment, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009, p. 10.

¹⁶⁴ **Gibson**, “The Supreme Court and Freedom of Expression...”, p. 267-270.

¹⁶⁵ **Gibson**, “The Supreme Court and Freedom of Expression...”, p. 271-272.

¹⁶⁶ **White v. Nicholls**, 44 U.S. 3 How. 266 (1845).

¹⁶⁷ **Gibson**, “The Supreme Court and Freedom of Expression...”, p. 281; **John R. Vile**, “White v. Nicholls (1845)”, in Encyclopedia of the First Amendment, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009, p. 1167.

¹⁶⁸ “(i) İftirada bulunduğu ileri sürülen yazar ve yayıncı, kanuni veya ahlaki, kamusal veya özel bir görevin yerine getirilmesinde veya kendi hak veya menfaatlerinin kovuşturulmasında iyi niyetli olarak hareket etmiş ve bazı iddialarda bulunmuşsa; (ii) Bir patron (efendi) kendi emrinde olan bir hizmetçisinin karakterini belirtirken bazı ifadeler sarf etmişse; (iii) Hukuki veya yargısal bir işlem sırasında bir takım kelimeler dile

söylenip söylenmediğine dair ispat külfetinin şikâyetle bulunanda değil, şikâyet edilende olduğunu dile getirmektedir. Diğer bir deyişle, imtiyazlı bir ifade söz konusu değilse kötü niyet olmadığını davalının ispat etmesi gerekir¹⁶⁹.

Mahkemenin iftiraya ilişkin ilk kararında yaptığı değerlendirmeler dikkate alındığında, kararın içeriğinde Birinci Değişikliğe yönelik bir hususa yer verilmediği açıkça görülmektedir. Buna rağmen kuşkusuz bu gibi kararların da iftira meselesine ve siyasilerin ya da kamu görevlilerinin eleştirilmesine ilişkin ifadeler bakımından ifade hürriyetine olumlu bir etkisi vardır¹⁷⁰. Fakat, elli yılı aşkın süredir yürürlükte olan Değişikliğin henüz gereken önemi görmediği de anlaşılmaktadır.

Başka bir karar *Turner v. Williams* kararıdır¹⁷¹. Çalışmamızın konusuyla yakından ilişkili olan kararda devletin egemenliği ile milli güvenlik bakımından bir değerlendirme yapılmıştır. Karara konu olan uyuşmazlık İngiliz asıllı bir yabancının anarşist olarak görülmesi, bu nedenle hakkında sınır dışı etme kararı alınması, kişinin tutuklanması ve göçmen bürosuna (the United States Immigration Station at Ellis Island) götürülmesi gibi bir dizi olaya ilişkindir. Olayda anarşist olduğu kabul edilen Turner, anarşist olmadığını, hükümetin şiddet kullanılarak yıkılması yönünde bir propaganda yapmadığını ve yalnızca “örgütlü emeğin çıkarlarını” desteklediğini belirtmiştir. Bu noktada savunma makamı, “sınır dışı etme kararı başta olmak üzere diğer tüm aleyhte verilen kararların dayanağı olan düzenlemelerin Birinci Değişikliğe aykırı olduğunu, dolayısıyla ifade hürriyeti kapsamında kalan düşünce açıklamaları nedeniyle bu kararların verilemeyeceğini” ileri

getirilmiŖse, kullanıldıkları taraf için ne kadar ağır olsa bile; (iv) Parlamento işlemlerinden usulüne uygun olarak yapılan, dilekçe şeklinde basılan ve Parlamento (Avam Kamarası) tarafından şikâyetleri dinlemek ve incelemek üzere atanan bir komitenin üyelerine teslim edilen yayınlar söz konusuysa” imtiyazlı ifadelerin olduğu kabul edilmektedir. Bkz. White v. Nicholls, p. 267; ayrıca bkz. Vile, “White v. Nicholls (1845)”, p. 1167.

¹⁶⁹ **White v. Nicholls**, p. 267. Uyuşmazlığın çıkmasına yol açan şikâyet edilendir. Bu bakımdan şikâyet edilen kişinin şikâyet eden kişi aleyhine bir iddiası vardır ve ilk ithamda bulunan odur. Dolayısıyla bu iddiasını ileri sürerken kötü niyetinin olmadığını göstermesi, kendisinden beklenir. Şayet imtiyazlı bir ifade varsa bile burada ifadelerin kötü niyetle kullanılmamış olması gerekir. Eğer kötü niyet varsa Mahkemeye göre, imtiyazlı ifade ilk bakışta kötü niyeti ortadan kaldırdığından, imtiyazlı ifade ile ilk iddiada bulunan değil, bu ifadenin kötü niyetle dile getirildiğini iddia edenin ispatlaması gerekir. Başka bir ifadeyle, söz konusu halde ispat külfeti yer değiştirir. Bkz. **White v. Nicholls**, p. 267, 286-287.

¹⁷⁰ **Gibson**, “The Supreme Court and Freedom of Expression...”, p. 279, 283.

¹⁷¹ **Turner v. Williams**, 194 U.S. 279 (1904). Dava, anarşist göçmenlerin; hükümetlerin ve hukukun kuvvet veya şiddet kullanarak devrilmesine (yıkılmasına) ve kamu görevlilerine suikast yapılmasına inanan ya da yapılmasını savunan kişilerin sınır dışı edilmesini öngören 1903 tarihli Göç Kanununa (the Immigration Act of 1903) dayanarak yapılan işlemlere ilişkindir. Bkz. **John R. Vile**, “Anarchy Statutes”, in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009, p. 97.

sürmüştür¹⁷². Ancak söz konusu kararda Mahkeme, davayı Birinci Değişiklik kapsamında değerlendirmemiş, ilgilinin düşünce açıklamaları nedeniyle anarşist olarak nitelendirildiğine karar verirken bu hususun Birinci Değişikliğe uygun olup olmadığını yeterince tartışmamıştır. Mahkeme, yalnızca her egemen devletin kendi ülkesine girecek yabancılar için serbestçe şartlar belirleyebileceğine ve gerekli görmesi halinde yabancıları ülkesinden sınır dışı edebileceğine karar vermiştir¹⁷³. Mahkemenin olaydaki kararları hukuka uygun görmesinin sebebi egemenlik teorisiyle ilgilidir. Oysa burada Anayasanın üstünlüğü gereği devletin egemenlikten kaynaklanan yetkilerinin kullanılmasında Anayasaya uygunluk şartının aranması, Kongre tarafından çıkarılan kanunların ve kanunların uygulanmasının Anayasaya uygunluğunun tartışılması gerekirdi.

Mahkemenin bu dönemde Birinci Değişiklik bağlamında ifade hürriyetine doğrudan atfı olmadığı gibi karar gerekçeleri dikkate alındığında Birinci Değişikliğe önemli katkısı da olmamıştır. Sonuç olarak örnek kararlardan anlaşılabileceği üzere Birinci Değişiklik belli ölçüde işlevsiz kalmıştır.

D. Yüksek Mahkemenin Denetiminde İfade Hürriyetine Müdahale Öngören Kuralların Niteliği

1. Genel Olarak Hukuk Kurallarının Muğlaklığı (Vagueness) ve Aşırı Genişliği (Overbreadth)

İfade hürriyetine yapılan müdahalelerde korunmak istenen menfaatten bağımsız olarak Mahkeme, kuralların bazı nitelikleri haiz olmasını gerekli görmektedir. Bunun sebebi kuralların bireylerin davranışlarına yeterince rehberlik etmesini, yani bireylerin davranışlarını serbestçe ve hukuki sonuçlarını öngörerek belirleyebilmelerini sağlamaktır. Çünkü davranışların hukuki anlam ve sonuçlarının öngörülebilmesine rehberlik edemeyen kurallar, hukuki güvensizliğe yol açar¹⁷⁴.

¹⁷² **Turner v. Williams**, p. 280-281, 289; ayrıca bkz. **Gibson**, “The Supreme Court and Freedom of Expression...”, p. 311-312.

¹⁷³ **Turner v. Williams**, p. 290-291. Mahkemeye göre Kanun, “Bir dinin kurulmasına atıfta bulunmuyor, dinin özgürce uygulanmasını da yasaklamıyor; konuşma veya basın özgürlüğünü kısıtlamıyor; halkın bir araya gelip hükümete şikayetlerini iletmesi için dilekçe verme hakkını da kısıtlamıyor”. Bkz. **Turner v. Williams**, p. 292.

¹⁷⁴ Hukuki güvenliğin gerekleri için bkz. **İsmail Köküsarı**, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 67-69; **Ayhan Döner**, Türk Anayasa Hukuku, 5. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s. 162-166.

İfade hürriyeti söz konusu olduğunda kuralların Birinci Değişiklik tarafından korunan ifadelerle birlikte korunmayan ifadeleri açıkça göstermesi ve bireylerin davranışlarına yeterince rehberlik etmesi gerekir. Aksi halde, ilk bakışta kurala uygun olarak yapılan bir düşünce açıklaması kuralın belirsizliği nedeniyle yaptırıma maruz kalabilir. Böyle bir belirsizlik, kişilerin olası yaptırımlarla karşılaşmamak için düşüncelerini açıklamamalarına neden olabileceği gibi hükümetlerin ve idarenin geniş takdir yetkisine sahip olmasına yol açar. Söz konusu durum anayasal olarak korunan ifadelerin gün yüzüne çıkmasını engeller. Bunu önlemek için Mahkeme, hukuki düzenlemelerin “muğlak” ve “aşırı geniş” olmamasını gerekli görmektedir. Belirtilen nitelikleri haiz olmaması halinde ise kurallar, Birinci Değişikliğe aykırı bulunmaktadır¹⁷⁵.

Anayasaya uygunluk denetiminde kuralların taşınması gereken bu gibi niteliklerin belirlenmesi denetimin ilk aşamasını oluşturmaktadır. Nitekim, ifade hürriyeti ve diğer anayasal hak ve hürriyetlere yapılan müdahalelerin dayanağını oluşturan kuralların belli niteliklere sahip olmaması halinde başka bir değerlendirme yapmaya gerek olmamalıdır. Bu aşama, AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları incelerken yapmış olduğu kanunilik denetime benzetilebilir¹⁷⁶. Biz de çalışmanın bu kısmında ifade hürriyetine müdahale öngören kuralların taşınması gereken nitelikler bağlamında muğlaklık (vagueness) ve aşırı genişlik (overbreadth) doktrinlerini ele alacağız.

2. Muğlaklık Doktrini

a. Muğlaklık Kavramı

Bir kuralın muğlak (belirsiz) olması, makul bir kişi tarafından okunduğunda neyi yasaklayıp neyi serbest bıraktığının anlaşılamaması demektir. Bu durumda kişilerin ya da

¹⁷⁵ Bkz. **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 140-141. Örnek kararlar için bkz. **NAACP v. Button**, 371 U.S. 415 (1963); **City of Houston v. Hill**, 482 U.S. 451 (1987).

¹⁷⁶ Örneğin Anayasa Mahkemesi, anayasal hakları sınırlandıran kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebileceği kadar hukuki belirlilik taşıması gerektiğini belirtmektedir. Başka bir ifadeyle Mahkemeye göre, kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önemli bir husustur. Bu bağlamda kanunun erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade eden belirliliğinin olması gerekir. Bkz. **Hüseyin Ercan Başvurusu**, B. No: 2018/11352, 8/9/2021, § 39. AİHM de hakları sınırlandıran kuralların belli nitelikleri haiz olmasını gerekli görmektedir. Kural, kişilere rehberlik etmeli ve kişiler eylemlerinin sonuçlarını öngörebilmelidir. Bu bağlamda Mahkeme, kişiye davranışını düzenleme imkânı vermek için yeterli açıklığa sahip olmayan kuralın “kanun” olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmektedir. Bkz. **HUDOC, Bouton v. Fransa**, Application N. 22636/19, 13.10.2022, § 33. Kanunilik hakkında ayrıca bkz. **Döner**, Türk Anayasa Hukuku, s. 198-199.

hukuk uygulayıcılarının kuralın anlamına dair tahminde bulunması gerekir¹⁷⁷. İlk olarak kişiler açısından bakıldığında, kişilerin bir eylemi gerçekleştirmeden önce yasaklanan ve yasaklanmayan eylemler arasından serbestçe tercih yaptığı temel bir varsayımdır. Bu nedenle kuralların muhataplarınca anlaşılabilir olması ve kişilerin kuralları anlayarak eylemlerini serbestçe belirleyebilmesi gerekir. Aksi takdirde suç işleme iradesi olmayan bir kişi muğlak kural nedeniyle “kastı olmadan” yasaklanan eylemi gerçekleştirebilir. Bu bakımdan muğlak kuralların vatandaşları adeta tuzağa çektiğini söylemek gerekir¹⁷⁸.

Kanunun, muhataplarını tahmine mecbur bırakmasının uygulayıcılar açısından da sonuçları vardır. Tahminde bulunularak adeta yeni bir kural konulması, yargı organları tarafından yasama yetkisinin gaspı anlamına gelir. Yargı organı ortaya çıkan belirsizlikle adeta kendisi kanun koyucuymuş gibi hareket edebileceği gibi belirsiz ve denetimsiz bir yetkiye sahip olduğu yanılgısına da kapılabilir. Diğer yandan mahkemeler arasında muğlak kuralın anlaşılmasına ilişkin çelişkili kararların verilmesine, kuralın uygulamasında istikrarsızlığa ve fikir ayrılığına yol açar¹⁷⁹.

Sonuç olarak ortaya çıkan bu belirsizlik ve istikrarsızlık kişilerin hukuka uygun olan eylemlerini dahi yapmaktan kaçınmalarına, hiç değilse eylemde bulunurken kendilerini güvende hissetmemelerine neden olur¹⁸⁰. Bu çerçevede kişinin eylemini yeterince yönlendiremeyen ve uygun davranılmadığında ceza tehdidi içeren bir kuralın, hürriyet rejimiyle ve Anayasanın hürriyetlere verdiği önemle bağdaşmadığını söylemek gerekir. Çünkü böyle bir kural yalnızca farklı uygulamaların ortaya çıkmasına ve kişilerin davranışlarının yeterince yönlendirilememesine yol açmaz. Aynı zamanda keyfi ve ayrımcılığa dayalı uygulamalara da yol açar¹⁸¹. Dolayısıyla kuralın muğlak olmaması

¹⁷⁷ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1386; **Connally v. General Construction Co.**, 269 U.S. 385 (1926), p. 391; benzer yönde bkz. **Harold Naill Falls Jr.**, “First Amendment Vagueness and Overbreadth: Theoretical Revisions by the Burger Court”, Vanderbilt Law Review, Vol. 31, N. 3, Y. 1978, p. 610; **Grayned v. City of Rockford**, 408 U.S. 104 (1972), p. 109-110.

¹⁷⁸ **Grayned v. City of Rockford**, p. 108-109.

¹⁷⁹ Benzer yönde muğlak kuralların sakıncaları hakkında bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1386-1387; **Connally v. General Construction Co.**, p. 391; **Falls Jr.**, “First Amendment Vagueness and Overbreadth...”, p. 610.

¹⁸⁰ Bkz. **Falls Jr.**, “First Amendment Vagueness and Overbreadth...”, p. 610; **Grayned v. City of Rockford**, p. 108-109.

¹⁸¹ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1386; **Kolender v. Lawson**, 461 U.S. 352 (1983), p. 357; **Grayned v. City of Rockford**, p. 108-109; ayrıca bkz. **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 83. Mahkemeye göre muğlak kurallar polisler, savcı ve diğer kanun uygulayıcılarına keyfi tercihte bulunma alanı açar. Oysa kanun koyucunun kuralların standardını belirleme gibi bir yükümlülüğü vardır. Kanun koyucunun kuralın dili konusunda dikkatli olması gerekir. Aksi halde kural keyfi ve ayrımcı uygulamalara (arbitrary

vatandaşların hakları ve güvenlikleri için bir gereklilik olduğu gibi yürütme ve yargı yetkisinin kullanılmasında kuralın asgari düzeyde rehberlik etmesi açısından da gereklidir. Kuralın bu rehberliği sağlamaması, standardı olmayan, kişisel arzu ve isteklere dayalı uygulamaların ortaya çıkmasına yol açar. Bu nedenlerle muğlaklık doktrininin iki yönü de önemlidir¹⁸².

b. İfade Hürriyeti Bağlamında Mahkeme Kararlarında Muğlaklık

Kuralın muğlak olduğu durumlarda makul bir kişi dahi bu kuraldan anlamlı normlar çıkaramamaktadır. Oysa kuralın makul kişiler tarafından belli ölçüde anlaşılabilir niteliği haiz olması ve yasaklanan eylemler hakkında yeterince bilgi veriyor olması gerektiğini söylemiştik¹⁸³. Mahkeme de kişilerin keyfi olarak cezalandırılmasına izin verecek kadar belirsiz ve tanımlanabilirlikten uzak olan kuralların On Dördüncü Değişikliğe aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁸⁴. Bu bağlamda muğlaklık doktrininin ekonomik haklardan sonra ifade hürriyetinin korunması için de kullanıldığı ilk karar olan *Stromberg v. California* kararında Mahkeme, uyuşmazlığa konu edilen kanunun hükümlerini muğlak görmüştür¹⁸⁵. Olayda davalıya yöneltile suçlama, yaz kampında kıvılcık bir bayrağın direğe çekilmesi için çocukları yönetmesi, kamptaki çocukların belli ritüellere katılması, orada bayrağa ve davalılarına bağlılık yemini etmeleriyle ilgilidir¹⁸⁶.

Mahkeme, kırmızı bayrak asmayı yasaklayan Kanunun¹⁸⁷ “*hükümete muhalefetin bir işareti, sembolü veya amblemi olarak*” kısmının ifade hürriyetinin Anayasa tarafından korunan ve devlet tarafından müdahale edilemeyecek alanını da içine alacak şekilde

and discriminatory enforcement) yol açar. Somut uyuşmazlık ve değerlendirmeler için bkz. **Smith v. Goguen**, 415 U.S. 566 (1974), p. 573-581; **Kolender v. Lawson**, p. 358.

¹⁸² **Chemersinsky**, Constitutional Law, p. 1387; **Kolender v. Lawson**, p. 358; **Smith v. Goguen**, p. 573-581; **Grayned v. City of Rockford**, p. 108-109.

¹⁸³ Bkz. **Falls Jr.**, “First Amendment Vagueness and Overbreadth...”, p. 610. Hukuki güvenliğin bir gereği olarak kurallar açık ve anlaşılır olmalıdır. Bkz. **Köküsarı**, Hukuki Güvenlik İlkesi, s. 72-74.

¹⁸⁴ **Stromberg v. California**, 283 U.S. 359 (1931), p. 360; **Yıldırım**, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 147-148.

¹⁸⁵ **William N. Eskeridge, Jr.**, “Some Effects of Identity-Based Social Movements on Constitutional Law in the Twentieth Century”, Michigan Law Review, Vol. 100, Iss. 8, Y. 2002, p. 2226-2227, fn. 796; **Tammy W. Sun**, “Equality by Other Means: The Substantive Foundations of the Vagueness Doctrine”, Virginia Law Review, Vol. 101, N. 8, Y. 2015, p. 158.

¹⁸⁶ **Stromberg v. California**, p. 361-362.

¹⁸⁷ Kaliforniya Ceza Kanunu (California Penal Code), kısaca, “örgütlü hükümete karşı muhalefetin bir işareti, sembolü veya amblemi olarak”; “anarşist bir eyleme davet veya teşvik olarak” veya “kışkırtıcı nitelikte propagandaya yardımcı olarak” kamusal bir alanda veya toplantı yerinde kırmızı bayrak asmayı yasaklamıştır. Bkz. **The Penal Code of California State**, § 403-a; **Stromberg v. California**, p. 361; **Yıldırım**, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 146.

anlaşılabileceğini belirtmiştir. Kural bu nedenle muğlak ve hangi davranışın yasaklandığını göstermekte yetersiz bulunmuştur. Burada Anayasa tarafından korunmayan ifadelerin yanı sıra Anayasa tarafından korunan ifade ve davranışların da kuralın kapsamına girdiği söylenebilir. Anlaşılabileceği üzere muğlak kural, barışçıl nitelikte olan, ancak iktidarın politikalarıyla bağdaşmayan parti ya da grupların muhalefetine sınırlandırılması anlamına gelir. Dolayısıyla kanunun muğlaklığı, barışçıl ve anayasal muhalefetin ortadan kaldırılmasına neden olabilir. Oysa demokratik muhalefetin, serbest siyasi tartışmaların ve iktidarın değiştirilebilir olmasının korunması gereklidir¹⁸⁸. Kişilerin güven içerisinde karar verebilmesi ve düşüncelerini açıklayabilmesi ile ilgili olan kararda halkın iradesine saygı duyulması zorunluluğu, bireylerin tercih ve iradelerinin korunmasının önemi bu bağlamda vurgulanmıştır.

Muğlaklık doktriniyle korunmak istenen başka bir menfaat ise ayrımcılığın önlenmesidir. Mahkeme *Papachristou v. City of Jacksonville* kararında bu amacını açıkça ortaya koymakta ve muğlak bir kuralın vatandaşlar arasında “ayrımcılık” yapmak için kullanıldığına, kuralın hukukun üstünlüğünün gerekleri olan adalet ve eşitlik ilkelerine uygun olmadığına karar vermektedir. Olayda pek çok eylem; dilenmek, amaçsız dolaşmak, aylaklık etmek gibi bir dizi eylemin suç sayıldığı kuralın kapsamında görülmüştür. Bazı siyahiler kaldırırda birkaç kez yürüdüğü ve yol kenarında beklediği için tutuklanmıştır¹⁸⁹. Somut olayda da “araçla sinsice dolaşmakla” suçlanan kişilerin tutuklanmasına esas teşkil eden eylem, araçlarıyla birkaç kez aynı yerde durmaktır¹⁹⁰.

Kimi durumlarda polisin siyahi Amerikalıların sosyal hayat içerisinde normal olan eylemlerini bu kuralın kapsamına dahil ettiği görülmektedir. Dolayısıyla muğlak yetkilerin verilmesi polislerin hoşlanmadığı kişilerin peşine düşmesine imkân sağlamıştır. Özellikle böyle bir durumda toplumdan dışlananların, azınlıkların veya yerel anlaşmazlıklara bağlı olarak belli kişilerin polisin hedefi haline gelmesi çok kolay olabilir¹⁹¹. *Papachristou v. City of Jacksonville* kararında belirtildiği üzere Mahkemeye

¹⁸⁸ **Stromberg v. California**, p. 369; ayrıca bkz. **Sun**, “Equality by Other Means”, p. 158-159.

¹⁸⁹ **Papachristou v. City of Jacksonville**, 405 U.S. 156 (1972), p. 158-160.

¹⁹⁰ Kişilere yöneltilen suçlamanın otomobille dolaşmak olduğu olayda aynı arabada ikisi beyaz kadın ve ikisi siyahi erkekten oluşan bir gruba yönelik polisin tutuklama işleminde, araçtaki ırk karışıklığının tutuklama kararında etkisi olduğu inkâr edilse de polisin tutuklamasına neden olacak başka bir sebebin varlığına dair delil bulunamamıştır. Bkz. **Papachristou v. City of Jacksonville**, p. 158-161; ayrıca bkz. **Sun**, “Equality by Other Means”, p. 154-155.

¹⁹¹ Ayrıca bkz. **Sun**, “Equality by Other Means” p. 154-155.

göre muğlaklık, kişilerin polis, hâkim ve savcı gibi adli makamların belirlediği hayatları yaşamasına, bazense kişilerin değiştirmek zorunda olmadığı ve hatta değiştiremeyeceği ırkı ve rengi gibi sebeplerle hedef haline gelmesine neden olur. Oysa siyasi düşüncesi, ırkı, ekonomik durumu ne olursa olsun hukukun üstünlüğü ilkesi çoğunluğa uygulandığı gibi azınlığa da uygulanmalıdır¹⁹². Bu bağlamda muğlaklık doktrini eyalet organlarının muğlak kanunlarla uygulamaya çalıştığı kurumsal ırkçılığın önüne geçilmesi için önemli bir araç olmuştur¹⁹³.

Muğlak kuralın kolluk yetkililerinin “keyfi hareket etmelerine” olanak sağladığı başka bir olayda polise sokaktaki kişilerin kimliklerini kontrol etme yetkisi veren kural kimlik kontrolü sırasında beyan edilmesi gereken kimliğin “inanılır ve güvenilir kimlik” (credible and reliable identification) niteliğini haiz olmasını gerekli kılmıştır. Kuralın konu edildiği kararda Mahkeme kuralda yer alan “inanılır ve güvenilir kimlik” ifadesinin muğlaklığını tartışmıştır. Mahkemeye göre kuralların normal, makul bir insan için asgari oranda rehberlik etmesi gerekmektedir. Bu işlevi yerine getirememesi halinde kural muğlaktır ve Anayasaya aykırıdır. İnanılır ve güvenilir kimlik ifadesi de kişilere ne yapması veya ne yapmaması gerektiğini yeterince söylememektedir. Dolayısıyla kural kişilerin davranışlarına gerektiği gibi rehberlik etmemektedir¹⁹⁴. Diğer taraftan kuralın bu belirsizliği polise oldukça geniş takdir yetkisi vermektedir. Sokakta karşılaştığı bir kişiden şüphelenen polis kişiyi durdurarak kimlik bilgisi sorduğunda ne tür bir cevabın yeterince inanılır ve güvenilir olacağı belirsizdir. Bu durumda nasıl ki kanun tarafından sivil kişilerin davranışları yeterince yönlendirilememişse, polis de ancak kendi takdiriyle ve belki keyfiyle hareket edebilecektir. Bu olay bağlamında muhataplarına yeterli standart sağlamayan kuralın, Birinci Değişiklik hürriyetlerini keyfi olarak sınırlandırma potansiyeline sahip olduğu kabul edilmiştir¹⁹⁵.

Muğlaklık değerlendirmelerine ilişkin Yüksek Mahkemenin başka önemli kararları vardır. Bu çerçevede Mahkemenin Birinci Değişiklik ve eşitlik bağlamında

¹⁹² Benzer yönde görüş ve Papachristou v. City of Jacksonville kararında Mahkemenin görüşü için bkz. **Papachristou v. City of Jacksonville**, p. 171; **Sun**, “Equality by Other Means”, p. 156-157.

¹⁹³ **Sun**, “Equality by Other Means”, p. 156-158. Gerek siyasi muhalefete gerek ırk ayrımcılığına dayalı olarak ortaya çıkan başka bir uyuşmazlık ve Mahkemenin kararı için bkz. **Herndon v. Lowry**, 301 U.S. 242 (1937); **Sun**, “Equality by Other Means”, p. 159, 163; başka bir örnek karar için bkz. **Cox v. Louisiana (Cox I)**, 379 U.S. 536 (1965), p. 536.

¹⁹⁴ **Kolender v. Lawson**, p. 352-362.

¹⁹⁵ **Kolender v. Lawson**, p. 352-362.

metodolojisinin anlaşılması için önemli olan kararlardan bir tanesi de NAACP v. Button kararıdır¹⁹⁶. Kararda ifade hürriyetine sağlanan güvenceler ve muğlaklık doktrini açısından temel ilkelere yer verilmiştir. İlk olarak davanın konusuna kısaca bakmamız gerekir.

Kâr amacı gütmeyen NAACP'in birimlerinden birisi olan Virjinya Konferansı siyahilerden oluşan ve dernek üyesi olan avukatlarla derneğin kural ve politikalarına uygun olarak faaliyetlerini yürütmüştür. Dernek hukuki yardım sağlamış, yardım edilen davalarda dava harcamaları dernek tarafından ödenmiş, avukatlar ise para almamışlardır¹⁹⁷. Dernek bazen henüz ortaya çıkmış bir uyuşmazlık yokken ve siyahiler tarafından bir dava açılmamışken dava açılmasını teşvik etmiş ve açılacak davada davacılara destek sağlayacağını güvencesini vermiştir¹⁹⁸. 1956 yılında ise Virjinya'da avukatların etik dışı ve profesyonel olmayan davranışlarına ilişkin mevzuatta değişiklik yapılmıştır. Değişikliğe göre kural, taraf olmadığı, maddi hak ve yükümlülüğü bulunmadığı halde bir davayla ilgili avukat tutan kişi veya kuruluşun vekili tarafından kanuni iş talep edilmesini ve işlere ilişkin taleplerin uygunsuz bir şekilde yapılmasını yasaklamıştır¹⁹⁹. Değişiklik sonrasında ortaya çıkan uyuşmazlığa konu olayda, Konferansın fonları ve avukatlık faaliyetleri hukuki işlerin uygunsuz şekilde talep edilmesi kapsamında görülmüştür²⁰⁰.

Kuralın muğlaklığına ilişkin tartışmaların olduğu uyuşmazlıkta ihlal edildiği ileri sürülen hakların niteliği verilecek karar bakımından hayati derece önemlidir. Bu nedenle Mahkeme ilk olarak uyuşmazlıkta ifade hürriyetinin olup olmadığına dair değerlendirme yapmıştır. Mahkemeye göre, Anayasada korunan hürriyetler sadece soyut tartışmalardan

¹⁹⁶ Sun, "Equality by Other Means" p. 161; **NAACP v. Button**, 371 U.S. 415 (1963).

¹⁹⁷ **NAACP v. Button**, p. 420-421.

¹⁹⁸ Dernek bazen henüz ortaya çıkmış bir uyuşmazlık yokken ve siyahiler tarafından bir dava açma hazırlığına kalkışılmamışken okullara dilekçeler dağıtmak, dilekçelerin veliler tarafından imzalanmasını talep etmek gibi girişimlerde bulunmuştur. Bkz. **NAACP v. Button**, p. 422. Kararın ırk ayrımcılığıyla mücadele etmesi için ayrıca bkz. Sun, "Equality by Other Means" p. 163.

¹⁹⁹ **NAACP v. Button**, p. 423-427; Sun, "Equality by Other Means" p. 162; ayrıca bkz. **David L. Hudson Jr.**, "Civil Rights Movement", in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009, p. 294.

²⁰⁰ Ayrıca Virjinya mahkemeleri, Konferansın taraf olmadığı ve hiçbir maddi hak veya yükümlülüğünün bulunmadığı halde kimi avukatların zenginleşmesine yönelik faaliyetlerini yürüttüğüne ve bunu sağlamak için de işler talep ettiğine karar vermiştir. Virjinya Temyiz Mahkemesi tarafından da kabul edilen bu yoruma, Derneğin kuralın yorumlandığı şekliyle On Dördüncü Değişiklik tarafından eyaletlerin müdahalesine karşı korunan Birinci Değişiklik hürriyetlerinin kısıtlandığı ve bunun Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz edilmiştir. Bkz. **NAACP v. Button**, p. 423-428; ayrıca bkz. Sun, "Equality by Other Means" p. 162-163.

ibaret değildir; hukuki savunma da ifade hürriyetinin kapsamında yer almaktadır. Dava açılması ve mahkemelere başvurulması siyahilerin eşit muameleye ulaşmak için kullandığı veya seçimlerle hedefine ulaşamayacak grupların başvurduğu bir yoldur ve bu nedenle siyasi ifade biçimidir²⁰¹.

Dolayısıyla, kuralın ifade hürriyetini sınırlandığı tespit edilmiştir. Bunun üzerine dernek faaliyetleri için öngörülen yasak ve izin verilen alan belirsizse kuralın “*hak ve hürriyetleri en az kısıtlayıcı şekilde yorumlanamayacağına*” karar verilmiştir. Çünkü “kanunlarda bulunması normal görülebilecek muğlaklığa ilişkin standartlar ifade hürriyeti söz konusu olduğunda çok daha katıdır”. Kural ya da kararın hürriyet üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi hususunda davanın bir ceza davası olup olmadığına bakılmaksızın “muğlak kural, eğer Birinci Değişiklik hürriyetlerini sınırlandırıyor ise geçersizdir”²⁰². Mahkeme bu kararında korunan hürriyetlerin hassas ve toplum için önemli olduğunun altını çizmiş ve ifade hürriyetini sınırlandırması halinde muğlak kuralın ifade hürriyetine yönelik tehdit oluşturduğunu belirtmiştir²⁰³.

Sonuç olarak, Mahkemenin kararlarından anlaşılabileceği üzere ifade hürriyetine yapılacak müdahalenin Anayasaya uygunluğunu denetlemek için kullanılan ölçütler uygulanmadan önce müdahaleye esas olan kuralın muğlak olmadığının belirlenmesi gerekir. Muğlak olması halinde başka bir incelemeye gerek kalmadan kuralın ve müdahalenin Anayasaya aykırı olduğuna karar verilmelidir²⁰⁴. Ayrıca bu konuda kuralın

²⁰¹ **NAACP v. Button**, p. 429-430. Sonuç olarak NAACP’in eylemleri Birinci Değişiklik tarafından korunan ifade ve ilişki biçimleri olarak görülmüştür. Bkz. **Hudson Jr.**, “Civil Rights Movement”, p. 294. Yüksek Mahkeme, siyasi bir parti olmayan NAACP’i, Amerikan siyahi topluluğunun haklarını savunan ve ayrıca bu topluluğun toplumun değerlerine katılmasını sağlayan bir birlik olarak ele almıştır. Bkz. **NAACP v. Button**, p. 431.

²⁰² **NAACP v. Button**, p. 432-433. Mahkemenin kararının ilgili kısmı şu şekildedir: “*Furthermore, the instant decree may be invalid if it prohibits privileged exercises of First Amendment rights whether or not the record discloses that the petitioner has engaged in privileged conduct*”. İtalik ve bold olarak belirttiğimiz “*may be invalid*” (geçersiz olabilir) ifadesiyle, belirsiz kuralın ifade hürriyetine sınırlandırma getiriyor olması şartına bağlandığını görüyoruz. Burada şu yorumu yapabiliriz; belirsiz bir kural ihtiva ettiği anlamlardan birisiyle ifade hürriyetine veya Birinci Değişiklik hürriyetlerine sınır getiriyorsa o kural geçersizdir. Ancak sınırlandırma yapılmasını öngörecektir bir anlam ihtiva etmiyorsa geçersiz olarak görülmeyebilir. Bunun için söz konusu davanın mevcut şartları dikkate alınarak kuralın başka ölçütlere tabi tutulması gerekir. Bkz. **NAACP v. Button**, p. 433.

²⁰³ **NAACP v. Button**, p. 433-434, 437-438; ayrıca bkz. **Sun**, “Equality by Other Means” p. 162-163.

²⁰⁴ Benzer yönde bkz. **Grayned v. City of Rockford**, p. 108-109; **Falls Jr.**, “First Amendment Vagueness and Overbreadth...” p. 610; **NAACP v. Button**, p. 432-433.

ifade hürriyeti lehine yorumlanması veya en az kısıtlayıcı anlamıyla uygulanması da kuralı ve müdahaleyi Anayasaya uygun hale getiremez²⁰⁵.

3. Aşırı Genişlik Doktrini

a. Aşırı Genişlik Kavramı ve İfade Hürriyeti

Birinci Değişiklik hürriyetlerine, istisnaen de diğer hürriyetlere²⁰⁶ ilişkin bir kuralın Anayasanın sınırlandırılmasına izin verdiği alanı aşması “aşırı genişlik” olarak ifade edilmektedir. Hürriyetleri sınırlandıran aşırı geniş bir kural, Anayasanın sınırlandırılmasına izin verdiği hürriyetleri sınırlandırdığı gibi izin verilmeyen ve Anayasa tarafından korunan hürriyetleri de sınırlandırır. Kanunun Anayasaya aykırılığı bu yüzdendir²⁰⁷. Örneğin somut bir uyuşmazlıkta uygulanan böyle bir kural Anayasaya aykırı sonuçlara yol açmıyor olsa bile ileride başka uyuşmazlıklarda uygulandığında “aşırı geniş” olması sebebiyle Anayasa tarafından korunan ve sınırlanması yasaklanan hürriyetlere müdahale edilmesine olanak tanır. Bu nedenle kuralın, somut davada yol açtığı ihlaller nedeniyle aşırı geniş olduğu ileri sürülebileceği gibi uygulandığında üçüncü kişilerin haklarını ihlal edebileceği gerekçesiyle de, yani “soyut” iddialarla aşırı genişliği ve Anayasaya aykırılığı ileri sürülebilir²⁰⁸. Örneğin bir ticaret bölgesinde çıplak dansın yasaklandığı olayda kural, sadece çıplak dansı değil, konser, müzikal ve tiyatro oyunu gibi diğer tüm canlı eğlence türlerini de yasaklamıştır. Bu davada Mahkeme, davalıların yanı sıra üçüncü kişilerin ifadeleri üzerindeki etkisi nedeniyle kuralın aşırı geniş olduğunun iddia edilebileceğini kabul etmiştir²⁰⁹.

²⁰⁵ NAACP v. Button kararında ulaşılan sonuçların şunlar olduğunu söylemek mümkündür: (i) Mahkemeye göre, hiçbir gerekçe muğlaklığı ve aşırı genişliği haklı gösteremez. (ii) Muğlak ve aşırı geniş bir kuralla Birinci Değişiklik hürriyetlerinin sınırlandırılması mümkün değildir. (iii) Ayrıca bu konuda kuralın ifade hürriyeti lehine yorumlanması veya en az kısıtlayıcı anlamıyla uygulanması da kuralı ve müdahaleyi Anayasaya uygun hale getirmez. Bkz. **NAACP v. Button**, p. 437-445. Ayrıca karar, ayrımcılığa yol açması nedeniyle muğlak kuralların ayrımcılığı yasaklayan Birinci Değişikliğe aykırı olduğunu ilan etmiştir. Ayrıca bkz. **Sun**, “Equality by Other Means” p. 162-163.

²⁰⁶ **John F. Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, New Mexico Law Review, Vol. 34, N. 1, Y. 2004, p. 54. İsmen belirtilerek olmasa da ilk kullanıldığı karar olarak kabul edilen Thornhill v. Alabama kararından itibaren, özellikle 60’lı yıllarda, doktrinden Birinci Değişiklik hürriyetlerini korumak için yoğun bir şekilde yararlanılmıştır. Bununla birlikte doktrin, diğer hak ve hürriyetler bakımından da sınırlı olmak kaydıyla kullanılmıştır. Bkz. **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 54, 65-66, 71-73.

²⁰⁷ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1388-1389; **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 55-56.

²⁰⁸ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1388-1389; **Schad v. Borough of Mount Ephraim**, 452 U.S. 61 (1981), p. 65-66.

²⁰⁹ **Schad v. Borough of Mount Ephraim**, p. 65-66; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1388-1389; **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 57.

Sonuç olarak aşırı genişlik doktrininin Birinci Değişiklik çerçevesinde önemli iki yönü vardır. Birincisi üçüncü kişilerin hakkının ihlali meselesi, ikincisi genişliğin “aşırılığı” meselesidir:

İlk olarak, her ne kadar temel prensip, üçüncü kişiler lehine kuralın Anayasaya aykırı olduğunun iddia edilemeyeceği olsa da Birinci Değişiklik hürriyetlerinin söz konusu olduğu durumlarda kişiler somut uyuşmazlıkta uygulanmayan ya da hak ihlaline yol açmayan bir kuralın üçüncü kişilerin hakkını ihlal edebileceğini, bu nedenle kuralın Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürebilir. Mahkeme, önüne gelen bu tür iddiaları haklarına müdahale edilmiş bir kişi ileri sürmüş gibi inceler²¹⁰.

İkinci olarak, geniş düzenlemenin ihlal teşkil etmesi için normal, alelade bir genişlik yeterli değildir. Doktrin, genişliğin “aşırı” olmasını gerektirir. Yani, kuralın Anayasaya aykırı olması için genişliğin “büyük ölçüde veya kabul edilemez” olması gerekir²¹¹. Kural, devletin yetkili olmadığı alanları kapsamalı, hürriyetleri önemli ölçüde tehlikeye sokmalı ve bu tehlike gerçekçi olmalıdır²¹². Nitekim Mahkeme pek çok kararında kuralın kendine özgü makul bir genişliğinin olabileceğini belirtmiştir²¹³. Aşırı (büyük ölçüde) genişlikte ise kural Anayasa tarafından korunan ifadelerle de müdahale ettiğinden kişiler hangi yolu tercih ederse etsin müdahaleyle karşılaşır. Diğer bir deyişle, hürriyetin sağladığı alternatif eylemlerden hangisini seçerse seçsin kişi, hukukun yaptırımına maruz kalacağından korkar. Bu nedenle kendisini durdurarak oto-sansür uygular²¹⁴.

²¹⁰ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1391-1392; **Broadrick v. Oklahoma**, 413 U.S. 601 (1973), p. 612; **Schad v. Borough of Mount Ephraim**, p. 66; ayrıca bkz. **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 57.

²¹¹ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1389; **Broadrick v. Oklahoma**, p. 601, 618; **Keyishian v. Board of Regents**, 385 U.S. 589 (1967), p. 609; **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 55-56.

²¹² **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 55-56. Örneğin bir kararında Mahkeme, sınırlandırılmasına izin verilen alanı değil, ifade hürriyeti içerisinde kalan, yani sınırlandırılmasına izin verilmeyen alanları da düzenleyen kuralın, yerel makamlara rahatsız edici görülen gruplara karşı kolaylıkla sert ve ayrımcı bir tutum alabilme imkânı sağladığını ve bunun ifade hürriyetinin sürekli ve yaygın bir şekilde sınırlandırılmasına yol açacağını belirtmiştir. Bkz. **Thornhill v. Alabama**, 310 U.S. 88 (1940), p. 97-98.

²¹³ Bkz. **CSC v. Letter Carriers**, 413 U.S. 548 (1973), p. 578-579; **Broadrick v. Oklahoma**, p. 608.

²¹⁴ Bkz. **Keyishian v. Board of Regents**, p. 604. **CSC v. Letter Carriers** kararında karşı oy gerekçesinde hâkim Douglas ve diğerleri, Birinci Değişiklik söz konusu olduğunda aşırı geniş kuralların bir kötülük barındırdığını ve bunun hürriyetlerin kullanılmasını engelleyen caydırıcı etki olduğunu belirtmişlerdir. Bkz. Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **CSC v. Letter Carriers**, p. 598. Dolayısıyla doktrin ile korunan ifadelerin hassas olması arasında bir ilişkisi vardır. Ayrıca bkz. **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 59.

Hukuk kuralının yol açtığı geniş yaptırım alanı, kanun yeterince anlaşılır ve öngörülebilir olsa dahi mümkündür. Burada sorun kanunun dilinin açıklığıyla ilgili değil, aşırı genişliği nedeniyle kapsamının anayasal koruma altındaki ifade ve eylemleri yasaklaması, kişilerin ifade ve eylemi neticesinde yaptırımla karşılaşacak olması ve kişileri hürriyetlerin sağladığı hakları kullanmaktan caydırmasıyla ilgilidir²¹⁵. Oysa kuralın bu denli geniş olması yerine, mümkün olduğunca dar ve yeterince ayrıntılı olması gerekir. Çünkü Mahkemeye göre ifade hürriyeti, nefes alacağı açık bir alana ihtiyaç duyar. Bu nedenle meşru bir amaçla ifadeye müdahale edilmek istendiğinde bunun daha somut ve dar ölçekli bir kuralla yapılması gerekir²¹⁶.

Sonuç olarak Mahkemenin bu yaklaşımı üçüncü kişiler lehine aykırılık iddiasında bulunularak ifade hürriyetinin toplumsal boyutta korunmasına katkı sağlar. Böylece ihlal henüz gerçekleşmeden engellenmesi için Mahkeme içtihadıyla bir mekanizma kurulmuştur. Önemli diğer bir husus ise aşırı geniş bir kuralla Anayasal olarak korunmayan ifadenin sınırlandırılması halidir. Bu durumda Mahkeme korunan ifadelere de yük getirdiği için aşırı genişlik iddialarını kabul etmektedir²¹⁷. Mahkemeye göre, eğer “önemli miktarda korunan konuşma yasaklanırsa” veya “kural kişiler üzerinde caydırıcı etki doğurursa”, “korunmayan ifadenin yasaklaması da mümkün değildir”²¹⁸. Burada “korunan hürriyetlerin” muhafaza edilebilmesi için “korunmayan hürriyetlerin” de korunması göze alınmıştır.

b. İfade Hürriyeti Bağlamında Mahkeme Kararlarında Aşırı Genişlik

Mahkeme pek çok kararında çeşitli amaçlarla ifade hürriyetini sınırlandıran kuralları incelemiştir. Bazı kararlarda sınırlandırma amacının meşru ve hükümetin bu

²¹⁵ Kişiler böyle bir kural söz konusu olduğunda yasakların tam olarak nerede başlayıp nerede biteceğini bilemediğinden aslında anayasal olarak korunan alandan da uzaklaşabilir. Yaptırım tehdidi, yaptırımın uygulanmasıyla aynı sonucu doğurarak kişileri anayasal alanda bile bazı eylemleri yapmaktan caydırabilir. Bkz. **Keyishian v. Board of Regents**, p. 604.

²¹⁶ **Broadrick v. Oklahoma**, p. 611-612. Polise saldırmayı, vurmayı, herhangi bir şekilde karşı çıkmayı; polisi taciz etmeyi veya ona müdahale etmeyi yasaklayan kuralın yazımında kullanılan kelimeler genel olarak anlaşılır gibi durmaktadır. Ama kuralın kapsamına baktığımızda polisle bir şekilde iletişime geçen herhangi kişi bu kuralı ihlal edebilir. Çünkü Mahkemenin ifadesiyle kural “aşırı geniş” ve Birinci Değişiklik hürriyetlerinin var olabilmesi için gereken “nefes alma” alanını sağlamaktan uzaktır. Bkz. **City of Houston v. Hill**, p. 451-467; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1390. Bu ilke NAACP v. Button kararında, “Birinci Değişiklik hürriyetlerinin hayatta kalabilmesi için nefes alma alanına ihtiyacı vardır. Hükümet bu alanda yalnızca dar bir ölçekte düzenleme yapabilir” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. **NAACP v. Button**, p. 433.

²¹⁷ **Broadrick v. Oklahoma**, p. 612-613.

²¹⁸ **Ashcroft v. Free Speech Coalition**, 535 U.S. 234 (2002), p. 256.

amaçları sağlamakla yetkili ve görevli olduğu kabul edilse de ifade hürriyetine yönelik çıkarılan kuralların aşırı geniş olması nedeniyle Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Örneğin *Keyishian v. Board of Regents* kararı buna örnek gösterilebilir. Somut uyuşmazlıkta New York Eğitim Kanununa göre Bufalo Üniversitesi çalışanları Bufalo Üniversitesinin New York Devlet Üniversitesine katılmasıyla kamu görevlisi haline gelmiştir. Bu sırada devlet kurumlarında huzur bozucu kişilerin istihdam edilmesini önlemek için belirlenen New York Planına uyulması ve buna ilişkin bir sertifikanın imzalanması gerekli görülmüştür²¹⁹. Fakülte çalışanlarının komünist olmadığını yazılı olarak tasdik etmeleri, eğer kişiler fakülte dışında çalışıyorsa hükümetin zorla devrilmesini savunan bir grubun üyesi olup olmadığını yeminli olarak beyan etmesi gerekli görülmüştür. Ancak uyuşmazlığa konu olayda bazı çalışanlar bu gereği yerine getirmemişler, kurumun taleplerini reddetmişlerdir²²⁰.

Davada uyuşmazlık, milli güvenlik endişelerine bağlı olarak devletin kendisini koruma isteği ve devlet aleyhine hareket eden kişilerin istihdam edilmesini önleme çabasıyla ilgilidir. Ancak burada meşru bir sebebin olması tek başına yeterli görülmemiştir. Mahkemenin değerlendirmesine kısaca baktığımızda, ilgili mevzuatta yer alan ihanet, fitne, kışkırtıcı söz ve eylem gibi kelimelerin anlamı üzerinde durulduğunu söylemek gerekir. Özellikle “kışkırtıcı-yıkıcı” ifadesinin kapsamının neredeyse sınırsız olduğuna kanaat getiren Mahkeme, sokakta yürürken elinde Komünist Manifestoyu taşıyan bir öğretmenin de mi anarşiyi savunduğunu kabul etmek gerekir sorusunu sormuştur²²¹. Dolayısıyla Mahkemeye göre bir öğretmen ne yaparsa beyin yıkama faaliyeti yapmış veya eyleme teşvik etmiş olacağını bilemez, aradaki hassas çizgiyi çizemez. Yine mevzuatta yer alan, “*sözlü veya yazılı olarak bilerek isteyerek hükümetin zorla devrilmesi doktrini*ni savunan, *tavsiyede bulunan veya öğreten*” ifadesinin de kapsamının aşırı geniş olduğunu belirtmiştir. Zira Mahkemeye göre yalnızca soyut olarak doktrini savunan birinin istihdamı da bu kuralla yasaklanabilir. Mahkeme, benzer şekilde mevzuattaki diğer ifadeleri de incelemiştir²²².

²¹⁹ *Keyishian v. Board of Regents*, p. 589-593.

²²⁰ *Keyishian v. Board of Regents*, p. 589-593; **John H. Matheson**, “Academic Freedom”, in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009, p. 54.

²²¹ *Keyishian v. Board of Regents*, p. 597-600.

²²² *Keyishian v. Board of Regents*, p. 599-600.

Olayda New York'un eğitim sistemini korumaya çalışması meşru bir çabadır. Ancak meşru amaçlar gerçekleştirilirken kişisel hürriyetlerin geniş kapsamda sınırlandırılmaması gerekir. Nasıl ki eğitim sistemi ile toplum korunmak isteniyorsa, ifade hürriyetinin de korunmasında istekli olunmalı ve ifade hürriyeti ihlal edilmeden meşru amaçlar sağlanmalıdır²²³.

Mahkemenin aşırı genişlik söz konusu olduğu durumlarda ifade hürriyetine yönelik korumacı tavrı, her zaman aşırı genişlik iddiasının kabul edildiği anlamına gelmez²²⁴. Nitekim Mahkeme, genişlik olmasına rağmen genişliğin aşırı olmadığı ya da aşırı genişliğin itiraz edenler tarafından yeterince örneklendirilerek ortaya konulmadığı durumlarda aşırı genişlik doktrinine başvurmamıştır. Aşırı genişlik doktrini Mahkemeye göre “güçlü bir ilaç”tır (strong medicine). Bu nedenle bu ilaca her durumda başvurulmaması, onun ancak son çare olarak kullanılması gerekir. Ayrıca Mahkemeye göre aşırı olduğu iddia edilen kuralın kapsamına sınırlayıcı bir yorum getirilebiliyorsa veya getirilebilecekse doktrine başvurulmamalıdır²²⁵. Yasama organının iradesine saygılı olunması ve Anayasaya uygun olarak cezalandırılacak kişilerin cezadan

²²³ **Keyishian v. Board of Regents**, p. 600-603. Bu bakımdan Mahkemenin kararı bir manifesto niteliğindedir. Nitekim akademik hürriyetlerin öneminden de bahsedilen kararda sınıfların fikirlerin pazar yeri olduğu hatırlatılmış, milletin geleceğinin bu ortamda yetişen liderlere bağlı olduğu belirtilmiştir. Bkz. **Keyishian v. Board of Regents**, p. 600-603. Mahkeme, ifade hürriyetinin özel görünümü olarak akademik hürriyetin toplum için önemini “ilk kez” bu kararda vurgulamış, Kanunun Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin kararında aşırı genişlik doktrinini esas almasına rağmen akademik hürriyetlere ilişkin değerlendirmeler de yapmıştır. Ayrıca bkz. **Matheson**, “Academic Freedom”, p. 54.

²²⁴ Aynı yönde örnek ve açıklamalar için ayrıca bkz. **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 68.

²²⁵ **Broadrick v. Oklahoma**, p. 613-614; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1393; **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 57; **Elif Özpolat**, Sanatsal İfade Özgürlüğü-ABD ve Türkiye Karşılaştırması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2023, s. 229. Burada Mahkemenin kuralın kapsamına dair yapacağı ya da yapabileceği dar yorum önemli bir role sahiptir. Pek çok kararında Mahkeme, kuralın kapsamı aşırı geniş olarak değerlendirilebilecek ve kural Anayasaya aykırı görülebilecekken bunu yapmamıştır. Kuraldaki kelimelerin makul bir şekilde anlaşılıp anlaşılamayacağını test etmiştir. Örneğin kuralda “müstehecen, ahlaksız, şehvet uyandıran veya pis” gibi kelimelerin kullanılması kusursuz değildir, çünkü bu kelimeler belirsizliğe neden olmaktadır. Ancak Mahkeme, Anayasanın yasaklanan davranış açısından muhataplarına yeterince uyarı verip vermediğine bakılması gerektiğini, bu her zaman kolay olmasa da ve bazı aşırı örnekler çıksa da, kuralın yeterince uygulanabilir olduğunu kabul etmiştir. Çünkü söz konusu kelimeler, insanlar için aynı şeyi ifade etmektedir. Bu durumda doktrin güçlü bir ilaç ve son çare olarak görülmüştür. Bkz. **Roth v. United States**, 354 U.S. 476 (1957), p. 491-492; **Osborne v. Ohio**, 495 U.S. 103 (1990), p. 119-120; **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 57. Bu husus bir yorum sorunudur. Ancak Mahkemenin kabul ettiği temel bir yorum kuralı vardır. Bir kuralın iki farklı yorumunun yapılabildiği halde ve bu yorumlardan birisi sonucunda kural Anayasaya aykırı oluyor, diğesinde Anayasaya aykırılık söz konusu olmuyorsa Mahkeme ikinci yorumu tercih etmektedir. Bkz. **United States v. Bennett**, 232 U.S. 299 (1914), p. 299, 303. Böylece bir kuraldaki kelimelerin Anayasaya uygun olarak anlaşılması ya da kapsamının Anayasaya uygun olarak yorumlanması mümkünse Mahkeme bu yorumu tercih eder. Bkz. **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 57.

kurtulmasının önlenmesinin bir gereği olarak doktrinin kullanılmasında dikkatli olunması gerekir²²⁶.

Konuya ilişkin son olarak, ifadenin bir davranışla birleştiği durumda uygulanabilmesi için aşırı genişliğin “gerçek” ve “önemli” olması gerektiği belirtilmelidir. *Broadrick v. Oklahoma* kararı bu bakımdan oldukça önemlidir. Karara konu olan kural, devlet çalışanlarının siyasi faaliyette bulunmasını yasaklamaktadır. Kural özetle, belirlenen kategorideki çalışanların “*bir siyasi örgüt ya da adaylık için veya başka bir siyasi amaçla doğrudan veya dolaylı olarak destek istemesi*”ni, yani partizan nitelikteki siyasi faaliyetleri yasaklamıştır²²⁷.

Kanunla sadece konuşmanın değil, davranışın da düzlendiği durumlarda kanunun aşırı genişliğinin yalnızca “gerçek” olması yeterli değildir. Aşırı genişliği aynı zamanda bu genişliğin kanunun meşru kapsamıyla (legitimate sweep) birlikte ele alındığında, “önemli” (substantial) olması da gerekir²²⁸. Bunun tespit edilebilmesi içinse her bir somut olayda ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Mahkemeye göre bazı eylemleri düzenleyen somut olaydaki kural da bir menfaati korumayı amaçlamakta, bakış açısı ayrımcılığına ya da sansüre yol açmamaktadır. Meşru bir menfaati korumayı amaçlayan ve ayrımcılık yapmayan kural ise Anayasaya aykırı görülemez. Eğer kuralın sonraki uygulanmalarında

²²⁶ Doktrinin uygulanmasına ilişkin çeşitli haller vardır. Bunlardan bir kısmını şu şekilde sıralayabiliriz: Birincisi, kuralın sansür niteliğinde olması halinde doktrinin sıkı (aşırı) uygulanmasıdır. Burada kanunun aşırı genişliği sansüre yol açar. Kanaatimizce de Mahkemenin en katı tutumu burada ortaya çıkmalıdır. İkincisi içerik ayrımcılığı yapmayan ve tarafsız olma eğilimindeki kuralın sansür niteliğinde olmamasına rağmen ifade hürriyetinin varlığı için gerekli olan nefes alma alanını sağlamadığı durumlarda uygulanmasıdır. Üçüncüsü, Değişikliğin alanına giren değerleri teşvik etme amacıyla Değişiklik kapsamındaki faaliyetleri kısıtlayan “tedavi edici” (remedial laws) kanunların varlığıdır. Bu halde, sansür etkisi olan kanunun aksine kısıtlayıcı bir kanunu geçersiz kılmak için daha fazla genişliğe ihtiyaç vardır. Bazı kuralların söz konusu olması hali de doktrinin uygulanmadığı hallerden biridir. Bu kurallar genel olarak ifade hürriyetini sınırlandıran ancak geniş olmasına rağmen ifade hürriyeti biçimlerini tamamen ortadan kaldırmayan kurallardır. Bu kurallar somut uyuşmazlıklarda dar yorumlanabilen, fakat bazı uyuşmazlıklarda ifade hürriyetini ihlal etme eğilimi bulunan kurallardır. Burada Mahkeme kurala hoşgörü gösterir. Bkz. **Lewis D. Sargentich**, “The First Amendment Overbreadth Doctrine”, (Harvard Notes), Harvard Law Review, Vol. 83, N. 4, Y. 1970, p. 918; **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 70.

²²⁷ Bkz. **Broadrick v. Oklahoma**, p. 601-606; ayrıca bkz. **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 68-69, fn. 135.

²²⁸ **Broadrick v. Oklahoma**, p. 615-616; **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 69. Ancak Mahkemenin ortaya koyduğu bu ayırım, saf ifade ve davranış arasındaki farklılaştırma, katı bir saf ifade-davranış ayırımına dayanmamaktadır. Ayrıca bkz. **Sargentich**, “The First Amendment Overbreadth Doctrine”, p. 918-919. Yine Mahkeme *CSC v. Letter Carriers* kararında, hizmetlerin siyasi performansa değil, liyakat esaslı performansa dayanması ve kamu görevlilerinin seçim üzerindeki etkilerinin sınırlandırılması gerektiğini belirtmiştir. Buradaki kamu menfaati ise gerçekten önemlidir. Mahkeme bunu tarihi olaylarla örnekendirerek açıklamıştır. Bkz. **CSC v. Letter Carriers**, p. 557.

aşırı genişlik nedeniyle ihlal ortaya çıkacaksa, bunların her bir somut olay ve dava için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Nihayet Mahkeme, somut uyuşmazlıktaki kuralın aşırı geniş olmadığına karar verirken aşırı genişliğin her somut uyuşmazlık için değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir²²⁹.

4. Muğlaklık ve Aşırı Genişlik Doktrinleri Arasındaki İlişki

Muğlaklık ve aşırı genişlik doktrinlerinin ikisi de kanun, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerin, yani hukuk kurallarının yazımındaki başarısızlıklara ve kusurlara dayanmaktadır. Bu bakımdan iki doktrin birbiriyle yakından ilişkilidir. Söz konusu ilişki doktrinlerin tetikleyebildiği hukuki yollar bakımından da geçerlidir. Çünkü bu iki doktrinin temelinde, kuralın Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla henüz somut bir uyuşmazlık ortaya çıkmadan (facial challenges) Mahkemeye başvurularak kuralın Anayasaya aykırılığına karar verilmesinin istenebilmesi yatmaktadır²³⁰. Fakat bu, doktrinlerin aynı olduğu, bir doktrinin olduğu kuralda diğerinin de bulunduğu anlamına gelmez. Kuralın muğlak olması ile aşırı geniş olması birbirinden farklı şeylerdir. Bir kuralın muğlak olmadığı olayda aşırı genişlik söz konusu olabilir. Örneğin, kuralın anlaşılır, sade bir dille yazıldığı, muhataplarının kuralın dilini kolaylıkla anlayabildiği ve belirsizliğin olmadığı bir durumda kural aşırı geniş olabilir. Yine makul-ortalama bir kişinin anlayamayacağı bir dille kaleme alınan kural, aşırı geniş olmayabilir. Yalnızca korunmayan ifadeleri yasaklayan bu kuraldaki sorun, belirsiz ve anlaşılması güç ifadelerle yer veriyor olmasıdır²³¹. Başka bir ifade ile belirtecek olursak muğlaklık, keyfi ve ayrımcı uygulamalara yol açma tehlikesi barındırırken aşırı genişlik, düzenlenemeyecek, yani kural koyucunun yetkisinin dışında olan bir alanın kuralın kapsamına alınmasıdır. Ayrıca muğlaklık genel bir kural koyma sorunu olup ifade hürriyeti söz konusu olmasa dahi uygulanabilir iken; aşırı genişlik daha çok Birinci Değişiklik hürriyetleri söz konusu

²²⁹ **Broadrick v. Oklahoma**, p. 615-618; **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 69. Mahkeme, bakış açısına göre değil, ifadeyi ve iletişimsel davranışları yer, zaman veya ifade şekline göre sınırlandıran kuralların aşırı genişliğine dair iddialar söz konusu olduğunda da doktrini ilgili uyuşmazlıklar açısından dikkate almıştır. Bkz. **Grayned v. City of Rockford**, p. 104, 115-116, 121; **Broadrick v. Oklahoma**, p. 613; **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 68-69.

²³⁰ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1394. Aşırı genişlik geleneksel kural ve ilkelere istisnadır. Muğlaklık ise Mahkeme tarafından farklı şekilde ele alınmaktadır ve geleneksel ilkelere bağlıdır. Dolayısıyla muğlaklıkta üçüncü kişiler lehine iddiaların ileri sürülebilmesi için şartlar aranabilir. Örneğin, ifade hürriyeti davaları bakımından muğlaklığın gerçek ve önemli olmasının gerekmesi gibi. Ayrıca bkz. **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 62.

²³¹ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1394.

olduğunda uygulanmaktadır²³². Sonuç olarak ifade hürriyetinin genel teorisi çerçevesinde her bir doktrin ayrı ayrı önemlidir ve kanunların bu gibi eksikliklerden arındırılması gerekir.

E. Yüksek Mahkemenin İfade Hürriyetine Yapılan Müdahalelere Uyguladığı Denetim Düzeyleri ve Kategorik Yaklaşım

Mahkeme, ifade hürriyetine müdahale öngören kuralın belli nitelikleri taşıdığını tespit ettikten sonra ikinci aşamada müdahalenin denetiminde uygulanacak “denetim düzeyini” ve “ölçütü (testi)” belirler. Bazen de Mahkeme, iddia olmaması ya da gerekli görülmemesi halinde kuralın niteliğini ayrıca değerlendirmeden denetim düzeylerini ya da uygulayacağı ölçütleri tespit eder. Dolayısıyla ifade hürriyetinin korunmasında kuralların belli niteliği haiz olması yeterli değildir. Bu bağlamda ilk olarak Mahkeme, müdahalenin “ifadenin içeriğini” hedef almamasına ve müdahalenin ifadenin “yerine, zamanına ve yöntemine” ilişkin olmasına göre üç düzeyli denetim yapmaktadır. İkinci olarak ifade hürriyetinin sınırlandırılmasında benimsenen kategorik yaklaşım da oldukça önemlidir. Nitekim Mahkeme ifade türleri arasında ayrımlar yaparak, (i) korunan ifadeler ve (ii) korunmayan veya az korunan ifadeleri tespit etmiştir. Kategorik ayırma korunan ifadeler üç düzeyde denetim uygulanırsa da diğer ifadeler ya korunmamakta ya da nispeten az korunmaktadır.

Biz de çalışmanın bu kısmında Mahkemenin denetim düzeylerini kararlarında nasıl ele aldığını; ardından ifade hürriyetine ilişkin kategorik ayırma ve belirlenen ifade türlerine ilişkin yargı kararlarını inceleyeceğiz.

1. İfade Hürriyetine Yapılan Müdahalelerin Niteliğine Göre Uygulanacak Denetimin Tespit Edilmesi

Amerika’da ifade hürriyetine karşı yapılan müdahalelerin niteliği bakımından iki tür ayırım yapılmaktadır. Bu ayırım, ifade hürriyeti için hayati öneme sahip olduğu gibi Birinci Değişikliğin çekirdeğini oluşturmaktadır²³³. Bunlardan birincisi ifadenin içeriğine

²³² Decker, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 61.

²³³ Leslie Gielow Jacobs, “Clarifying the Content-Based/Content Neutral and Content/Viewpoint Determinations”, McGeorge Law Review, Vol. 34, Y. 2003, p. 596; David L. Hudson, Jr., “The Content-Discrimination Principle and the Impact of Reed v. Town of Gilbert”, Case Western Reserve Law Review, Vol. 70, Iss. 2, Y. 2019, p. 260; benzer yönde ayrıca bkz. Erwin Chemerinsky, “Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech: Problems in The Supreme Court’s Application”, Southern California Law Review, Vol. 74, N. 49, Y. 2000, p. 52-53.

yapılan müdahaledir. Bu tür müdahalelerle ifadenin içeriğinde yer alacak konulardan ya da düşüncelerden bazıları yasaklanmaktadır. Söz konusu yasak mesajın içeriğinin dış dünyaya iletilmesine engel olur. İkincisi ise içerikten bağımsız olarak yapılan müdahaledir. İçerikten bağımsız, yani tarafsız olan müdahalede ifadenin içeriğinin bir önemi yoktur. Başka bir deyişle ifadenin içeriği karşısında tarafsız bir tutum hakimdir. Ancak içerikten bağımsız başka gerekçelerle müdahale yapılmaktadır²³⁴. Amerikan Yüksek Mahkemesi, ifade hürriyetine yapılan müdahalenin bu iki farklı türüne göre üç düzeyli denetim uygulamaktadır. Bu denetim düzeyleri, müdahalenin niteliğine göre belirlenmektedir. Örneğin bakış açısı ayrımcılığının yapılması halinde sıkı denetim uygulanırken içerikten bağımsız olarak ifade hürriyetinin yerine ve zamanına ilişkin yapılan müdahaleler söz konusu olduğunda kural olarak orta düzey denetim uygulanır. Bu nedenle ilk olarak bu başlık altında kısaca üç düzeyli denetimi ele alacağız. Ardından ifade hürriyetine yapılan müdahalelere ilişkin bu sınıflandırmalar ile müdahalenin türüne göre uygulanan denetim düzeylerini ayrı başlıklar altında ve Yüksek Mahkeme kararlarını da dikkate alarak açıklayacağız. Müdahalenin türüne göre uygulanacak olan ölçütler ve denetim düzeyleri farklı olduğundan konunun incelenmesi ifade hürriyetinin milli güvenlik sebebiyle sınırlandırılması açısından önemlidir. Çünkü milli güvenlik sebebiyle ifade hürriyetini sınırlandıran müdahaleler de içeriğe dayanabileceği gibi tarafsız olabilir.

a. Üç Düzeyli Denetim

Esnek (rasyonellik-reasonableness scrutiny) denetim; orta düzey denetim (intermediate scrutiny) ve sıkı denetim (strict scrutiny)'den oluşan üç düzeyli denetimden çeşitli anayasal hak ve güvencelere yapılan müdahalelerin Anayasaya uygunluğunun incelenmesinde yararlanılmaktadır²³⁵. Mahkeme, ifade hürriyetine yapılan müdahaleleri denetlerken de hükümetin sağlamak zorunda olduğu şartların zorluğuna göre üç farklı denetim düzeyi, yani seviyesi belirlemiştir. Aynı zamanda düzeyler gerekli kıldığı şartlara bağlı olarak ifade hürriyetine sağlanan korumanın derecesini de ifade

²³⁴ Ayrıca bkz. **Geoffrey R. Stone**, "Restrictions of Speech Because of its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions", *University of Chicago Law Review*, Vol. 46, Iss. 1, Y. 1978, p. 81; **Hudson, Jr.**, "The Content-Discrimination Principle...", p. 261.

²³⁵ Bkz. **Köküsarı**, *Anayasal Hakların Çatışması*, s. 178-181; **Aaron Tuley**, "Holder v. Humanitarian Law Project: Redefining Free Speech Protection in The War on Terror", *Indiana Law Review*, Vol. 49, Y. 2016, p. 586-587.

etmektedir. Mahkemeye göre sıkı denetim, “*acil (zorlayıcı) bir menfaatin*²³⁶” (*compelling interest*); orta düzey denetim “*önemli bir menfaatin*²³⁷” (*important interest*); esnek denetim ise “*meşru bir menfaatin*²³⁸” (*legitimate interest*) olmasını gerektirir.

Korunmak istenen menfaatlere ilişkin Mahkeme tarafından tanımlama yapılmamış ve menfaatler arasında ayırım yapmayı sağlayacak yeterlilikte farklılıklara yer verilmemiştir. Örneğin kararlarda zikredilen acil menfaatin belirlenmesine yardımcı olacak ve ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda yararlanılacak ilkelere ve tanımlara yer verilmemiştir²³⁹. Aksine Mahkeme, böyle bir tanımlama yapmaktan uzak durmuştur. Fakat denetim düzeylerine göre aranan menfaatler arasında bir hiyerarşi kurmanın mümkün olduğunu belirtmek gerekir. Sıkı denetimden esnek denetime gidildikçe korunmak istenen menfaatin önemi ve derecesi azalır²⁴⁰. Denetim düzeyleri, müdahalenin amacına atfedilen değere göre farklılaştığı gibi müdahalede “benimsenen araçlar” ile “amaç arasındaki bağlantının” yoğunluğuna göre de farklılık gösterir. Sıkı denetimde amaç acil ve araçlar dar bir şekilde uyarlanmış olmalıyken orta düzey denetimde amacın önemli olması gereğinin yanı sıra araçların amaçla “önemli ölçüde ilişkili” bulunması gerekir. Esnek denetimde ise amacın meşru olması tek başına yeterli değildir, araçların bu amaçla rasyonel bağı olmalıdır²⁴¹.

Sonuç olarak, özellikle sıkı denetim ile orta düzey denetimi karşılaştırdığımızda: (i) Sıkı denetime göre acil kamusal bir menfaatin olması veya bu menfaatlerin geliştirilmesinin amaçlanması; müdahalenin bu amaçlarla doğrudan ve büyük ölçüde ilgili olması ve amaçları ilerletmek için en az kısıtlayıcı ve etkili araçların tercih edilmesi gerekir. (ii) Orta düzey denetime göre ise kamusal menfaatlerin/amaçların olması, müdahalenin önemli ölçüde bu amaçlarla ilgili olması ve bu menfaatler için gerekenden önemli ölçüde daha külfetli, daha fazla olmaması gerekir²⁴². Buna göre denetim düzeyleri bir cetvelin üzerine yerleştirildiğinde sıkı denetim bir uçta, esnek denetim ise diğer uçta

²³⁶ **Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.**, 502 U.S. 105 (1991), p. 118; **R. Randall Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine: Strict Scrutiny, Intermediate Review, and “Reasonableness” Balancing”, *Elon Law Review*, Vol. 8, Y. 2016, p. 296.

²³⁷ **United States v. O’Brien**, 391 U.S. 367 (1968), p. 376-378, 381.

²³⁸ **Pell v. Procunier**, 417 U.S. 817 (1974), p. 817-818, 824-828.

²³⁹ **Robert T. Miller**, “What is A Compelling Governmental Interest?”, *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, N. 2018-21, Y. 2018, p. 2-3 **Özpolat**, *Sanatsal İfade Özgürlüğü...*, s. 254.

²⁴⁰ **Miller**, “What is A Compelling Governmental Interest?”, p. 3.

²⁴¹ **Miller**, “What is A Compelling Governmental Interest?”, p. 2.

²⁴² Bkz. **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 293-294; **Chemerinsky**, *Constitutional Law*, p. 790-792.

yer alır. Denetim esnek uçtan sıkı uca doğru hareket etmeye başladıkça ifade hürriyeti daha çok korunurken müdahalenin denetimden başarıyla geçmesi zorlaşır ve yerine getirilmesi gereken şartlar ağırlaşır²⁴³. Bu gerekleri aşağıda ifade hürriyetine yapılan müdahaleler çerçevesinde ayrı ayrı inceleyeceğiz²⁴⁴.

Düzeyler, bir kararda birlikte kademeli olarak uygulanmaz. Uyuşmazlığın şartlarına göre üç düzeyden bir tanesi seçilerek hükümetin ifade hürriyetini sınırlandırmasında aranan şartların yerine getirilip getirilmediği tespit edilir. Seçilen denetim düzeyinin şartları yerine getirilmişse ifade hürriyetinin ihlal edilmediğine, getirilmemişse ifade hürriyetinin ihlal edildiğine karar verilir.

b. İçeriğe Dayalı Müdahale

(1) İfade Hürriyetine Yapılan Müdahalenin İçeriğe Dayalı Olması

İfade hürriyetine yapılan müdahalenin açıklanan düşüncenin konusunu, taşıdığı mesajı veya bakış açısını (perspektifini), hedef alması halinde içeriğe dayalı bir müdahale söz konusudur. İfadenin içeriğini oluşturabilecek din, siyaset, felsefe gibi konulara ve bu konulara dair bireysel tutuma yönelik yapılan müdahaleler içerik temelli müdahaleye örnek verilebilir²⁴⁵. Müdahalenin içeriğe dayalı olup olmadığını tespit etmek ise her zaman kolay değildir. Mahkeme de bu ayrımı yapmakla birlikte ayrımın gereğini her zaman yerine getirememektedir²⁴⁶. Çünkü bazen bir kural, ilk bakışta içeriğe dayalı olmasa da ifadenin içeriğini etkiliyor olabilir. Kuralın belli bir dönemde özel bir anlam ifade eden mekâna ilişkin sınırlar öngörmesi buna örnek gösterilebilir. Hastane yakınlarında kürtaj eylemlerinin yapıldığı ya da parklarda savaş karşıtı gösterilerin düzenlendiği bir dönemde herhangi bir konu ya da bakış açısı hedef alınmamış olsa bile bu mekanlara ilişkin sınırlandırmalar bazı düşünce açıklamalarını içeriği yönüyle de etkiler²⁴⁷. Kuralın ve bağlamın neden olduğu zorlukların yanı sıra Mahkemenin başarısız

²⁴³ **Wojciech Sadurski**, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, M. Bahattin Seçilmişoğlu (Çev.) Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2002, s. 49; ölçütler ve gerekleri için ayrıca bkz. **Tuley**, “Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 586-587.

²⁴⁴ İfade hürriyetine yapılan müdahalelere uygulanacak denetim düzeyleri tablosu için bkz. **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 295.

²⁴⁵ **Aydın**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü..., s. 235; ayrıca bkz. **Stone**, “Restrictions of Speech Because of its Content”, p. 81.

²⁴⁶ **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 602; ayrıca bkz. **Hudson, Jr.**, “The Content-Discrimination...”, p. 262.

²⁴⁷ Ayrıca bkz. **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 608-609.

olduğu başka durumlar vardır. Ancak Mahkeme içtihatları genel olarak, yapılan müdahalenin hangi hallerde içeriğe dayalı olduğunu göstermektedir.

Mahkemenin içeriğe dayalı müdahale ile karşılaştığı ilk davalardan birisi *Rowan v. United States Post Office Department* davasıdır²⁴⁸. Dava, posta alıcılarının talebi üzerine postane müdürüne cinsel içerikte posta gönderenlere bu nitelikte posta göndermemeleri için emir çıkarma yetkisi tanıyan federal bir kanun ile ilgilidir. Söz konusu kuralın postane müdürlerine tanıdığı yetki ve posta göndericilerine yönelik yapılan müdahalenin tüm posta içerikleriyle ilgili olmaması konumuz açısından önemlidir. Zira kural rahatsız edici olan siyaset, din ve felsefe gibi konuları içerenleri değil, yalnızca cinsel içeriği nedeniyle saldırgan ve cinsel açıdan tahrik edici nitelikte olan postalara yönelik müdahale öngörmüştür²⁴⁹. Fakat kararında Mahkeme, ifadelerin içeriği bakımından yapılan ayrımı dikkate almamış, kuralı Anayasaya aykırı bulmamıştır. Bu nedenle Mahkemenin karşılaştığı ilk davada başarısız olduğu eleştirisi yapılmaktadır²⁵⁰.

Rowan kararından kısa bir süre sonra Mahkeme çeşitli kararlarında müdahalenin içeriğe yönelik olup olmadığını değerlendirmiştir. Örneğin *Police Department v. Mosley*²⁵¹ davasında verilen karar, *Rowan v. United States Post Office Department* davasında verilen karardan farklıdır²⁵². Karar, ifade hürriyetinin temel ilkelerinden olan içeriğe dayalı-tarafsız müdahale ayrımının ifade hürriyeti alanına hâkim hale gelmesinin miladı olmuştur²⁵³. Bu davaya konu olayda Şikago eyaleti tarafından çıkarılan bir yönetmelikle (ordinance), okulların 150 fit mesafesine kadar grevler yasaklanmış, ancak herhangi bir okulun işçi-yönetim anlaşmazlıklarını konu alan ve barışçıl nitelikte olan

²⁴⁸ **Rowan v. United States Post Office Department**, 397 U.S. 728 (1970); ayrıca bkz. **Stone**, “Restrictions of Speech Because of its Content”, p. 84-85

²⁴⁹ **Stone**, “Restrictions of Speech Because of its Content”, p. 84; **Rowan v. United States Post Office Department**, p. 729-730.

²⁵⁰ **Stone**, “Restrictions of Speech Because of its Content”, p. 85. Kararda bir posta göndericisinin iletişim hakkının isteksiz bir kişinin posta kutusunun önünde sona ereceği, istenmeyen şeylerin bir kişinin evine zorla götürülemeyeceği belirtilmiştir. Bkz. **Rowan v. United States Post Office Department**, p. 736-739. Kararda bu çerçevede yapılan değerlendirmelere rağmen kuralın neden belli bir konuyu hedef aldığına dair gerekli değerlendirme yapılmamıştır. Mahkeme, bu kararında yalnızca belli içeriğe ilişkin yapılan müdahaleyi görmezden gelmiş, sıkı denetim uygulamamıştır. Müdahalenin içeriğe dayalı olmasına dair bir değerlendirme yapılmadığı gibi kanaatimizce müstehcenliğe ilişkin değerlendirme yapılmaması da bir eksikliktir. Bkz. **Stone**, “Restrictions of Speech Because of its Content”, p. 85.

²⁵¹ **Police Department v. Mosley**, 408 U.S. 92 (1972).

²⁵² **Stone**, “Restrictions of Speech Because of its Content”, p. 86.

²⁵³ Benzer yönde bkz. **Hudson, Jr.**, “The Content-Discrimination...”, p. 261-262.

grevlere izin verilmiştir²⁵⁴. Bir okulun işçi-yönetim anlaşmazlığı konusunda barışçıl grev yapılmasına izin verilirken diğer tüm barışçıl grevler yasaklanmıştır. Diğer bir ifadeyle yalnızca belli bir konuyu içeren grevlere izin verilerek, bir konu diğerlerinden ayrı tutulmuş ve içerikler karşısında tarafsız davranılmamıştır²⁵⁵.

Söz konusu düzenlemeye ilişkin yapılan denetim ve verilen karar oldukça önemlidir. Nitekim kararda Mahkeme, içeriğe dayalı müdahalelere ilişkin temel ilkelerini ortaya koymaktadır. Davada, bazı grevlerin veya gösterilerin diğerlerinden ayrılması, yani müdahalenin konu bakımından ayırım gözetmesi nedeniyle On Dördüncü Değişikliğin eşit koruma hükmü çerçevesinde denetim yapılmış ve Birinci Değişiklik ile On Dördüncü Değişikliğin kesiştiği belirtilmiştir. Düşünce sahasında bir düşüncenin diğeri karşısında üstünlüğünün olmadığı vurgulanmıştır. Çünkü düşünceler arasında statü eşitliği vardır. Bu nedenle hükümetlerin tüm görüşlerin eşit şekilde duyulmasına olanak tanınması gerekir²⁵⁶. Ancak içerik bakımından müdahale öngörmesi, kuralın her zaman Anayasaya aykırı olduğu anlamına gelmez. Mahkeme bu gibi kurallara da çeşitli ölçütler uygular. Konu ayırımının yapıldığı somut olayda da ayırımın temelinde uygun bir kamusal menfaatin olup olmadığı sorgulanmıştır²⁵⁷. Sonuç olarak, bu gereklilikleri taşımayan kural Anayasaya aykırı bulunmuştur²⁵⁸.

²⁵⁴ **Stone**, “Restrictions of Speech Because of its Content”, p. 86-88; **Police Department v. Mosley**, p. 92-94. Davaya konu olayda Mosley, okul saatleri sırasında ve genellikle yalnız, okulun yanındaki halka açık kaldırımda yürümüş ve “*Jones Lisesi siyah ayrımcılığı uyguluyor. Jones Lisesi’nde siyah kotası var*” yazılı bir tabela taşımıştır. O, bu eylemini barışçıl ve sessiz gerçekleştirmiştir. Bkz. **Police Department v. Mosley**, p. 93-94.

²⁵⁵ **Stone**, “Restrictions of Speech Because of its Content”, p. 86-88. **Police Department v. Mosley**, p. 96-97, 101-102. **Police Department v. Mosley** kararında kuralın içeriğe dayalı bir ayırım yaptığına karar verilmiştir. Fakat olay incelendiğinde müdahale okul çevresine ilişkin olması yönüyle tarafsız; ifadenin içeriğine göre ayırım yapması yönüyle içeriğe dayalıdır. Dolayısıyla burada aynı kuralda tarafsız müdahale ile içeriğe dayalı müdahale yarışmaktadır. Mahkeme, uygulayacağı ölçütü belirlerken müdahalenin içeriğe dayalı olmasını esas almış ve denetimini müdahalenin içeriğe dayanması yönüyle yapmıştır. Nitekim bir kuralda gerçekleşen yarış (çakışma), kuralı tarafsız hale getirmez. Yer düzenlemesinin ifade hürriyetinin içeriğine yönelik kısıtlayıcı bir etki oluşturmaya dair ayrıca bkz. **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 608-609. Sonuç olarak iki müdahale türünün yarışması halinde dava müdahalenin içeriğe dayanması dikkate alınarak karara bağlanmıştır. Bizce de somut bir olayda içeriğe dayalı müdahaleler ile içeriğe dayalı olmayan müdahaleler bir arada bulunduğu uyuşmazlık, müdahalenin içeriğe dayanması esas alınarak çözümlenmelidir. Çünkü daha ağır bir müdahale az olanı kapsadığından, kuralın içeriğe dayalı olmayan yönü bakımından karar vermek, ifadeye daha ağır bir müdahale teşkil eden içeriğe dayalı müdahalenin göz ardı edilmesine ve ifade hürriyetinin daha az korunmasına yol açar.

²⁵⁶ **Police Department v. Mosley**, p. 94-97; ayrıca bkz. **Chemerinsky**, “Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech...”, p. 50-52.

²⁵⁷ **Police Department v. Mosley**, p. 94-95.

²⁵⁸ **Stone**, “Restrictions of Speech Because of its Content”, p. 86-88; **Police Department v. Mosley**, p. 101-102. Mahkemeye göre içeriği nedeniyle ifadelere yapılacak bir kısıtlama, kamusal meselelere ilişkin

Nihayet bazen Mahkeme kararları arasında çelişkiler ortaya çıksa da²⁵⁹ müdahalenin tarafsız olması ve içeriği hedef almaması gerekir. Müdahale, kural olarak her çeşit düşünceye uygulanabilir türden olmalıdır. Başka bir deyişle ifadenin hem konusundan hem de bakış açısından bağımsız olmalıdır²⁶⁰. Özellikle meşru hükümet ve toplum menfaatlerini korumaya yönelik başka araçların olduğu durumlarda, kural içeriğe dayanmayıp tarafsız olmalı ve içerikten bağımsız araçlarla bu menfaatler korunmalıdır²⁶¹.

(2) İçeriğe Dayalı Müdahalenin Türleri

İçeriğe dayalı müdahaleyi, yapılan ayrımcılığa göre iki türe ayırmak mümkündür²⁶². Bunlardan birincisi müdahalenin ifadenin konusuna yönelik olmasıdır. İfadenin içerdiği siyaset, ekonomi, cinsellik ve din gibi konulara göre sınırlandırılması buna örnektir. Konu bakımından yapılan sınırlandırmalar, bazı konulara ilişkin yasak öngörmezken, başka bazı konuları yasaklar. Örneğin, okullarda öğretmenlerin siyasi konular hakkında konuşmaları yasaklandığında öğretmenler, kural olarak spor, din, ekonomi gibi çeşitli konularda konuşabilirler. Onlar için yasaklanan sadece bir konu vardır. Başka bir ifadeyle, konular arasında bir ayırım yapılmıştır. Fakat yapılan bu ayırım ifade sahibinin görüşü bakımından değil, bakış açısı ne olursa olsun, konuşulan konu bakımındandır. Dolayısıyla öğretmenlerin siyasi konularda konuşmaları yasaklandığında hangi görüş benimsendiğinin bir önemi yoktur. Öğretmenlerin hükümeti eleştirmesi de

tartışmanın sınırsız ve sonuna kadar açık olması gerektiği ilkesine olan bağlılığı ortadan kaldıracak türden bir müdahaledir. Bkz. **Police Department v. Mosley**, p. 96.

²⁵⁹ Bir müdahalenin içeriğe dayalı ya da tarafsız olduğunu; müdahale içeriğe dayalıysa bakış açısı ya da konu ayırımı yaptığını belirlemek zor olabilir. Benzer şekilde kuralın niteliği tespit edildikten sonra konu ayırımı yapan kuralın konusunu belirlemek de kolay değildir. Doğal olarak yargılamada hakimler arasında çeşitli anlaşmazlıklar çıkabilmektedir. Ayrıca bkz. **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 596-597.

²⁶⁰ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1376. Kuralların bakış açısı ayrımcılığı yapmaması gerekir. Örneğin bazı içerikteki şeylerin sanat eseri olamayacağı ileri sürülse de bu iddia savunulamaz. Nitekim Hitler’in propaganda filmleri; cinsiyetçi ya da ırkçı içeriğe sahip müzikler, videolar da sanatsal içeriğe sahip olabilir. Bkz. **Amy Sabrin**, “Thinking About Content: Can it Play an Appropriate Role in Government Funding of the Arts?”, The Yale Law Journal, Vol. 102, N. 5, Y. 1993, p. 1220-1222.

²⁶¹ Örneğin, hükümeti destekleyen görüşlerin park ya da meydanlarda açıklanması yasaklanmazken hükümet yetkililerinin rüşvet almasıyla ilgili eleştirileri içeren düşüncelerin açıklanmasının yasaklanması içeriğe dayalı bir müdahaledir. Başka bir örnekte, yabancı bir hükümetin eleştirilmesini yasaklayan türden müdahale de içeriğe dayalı bir müdahaledir. Mahkeme ise somut bir olayda, hatalı olarak, böyle bir müdahaleyi tarafsız olarak görmüştür. Oysa burada doğrudan bu ifadelerin sınırlandırılması gerekmez. Amaç yabancı diplomatların, hükümetlerinin eleştirisine muhatap kalmalarını engellemek ve onların onurunu korumak olsa da bu amaca hizmet eden başka bir aracın kullanılmasının Birinci Değişikliğe daha uygun olacağı düşünülmelidir. Bkz. **Boos v. Barry**, 485 U.S. 312 (1988); ayrıca bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1376; karar hakkında bkz. **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 606.

²⁶² **Şirin**, Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-2..., s. 50; ayrıca bkz. **Özpolat**, Sanatsal İfade Özgürlüğü..., s. 236-241.

desteklemesi de bu yasağın kapsamındadır. Parklarda savaşıla ilgili gösteri yapılmasına izin verilirken diğerk konularda gösteri yapılmasını yasaklayan bir kural da ifade hürriyetine konu temelinde yapılan müdahaleye başka bir örnektir²⁶³.

İkincisi ise bakış açısı ayrımcılığıdır. Burada içeriğe dayalı bir müdahale yapılırken ifadenin içeriğinden ve içerikteki konudan daha ileri bir ayrımcılık yapılmakta, yalnızca bazı bakış açılarına, yani ifade sahibinin bir konuya ilişkin öznel tutumuna karşı bir müdahalede bulunmaktadır²⁶⁴. Örneğin, parklarda siyasi açıklamalar yapmak yasaklandığında müdahale konuya yöneliktir. Fakat parklarda yalnızca hükümeti eleştiren türden ifadeler yasaklanmışsa, burada ifade sahibinin bakış açısına dayalı bir müdahale vardır. Başka bir örnek de kin ve nefret ifadelerinin yasaklanmasına ilişkindir. Kin ve nefret uyandıran ifadelerin yasaklanması konu bakımından içeriğe dayalı bir yasak oluştururken²⁶⁵ bu ifadelerden yalnızca hükümet aleyhine olanlar yasaklanmışsa konu ayrımı değil, bakış açısı ayrımcılığı yapılmaktadır. Bu tür müdahaleler, içeriğe dayandığı gibi verilen mesajlar arasında da ayrımcılık yapar ve bazı bakış açılarını müdahaleden muaf tutar²⁶⁶. Sonuç olarak içeriğe dayalı müdahaleler temelde bu iki türden oluşur ve bu farka bağlı olarak Mahkeme, iki tür müdahaleye belli durumlarda farklı düzeylerde denetim uygular²⁶⁷.

Yapılan müdahalelerin içeriğe dayalı olması ifade ve düşünce hürriyeti ile siyasi haklar bakımından tehlike arz etmektedir. Nitekim bireylerin açıklayacağı düşüncelerin ve sarf edeceği ifadelerin içeriğinin önceden belirlenmesi ile hangi içerikteki ifadelerin yasak olduğunu Kongrenin öngörmesi, düşünceler üzerinde kontrol sağlanmasına yol

²⁶³ Ayrıca bkz. **Chemerinsky**, “Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech...” p. 51. Bir okulun işçi yönetimi anlaşmazlığı konusunda barışçıl grev gözcülüğü yapılmasına izin verilip diğerk tüm barışçıl grev gözcülükleri yasaklanmasında da görüleceği üzere kuralın belli bir konuyu diğerkinden ayırt etmesi söz konusudur. Dolayısıyla içerik bakımından bir müdahale yapılmıştır. Bkz. **Police Department v. Mosley**, p. 96-97.

²⁶⁴ **Aydın**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü..., s. 241; ayrıca bkz. **Şirin**, Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-2..., s. 50.

²⁶⁵ **Aydın**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü..., s. 242. Müdahalenin tarafsız olması, hükümetin konusuna göre konuşmayı düzenleyemeyeceğini ifade eder. Savaşla ilgili gösterilere izin verirken, başka tüm konulara ilişkin gösterileri yasaklayan bir kanun, konu kısıtlaması yapmış demektir. Bir kanun, bakış açısı ya da konu kısıtlaması yapması durumunda içerik temelli müdahale öngörmektedir. Örneğin parklarda savaş aleyhine gösterilerin yasaklanması halinde de bakış açısı ayrımcılığı vardır. Bkz. **Chemerinsky**, “Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech...”, p. 51.

²⁶⁶ Bkz. **Aydın**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü..., s. 243. Bakış açısına dair başka bir örnek verecek olursak: Müstehcen ifadelerin yasaklanması konuya dayalı bir müdahale yapıldığını, ancak müstehcen ifadelerin hükümeti eleştirmek amacıyla yapılmasının yasaklanması bakış açısı ayrımcılığına dayalı müdahale yapıldığını gösterir.

²⁶⁷ Bkz. **Aydın**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü..., s. 245.

açar²⁶⁸. Müdahalenin içeriğe dayalı olmasının kabul edilmesi halinde hükümet kendisini destekleyen düşünceleri serbest bırakırken muhalif görüşleri yasaklayabilir. Oysa “fikirlerin pazaryeri”nde, hükümetin bazı bakış açılarını korurken bazılarını dışlamaması gerekir. Aksi halde fikirlerin serbest dolaşımının, hakikati aramanın ve kendi siyasi kaderini tayin etme hakkının önüne büyük engeller çıkar. Ayrıca söz konusu durum hoşgörünün ortadan kalkarak bazı görüşlerin azınlıkta kalmasına ve çoğunluğun düşmanlığı ile karşılaşmasına neden olabilir²⁶⁹.

Diğer yandan genellikle hükümetler bakış açısı ayrımcılığı yaptıklarında politikalarına yönelik eleştirileri doğrudan yasaklamak yerine, “kamu düzeni” veya “milli güvenlik” gibi toplum tarafından daha fazla kabul gören sebeplere dayanırlar. Sonuçta hükümetlerin elde ettiği bu yetki, hukuki ve siyasi olarak kontrol edilemez bir silaha dönüşebilir. Mahkemenin deyişiyle “*hükümetin kamusal tartışmaların konularını belirlemesine izin vermek, onun siyasi hakikatin araştırılması üzerinde kontrol kurmasını sağlamak anlamına gelir*”²⁷⁰. Bu da şüphesiz, devletin siyasi tarafsızlığıyla bağdaşmaz.

c. İçerikten Bağımsız Müdahale

Müdahalenin içerikten bağımsız olması (tarafsız/nötr olması veya içeriğe dayalı olmaması), ifadelere içeriğinden bağımsız olarak müdahale edilmesini ifade eder. Başka bir deyişle müdahale, verilen mesajın içeriğiyle ilgili değil, düşünce açıklamasının yapıldığı zamanla, yerle ve ifadenin yöntemiyle ilgiliyse tarafsızdır. Tarafsız bir müdahaleyle karşılaşan ifade, içeriğiyle ilgili olmayan başka bir sebeple sınırlandırılmıştır²⁷¹. Bu tür müdahaleler, gürültü seviyesinin belirlenmesi, belirli bir yerde yapılacak etkinliğe katılacakların sayısına ilişkin sınır konulması, gösterilerin sabah

²⁶⁸ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1375-1376; ayrıca bkz. **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 599-600. Birinci Değişiklik, özü itibarıyla bakış açısı ayrımcılığını hür ve demokratik bir toplum için benzersiz ölçüde zararlı görmektedir. Bkz. **National Rifle Association of America v. Vullo**, 602 U.S. ____ (2024), II-A.

²⁶⁹ **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 599-600; ayrıca bkz. **Chemerinsky**, “Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech...”, p. 56.

²⁷⁰ **Consolidated Edison Co. v. Public Svc. Comm’n**, 447 U.S. 530 (1980) p. 538; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1375-1376.

²⁷¹ Bkz. **Aydın**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü..., s. 235-236; **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 175; **Şirin**, Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-2..., s. 51. Bağımsız bir akademik çalışma konu olması gereken Amerika’da “kampüste ifade hürriyeti” meselesi oldukça önemlidir. Kampüsteki ifadelere müdahale edilmesinde ifadenin nefret söylemi oluşturmaması, saldırgan-ırkçı olması gibi sebepler etkili olmuştur. Bu konuda çeşitli tartışmalar yapılmış, ifade hürriyetinin sınırlandırılması desteklenmiş ve kampüste ifade hürriyetine müdahale öngören yönetmelikler çıkarılmıştır. Çıkarılan yönetmeliklere ilişkin Mahkeme çeşitli kriterler belirleyerek düzenlemelerin ifade hürriyetini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu konuda ayrıca bkz. **Aydın**, Üç Demokraside ifade hürriyetine Düşünce Özgürlüğü..., s. 194-217.

erken veya akşam geç saatlerde yapılmasının yasaklanması şeklinde olabilir²⁷². Örneğin Kolorado’da yapılan bir düzenlemenin “*Herhangi bir sağlık kuruluşunun girişine yüz fit mesafede... hiç kimse, bir broşür veya el ilanı vermek, bir işaret göstermek veya sözlü protesto, eğitim veya danışmanlık yapmak amacıyla izni olmadan bir kişinin bilerek sekiz fit yakınına yaklaşamaz*”²⁷³” hükmünün Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür²⁷⁴. İddianın sebebi, düzenlemenin özellikle kürtaj karşıtı göstericileri ve ifadeleri hedef aldığı düşüncesidir²⁷⁵. Ancak eyalet mahkemeleri düzenlemeyi tarafsız olarak değerlendirmiştir. Düzenlemede açıklanan düşüncenin içeriğine ve karşı tarafa verilecek mesaja göre bir ayırım yapılmamıştır. Aksine zaman, mekân ve düşüncenin açıklanma yöntemine dayalı bir müdahale yapıldığı görülmektedir²⁷⁶.

Yüksek Mahkemeye göre de söz konusu düzenleme tarafsız niteliktedir. İlk olarak ifadenin içeriğine ilişkin bir müdahale öngörülmemiş, fakat ifadenin açıklanabileceği yerlere ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. İkinci olarak, ifadenin ilettiği mesajdan ve ifade sahibinden bağımsız olarak her çeşit mesajı kapsayacak türden bir düzenleme yapılmıştır. Üçüncü olarak ise yine ifadenin içeriğinden bağımsız olarak tıbbi tedavi ve yardım arayan kişilerin başka kişilerden gelebilecek fiziki ve duygusal zararlardan korunması

²⁷² Kevin Francis O’Neill, “Time, Place, and Manner Restrictions”, in Encyclopedia of the First Amendment, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009, p. 1069; **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 175. Bu örnekleri çoğaltabiliriz: Örneğin, hükümeti destekleyen veya eleştiren türden ifadeler arasında içeriğe ilişkin bir ayırım yapılmadan parklarda bağırarak, megafonla konuşmamak ya da ateş yakmamak kural haline getirilmişse, kişilerin bu tür davranışları neden yaptığını ve ne ifade ettiğine bakılmaz. Kişiler düşüncelerini açıklamak ya da eğlenmek amacına sahip olabilir. Ancak bu davranışlar yasaklanmıştır. İfade hürriyetine yönelik böyle bir müdahale tarafsızdır ve içeriğe dayalı değildir.

²⁷³ Bkz. **Colorado Revised Statutes** § 18-9-122(3) (1999); **Hill v. Colorado**, 530 U.S. 703 (2000), p. 703, 707.

²⁷⁴ **Hill v. Colorado**, p. 707.

²⁷⁵ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1382. Böyle bir düzenleme kuşkusuz kürtaj karşıtı eylemlerin ve propagandaların yoğun şekilde yapıldığı dönemlerde ve yerlerde, Birinci Değişiklik hürriyetleri üzerinde etki eder. Ancak kuralın konulmasındaki asıl amacın, içeriği bastırmak olduğunu göstermek kolay değildir. Bunun açıkça ortaya konulmadığı durumlarda ise kuralın tarafsız olduğunun kabul edilmesi ile karşı karşıya kalınmaktadır. Neticede ardında içeriğe dayalı bir ayırım olmasına rağmen uygulanması durumunda diğer tüm içeriklere de uygulanabilir bir kural tarafsız kabul edilmiştir. Ayrıca bkz. **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 620.

²⁷⁶ **Hill v. Colorado**, p. 719-720; ayrıca bkz. **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 620; **Chemerinsky**, “Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech...”, p. 54.

amaçlanmıştır²⁷⁷. Bu nedenlerle Mahkeme eyalet mahkemelerinin kararlarını yerinde bulmuş, düzenlemenin tarafsız olduğu kanaatine varmıştır²⁷⁸.

İfade hürriyetine yapılacak müdahalelerin içerikten bağımsız olmasının daha geniş bir sınırlama alanına yol açtığı akla gelebilir. Çünkü içeriğe dayalı müdahaleler belli bir konu ya da bakış açısının sınırlandırılmasıyla ilgiliyken içerikten bağımsız müdahaleler herkesin ve her türden düşüncenin etkilenmesine yol açabilir. Bu bağlamda yalnızca siyasi konuların yasaklanması, diğer tüm konuların yasaklanmasına göre daha iyidir denilebilir. Fakat tarafsız müdahaleler tüm ifadeleri ya da tüm içerikleri yasaklamayı hedeflemezler. Aşağıda görüleceği üzere tarafsız müdahale, tüm fikirlerin yasaklanmasıyla ilgili değil, zaman ve mekân gibi düşünceden ve kişiden bağımsız hususlarla ilgilidir. İdeal olan da ifade hürriyetine yapılacak müdahalenin tarafsız olması ve genel bir kuralla yapılmasıdır. Bu ayrımı eşit korumanın bir gereği olarak kabul eden Mahkemeye göre de fikirler arasında eşit statü vardır ve fikirlerin eşit şekilde duyurulmasının sağlanması gerekir²⁷⁹. Sonuç olarak içerikten bağımsız müdahaleler, düşünce açıklamalarının ayrımcılığa karşı korunmasına hizmet eder.

d. İfade Hürriyetine Müdahalelerde Uygulanacak Denetim Düzeyi

(1) Genel Olarak

Kurucu Babalar için ifade hürriyeti, kamusal konularda yapılacak konuşmaların içeriğine müdahale edilmemesi anlamına geldiğinden Birinci Değişiklik ifadenin içeriğine müdahale edilmesine önemli bir sınır getirmektedir²⁸⁰. Bu nedenle ifade hürriyetine yapılacak olan müdahale, devletin tarafsızlığı gereğince içerikten bağımsız olmalıdır. Nitekim devletin tüm düşüncelere, dini ve felsefi görüşlere karşı tarafsız kalmasını gerektiren Birinci Değişikliğin amacı, kapsamı ve devletin siyasi tarafsızlığı düşünüldüğünde, müdahaleler içeriğe dayalı olmamalıdır. Ancak içeriğe dayalı

²⁷⁷ **Hill v. Colorado**, p. 719; **Chemerinsky**, *Constitutional Law*, p. 1382; ayrıca bkz. **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 620. Bir yargı organının müdahalenin asıl amacını araştırmasının hatalı olduğuna dair görüş için ayrıca bkz. **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 620-621.

²⁷⁸ **Hill v. Colorado**, p. 719-735; ayrıca bkz. **Chemerinsky**, “Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech...”, p. 54.

²⁷⁹ Bkz. **Police Department v. Mosley**, p. 94-96; **Chemerinsky**, “Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech...”, p. 51-52.

²⁸⁰ **Kanovitz**, *Constitutional Law*, p. 45.

müdahalenin her zaman Anayasaya aykırı olduğu kabul edilmediği gibi tarafsız müdahale de her zaman Anayasaya uygun görülmez²⁸¹.

Mahkeme, ifade hürriyetine yapılan müdahalelerin tamamına ilişkin çeşitli denetimler yapmakta, herhangi bir müdahalenin doğrudan Anayasaya aykırı olduğu ya da olmadığı görüşünü kabul etmemektedir. Müdahalenin içeriğe dayalı olması halinde Mahkeme, kural olarak sıkı denetim (strict scrutiny) uygulamaktadır²⁸². Öte yandan müdahalenin içeriğe dayalı olmaması halinde ise daha yumuşak bir denetim, yani orta düzey denetim (intermediate scrutiny) uygulamaktadır²⁸³.

Denetim düzeylerinin belirlenmesinde ise yalnızca müdahalenin içeriğe yönelip yönelmediğine bakılmaz. Aynı zamanda içeriğe dayanan müdahalenin konu ve bakış açısı ayrımı yapması ile müdahalenin yapıldığı yerin niteliği ve diğer başka faktörler denetim düzeyinin belirlenmesinde etkilidir. Örneğin, içeriğe dayalı bir müdahalenin söz konusu olduğu kimi durumlarda sıkı denetim değil, daha yumuşak bir denetim düzeyinin uygulanması yeterli görülebilmektedir. Benzer şekilde müdahalenin tarafsız olması halinde de müdahalenin yapıldığı yerin niteliğine göre denetimin düzeyi değişmektedir²⁸⁴. Bunun için Mahkeme, ifadenin ortaya çıktığı yerin niteliğine önem vermektedir. İfadenin ortaya çıktığı yerlerden birincisi kamu alanı (forumu)'dır. Kamu alanı, kaldırım, park ve bahçe gibi yerlerdir. Bu yerler kural olarak herkese açıktır. Kişiler hayatın olağan akışında buralarda serbestçe harekette bulunup kendisini ifade edebilir. İkincisi kamu alanı olmayan yerlerdir. Kamu alanı olmayan yerler, hükümetin kontrolünde bulunan ve denetiminde olan tüm yapı, bina ve yerlerden oluşur. Hükümetin denetimindeki binalara askeri üsler, okullar, karakollar, hastaneler örnek verilebilir²⁸⁵.

²⁸¹ Ayrıca bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1383. Birinci Değişiklik, hükümetin konuşma içeriğini kontrol etmesini önemli ölçüde sınırlandırmaktadır. Kişilerin ifadelerinin içeriği sebebiyle sınırlandırılması kural olarak Anayasaya aykırıdır. Ancak bazı istisnai hallerde ifade hürriyeti, ifadenin içeriği sebebiyle sınırlandırılabilir. Bkz. **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 45.

²⁸² **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1383; ayrıca bkz. **Jacobs**, "Clarifying the Content-Based...", p. 596, 598; **Kelso**, "The Structure of Modern Free Speech Doctrine", p. 292.

²⁸³ **Jacobs**, "Clarifying the Content-Based...", p. 598; **Kelso**, "The Structure of Modern Free Speech Doctrine", p. 292.

²⁸⁴ Bkz. **Kelso**, "The Structure of Modern Free Speech Doctrine", p. 292.

²⁸⁵ Bkz. **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 70-71. Kamu alanı ifade hürriyetinin en yüksek koruma gördüğü alandır. Bkz. **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 72. Amerikan hukukunda kamu alanı, türleri ve kamu alanı olmayan yerler için bkz. **Ceren Yıldız**, "Sosyal Medya Özelinde Kamusal Alan Doktrini ve "Knight First Amendment Institute Et Al v. Donald J. Trump" Kararının Amerika Birleşik Devletleri Anayasası 1. Ek Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69, S. 4, Y. 2020, s. 1675-1680. Denetim düzeylerini, müdahale türlerini ve kamu alanlarını gösteren tablo için ayrıca bkz. **Kelso**, "The Structure of Modern Free Speech Doctrine", p. 295. Mahkeme, kararlarında kamu alanı

Kişilerin kendi özel mülkü olan yerler de ifade hürriyetine ilişkin müdahalelerin denetiminde kamu alanı gibi değerlendirilmektedir. Fakat, başkalarının özel mülkünde Birinci Değişiklik haklarının geçerli olduğu da söylenemez. Örneğin, alışveriş merkezleri düşünce açıklamasını yasaklama hakkına sahiptir. Nitekim Birinci Değişiklik hükümetin eylem ve işlemlerine sınır getirmektedir²⁸⁶.

(2) İçeriğe Dayalı Müdahalelerde Denetimin Hangi Düzeyde Yapılacağına Tespiti Sorunu

(a) Bakış Açısı Ayrımcılığının Yapılması ile Kamu Alanındaki ve Özel Mülkteki İfadelere Yapılan Müdahalenin İçeriğe Dayalı Olması

(i) Sıkı Denetim Yapılan Haller

İlk olarak, ifade hürriyetine yapılan müdahalenin bakış açısı ayrımcılığına dayalı olması halinde her zaman sıkı denetim yapılır. Burada kural olarak düşünce açıklamasının, hükümet binasında olması ile kamu alanında veya özel mülkte olması arasında bir fark yoktur. Eğer müdahale bakış açısı ayrımı yapmışsa nerede, hangi alana ilişkin olursa olsun, bu müdahaleye uygulanacak denetim değişmez. Bununla birlikte bakış açısı ayrımı niteliğinde olmayan içeriğe dayalı müdahaleler, düşünce açıklamasının ancak “kamu alanında ve özel mülkte” gerçekleşmesi halinde sıkı denetime tabi tutulur²⁸⁷.

olan ve olmayan yerlere ilişkin alt ayrımlara ve bu yerlerin özelliklerine yer vermiştir. Bazı yerler (i) geleneksel olarak “**kamu alanları**”dır (traditional public fora). Bunlar o yerin özelliklerine göre belirlenir. Uzun süredir geleneksel olarak toplantı ve tartışma yapılan yerler böyledir. Geleneksel kamu alanları hükümetin amacından bağımsız olarak iletişimsel faaliyetlere açıktır. (ii) Diğer bir kamu alanı hükümet tarafından “**belirlenmiş kamu alanları**”dır (designated public fora). Hükümet, genel olarak halk veya belirli bir konuşmacı grup tarafından iletişimsel amaçlarla kullanılması için ayrıca ilave yerler/alanlar açma yetkisine de sahiptir. Bu kamu alanlarını hükümet kendisi toplantı ve tartışma yapılması amacıyla açar. Böylece belirlenmiş kamu alanlarını oluşturur. (iii) Son olarak alanın/yerin geleneksel bir kamu alanı olmadığı ve hükümetin özel bir kamu alanı oluşturmadığı hallerde, alan kamuya açık değildir. Bu türdeki alan ise “**kamu alanı olmayan**” ya da kamuya açık olmayan alanlardır (nonpublic fora). Bkz. **Arkansas Ed. Television Comm’n v. Forbes**, 523 U.S. 666 (1998), p. 677-678; ayrıca bkz. **Özpolat**, Sanatsal İfade Özgürlüğü..., s. 275-286.

²⁸⁶ Özel taraflar Birinci Değişiklikten etkilenmez. Çünkü Birinci Değişiklik yalnızca hükümetin eylemlerini kontrol etmektedir. Bunun sonucu özel kişilerin ifadeyi tamamen yasaklama veya bazı ifadelere izin verme serbestliğine sahip olmasıdır. Alışveriş merkezi gibi yerlerin sokaklarının ve kaldırımlarının şehir merkezindeki iş bölgelerindeki sokaklardan ve kaldırımlardan “işlevsel olarak” ayırt edilemez olduğu tartışılmış ve ileri sürülmüşse de Yüksek Mahkeme özel mülkiyet olan yerlerde Birinci Değişikliğin geçerli olmadığını benimsemiştir. Bkz. **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 82.

²⁸⁷ **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 293; **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 598. İster kamu alanı olsun ister kamu alanı olmayan bir yer olsun kural olarak bakış açısı ayrımcılığı yapılamaz. Örneğin hükümet bir siyasi partiye ya da belli bir görüşteki gruplara tesislerini açarken başkasına kapatamaz. Bkz. **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 72.

İçeriğe dayalı olarak kısıtlama öngören bir kanunun Anayasaya aykırılığının değerlendirilmesine ilişkin *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Board*²⁸⁸ kararını örnek verebiliriz. Davaya konu olan uyuşmazlık, “the Son of Sam” Kanununa ilişkindir. Söz konusu Kanun 1977 yılında New York’ta şöhret kazanan seri katil David Berkowitz’in yakalanmasıyla ilgili gelişmeler sonucunda çıkarılmıştır. Çünkü Berkowitz’in işlediği cinayetler ve bu cinayetler sayesinde elde ettiği tanınırlık onun cinayet hikayelerini değerli hale getirmiştir. Yakınlarını kaybedenlerin korunmasını sağlamak ve bir suçlunun işlediği suçlardan şöhret ve para kazanmasını önlemek için New York Meclisi, kazanılan parayla suçtan mağdur olanların ve onların yakınlarının zararlarının tazmin edilmesini öngören bir kanun koymuştur. Kanun, kişilerin işlediği suçlardan para kazanmasının adil görülmemesinin bir sonucudur²⁸⁹.

Somut olay, belli konuda yazılan kitaplara yapılan müdahalelerle ilgilidir. Henry Hill, 1986 yılında yayımlanan *Wiseguy* isimli kitapta birinci ağızdan suç kariyerini ve işlediği suçları anlatmıştır. Daha sonra Suç Mağdurları Kurulu tarafından kitabın yayımlandığı öğrenilmiş ve yayınevinin Kanunu ihlal ettiği görülmüştür. Kurul, yayınevinin Hill’e ödeme yapmaması ve ödenecek tüm paranın suçların mağdurlarına ödenmek üzere Kurula devredilmesini emretmiştir²⁹⁰.

Yüksek Mahkemeye göre içeriği nedeniyle konuşmacılara mali yük getiren kanunlar ilk bakışta Anayasaya aykırıdır. Söz konusu Kanun da açıkça içeriğe dayalıdır ve yalnızca belli bir içerikteki ifadelerle müdahaleyi öngörmektedir. Hatta yalnızca belli içerikteki ifadeler için caydırıcı etkiye sahiptir²⁹¹. Oysa bu tür ifadelerle yönelik müdahalelerin neden farklı olması gerektiğinin devlet tarafından gösterilmesi gerekir. Bu çerçevede Mahkeme, devletin, “*düzenlemenin acil (zorlayıcı) bir kamusal menfaate hizmet ettiğini ve öngörülen düzenlemenin dar çerçevede sınır çizdiğini, yani gereğinden fazla kapsama sahip olmadığını (gereğinden fazla sınırlandırma yapmadığını ya da müdahalenin biçilmiş bir kaftan olduğunu)*” göstermesinin gerektiğini belirtmiştir²⁹². Acil (zorlayıcı) bir menfaate hizmet etmesi, amaca ulaşmak için müdahalenin “son ve tek

²⁸⁸ *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105 (1991); *Kelso*, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 296.

²⁸⁹ *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.*, p. 108.

²⁹⁰ *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.*, p. 112, 114-115.

²⁹¹ *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.*, p. 115-116.

²⁹² *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.*, p. 118; *Kelso*, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 296.

çare” olmasını ifade eder²⁹³. Diğer yandan kuralın dar çerçevede sınır çizmesini, ulaşılmak istenen amaç için *dar tanımlanmış (biçilmiş bir kaftan olarak)* sınırları belirlemesi şeklinde de ifade edebiliriz²⁹⁴. Mahkeme böylece bu kararlar sıkı denetim uygulanacak müdahalelerin taşınması gereken nitelikleri de belirlemiştir.

Somut olay çerçevesinde sıkı denetime ilişkin yapılan değerlendirmelere göre Birinci Değişiklik, ifadelerin toplum tarafından nahoş bulunması sebebiyle sınırlandırılmasına izin vermez. Bununla birlikte Mahkeme, kişilere işledikleri suç nedeniyle doğan zararları tazmin ettirmekte devletin menfaati olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle tüm hukuk sistemlerinde haksız fiillere ilişkin kanunlar çıkarılmakta ve suçlular suçtan elde ettiği gelirden mahrum bırakılıp verdikleri zararları tazmin etmeye zorlanmaktadır. Fakat olayda kişinin neden olduğu zararı tazmin etmesi konusunda, kaleme alınan suç hikayelerinden elde edilen gelirin diğer malvarlıkları karşısında neden daha öncelikli olduğunun gösterilmesinin oldukça zor olduğu kabul edilmektedir. Mahkemeye göre suç hikayelerinden elde edilen gelirle zararın tazmin edilmesinde devletin menfaati olsa bile bu menfaatin “acil (zorlayıcı) olduğu” söylenemez²⁹⁵. Diğer bir ifadeyle içeriğe dayalı bir müdahale yapıldığında basitçe bir menfaatin olması yeterli değildir. Bunun yerine menfaatin “acil (zorlayıcı) olması” gerekir. Bu kapsamda Mahkeme, Kanunda yapılan içerik ayrımının suçtan elde edilen gelirlerin suç mağdurlarına aktarılmasındaki kamusal menfaatle ilgili olmadığını kabul etmiştir²⁹⁶. Denetimle ilgili değinilmesi gereken diğer husus ise Kanunun “dar çerçevede”, düzenlenmiş olmasıdır. Somut olayda Kanunun oldukça geniş bir kapsamda müdahale öngördüğü anlaşılmaktadır. Mahkeme, Kanunun ifade sahibinin işlediği suça ilişkin düşüncelerini veya anılarını doğrudan ya da dolaylı olarak ifade etmesini kapsayan her türlü eser için geçerli olduğunu ve dolayısıyla çok geniş bir kapsama sahip olduğunu

²⁹³ Bkz. **Şirin**, Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-2..., s. 51.

²⁹⁴ Köküarı, “dar tanımlanmış” (narrowly tailored) ifadesini “biçilmiş kaftan” olarak ifade etmektedir. Yazarın bu güzel çevirisinden çalışmamızda sıkça yararlanılmıştır. Yazarın çevirisi için bkz. **Köküarı**, Anayasal hakların Çatışması, s. 180-181.

²⁹⁵ **Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.**, p. 118-120. “Kısacası, Devletin suçun meyvelerinden mağdurlara tazminat ödenmesinde acil (zorlayıcı) bir çıkarı vardır, ancak bu tazminatın suçlunun suçla ilgili konuşmasından elde edilen gelirlerle sınırlandırılmasında çok az menfaati vardır”. Bkz. **Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.**, p. 120-121. Başka bir kararında da Mahkeme, hükümet yetkililerinin hoş karşılanmayan ifadeleri bastırmak için “hukuki yaptırımlara ve diğer zorlama araçlarına” başvurma tehdidinde bulunmasının Birinci Değişiklik tarafından yasakladığını belirtmektedir. Bkz. **National Rifle Association of America v. Vullo**, II-A.

²⁹⁶ **Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.**, p. 121.

belirtmiştir²⁹⁷. Örneğin yazarın elma çalma anısını bir eserinde kaleme alması dahi bu kapsama girebilir. Sonuç olarak Mahkeme, Kanunu Birinci Değişikliğe aykırı bulmuştur.

İfadenin içeriği sebebiyle yapılan müdahalenin denetlendiği başka bir önemli karar R.A.V. v. City of St. Paul'dur²⁹⁸. Bu davada verilen kararın birçok yönden önemli olduğunu belirtmemiz gerekir. İlk olarak Mahkeme, müdahalenin içeriğe dayalı olmasından öte, bakış açısı ayrımcılığına dayandığını tespit etmiş ve incelemesini bu çerçevede yapmıştır. İkinci olarak ise kararda Mahkeme, korunmayan (ya da daha az korunan) ifade türleri açısından dahi bakış açısı ayrımcılığı yapılamayacağını ortaya koymuştur²⁹⁹.

Somut olayda Afro-Amerikan bir ailenin çitle çevrili bahçesinin içinde bir grup genç haç yakmıştır. Davada gençlerden birisi olan R.A.V., St. Paul şehir yönetmeliğinin³⁰⁰ hükmüne göre cezalandırılmasının Birinci Değişikliğe aykırı olduğunu iddia etmektedir³⁰¹. Buna ilişkin Mahkeme, ilk etapta her türlü içerikteki ifadelere değil, belli içerikteki ifadelere müdahale öngörmesi sebebiyle kuralın içeriğe dayalı olduğunu belirlemiş ve düzenlemenin Birinci Değişikliğe aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, bu çerçevede Minnesota Eyalet Yüksek Mahkemesinin görüşünü de dikkate alarak davayı değerlendirmiştir. İlk olarak “saldırgan ifadeler”in (fighting words) pek çok zaman Birinci Değişiklik korumasından yararlanamayacağı kabul edilmiş olsa da bu ifadelerin de bağlamından koparılmadan ele alınması gerektiği vurgulanmıştır³⁰². Neticede Mahkeme, korunmayan ifadelerin olduğu hallerde dahi bakış açısı ayrımcılığı yapılamayacağını belirtmiştir. Örneğin eyaletler müstehcen veya saldırgan ifadeleri düşünce açıklaması amacı taşımadığından yasaklayabilir. Kural olarak bunun Birinci

²⁹⁷ **Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.**, p. 121.

²⁹⁸ **R.A.V. v. City of St. Paul**, 505 U.S. 377 (1992); **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 617.

²⁹⁹ Ayrıca bkz. **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 617; **Özpolat**, Sanatsal İfade Özgürlüğü..., s. 239.

³⁰⁰ “Her kim, yanan bir haç veya Nazi gamalı haçı ... ırk, renk, inanç, din veya cinsiyet temelinde başkalarında öfke, endişe veya kızgınlık uyandırdığını bildiği veya bilmesi için makul nedenleri olduğu bir sembol, nesne, ... grafitiyi kamuya açık bir yere veya özel bir mülke koyarsa, kamu düzenini bozmuş ve suç işlemiş olur.” Bkz. **St. Paul, Bias-Motivated Crime Ordinance**, St. Paul, Minn., Legis. Code § 292.02 (1990).

³⁰¹ **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 379-380.

³⁰² **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 381-387; ayrıca bkz. **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 617. Bu çerçevede Mahkeme, saldırgan ifadelerin her zaman korunmayan ifadeler kategorisinde kabul edilmesinin Birinci Değişikliğin amacıyla bağdaşmadığını belirtmiştir. İfadenin saldırgan olması müdahalenin tek başına Anayasaya uygun olduğunu göstermez. Yalnızca bu tür ifadeler, Mahkemeye göre düşünce açıklamasının önemli bir kısmını oluşturmamaktadır. Ayrıca bkz. **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 381-387; ayrıca bkz. **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 617.

Değişiklikle uyumlu olduğu kabul edilmektedir. Fakat korunmayan ifade türleri içerisinde bakış açısına göre ayırım yapılarak yalnızca bazı ifadelerin yasaklanması Birinci Değişikliğe aykırı görülmektedir. Örneğin iftira yasaklanabilse de yalnızca hükümeti eleştiren iftiralar yasaklanamaz³⁰³. Bu nedenlerle Mahkeme davada sıkı denetim uygulamış; her türlü saldırgan ifadeyi değil, ırk, cinsiyet veya din gibi belli konulara yönelik saldırgan ifadeleri cezalandıran kuralı Birinci Değişikliğe aykırı bulmuştur. Buna göre müdahalenin, “*sınırlı çerçevede yapılması*” ve “*acil (zorunlu) bir kamusal menfaati karşılması*” şartını sağlamadığına karar verilmiştir. Her ne kadar saldırgan ifadelerin sınırlandırılması tek başına bir menfaat³⁰⁴ olarak görülebilecekse de ifadenin bakış açısı ayırımına dayalı olarak sınırlandırılmasının haklı sebebini göstermek zordur. Yani, bu türde bir ifadenin sınırlandırılmasıyla korunmak istenen menfaatin dahi sıkı denetimin gerekleriyle uyumlu olması gerekir. Olayda aynı meşru amacı korumak için tarafsız niteliği haiz araçlar bulunmasına ve bakış açısı ayrımcılığının yapılmasını gerektiren zorunlu bir menfaat olmamasına rağmen eyalet, bakış açısı ayrımcılığı yapmıştır³⁰⁵.

Sonuçta Mahkeme, bakış açısı ayrımcılığı sebebiyle sıkı denetim yaptığı durumlarda devletin tarafsızlığı ilkesine dayanmaktadır. On Dördüncü Değişiklik çerçevesinde benimsenen ilkelere göre (Equal Protection and Due Process) müdahalenin ifadenin içeriği bakımından bir ayırım gözetmemesi, temelde herkesin ve her fikrin eşit koruma görmesi amaçlanmaktadır³⁰⁶. Bu kapsamda devletin ya da hükümetin ulaşmaya

³⁰³ **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 383-387; ayrıca bkz. **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 617; **Özpolat**, *Sanatsal İfade Özgürlüğü...*, s. 240. Kararda Mahkeme başka bir örnek vermektedir. Örneğin, cinsel birlikteliğin şehvetli görüntülerini içeren ve saldırgan olan müstehcen ifadeler yasaklanabilir olsa da yalnızca saldırgan siyasi mesajları olan müstehcen ifadeler yasaklanamaz. Bkz. **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 387-388.

³⁰⁴ Burada saldırgan ifadeleri düzenleyen kanunların neden içeriğe dayalı kabul edilmediği sorusu akla gelebilir. Aşağıda ayrı bir başlık olarak ele alacak olsak da kısaca söylemek gerekirse, bu tür ifadelerin aslında ifade ediş biçimi olmaları ve verilecek mesajı iletme aracına bağlı olarak genelde tek başlarına bir mesaj içermemeleri sebebiyle onlara ilişkin düzenlemeler içeriğe dayalı olarak kabul edilmemektedir. Buna karşın kararda korunmayan ifadeler söz konusu olduğunda da bakış açısı ayrımcılığının yapılamayacağı üzerinde durulmuştur. Bkz. **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 386, 393.

³⁰⁵ **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 391-396. Müdahalelerin tarafsız olmaması, örneğin hükümeti eleştiren saldırgan veya müstehcen ifadelerin sınırlandırılmasını öngörmesi, bazı düşüncelerin yayılmasını engellerken bazılarının korunmasına yol açar. Bkz. **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 387-388.

³⁰⁶ Bkz. **Police Department v. Mosley**, p. 94-96; **Chemerinsky**, “Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech...”, p. 51-52; **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 298-302; ayrıca bkz. **Young v. American Mini Theatres, Inc.**, 427 U.S. 50 (1976), p. 63-65.

çalıştığı acil menfaatin gerçek (actual) olması, diğer bir deyişle varsayıma, endişeye veya vehme dayanmaması gerekir³⁰⁷.

(ii) İçeriğe Dayalı Müdahaleler ve İkincil Etkiler Doktrini

Yapılan denetimlerde müdahalenin içeriğe dayalı olup olmadığı tespit edildikten sonra uygulanacak denetim düzeyi belirlenir. Ancak belirlenen denetim düzeyi Mahkeme kararının sonucunda her zaman tek başına etkili değildir. Denetim düzeylerinin ve müdahalenin niteliğinin yanı sıra davanın somut şartlarına göre başka hususlar da kararın sonucu üzerinde etki edebilir. Kararın verilmesinde denetim düzeylerinin dışında başkaca hususların etkili olması bazen Mahkemenin kararlarının isabetsiz olduğu ve müdahaleler arasında yaptığı içeriğe dayalı-içerikten bağımsız ayrımının anlamsız kaldığı eleştirilerine neden olmuştur.

Mahkemenin karar verirken müdahalenin niteliğinden bağımsız olarak somut olayın şartlarına göre başka hususları dikkate almasında içeriğe dayalı müdahalenin düşünce açıklamasını değil, düşünce açıklaması niteliğindeki söz ve davranışların neden olduğu “ikincil etkiler”i sınırlandırması önemli bir faktördür³⁰⁸. Mahkeme bu gibi durumlara ilişkin “ikincil etkiler doktrini” geliştirmiştir. Buna göre bazı kurallar belli konuları düzenlemekle birlikte müdahaleyi “içeriğe dayalı” yapmaz. Çünkü bu kurallarla kanun koyucunun amacı her zaman ifade hürriyetini sınırlandırmak değildir. Kuralla, ortaya çıkan bazı ikincil etkiler önlenmek istenebilir. Örneğin, yetişkin tiyatrolarının şehrin ancak belli kısımlarında faaliyetlerini gerçekleştirmesini öngören kurallar bu şekilde değerlendirilmiştir. Buna ilişkin somut bir olayda, yetişkinlere yönelik sinema salonlarının herhangi bir yerleşim bölgesinden, tek veya çok aileli konut, kilise, park veya okuldan en az bin fit uzakta olmasını zorunlu hale getiren kuralın Anayasaya aykırılığı iddia edilmiştir³⁰⁹.

Mahkeme ilk bakışta bu kuralın ne tam olarak içeriğe dayandığı ne de tam olarak içerik karşısında tarafsız olduğunu belirtmiştir. Kuralla her türden içeriği yayınlayan tiyatrolar ve sinema salonları değil, yalnızca yetişkinlere yönelik olanlar hedef alınmıştır.

³⁰⁷ **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 298.

³⁰⁸ **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 605.

³⁰⁹ **Renton v. Playtime Theatres, Inc.**, 475 U.S. 41 (1986), p. 43-44; ayrıca bkz. **Chemerinsky**, “Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech...”, p. 59; **Özpolat**, Sanatsal İfade Özgürlüğü..., s. 270-271; benzer bir kuraldan kaynaklanan uyuşmazlıkla ilgili önceki tarihli başka karar için ayrıca bkz. **Young v. American Mini Theatres, Inc.**, p. 52 vd.

Kuralın asıl amacı ise ifade hürriyetini sınırlandırmak ve yetişkinlere yönelik içeriklere diğer içeriklerden farklı müdahalede bulunmak değildir. Fakat, bu tür sinema salonlarının çevrelerinde yol açtıkları ikincil etkiler hedef alınmaktadır³¹⁰. Çünkü kural, ifade hürriyetinin bastırılmasıyla ilgisiz olup suçu önlemek, şehrin perakende ticareti ve mülkiyet değerleri ile genel olarak mahallenin, o çevrenin, ticari bölgelerin ve kentsel yaşam kalitesinin korunması amacıyla çıkarılmıştır. Bu bakımdan davada kuralın hoş karşılanmayan düşüncelerin bastırılması için çıkarılmadığına dair kanaat hakimdir³¹¹. Böylece kuralın müstehcen ifadeleri dahi hedef almayıp tarafsız olarak, yani yer, zaman ve yöntem düzenlemesi olduğunun kabul edildiği; bu kapsamda “*önemli bir kamusal menfaate hizmet edip etmediğinin*” ve “*alternatif yolların açık bırakılıp bırakılmadığının*” denetlenmesi gerektiği belirtilmiştir³¹². Dolayısıyla “orta düzey bir denetim”in uygulanması yeterli bulunurken kuralın bu denetimden başarıyla geçtiği görülmektedir³¹³.

Davaya konu olan ifadelerin müstehcen olup olmadığına dair bir incelemede bulunmayan³¹⁴ ve korunmayan ifadeler arasında gördüğü müstehcen ifadeleri değerlendirme konusu yapmayan Mahkeme, kuralın tamamen içeriğe dayalı bir ayırım yapmış olmasını görmezden gelmiştir. Bu kararla içeriğe dayalı ayırım yapmakla birlikte ifade hürriyetine müdahaleyi hedeflemeyen kurallar diğerlerinden ayrı görülmüş, ikincil etkilerin hedeflenmesi halinde kuralın yer, zaman ve yöntem düzenlemesi olabileceği kabul edilmiştir. Yapılan değerlendirme ifade hürriyetine dair ilkelere önemli bir

³¹⁰ **Renton v. Playtime Theatres, Inc.**, p. 47-48; ayrıca bkz. **Hudson, Jr.**, “The Content-Discrimination...”, p. 277-278; **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 605; **Chemerinsky**, “Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech...”, p. 59-60. Mahkeme benzer başka bir kararında “şehrin kentsel yaşamın kalitesini korumaya yönelik çabalarına büyük saygı duyulması gerektiğine” karar vermiştir. Bkz. **Young v. American Mini Theatres, Inc.**, p. 71-73.

³¹¹ **Renton v. Playtime Theatres, Inc.**, p. 48-49; ayrıca bkz. **Chemerinsky**, “Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech...”, p. 59-60. Örneğin, **Young v. American Mini Theatres, Inc.** kararında da emlak uzmanlarının ve şehir planlamacılarının görüşlerine göre bu türden birkaç işletmenin aynı mahallede bulunması, mülk değerlerini olumsuz etkiler ve fuhuş gibi suçlar başta olmak üzere suçların artmasına neden olur; mahalle sakinleri ile işletmelerin o bölgeden taşınmasına yol açar. Bkz. **Young v. American Mini Theatres, Inc.**, p. 54-55.

³¹² “*The appropriate inquiry in this case, then, is whether the Renton ordinance is designed to serve a substantial governmental interest and allows for reasonable alternative avenues of communication*”. Bkz. **Renton v. Playtime Theatres, Inc.**, p. 50.

³¹³ **Renton v. Playtime Theatres, Inc.**, p. 50-55.

³¹⁴ Bu karara benzer başka bir kararda Mahkeme, davayı değerlendirirken pornografi ile sanatsal ifade arasında yer alan bir malzemenin sınırsızca sergilenmesinin, sosyal ve politik önemdeki düşüncelerin serbestçe yayılmasına göre daha önemsiz olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca bkz. **Young v. American Mini Theatres, Inc.**, p. 61.

sapmadır. Mahkeme, ifade hürriyetine müdahalede sansüre varacak ara bir yol belirlemiş, kararlarını hedef alan eleştirileri haklı çıkarırcasına kendi belirlediği içeriğe dayalı-içerikten bağımsız ayrımını anlamsız hale getirmiştir. Ortaya çıkan durumla, açıkça içeriğe dayalı olmasına rağmen ikincil etkileri hedef alarak veya bu izlenimi oluşturarak devletin sansür uygulaması mümkün hale gelmiştir³¹⁵. Kanaatimizce ikincil etkilerin ortadan kaldırılmasında içerikten bağımsız kurallarla müdahalenin yapılması gerektiğinin değerlendirilmesi gerekirdi. İçeriğe dayanmayan bir kuralla ikincil etkilerin ortadan kaldırılmasına yönelik bir değerlendirme yapılmaması hatalıdır. Özellikle müdahalenin sansür niteliğini almasının mümkün olduğu hallerde veya içerik karşısında tarafsız bir müdahale ile korunmak istenen kamusal menfaatin korunabileceği hallerde içerik ayrımcılığının yapılmaması gerektiğinin değerlendirilmesi Birinci Değişikliğin amacına, Mahkemenin içtihatlarına ve devletin tarafsızlığı ilkesine daha uygun olurdu.

(iii) Kuralın İlk Bakışta İçerikten Bağımsız Olması Hali

Mahkeme, bazen hata yapmasına rağmen kararlarında içeriğe dayalı-içerikten bağımsız müdahale ayrımını temel bir ilke olarak sürdürmekte, ilkenin önemini yakın tarihli kararlarında da hatırlatmaktadır³¹⁶. Pek çok davada sıkı denetimin uygulanmasında taviz vermekten kaçınan Mahkeme, bazı kuralların ilk bakışta içeriğe dayanmamasına rağmen içerik temelli olarak kabul edilmesine ve sıkı denetimin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Nitekim görünüşte içerikten bağımsız olan bu kuralların uygulanabilmesi için mutlaka ifadenin içeriğine bakılması gerekir³¹⁷. Örneğin bir somut olayda Tabela (İşaret) Kanunu, taşıdıkları bilgi türüne göre çeşitli işaret kategorileri belirlemiş ve her kategoriye farklı kısıtlamalar öngörmüştür. Kanun, izinsiz olarak kasabanın herhangi bir yerinde dış mekân işaretlerinin sergilenmesini yasaklamakta ve bazı işaret kategorilerini bu gereklilikten muaf tutmaktadır. Muafiyet tanınan işaretler üçe ayrılmıştır: Birincisi mesaj veya fikir taşıyan ideolojik işaretlerdir. İkincisi kamusal kararları etkileme amacı

³¹⁵ Benzer yönde bkz. **Chemerinsky**, “Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech...”, p. 61. Mahkeme başka bir kararında ise bu karardan farklı olarak önemli ölçüde müstehcenlik üzerinde durmuştur. Müstehcen içerikli filmlerin yayınlanacağı yerlerin düzenlenebileceğini, bu içeriklerin tamamen yasaklanması Birinci Değişikliğe aykırı olsa da söz konusu materyallerin içeriğinin diğer sinema filmlerinden farklı bir sınıflandırmaya tabi tutulmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir. Bkz. **Young v. American Mini Theatres, Inc.**, p. 70-71.

³¹⁶ **Hudson, Jr.**, “The Content-Discrimination...”, p. 259, 262-263.

³¹⁷ **Reed v. Town of Gilbert**, 576 U.S. 155 (2015), II-A; **Hudson, Jr.**, “The Content-Discrimination Principle ...”, p. 263-264.

taşıyan siyasi işaretlerdir. Üçüncüsü bazı geçici yön levhalarıdır³¹⁸. Tabelalar arasında yapılan ayırım ifadenin içeriğine dayanmakta ve müdahale bu içeriğe göre farklılaşmaktadır. Sonuçta farklı kategorilere farklı hükümler öngörüldüğünden burada içeriğe dayalı bir ayırım yapılmıştır³¹⁹. Davaya konu olan olayda ise halkı kâr amacı gütmeyen bir grubun toplantısına yönlendiren belli bir etkinliğe ilişkin geçici yön levhaları kullanılmıştır. Kurallar, bu işaretlere diğer mesajları ileten işaretlere göre daha katı kısıtlamalar getirmektedir³²⁰.

Mahkemeye göre, bir kuralın içeriğe dayanıp dayanmadığının belirlenmesinde kuralın konulmasındaki “amacın içerikten bağımsız olması gerekli değildir”. Bir kuralın içeriğe dayalı olup olmadığının belirlenmesinde ilk bakılması gereken husus, kural koyucunun niyeti de olamaz. Bu nedenle tarafsız ve iyi niyetle konulmuş olması içeriğe dayalı bir kuralı tarafsız hale getirmez. Bazı kurallar, mümkün olduğu ölçüde tarafsız olarak uygulansa bile ileride sansür için kullanılmaya elverişlidir³²¹. Ayrıca kuralın içeriğe dayanması için bakış açısı ayrımcılığının yapılması da gerekli değildir. Dolayısıyla bakış açısı ayrımcılığı yapmayıp içerik ayrımcılığına elverişli olan kuralların içerikten bağımsız olarak değerlendirilmemesi gerekir. Söz konusu ayırımın yapılmasında hataya düştüğü durumlarda Mahkeme, yerel mahkemelere bu hususu hatırlatmaktadır³²².

Bu bağlamda, ilk bakışta içerikten bağımsız gibi duran ancak sansüre elverişli olan kurallara sıkı denetim uygulamasının sürdürülmesi gerekir. Olay bakımından işaret türleri arasındaki ayırımın “*acil bir kamusal menfaati desteklememesi*” ve “*bu amaca biçilmiş bir kaftan olarak (dar bir şekilde) uygulandığının gösterilememesi*” sebebiyle kural

³¹⁸ **Reed v. Town of Gilbert**, I-A.

³¹⁹ **Reed v. Town of Gilbert**, II-B; **Hudson, Jr.**, “The Content-Discrimination Principle...”, p. 263-264.

³²⁰ **Reed v. Town of Gilbert**, I-A. Başka bir karara konu olan olayda, tabelalar içeriklerine ve konularına göre değil, konularına göre düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle şehir yönetmeliğinin hükümleri konuma göre ayırım yapmaktadır. Tabeladaki mesaj, yalnızca tabelanın göreceli yerini bildirdiği ölçüde önem ifade etmektedir. Bu nedenle, tesis içi-tesis dışı ayırımı, sıradan zaman, yer veya biçim sınırlandırmalarına benzerdir. Dolayısıyla Mahkemeye göre böyle bir durumda Reed kararı, konuma (yere) dayalı olan düzenlemelerin sıkı incelemeye tabi olmasını gerektirmez. Bkz. **City of Austin v. Reagan National Advertising of Austin, LLC**, 596 U.S. ____ (2022), II-A.

³²¹ Bkz. **Reed v. Town of Gilbert**, II-B, II-C-1; ayrıca bkz. **Hudson, Jr.**, “The Content-Discrimination Principle...”, p. 264-266. Mahkeme, benzer başka bir kararında da ilk bakışta kuralın içeriğe dayalı olmadığını tespit etse dahi Birinci Değişiklik incelemesini sona erdirmez. İlk bakışta tarafsız olan kuralın altında izin verilmeyen bir amaç ya da gerekçe yatıyorsa, burada müdahale içeriğe dayalı olarak görülebilir. Bkz. **City of Austin v. Reagan National Advertising of Austin, LLC**, III.

³²² **Reed v. Town of Gilbert**, II-B, II-C-2.

Anayasaya aykırıdır. Çünkü kuralın geçici yön işaretleri, siyasi ve ideolojik işaretler arasında ayrımlar yapması estetiğin korunması amacı bakımından gerekli olamaz. Nitekim estetik çevre oluşturma ya da trafik güvenliği bakımından geçici yön işaretleri ile ideolojik ve politik işaretler arasında bir fark bulunmamaktadır³²³. Sonuç olarak bu karardan sonra alt derece mahkemeleri de içerik ayrımcılığına dair denetimlerinde kanunun ilk bakışta içerik ayrımı yapıp yapmadığına bakmış ve böyle bir ayrım varsa kanunun masum (ya da tarafsız) görünen amacı değerlendirilmeden sıkı denetim uygulamıştır³²⁴.

(b) Kamu Alanı Olmayan ve Hükümet Kontrolünde Bulunan Yerlerdeki İfadelere Yapılan Müdahalenin İçeriğe Dayalı Olması

(i) Kamu Alanı Olmayan ve Hükümet Kontrolünde Bulunan Yerlerin Belirlenmesi

Kamu alanı niteliğinde olmayıp “hükümetin/devletin kontrolünde olan ve halka açık olmayan” yerlerdeki ifadelere yapılan müdahalelere uygulanan denetim düzeyi, “hükümet kontrolünde olmakla birlikte halka açık olan” yerlerdekinden farklıdır³²⁵. Söz konusu iki durum açısından Mahkemenin değerlendirmelerini inceleyerek denetimin nasıl yapıldığını ele alacağız.

³²³ **Reed v. Town of Gilbert**, III-IV. Geçici yön tabelalarına katı sınırlar koymanın, kasabayı güzelleştirmek için gerekli olduğu ve benzer sorunlara yol açan sınırsız sayıdaki diğer tabela türlerine izin verilmesinde haklı bir nedenin olduğu düşünülemez. Diğer taraftan belli işaret ve tabelaların şehirde farklı yerlere yapıştırılmasının yasaklanması hususunda trafik güvenliğine yönelik tehditlerin ortadan kaldırılmasının amaçlandığı da akla gelebilir. Ne var ki bu amaçla geçici yön işaretlerini sınırlandırmanın gerekli olduğunu, ancak diğer türdeki işaretlerin sınırlandırılmasının bu amaç bakımından gerekli olmadığını söylemek yerinde değildir. Korunmak istenen genel menfaatlere bakıldığında içerik ayrımını gerektirecek bir sebep yoktur. Yön işaretlerinin güvenliğe, ideolojik veya siyasi işaretlerden daha büyük bir tehdit oluşturduğunu söylemek bu bakımdan mümkün gözükmemektedir. Bkz. **Reed v. Town of Gilbert**, III-IV.

³²⁴ Karar, sadece yön tabelalarına yönelik bir ilke karar olmanın ötesine geçerek bir dönüm noktası olmuştur. Kararda ortaya konulan “kanunların konuşmacının mesajına dayalı olarak ayrımlar yapması veya konuşmayı işlevine veya amacına göre tanımlaması durumunda, içerik temelli olduğu”; “konuşmanın mesajıyla ilgili anlaşmazlık nedeniyle kabul edilmesi durumunda kanunun içeriğe dayalı olacağı”; “zararsız (ya da tarafsız) bir gerekçelendirmenin görünüşte içeriğe dayalı bir kanunu içerik açısından tarafsız bir kanuna dönüştüremeyeceği” temel ilkeler olarak kabul edilmiştir. Bu çerçevede alt derece mahkemeleri tarafından pek çok karar verilmiştir. Bkz. **Hudson, Jr.**, “The Content-Discrimination Principle...”, p. 264, 266-269. Reed kararının ikincil etkiler doktrinini ortadan kaldırmadığı, mahkemeler tarafından Reed kararlarının gerekleri ile ikincil etkiler doktrininin uygulandığı görülmektedir. Bkz. **Hudson, Jr.**, “The Content-Discrimination Principle...”, p. 276, 280.

³²⁵ Bkz. **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 304-305.

İlk olarak, halka açık olmayan ancak hükümetin kontrolünde olan yerlere ilişkin *Adderly v. Florida* kararında göstericilerin izinsiz bir şekilde hapishane binasına girmek istemeleri nedeniyle suçlu bulunmalarını onaylayan Mahkeme, güvenlik endişesiyle inşa edilen hapishanelerin “halka açık olmadığını”, ayrımcı nitelikte olmayan bir kuralın uygulanması sebebiyle devletin kendi mülkünü kontrol etmesinin yasaklanamayacağını kabul etmiştir³²⁶. Mahkemeye göre, devlet kendi mülkünü tahsis ettiği amaca uygun olarak kullanma ve koruma yetkisine sahiptir. Devletin sahip olduğu bu yetki, tıpkı bir kişinin özel mülkünde söz sahibi olması gibidir. Bu nedenlerle devlete ait olan mülkte, toplanmak ve gösteri yaparak kendilerini ifade etmek isteyenlerin ileri süreceği bir hak yoktur³²⁷.

İkinci olarak, halka açık ama hükümet kontrolünde olan yerlere ilişkin *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*³²⁸ kararından bahsedebiliriz. Kararda, belediyeye ait tesisin (sahne, konferans salonu) bir rock müzikalinde kullanılmasına yönelik talebin reddedilmesi, Birinci Değişikliğe aykırı bulunmuştur³²⁹. Mahkeme kararında, henüz sahnelenmemiş bir performansın idareciler tarafından önlenmesini sansür olarak nitelendirirken belediyeye ait tesisin ise “halka açık” olduğunu, yani “kamu alanı” olduğunu ifade etmiştir. Nitekim mülkiyeti ve idaresi belediyeye ait olsa da konferans salonu, tiyatro ve konser sahneleri, tamamen halkın kendisini dış dünyaya açabilmesini sağlama amacına sahip yapılardır³³⁰. Bu tür yerlerin kamu alanı olmadığı ve hükümet mülkü niteliğinde değerlendirilmesi gerektiği iddiaları yerinde değildir. Ayrıca kararda tesisin kullanılmasına ilişkin başvurunun reddedilmesinde “tesisin akustik ve sahne özelliklerinin veya koltuk sayısının yetersiz kaldığı, dolayısıyla tesisin söz konusu gösteriye uygun bir mekân olmadığı” gerekçesinin yeterli olmadığı tespit edilmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, hükümete ait tesisi kamu alanı olarak değerlendirmiş, idarenin müzikalin müstehcen içeriği nedeniyle sahnelenmesine sansür uygulandığına karar vermiştir³³¹. Burada Mahkemenin temel ölçütü söz konusu tesisin amacıdır. Tesis üzerinde hükümetin kontrolünün olması, tek başına orayı kamu alanı olmaktan çıkarmaz.

³²⁶ *Adderly v. Florida*, 385 U.S. 39 (1966), p. 42-48.

³²⁷ *Adderly v. Florida*, p. 47-48; bkz. *Kelso*, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 304.

³²⁸ *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, 420 U.S. 546 (1975).

³²⁹ Bkz. *Kelso*, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 304-305.

³³⁰ *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, p. 552-555.

³³¹ *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, p. 552-556.

(ii) Kamu Alanı Olmayan ve Hükümet Kontrolünde Bulunan Yerlerde İçeriğe Dayalı Müdahalelere Uygulanacak Denetimin Düzeyi

Mahkemenin denetim yöntemine baktığımızda ifadenin açığa vurulduğu alanın kamu alanı, özel mülk veya hükümet kontrolünde bir yapı olup olmadığı, yani ifadenin dış dünyaya yansıdığı alanın niteliği denetim düzeyinin belirlenmesinde önemli bir unsurdur. İlk olarak müdahale bakış açısı ayrımcılığına dayalı ise yukarıda da belirttiğimiz gibi sıkı denetim uygulanır³³². Ancak kamu alanı olmayan ve hükümet kontrolündeki yerlerde içeriğe dayalı müdahale yapılmış, bununla birlikte bakış açısı ayrımcılığı yapılmamışsa veya müdahale içeriğe dayalı değilse, bu durumda “esnek (alt düzey/reasonableness balancing) denetim” yapılır³³³.

Hükümet kontrolündeki binalarda ifade hürriyetine ilişkin yapılan sınırlandırmaların Mahkeme tarafından denetlenmesine, denetim düzeyinin ve ilkelerinin uygulanmasına dair Pell v. Procunier kararı örnek teşkil etmektedir³³⁴. İlk olarak cezaevlerinde bulunan mahkumların gazetecilerle yüz yüze mülakat (interview, röportaj) yapmalarının yasaklanmasına ilişkin davada Mahkeme, kişilerin işlediği suçlar sebebiyle hapsedilmesinin tabii bir sonucu olarak birtakım haklarının kısıtlandığını belirtmiştir. Nitekim suçluların bazı haklardan mahrum edilmesinin yeni suç işlenmesinin önlenmesi, suçluların ıslah edilmesi ve hapisanelerin iç güvenliklerinin sağlanması gibi işlevleri vardır³³⁵. Somut olayda da mahkûmun basın mensuplarıyla yüz yüze mülakat yapması ile meşru kamusal menfaatlerin dengelenmesi gerekli görülmüştür. Mahkeme bu çerçevede ilk olarak, “müdahale yapıldıktan sonra mahkumların hapisane dışındaki diğer insanlarla iletişim (communication) kurmalarını sağlayacak alternatif yolların varlığını araştırmıştır”³³⁶. Mahkumların aileleriyle, avukatlarıyla, arkadaşlarıyla veya din adamlarıyla yüz yüze görüşebildiği tespit edilmiştir. Bu sayılan kişiler arasında basın mensuplarının olması halinde mahkumların onlarla yüz yüze veya bütün basın mensuplarıyla da doğrudan mektup aracılığıyla iletişim kurabildikleri belirlenmiştir.

³³² Kelso, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 293-295.

³³³ Kelso, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 307.

³³⁴ Hapishanede ifade hürriyetine ilişkin ilk önemli karar olan Procunier v. Martinez kararı için bkz. **Procunier v. Martinez**, 416 U.S. 396 (1974); **Mary C. Meixner**, “Locking Them up and Throwing away Their Constitutional Rights: The Court’s Decision in Beard v. Banks Deprived Prisoners of First Amendment Protections”, DePaul Law Review, Vol. 57, Iss. 3, Y. 2008, p. 795-796.

³³⁵ **Pell v. Procunier**, p. 819-823.

³³⁶ **Pell v. Procunier**, p. 824.

Dolayısıyla müdahale yalnızca bir yolu kapatmışken diğer birçok yolu açık bırakmıştır. Bu alternatif yolların herhangi bir vatandaş için değil, devlet kontrolünde bulunan hapishanelerdeki mahkumlar için etkili yollar olduğu kabul edilmiştir³³⁷. Mahkemeye göre basın açısından da alternatif yollar açıktır. Olayın koşullarına bakıldığında devletin, hapishane koşullarını basından ve kamuoyundan gizlediği, bu yönde basının engellenmeye çalışıldığı söylenemez. Nitekim hapishanelere açık ziyaretler ve geziler yapılmakta olduğu, basın mensuplarının ziyaretlerde mahkumlarla konuşmasının engellenmediği anlaşılmıştır. Ayrıca basın mensuplarına erişim izinleri verilebilmektedir³³⁸.

İkinci olarak Mahkeme, “yapılan müdahalede devletin meşru bir menfaatinin olup olmadığını araştırmaktadır”. Yüz yüze yapılan mülakatların hapishanelerin güvenlik zafiyetlerine ve başkaca idari sorunlara yol açmasının önlenmesinde ve hapishanelerin ıslah politikalarının gereği olarak bazı hakların sınırlandırılmasında meşru amaç olduğu kabul edilmiştir. Üçüncü olarak Mahkeme, bu çerçevede belli amaçlarla yapılan ve alternatif yolları kapatmayan müdahalelerin “içerik itibarıyla ayrımcı olmaması gerektiğini” vurgulamıştır. Ayrıca bu niteliği haiz müdahalelerde yetkililerin takdir yetkisinin olduğu ve mahkemelerin idarenin takdir yetkisine “saygılı olması” gerektiği kabul edilmiştir. Sonuç olarak sayılan şartları taşıması halinde müdahale Birinci Değişikliği ihlal etmez³³⁹.

Pell v. Procunier davasında verdiği kararda belirlediği ilkeleri, daha belirgin ve sistematik hale getiren Mahkeme, sonraki birçok kararında bu ilkeleri uygulamıştır. Kronolojik olarak Mahkemenin bu ilkeleri belirleyerek uyguladığı Turner v. Safley ve Beard v. Banks kararlarına bakabiliriz. Turner v. Safley kararında mahkumların kendi aralarında yazışmalarına ve evlenmelerine ilişkin Missouri eyalet düzenlemelerinin³⁴⁰; Beard v. Banks kararında ise tehlikeli ve düzeltilemez olarak kategorize edilen bir grup mahkûmu gazete, dergi ve fotoğraflardan mahrum eden Pennsylvania eyalet düzenlemesinin Anayasaya uygunluğu denetlenmiştir³⁴¹. Yapılan denetimde ilk olarak

³³⁷ Pell v. Procunier, p. 824-826.

³³⁸ Bkz. Pell v. Procunier, p. 830-831, 834.

³³⁹ Pell v. Procunier, p. 825-828.

³⁴⁰ Turner v. Safley, 482 U.S. 78 (1987), p. 78, 81; bkz. Meixner, “Locking Them up and Throwing away Their Constitutional Rights...” p. 798-800.

³⁴¹ Beard v. Banks, 548 U.S. 521 (2006) p. 521; bkz. Meixner, “Locking Them up and Throwing away Their Constitutional Rights...” p. 793.

Turner v. Safley’de sistematik hale getirilen kriterler daha belirgin ve açık bir şekilde, Beard v. Banks’da da uygulanmıştır³⁴².

Burada “esnek” bir denetim düzeyi oluşturan “makullük (rasyonellik)” ölçütü ve bu davada Mahkemenin benimsediği esaslar dört şartı gerekli kılmaktadır: İlk olarak, meşru bir kamusal menfaatin bulunması ve bu menfaatle müdahale arasında geçerli (valid) ve rasyonel/makul bir bağlantı (rational connection) olması gerekir. Müdahale ile menfaat arasındaki bağ, keyfi veya irrasyonel olmamalıdır. Diğer bir deyişle, müdahalenin amaca hizmet etmeye elverişli olması gerekir. Ayrıca müdahalenin amacının tarafsız ve meşru olması gerekir. İkinci olarak, müdahalede bulunulması sonucunda diğer alternatif ifade araçlarının kapanmamış olması gerekir. Hükümet, ifade hürriyetinin kullanılabileceği başka yolları açık bırakmalıdır³⁴³. Üçüncü olarak, müdahalede bulunulmamasının gardiyanlar ile diğer mahkumlar ve cezaevi kaynaklarının tahsisi üzerinde ortaya çıkacak olası etkilerinin incelenmesi gerekir. Örneğin bazı kişilere müdahale yapılmamasının üçüncü kişiler üzerinde olumsuz etkilere yol açacağı durumlarda müdahalenin sürdürülmesi gerekir³⁴⁴. Diğer bir ifadeyle, başkalarının katlanması gereken bir külfetin ortaya çıkmaması gerekir. Son olarak devletin alternatif ve daha az külfetli yolları açık bıraktığını ispatlaması gerekmez. Burada yapılan denetim müdahalenin en az kısıtlayıcı müdahale olup olmadığının araştırılması değildir. Fakat hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişinin daha az kısıtlayıcı bir aracın bulunduğunu ispat

³⁴² Turner kararında Mahkeme, yazışma düzenlemesinin hapisane güvenliğine ilişkin meşru menfaatle makul ölçüde ilişkili olduğunu belirlemiştir. Zira aksi halde mahkumlar kaçış planlarını, şiddet eylemlerini ve diğer suç planlarını gerçekleştirebilir. Ayrıca düzenleme mahkûm güvenliğine ilişkin meşru endişelerle de ilgilidir. Bununla birlikte kural diğer mahkumlarla yazışmayı büyük ölçüde yasaklarken mahkûm olmayan kişilerle yazışmayı engellememektedir. Son olarak, güvenlik endişelerini giderebilecek kolay bir alternatif önlem de bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle, Turner kararında müdahale, ölçütü başarıyla geçmiştir. Ölçütün gerekleri ve somut olay açısından yapılan değerlendirmeler için bkz. **Turner v. Safley**, p. 89-92; **Meixner**, “Locking Them up and Throwing away Their Constitutional Rights...” p. 799. Kamuya açık olmayan ve dolayısıyla kamu alanı niteliği taşımayan hükümet kontrolündeki yapılardan birisi de askeri üslerdir. Makullük denetimi kriterleri yine askeri üslere ilişkin düzenlemeler açısından uygulanmaktadır. Ayrıca bkz. **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 310. Diğer yandan Meixner, Beard v. Banks kararına konu olan kuralın meşru bir ceza hukuku menfaatiyle ilgili olmadığını savunmaktadır. Tartışma ve eleştiriler için bkz. **Meixner**, “Locking Them up and Throwing away Their Constitutional Rights...”, p. 814-818.

³⁴³ **Turner v. Safley**, p. 89-90; **Beard v. Banks**, II; ayrıca bkz. **Meixner**, “Locking Them up and Throwing away Their Constitutional Rights...” p. 799.

³⁴⁴ **Turner v. Safley**, p. 90; **Beard v. Banks**, II; ayrıca bkz. **Meixner**, “Locking Them up and Throwing away Their Constitutional Rights...” p. 799.

etmesi gerekir. Daha az kısıtlayıcı bir aracın varlığının ispat edilmesi halinde müdahalenin “makul bağlantı” şartını yerine getirmediği kabul edilmektedir³⁴⁵.

Sonuç olarak sayılan şartları yerine getiren müdahaleler Birinci Değişikliği ihlal etmemekte, bunların anayasal sınırlar içerisinde kaldığı kabul edilmektedir. Esnek denetim, diğer bir ifadeyle makullük denetimi, müdahale ile araç arasında makul bir bağı yeterli görmekte ve idarenin takdir yetkisine saygılı bir tutumu gerekli kılmaktadır. Diğer yandan Mahkeme, müdahalenin keyfi olmadığını tespit etmekle birlikte gereğinden fazla yük getirdiğine, yani kısıtlamanın aşırı olduğuna kanaat getirirse düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğuna karar verebilir³⁴⁶.

(3) Müdahalenin İçeriğe Dayalı Olmaması Halinde Denetimin Hangi Düzeyde Yapılacağına Tespiti Sorunu

(a) İçeriğe Dayalı Olmayan Müdahaleler ve O’Brien Ölçütü

Kamu alanında ve özel mülkte yapılan müdahaleler içeriğe dayalı değilse, denetim “orta düzey”dir³⁴⁷. Mahkeme, dış dünyaya iletilen mesajın içeriğine bakılmaksızın, ifadenin “yerine, zamanına veya yöntemine” ilişkin yapılan müdahalelerde ve rastlantısal müdahalelerde hangi ölçütleri kullanacağını O’Brien ilkeleriyle ortaya koymuştur. O’Brien kararına konu olan somut olayda kanuni bir zorunluluk olarak on sekiz yaşına gelen kişilerin askerlik kuruluna kayıt yaptırması gerekli görülmüş ve bu kayıt sonucunda kişilere bir tür ordu kayıt belgeleri verilmiştir. Bu düzenlemeleri içeren Askeri Eğitim ve Hizmet Kanununa (Universal Military Training and Service Act) 1965 yılında yapılan

³⁴⁵ **Turner v. Safley**, p. 90-91; ayrıca bkz. **Beard v. Banks**, II. Mahkemenin uyguladığı örnek için ve ölçütleri **Beard v. Banks** kararında uygularken hatalı bir sonuca ulaştığı yönünde ayrıca bkz. **Meixner**, “Locking Them up and Throwing away Their Constitutional Rights...” p. 799, 814-818. Mahkeme, müdahale ve araç arasındaki bağı değerlendirir. Bağın geçerli ve rasyonel olup olmadığını denetler. Bkz. **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 307-308.

³⁴⁶ Bkz. **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 308-309. Yukarıda söz edilen hapisanelerdeki mahkumlara ilişkin müdahalelerde olduğu gibi Mahkeme, bu tür yerlerin yönetiminde idarenin geniş takdir yetkisinin olduğunu ve ispat külfetinin belli yönüyle idarenin işlemlerine itiraz eden tarafta bulunduğunu kabul etmektedir. Bkz. **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 308-309.

³⁴⁷ Bkz. **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 296. İfadenin içeriğine veya mesajına bakılmaksızın tüm ifadelerle uygulanan ve içeriğe dayanmayan kurallar, içeriğe dayalı kuralların aksine konuşmanın zamanını, yerini ve yöntemini düzenler. Yapılan bu ayırım Birinci Değişiklik davalarında önemlidir. Çünkü uygulanacak ölçüt buna bağlıdır. Nihayet içerik temelli müdahaleler kural olarak sıkı bir incelemeyi, yani mahkemelerin yaptığı incelemelerin en sıkı halini tetiklerken, içerik açısından tarafsız müdahaleler orta düzey incelemeye tabi tutulur. Genelde içeriğe dayalı kuralların çoğu Anayasaya aykırı bulunup testten geçemezken içerikten bağımsız kurallar testlerden geçmekte daha başarılıdır. Bkz. **David L. Hudson Jr.**, “Content Neutral”, in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009, p. 344.

değişiklikle eklenen hükme göre sadece belgelerin üzerinde değişiklik yapılması değil, belgelerin yok edilmesi ve bozulması da yasaklanmıştır³⁴⁸. O'Brien ise kendi askerlik kayıt belgesini yakmış ve bu eyleminin ardından söz konusu Kanun hükmüne aykırı davrandığı gerekçesiyle suçlu bulunmuştur. Fakat o dönemde 1965 yılında Kanunda yapılan değişikliğin Vietnam Savaşına karşı çıkan protestocuların askerlik kayıt belgesini yakma eylemlerine yönelik bir tedbir olduğu genel olarak kabul edilmiştir. O'Brien'in eylemi de resmi bir belgeyi basitçe bozma ya da yok etme eylemi olmaktan öte pek çok kişi gibi savaş karşıtı tutumunu veya mesajını dış dünyaya aktarma amacı taşımaktadır. Ayrıca O'Brien, hükümetin ifade hürriyetini sınırlandırma amacıyla Kanunda değişiklik yaptığını ve bunun Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir³⁴⁹.

Mahkemeye göre, bu davranışlar iletişim aracı olsa bile kayıt belgesinin yakılması nedeniyle anayasal korumadan yararlanamaz. Nitekim olayda düşünce açıklaması niteliğinde olan davranışlarla düşünce açıklaması niteliğinde olmayan davranışlar bir arada bulunmaktadır. Bu durumda, hükümetin düşünce açıklaması niteliğinde olmayan davranışlara önemli bir menfaat sebebiyle müdahale etmesi ve müdahalenin ifade hürriyetini tesadüfi olarak sınırlandırması haklı görülmüştür. Hükümetin asker yetiştirmek için bireyleri kayıt altına alması, buna ilişkin belgeler düzenlemesi ve sistemin işleyişi gereği belgelerin her an kullanılabilir olmasını istemesi “*meşru ve önemli bir amaç*” olarak kabul edilmiştir. Hatta Mahkeme burada milletin çok önemli bir menfaatinin olduğunu da vurgulamıştır³⁵⁰. “Önemli bir menfaat” bulunduğu tespit edilmesinin ardından, amacın sağlanması için “*başka etkili ve güvenilir yolların olmadığı*” tespit edilmiş; olayda menfaatin korunması için “*düşünce açıklaması niteliğinde olmayan*” davranışların sınırlandırıldığına karar verilmiştir. Mahkemeye göre bir tür niyet okuması yapılarak ve kanunun çıkarılmasındaki amacın haksız bir amaç olduğu varsayımıyla, düşünce açıklamasına doğrudan müdahale öngörmeyen kanun

³⁴⁸ **United States v. O'Brien**, p. 372-375.

³⁴⁹ **United States v. O'Brien**, p. 369, 376. Kararda “sınırsız davranış çeşitliliğinin konuşma ya da ifade olarak kabul edilemeyeceği” belirtilmiştir. Bkz. **United States v. O'Brien**, p. 376. Mahkemenin bu tutumu, kişilerin kendilerini ancak belli araçlarla ve eylemlerle ifade etmelerini gerekli kılmakta, düşüncelerin serbestçe ifade edilebilmesi bakımından yeni bir engel oluşturmaktadır.

³⁵⁰ **United States v. O'Brien**, p. 376-378, 381; ayrıca bkz. **Sadurski**, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, s. 70. Mahkeme, en yüksek verimle çalışan ve sürekli değişen koşullara daha kolay ve gereken hızda yanıt verebilecek bir ordu yetiştirme sistemine sahip olma konusunda milletin hayati bir çıkarının olduğunu kabul etmiştir. Bkz. **United States v. O'Brien**, p. 381. Ayrıca bkz. Aşağıda, *İletişimsel Davranışların (Sembolik İfadelerin) Önemi, Belirlenmesi ve Uygulanan Ölçütler*.

koyma yetkisi engellenemez. Burada Mahkeme, kanun yapılırken hangi saikle hareket edildiğinin tam olarak belirlenemeyeceğini ve bazı kongre üyelerinin konuşmalarından kanunun yapılmasındaki asıl amacın tespit edilemeyeceğini savunmaktadır³⁵¹.

Sonuç olarak Mahkemeye göre doğrudan düşünce açıklamasını hedef almayan düzenlemelerin ifade hürriyetine müdahale olarak değerlendirilebilmesi için ifadeler üzerinde “kaçınılmaz bir etkinin olması” gerekir. Buna göre ilk bakışta ifade hürriyetini hedef almayan bir düzenleme uygulandığında ifade hürriyetinin kapsamında kalan davranışlara müdahale ediliyorsa, ifade hürriyetine de müdahale edilmektedir. Somut olayda ise böyle bir durum yoktur³⁵². Bu nedenle Mahkeme, mahkûmiyet kararını Anayasaya uygun bulmuştur.

(b) O’Brien Ölçütünden Sonra İçeriğe Dayalı Olmayan Müdahalelerin Denetim Düzeyi

Mahkemenin konuya ilişkin ölçütleri en belirgin şekilde ortaya koyduğu dava Ward v. Rock Against Racism³⁵³’dir. Davanın konusu ve ölçütlerin nasıl uygulandığının açıklanması, içeriğe dayalı olmayan düzenlemelerin nasıl denetlendiğinin anlaşılması bakımından önemlidir. Bu çerçevede Ward v. Rock Against Racism kararı, United States v. O’Brien kararına göre kanaatimizce daha açık bir karardır. Karara konu olayda, New York şehrinde bulunan Central Park’ta her yıl konserler düzenleyen Rock Against Racism Grubu ile şehir yönetimi arasında, şehir yönetiminin Parkın konser alanında konser yapılmasına ilişkin yayınladığı kılavuz nedeniyle uyuşmazlık çıkmıştır. Konserlerin nasıl yapılacağını düzenleyen kılavuzda şehir yönetimi, konser alanında aşırı gürültünün olması ve yetersiz amplifikasyon sorunlarının ortaya çıkması nedeniyle konser düzenlemek isteyen gruplara ya da kişilere yüksek kaliteli ses ekipmanı ve teknik sorunların önlenmesi amacıyla deneyimli ve bağımsız bir ses teknisyeni sağlayacağını;

³⁵¹ **United States v. O’Brien**, p. 381-384. Bu kararda, ifade hürriyetine doğrudan müdahale edilmediği görüşü hatalıdır. Nitekim askerlik kayıt belgelerinin yakılması, toplumsal tepkinin sembolü haline gelmişse, pek çok kişi bu davranışı bir tepki olarak gerçekleştirecekse hükümetin korumak istediği menfaat bakımından tehlike doğabilir. Hükümetin bunu önlemeye çalıştığını kabul etmek ise davranışın başka kişilere mesaj ilettiğini kabul etmek demektir. Karara yöneltilen eleştiriler için bkz. **Sadurski**, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, s. 72-73

³⁵² **United States v. O’Brien**, p. 385.

³⁵³ **Ward v. Rock Against Racism**, 491 U.S. 781 (1989). İlk kez iletişimsel davranışa ilişkin olarak uygulanan ve temelleri atılan O’Brien ölçütü, Ward kararında yer, zaman ve yöntem düzenlemeleri için de uygulanmış ve sistematik hale getirilmiştir. Bkz. **Özpolat**, Sanatsal İfade Özgürlüğü..., s. 259, 262.

konser düzenleyeceklerin bu şartlara uyması gerektiğini belirtmektedir³⁵⁴. Rock Against Racism ise bu düzenlemenin idareye çok geniş takdir alanı sağladığını, ses teknisyeni olarak görevlendirilen kişinin sahnede verilecek olan mesajın içeriğine göre sesin yüksekliğini ve kalitesini değiştirecek imkana sahip olduğunu iddia etmiştir³⁵⁵.

Mahkeme O'Brien kararında uyguladığı ölçütü bu olayda daha açık şekilde ifade etmiş ve uygulamıştır. Mahkemeye göre ifadenin zamanı, yeri ve yöntemine ilişkin bir düzenlemenin “*meşru ve içeriğe dayalı olmayan menfaatleri gerçekleştirme amacına sahip olması*”, “*alternatif kanalları açık bırakması*” ve *dar çerçevede (amaca biçilmiş bir kaftan olarak) tasarlanması*” gerekir. Aynı zamanda müdahalenin, hürriyeti en az kısıtlayıcı nitelikte olması gerekmez³⁵⁶.

İlk olarak düzenleme, verilecek mesajın içeriğiyle ilgili olmadığı gibi belli bir gruba yönelik de değildir. Nitekim somut olaydan anlaşıldığı kadarıyla reggae ve opera gibi pek çok müzik çeşidinde bu kurallar uygulanmış, sanatçılar uygulamadan memnun kalmıştır. Ayrıca uygulamalar esnasında teknisyenlerin karar vermeden önce konseri düzenleyenlerle görüştüğü ve onlarla mümkün olduğu kadar uyumlu hareket ettiği anlaşılmaktadır³⁵⁷. Neticede şehrin kişi ya da düşüncelere göre ayırım yapmadığı görülmektedir. Ayrıca yapılan bu müdahalede şehrin “*önemli bir menfaati (substantial interest)*” vardır. Nitekim Rock Against Racism’in konserlerine ilişkin halkın şikayetlerinin olması, genel olarak deneyimsiz teknisyenlerin yol açtığı sorunlar ve geçmişte ses seviyesiyle ilgili olarak ortaya çıkan rahatsız edici sonuçlar dikkate alındığında, düzenlemede meşru bir menfaatin olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan “*düzenlemenin dar kapsamlı olduğu*” ve başka bir müdahale şekli densen bu düzenlemenin amaçları sağlamak bakımından daha uygun olduğu görülmektedir. Nitekim Mahkeme, yapılacak konserlerin ses kalitesine ve diğer teknik meselelere ilişkin

³⁵⁴ **Ward v. Rock Against Racism**, p. 784-789; **David L. Hudson Jr.**, “Ward v. Rock against Racism (1989)”, in Encyclopedia of the First Amendment, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009, p. 1151-1152.

³⁵⁵ **Ward v. Rock Against Racism**, p. 792-793; ayrıca bkz. **Hudson Jr.**, “Ward v. Rock against Racism (1989)”, p. 1152.

³⁵⁶ **Ward v. Rock Against Racism**, p. 782-783, 797-803; ayrıca bkz. **Hudson Jr.**, “Content Neutral”, p. 344; **O'Neill**, “Time, Place, and Manner Restrictions”, p. 1069-1070; **Hudson Jr.**, “Ward v. Rock against Racism (1989)”, p. 1152; **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 175; **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 73.

³⁵⁷ **Ward v. Rock Against Racism**, p. 788.

standartlar belirleyen kılavuzun olmadığı hallerde menfaatin, yapılacak diğer müdahalelerle daha az korunacağı kanaatine ulaşmıştır³⁵⁸.

İkinci olarak Mahkeme, en az kısıtlayıcı müdahale aracının gerekli olmadığını, bununla birlikte müdahalenin gerekenden daha fazla kapsayıcı olamayacağını ve elde edilmek istenen amaca ulaşmaya hizmet etmesi gerektiğini belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle müdahalenin alternatifler arasında “*en az sınırlama yapan müdahale olması zorunlu değildir*”. Fakat müdahalenin menfaati korumak için gerekenden önemli ölçüde fazla sınır getirmemesi ve menfaatin korunması amacıyla uyumlu olması gerekir³⁵⁹. Dolayısıyla ifade hürriyetine geniş sınırlar getiren müdahaleler bu testi geçemez. Örneğin, kapılara broşür dağıtımının yasaklanması, iş merkezlerinin olduğu bir yerde mesai günlerinin tamamında geçiş törenlerinin yasaklanması veya el ilanı dağıtılmasının yasaklanması bu şartı sağlayamayan yasaklardır³⁶⁰. Çünkü bu yasaklar kamusal menfaati korumak için gerekenden fazla kapsayıcı ve sınır getirmekte olup belli bir menfaatin korunmasıyla uyumlu değildir. Somut olayda da müdahale dinleyici kitlesini çok az azaltma potansiyeline sahip olsa da bu etki oldukça önemsiz görülmüştür.

Son bir gereklilik ise düşünce açıklamasına alternatif ifade kanallarının açık bırakılmasıdır. Ancak hükümetin alternatif olarak gösterdiği yollar her zaman yeterli değildir. Alternatif ifade kanallarının açık bırakılmasında önemli olan bazı hususlar vardır³⁶¹. Öncelikle, Mahkeme ucuz iletişim yöntemlerinin varlığına dikkat etmektedir.

³⁵⁸ **Ward v. Rock Against Racism**, p. 800- 801. Önemli kamusal menfaatle ilgili olarak örneğin Mosley kararında Mahkeme, her türlü grev gözcülüğüne her zaman izin verilmesinin zorunlu olmadığını belirtmiş; önemli kamusal menfaatlerin sağlanması için grev gözcülüğüne ilişkin makul “yer, zaman ve yöntem” düzenlemelerinin gerekli olabileceğini kabul etmiştir. Hatta bazen aynı yerde gösteri, grev ya da benzer etkinlikler yapmak isteyen potansiyel kullanıcılar ve kullanımlar arasında da tercih yapılması gerekebileceği, kamu düzeninin korunması amacıyla müdahale edilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Bkz. **Police Dept. of City of Chicago v. Mosley**, p. 98-99.

³⁵⁹ **Ward v. Rock Against Racism**, p. 799-800; **O’Neill**, “Time, Place, and Manner Restrictions”, p. 1069-1070. Sonuç olarak, ifade hürriyetine müdahale yapılmıştır. Ancak bu müdahalenin ifadenin içeriğini sınırlandırmadığı ve herhangi bir ifade biçimini yasaklamayı amaçlamadığı görülmektedir. Bu nedenle Mahkemeye göre, yalnızca ses seviyesine ve diğer teknik konulara ilişkin yapılan müdahale, her ne kadar dinleyici kitlesini çok az bile azaltma potansiyeline sahipse de bu etki oldukça önemsizdir. Sahnede düşünce açıklaması engellenmemiştir. Diğer bir ifadeyle sahne düşünce açıklamasına açık tutulmuş; sese ilişkin yapılan müdahaleler nedeniyle ortaya çıkan olumsuz sonuçlar olsa da, düşüncenin açıklanması adına açık tutulan başka yolların yetersiz olduğuna dair bir emareye rastlanmamıştır. Bu çerçevede yapılan düzenleme testi başarıyla geçmiştir. Bkz. **Ward v. Rock Against Racism**, p. 803. Örneğin parklara ilişkin yapılan düzenlemeler içeriğe dayalı olarak değil; içeriğe dayanmayan, yani tarafsız olarak kabul edilmiştir. Mahkemenin bu yönde pek çok kararı vardır. Ayrıca bkz. **Hudson Jr.**, “Content Neutral”, p. 344.

³⁶⁰ Ayrıca bkz. **O’Neill**, “Time, Place, and Manner Restrictions”, p. 1069-1070.

³⁶¹ **O’Neill**, “Time, Place, and Manner Restrictions”, p. 1070. Alternatif kanalların açık bırakılması şartının orta düzey denetimi bazı durumlarda sıkı denetimden daha katı hale getirdiği ileri sürülmektedir. Bu konudaki

Buna göre müdahalenin mevcut alternatif kanallardan ucuz olanları veya başka bir deyişle ulaşma maliyeti düşük olan kanalları kapatmaması gerekir. Diğerleri ise alternatif kanalların bazı ifadeler için ayrıca önemli ve eşsiz olmasıdır. Örneğin yapılan müdahalenin “bir yere” ilişkin olması halinde alternatif kanalların yeterli olabilmesi için “konuşmacıya erişilebilir” ve “hedef kitlenin geçmesinin beklendiği” bir alanın sağlanması gerekir. İfadenin hedef kitlesinin ve seçilen mekânın, konuşmacının mesajına ne ölçüde katkıda bulunduğu burada ayrıca dikkate alınmalıdır³⁶². Olayda da düşüncenin açıklanması adına açık tutulan başka yolların yetersiz olduğuna dair bir emareye rastlanmamıştır³⁶³.

2. İfadenin Türleri Bakımından Yapılan Denetim ve Ölçütlerin Tespiti:

Kategorik Yaklaşım

Birinci Değişikliğin ifade hürriyetine sağladığı güvence oldukça geniştir. Mahkeme bu çerçevede hürriyetlerin korunması için çeşitli ilke ve doktrinler belirlemiş, müdahale öngören kuralların muğlak ve aşırı geniş olmaması gerektiğine karar vermiştir. Ayrıca müdahalenin ifadenin içeriğine yöneldiği ölçüde, Mahkeme de uyguladığı denetimin seviyesini arttırmıştır. İfade hürriyeti öyle güvenceli hale gelmiştir ki örneğin bakış açısının olduğu durumlarda ifade hürriyetine müdahalelere temel teşkil eden kurallar çoğu zaman Anayasaya aykırı görülmüştür. Bu hususlara yukarıda yer vermiştik. Fakat ifade hürriyeti hukuku bakımından incelenen içtihatlar, uyuşmazlıkların çözülmesinde tek başına yeterli değildir. Nitekim uyuşmazlıkların çözülebilmesi için ifadelerin düşünce değeri taşıyıp taşımadığı da önem arz etmektedir. Örneğin yalnızca hakaret amacı olan, karşı tarafı tahrik ederek bir kavgaya sebep olan sözlerin sarf edilmesi, salt cinsel birleşme anının gösterilmesi, çocukların cinsel nesne ve model olarak sergilenmesi gibi davranış ya da konuşmaların ifade hürriyeti kapsamında görülüp görülmediğinin değerlendirilmesi gerekir³⁶⁴. Çalışmanın bu kısmında Mahkemenin

görüşler için ayrıca bkz. **R. George Wright**, “Content-Neutral and Content-Based Regulations of Speech: A Distinction That is No Longer Worth the Fuss”, *Florida Law Review*, Vol. 67, Iss. 6, Y. 2016, p. 2088-2096.

³⁶² **O’Neill**, “Time, Place, and Manner Restrictions”, p. 1070. Örneğin gösteri yapılmak istenen yerin gösteri düzenleyenler açısından oldukça önemli olmasına ve özel bir anlam taşımasına rağmen hükümetin gösterinin başka bir yerde yapılmasını dayatması ve gösteriye katılacakların o yere ulaşmasının mümkün olmaması ya da oldukça zor olması, mesela toplu taşıma araçlarının o yere ulaşmada yetersiz kalması gibi hallerde, alternatif kanalların açık bırakılmadığının kabul edilmesi gerekir. Konu hakkında ve ilgili dava için ayrıca bkz. **O’Neill**, “Time, Place, and Manner Restrictions”, p. 1070.

³⁶³ **Ward v. Rock Against Racism**, p. 803

³⁶⁴ Mahkemenin kategorik yaklaşımı için ayrıca bkz. **Şirin**, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-2...*, s. 48-49.

belirlediği “korunan” ve “korunmayan” ifadelerin neler olduğunu ve Birinci Değişiklik standartlarını terk ederek belirlenen türlere özgü olarak geliştirdiği ölçütleri nasıl uyguladığını inceleyeceğiz.

a. Korunan ve Korunmayan İfadeler

Kural olarak, ifade hürriyetinin genel teorisi ve içtihatlarına göre düşünce açıklamaları korunmaktadır. Buraya kadar ele alınarak açıklanan başlıklar Mahkemenin içtihatlarına uygun olarak ifade hürriyetinin genel teorisinin çerçevesini oluşturmaktadır. Mahkeme, korunan ifade kategorisinde gördüğü ifadeleri korumak için üç düzeyli denetimi, yani sıkı, orta ve esnek (makullük-alt) denetimi uygulamaktadır. Denetimleri, yapılan müdahalenin niteliğine göre tespit etmektedir. Bu bakımdan anlaşılacağı üzere korunan ifadeler olarak kategorileştirilen ifadelere müdahale edilmesi mümkündür. Müdahale, Mahkeme tarafından uygulanan ölçütleri başarı ile geçerse Anayasaya aykırı değildir. Sonuç olarak “korunan ifade” kavramı, ifadelerin hiçbir müdahaleye konu olamayacağı anlamına gelmez³⁶⁵. Bu kapsamda görülen ifadelerin korunması kural kabul edilmişken, sınırlandırılması istisna olarak belli şartlara bağlıdır. Örneğin korunan ifade kategorisinde yer alan bir ifadeye müdahalede bulunulduğunda Mahkeme, genel teoriye uygun olarak, müdahale içeriği mi hedef almış yoksa içerik bakımından tarafsız mı bunu belirleyecek, ardından hangi denetimi uygulayacağına karar verecektir³⁶⁶.

Korunmayan ifadeler söz konusu olduğunda durum şimdiye kadar ele aldıklarımızdan biraz farklıdır. Çünkü Mahkeme, belirlediği bazı kategorilerdeki eylem ve ifadeleri korunacak değerde görmemiş, bu nedenle Birinci Değişiklik çerçevesinde oluşturduğu standartları esas alarak müdahaleleri denetlememiştir³⁶⁷. Somut uyuşmazlığın şartlarına göre başka anayasal güvence ve ilkeler söz konusu olduğunda bunları uygulasa da bu tür ifadeleri Birinci Değişiklik hürriyetleri ile aynı kategoride ele almamıştır. Örneğin, iftira, müstehcenlik, saldırgan ve hukuka aykırı eylemleri teşvik

³⁶⁵ **Daniel A. Farber**, “The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law”, *Indiana Law Journal*, Vol. 84, Iss. 3, Y. 2009, p. 925-926.

³⁶⁶ Somut bir örnek ile açıklayacak olursak, Mahkeme, sokakta akşam saat ondan itibaren belli bir desibelin üzerinde megafon, mikrofon gibi elektronik bir cihazla konuşulmasının yasaklandığı durumda, müdahalenin içeriğe dayanmadığına ve eğer müdahale ölçütü geçemezse kuralın Anayasaya aykırı olduğuna karar verir. Müdahale içeriğe dayalıysa sıkı denetim uygulanır ve acil bir kamu menfaatinin olduğu tespit edilirse müdahale ölçütü geçtiği için kural Anayasaya aykırı bulunmaz. Ayrıca bkz. **Farber**, “The Categorical Approach...”, p. 926-928.

³⁶⁷ **Farber**, “The Categorical Approach...”, p. 917-918; **Chemersinsky**, *Constitutional Law*, p. 1441.

eden sözler ve ticari ifadeler, çoğu zaman bir konuşma ya da düşünce açıklaması olarak değerlendirilmemiştir³⁶⁸. Fakat zaman içerisinde “korunmayan ifadeler” olarak belirlenen bu kategorilerden belli şartlarda bazılarının korunabileceği ve Birinci Değişiklik korumasının bu ifadelere de uygulanabileceği kabul edilmiştir³⁶⁹.

Yapılan kategorileştirme çerçevesinde korunan ve korunmayan ifadeler veya az korunan ifadeler ayrımı Yüksek Mahkemenin denetimi için önemlidir. Çünkü Mahkeme, önüne gelen uyuşmazlıkta ifadenin türünü belirledikten sonra uygulayacağı ölçüde karar vermektedir. Aslında ifadenin türü kuralın Anayasaya uygun olup olmayacağı hususunda önemli bir role sahiptir. Korunan ifadelerin ancak sınırlı bir ölçüde düzenlenebildiği durumlarda, korunmayan ya da az korunan ifadeler için hükümetin ve kural koyucunun hareket alanı daha geniştir. Mahkeme tarafından ilk kategorideki ifadelere karşı gösterilen özen ve verilen önem ikinci kategoridekilere karşı söz konusu değildir³⁷⁰. Öte yandan bu ayrım içeriğe dayalı olarak yapılan müdahalelere uygulanan denetimler için başlı başına bir istisna oluşturmaktadır. Nitekim türler arasındaki ayrım, doğrudan ifadenin içeriğine dayalı olarak belirlenmektedir³⁷¹.

Kategorileştirmeye ilişkin bir diğer konu kategorilere uygulanacak olan ölçütlerin belirlenmesidir. Mahkeme, büyük ölçüde ifadelerin içeriğine göre oluşturulan korunmayan ve az korunan ifadelere yapılan müdahaleleri denetlerken müdahalenin içeriğe dayalı olup olmamasını esas almamakta, belirlediği alt kategorilere farklı ölçütler uygulamaktadır³⁷². Ancak kategorilerin ve bunlara uygulanacak ölçütlerin belirlenmesi bir uyuşmazlığın çözülmesinde her zaman yeterli değildir. İlk bakışta belirlenen kategorilere girdiği düşünülen bazı ifadeler, somut olayın şartları iyi incelendiğinde o kategorinin kapsamında görülemezler. Mesela ilk bakışta “saldırgan” olan bir ifadenin, davanın somut şartları iyi incelendiğinde “siyasi ifade olarak” kabul edilmesi gerekebilir. Bu çerçevede ifadenin bağlamı, düşünce açıklamasının ardında yatan etkenler ve ifadenin

³⁶⁸ **Farber**, “The Categorical Approach...”, p. 917-918; **Zühtü Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, in ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Zühtü Arslan (Der.), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2003, s. 38; **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 141-160. Amerika’da ifade hürriyeti geniş bir koruma görse de sınırlı sayıdaki bazı ifade türleri Birinci Değişiklik güvencesinin kapsamında görülmemiştir. Örneğin, müstehcenlik, çocuk pornografisi, saldırgan ifadeler bunlardan bazılarıdır. Bkz. **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 51-52.

³⁶⁹ Örnek karar ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Farber**, “The Categorical Approach...”, p. 917-918, 928-930; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1441.

³⁷⁰ **Farber**, “The Categorical Approach...”, p. 918-919.

³⁷¹ Ayrıca bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1441.

³⁷² Ayrıca bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1441.

yöntemi, ifadenin korunan ya da korunmayan kategorilerden hangisinin kapsamında olduğunun belirlenmesinde oldukça etkilidir. Sonuç olarak ilk bakışta ifadenin nahoş olması, kışkırtıcı veya saldırgan görülmesi onu sınırlandırmak için yeterli bir gerekçe sağlamaz. Örneğin bir kararında Mahkeme, Vietnam Savaşını ve bir kanun taslağını hedef alarak mahkeme koridoruna “taslağı s*keyim” yazılı bir ceketle gelen kişinin bu davranışının başkalarını “şiddet eylemlerine kışkırtma” ve “huzuru bozma” eğiliminde olan davranış olarak görüp kişinin mahkûm edilmesini Anayasaya aykırı bulmuştur³⁷³. Mahkeme gerekçesinde, bazı ifadelerin ilk bakışta saldırgan veya uyumsuz olarak görülebileceğini, bu nahoş olan, fakat barışçıl yollarla dışa vurulan ifadelerin Birinci Değişiklik korumasından yararlanacağını belirtmiştir. Aksi takdirde Mahkemeye göre, toplumda fazla destek bulmamış, azınlıkta kalmış görüşler kolaylıkla sınırlandırılabilir³⁷⁴.

Kategorilerin genişletilmesi konusunda muhafazakâr davranan Mahkeme, korunmayan ifade kategorilerinin genişletilmesi ve bu kategorilere yenilerinin eklenmesi konusunda pek istekli değildir. Nitekim nispeten yakın tarihli olan hayvanlara yönelik zulmün yayınlanmasıyla ilgili bir davada verdiği kararda Mahkeme, hükümetin bu tür ifadelerin korunmadığına yönelik iddiasını kabul etmemiş, korunmayan ifadelerin neler olduğunu hatırlatılarak geleneksel olarak böyle bir kategorinin bulunmadığını işaret etmiştir. Bu nedenle uyumsuzluk, korunmayan ifadelere uygulanan ölçütlere göre değil, ifade hürriyetinin genel teorisine göre karara bağlanmıştır³⁷⁵.

Sonuç olarak korunan ifadeler, bu ifadelerin müdahale edilemez olduğu ve korunmayan ifadeler de ifadelerin hiçbir şekilde korunmadığı ve istenildiği gibi sınırlandırılabilceği anlamına gelmez. Mahkeme, ayrıca ilk bakışta korunmayan ifade kategorisinde görülen ifadelerin yerini tespit ederken görünüşteki haline değil, somut uyumsuzluğun şartlarına bakarak karar verir. Ayrıca Mahkeme bu kategorilerin belirlenmesi ve yasaklanan ifadenin kategorilerden birisine dahil edilmesi konusunda

³⁷³ **Cohen v. California**, 403 U.S. 15 (1971); **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1461; **Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, s. 39.

³⁷⁴ **Cohen v. California**, p. 15-26. Mahkeme bu sonuca varırken ceketin giyildiği bağlamı ayrıca değerlendirmiştir. Ceketin giyilmesinin üzerine orada bulunan ve ceket üzerindeki yazıyı gören kişilerden herhangi birisinin başvurucuya saldıracağına veya ceketini onun üzerinden zorla çıkaracağına dair somut bir belirti yoktur. Kaldı ki bu yazı onu görece bir kişinin şahsına yöneltilmiş değildir. Mahkemeye göre başvurucunun böyle bir ceketini giymiş olması onun, eleştirilen taslağı ihlal edeceği veya ihlal edilmesini teşvik ettiği anlamına gelmez. Olayda da buna dair somut bir emare yoktur. Aslında somut olayda başvurucu yalnızca bir konuda kendi düşüncesini ifade etmektedir. Bkz. **Cohen v. California**, p. 17-20.

³⁷⁵ Bkz. **United States v. Stevens**, 559 U.S. 460 (2010), II-III.

çekingen davranmakta; yaklaşımının istismar edilerek sansür uygulamalarının ortaya çıkmasına ve yeterli gerekçe olmadan ifade hürriyetinin sınırlandırılmasına müsaade etmemektedir. Nihayet bu kategoriler dar ve iyi tanımlanmıştır, dolayısıyla genişletilerek ifade hürriyetinin sınırlandırılmasına esas teşkil edemezler.

Mahkemenin korunmayan ifadelere ilişkin yaptığı ayrımın suistimal edilmesini önleme çabasına ve korunmayan ifadelere yönelik gelişmelerle birlikte bu tür ifadelere karşı müdahaleler denetlenmesine, türlerden bazılarının zamanla az ya da çok korunur hale gelmesine rağmen kategorileştirmenin bazı sakıncalarının olduğunu belirtmek gerekir. Bu bakımdan çalışmamızda kategorilerin belirlenmesindeki temel argümanlar ve bu kategorilere uygulanan ölçütlerin belirlenmesi, kamu düzeni ve milli güvenlik endişesiyle gerçekleştirilen müdahalelere uygulanan denetimlerin anlaşılması açısından teorik ve pratik bir öneme sahiptir. Fakat bu kısımda Mahkemenin belirlediği bütün korunmayan veya az korunan ifade türlerini değil, meselenin teorik açıdan anlaşılmasına yardımcı olacak ve güvenlik ile ilişkisi olan “iletişimsel davranışları”, “saldırgan (kavgacı)” ve “hukuka aykırı eylemleri teşvik eden” ifadeleri ele alacağız.

b. İfadenin Türlerine Göre Uygulanacak Ölçütün Tespit Edilmesi Sorunu

(1) Amerikan Anayasa Hukukunda İletişimsel Davranışlar ve Mahkemenin Denetimi

(a) İletişimsel Davranışlar ve Saf İfadeler Ayrımı

Bir kişinin konuşması, yazması ya da yazılı bir metni okumasının, yani düşünce ya da duyguların kelimelerle ifade edilmesi olan “saf ifadelerin” (pure speech) Birinci Değişiklik kapsamında olduğuna şüphe yoktur³⁷⁶. Kişiler serbestçe duygu ve düşüncelerini bu en bilindik ve tartışmasız yollarla ifade edebilirler. Bununla birlikte düşünceleri ifade etmenin yolları sınırsızdır. Rozet, kol bandı, bayrak takmak ya da taşımak gibi sembolik davranışlar ve mesaj ileten diğer insan davranışları, yani iletişimsel davranışlar düşünce açıklamanın yollarındandır. Diğer deyişle, düşüncelerin açıklanmasının yollarından biri de iletişimsel davranışlar ya da bunun türü olarak sembolik ifadelerdir³⁷⁷.

³⁷⁶ Ayrıca bkz. **Özpolat**, Sanatsal İfade Özgürlüğü..., s. 107.

³⁷⁷ Saf ifadeler, sembolik ifadeler ve iletişimsel davranışlar için bkz. **Özpolat**, Sanatsal İfade Özgürlüğü..., s. 107-110.

Diğer taraftan Birinci Değişiklik çerçevesinde yaklaştığımızda konu, ayrıca önem ifade etmekte ve çeşitli tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Konuyu basitleştirerek temel bazı sorulara indirgeyecek olursak ilk olarak kişinin konuşması ve yazması şeklinde düşüncelerini ifade etme araçları varken bunun dışında kalan davranışlara değer vermemizin ve anlam yüklememizin gerekip gerekmediği sorusuna yanıt bulmalıyız. Bununla beraber her türlü davranışın mesaj iletebileceği düşünülünce suçlular davranışlarının mesaj taşıdığını iddia edebilir. Bu bağlamda davranışın ne zaman Birinci Değişiklik kapsamında görülmesi gerektiği ve Birinci Değişiklik tarafından korunup korunmadığını belirlemek için ölçütün ne olacağı cevaplanması gereken diğer sorulardır³⁷⁸.

Amerikan Birinci Değişiklik hukuku çerçevesinde Yüksek Mahkemenin kararlarına baktığımızda normal insan davranışlarını (saf davranış) iletişimsel davranışlardan (communicative conduct), diğer ifadeyle mesaj, sembolik ve iletişimsel anlam taşıyan davranışlardan ayırt edecek ölçütlerin oluşturulmadığını söyleyebiliriz. Bununla birlikte Mahkeme, ifade hürriyetinin kelimelerle iletişim kurmaktan ibaret olmadığını kabul etmiş, iletişimsel olarak gördüğü davranışlara ilişkin çeşitli ölçütler ve ilkeler belirlemiştir³⁷⁹. Sonuç olarak Birinci Değişiklik amaçları açısından “konuşma”, yazılı ve sözlü ifadelerin çok ötesinde bir anlama sahiptir. Bu sanat, müzik, tiyatro, dans, eğlence ve çok daha fazlası dahil olmak üzere bilinen tüm iletişim ortamlarını ve iletişim çabalarını kapsar³⁸⁰. Çalışmanın bu kısmında amacımız, “iletişimsel davranışlar ile sembolik ifadelerin” söz konusu olduğu durumlarda öncelikle Mahkemenin yaklaşımını ortaya koyarak bu yaklaşımın ifade hürriyetini korumak için yeterliliğini ve hangi tür

³⁷⁸ Ayrıca bkz. **Chemersinsky**, Constitutional Law, p. 1533-1534. Örneğin, evimizde oturup pencereden dışarıyı izlediğimiz bir anda karşı kaldırımda bir kişinin kendi kendine konuşarak önce gömleğini ve ardından pantolonunu çıkardığını görsek herhalde şaşırırız. Aklımıza gelen şeyler kişinin akıl sağlığının olmadığı, sarhoş olduğu veya politik bir eylem yaptığı olabilir. Benzer şekilde parkta bir grubun ateş yaktığını gördüğümüzde bu ateşin piknik yapma veya ısınma gibi amaçlarla yakıldığını düşünürüz. Peki bu davranışlar düşünce açıklaması mıdır? Ne zaman ve hangi şartlarda salt davranış düşünce açıklamasından ayırabiliriz? Bu çerçevede örneğin, hükümet politikasını eleştirmek için kıyafetlerini çıkaran kişi ile güneşlenmek için çıkaran kişinin göreceği hukuki koruma arasında bir ayrım yapılabilir mi? Eğer bir farklılık olacaksa eylemin hangi amaçla gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi diğer bir zorluk olarak karşımıza çıkar.

³⁷⁹ Bkz. **Paul Berckmans**, “The Semantics of Symbolic Speech”, Law and Philosophy, Vol. 16, N. 2, Y. 1997, p. 145-146; **Özsoy**, “...Düşüncüyü Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, s. 40; ayrıca bkz. **Özpolat**, Sanatsal İfade Özgürlüğü..., s. 105-106.

³⁸⁰ Ayrıca bkz. **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 45. Çok sayıda sembolik eylem/iletişimsel davranış Birinci Değişiklik tarafından korunmaktadır. Bunlar örneğin, bayrak yakma, haç yakma, sanat eserlerinin sergilenmesi, çıplak dans, saç ve giyim tarzı gibi sembolik ve iletişimsel davranışlar bu kapsamda yer alır. Bkz. **Harr/Hess**, Constitutional Law..., p. 135.

davranışın saf ifade ya da konuşma (pure expression, pure speech) gibi görülebileceğini değerlendirmektedir.

(b) İletişimsel Davranışların (ve Sembolik İfadelerin) Önemi, Belirlenmesi ve Uygulanan Ölçütler

(i) İletişimsel Davranışların Önemi

Duygu ve düşüncelerin kelimelerle ifade edilmesi biçiminde görülemeyecek iletişimsel davranışların Birinci Değişiklik kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Kimi yazarlara göre Birinci Değişiklik yalnızca sözlü (konuşma) ve yazılı (basılı) ifadeleri korumaktadır³⁸¹. Ne var ki, salt davranış olarak görülemeyecek, mesaj taşıyan anlamlı insan davranışları da vardır. Bu davranışlarla kişiler iletişim kurabilir. İletişimsel olan davranışlar, Amerikan tarihinde de oldukça önemlidir ve bu tür davranışlar Amerikan hukukunda yeni değildir. 18. yüzyılın sonlarından itibaren verilen mahkeme kararlarında kimi davranışlar, sözlü ifadeler gibi değerlendirilmiş ve sınırlandırma rejimine bağlı görülmüştür. Benzer şekilde sembolik ifadeler, saf ifadeler gibi korunmuştur³⁸². Diğer bir deyişle Amerikan tarihinin başından itibaren bu tür ifadeler sözlü ifadeler gibi kabul edilmiştir. Örneğin, bir kişinin heykelinin yakılması, bir kişinin heykelinin asılması, genelev olduğunu ima etmek için bir evin önünde meşale yakılması gibi davranışlar sözlü ifade gibi değerlendirilmiştir³⁸³.

Tarihsel referansları bir kenara bırakacak olsak dahi bugün açık bir şekilde gözlemlenebilir ki insanlar kelimeler gibi başka sembollerle ve davranışlarla da iletişim kurar. El işaretleri, kol bantları, kıyafetlere eklenen diğer semboller, rozetler ile yürüyüşler ya da benzer başka davranışlar buna örnek teşkil eder. Bunlar çok yaygın ve hatta önemli iletişim türleridir. Chemerinsky'nin de belirttiği gibi bunların Birinci Değişiklik korumasının dışında olduğunu benimsemek sadece “kelimelerle ifade etmenin” korunduğunu kabul etmeyi gerektirir. Oysa bunun için haklı ve makul bir neden yoktur³⁸⁴. Nitekim bazı sembolik ifadeler ile saf ifadeler arasındaki benzerlik göz ardı

³⁸¹ Eugene Volokh, “Symbolic Expression and the Original Meaning of the First Amendment”, The Georgetown Law Journal, Vol. 97, Y. 2009, p. 1057-1058.

³⁸² Volokh, “Symbolic Expression...”, p. 1059-1060.

³⁸³ Bkz. Volokh, “Symbolic Expression...”, p. 1064-1066.

³⁸⁴ Chemerinsky, Constitutional Law, p. 1533.

edilemeyecek kadar açıktır³⁸⁵. Ayrıca bu tür davranışların etkileyiciliği unutulmamalıdır. Medyada, siyasi platformlarda veya diğer sosyal mecralarda kendisini yeterince ifade edemeyen veya dikkat çekemeyen kişi ya da gruplar, özellikle azınlıkta kalanlar, bu tür davranışlarla kendilerini rahat ifade edebilir ve aynı mesajı kelimelerle ifade etmelerine göre daha etkili bir şekilde iletebilirler³⁸⁶. Yüksek Mahkeme de tarihsel gelişmelerle uyumlu olarak kol bandı takma, bayrağı selamlama, bayrak yakma gibi çeşitli davranışları Birinci Değişiklik koruması altında görmüştür³⁸⁷.

Bir davranışın Birinci Değişiklik korumasında görülmesi için iletişimsel olması gerekir. Zira insan davranışı sınırsız sayıda tezahür edebilir. İnsanın yürümesi, koşması, yüzmesi, el sallaması, ateş yakması gibi sınırlı olarak belirlenemeyecek davranış ve hareket çeşidi vardır. Öyleyse bir davranışın iletişimsel olup olmadığının tespit edilmesi ilk meseledir. Bu çerçevede “iletişimsel davranış ya da sembolik ifadeyi”, bir duygu ve düşüncenin sözsüz olarak dışa vurumu, dış dünyaya iletilmesi olarak tanımlayabiliriz. Dolayısıyla normal bir davranıştan farklı olarak bu tür davranışın bir şeyi ifade ediyor olması gerekir³⁸⁸.

(ii) İletişimsel Davranışların Tespit Edilmesi

Davranışın bir mesaj ve anlam ifade ettiğinin nasıl belirleneceği ayrı bir sorundur. Örneğin, bir parkta çadır kurup geceyi orada geçiren kişinin davranışının iletişimsel niteliği haiz olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Penceresinden parkı izleyen bir

³⁸⁵ **Lukasz Machaj**, “Symbolic Communication as Speech in United States Supreme Court Jurisprudence”, *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, Vol. 1, N. 1, Y. 2011, p. 40. Örneğin el sallamak ve göz kırmak iletişim kurmak için yapılabilir. Bu davranışlar muhatapla etkili bir şekilde iletişim kurmayı sağlar. Bkz. **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 21.

³⁸⁶ Ayrıca bkz. **Finbarr J. O'Neill**, “Symbolic Speech”, *Fordham Law Review*, Vol. 43, Iss. 4, Y. 1975, p. 590; **Thomas I. Emerson**, *The System of Freedom of Expression*, Random House, New York 1970, p. 79-80; **Machaj**, “Symbolic Communication...”, p. 41-42; **Sadurski**, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, s. 58. Birinci Değişikliğin amaçları dikkate alındığında saf ifadeyle sembolik ifadenin eş değer olarak kabul edilmesinin daha yerinde olacağına dair görüşler için bkz. **Machaj**, “Symbolic Communication...”, p. 40-41.

³⁸⁷ **Berckmans**, “The Semantics of Symbolic Speech”, p. 145-146; ayrıca bkz. **Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, s. 39. Etkili bir şekilde düşüncelerin açıklanması bakımından iletişimsel davranışlar, ifade hürriyetinin gelişmesine önemli katkı sağlamıştır. Bkz. **Emerson**, *The System of Freedom of Expression*, p. 79.

³⁸⁸ **Berckmans**, “The Semantics of Symbolic Speech”, p. 146; **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 323. Mahkeme, bayrak yakma davranışını konu alan olayda söz konusu davranışın iletişimsel olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Böylece iletişimsel olan ile olmayan davranışların aynı şekilde değerlendirilemeyeceğini kabul etmiştir. Bkz. **Texas v. Johnson**, 491 U.S. 397 (1989), p. 402-404. Sembolik konuşma (ifade) davranışın saf ifade olmadığı yerde vardır. Fakat, sembolik ifadeden söz edebilmek için ifade edici olması amaçlanan ve anlaşılması makul ölçüde muhtemel bir mesaj ileten davranışın bulunması gerekir. Bkz. **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 323.

mahalle sakini, kişinin kamp yaptığını ya da evsiz olduğunu düşünebilir. Başka bir mahalle sakini ise bunu yükselen konut kiralari nedeniyle evsizliğin artmasına yönelik bir tepki olarak değerlendirebilir. Davranışı gerçekleştiren ise sadece açık havada oturmak istemiş olabilir. Bu örneğimizde parkta uyumanın yasaklandığı varsayımında Birinci Değişiklik hürriyetlerine müdahale edilip edilmediğinin tartışılması gerekmektedir³⁸⁹. Benzer örnek ve soruları çoğaltmak mümkündür. Kaldı ki her insan davranışında az ya da çok iletişime dair unsurlara rastlanır³⁹⁰. Hangi davranışın veya davranıştaki iletişimselliğin Birinci Değişiklik kapsamında yer aldığını söylemek ise kolay değildir³⁹¹.

Söz konusu belirsizliğin giderilmesi için davranışın amacı, bağlamı, kaynağı ve muhatabını içerisine alan analizlerin yapılması gerekmektedir. İlk olarak bir kişinin davranışıyla muhatabından tepki ya da karşılık bulmayı amaçlaması halinde davranış iletişimseldir. Burada kişinin niyeti öne çıkmaktadır. Kişi muhatabına iletmek istediği mesajı kelimelerle değil, kelimelerin yerini dolduracak olan davranışlarla iletmektedir. Diğer bir deyişle, davranış kelimelerin yerini almaktadır³⁹².

Kişinin iletişim niyetinin olması ise tek başına yeterli değildir. Çünkü davranışla kastedilenin ne olduğunu belirlemek her zaman kolay değildir. Örneğin, o kültürde ya da çevrede bir anlam atfediliyorsa davranışın yapılması iletişim için yeterli olabilir; belli bir anlam atfedilmiyorsa yeterli olmaz. Bu bağlamda niyetin varlığının tespiti ve belirlenmesi başlı başına bir zorluk oluşturmaktadır. Fakat pek çok hukuki meselenin ve kurumun temelinde niyet aranmakta veya niyet failin fiillerinin kategorize edilmesinde başlıca role sahip olmaktadır³⁹³. Dolayısıyla zorluğuna rağmen niyetin varlığının araştırılmasına

³⁸⁹ Örnek için ayrıca bkz. **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 22-23.

³⁹⁰ Ayrıca bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1534. Bir kişinin yazarak ya da konuşarak, başka bir ifadeyle kelimelerle değil de başka yollarla kendisini ifade etmesi mümkündür. Ancak bunun için tercih edilen davranışların asgari iletişim unsurlarını taşıması gerekmektedir. Bkz. **Spence v. Washington**, 418 U.S. 405 (1974), p. 409-410.

³⁹¹ Spence kararında Mahkeme, “kişinin niyetini”, “bağlamı (çevresel koşulları)” ve “muhatabları tarafından mesajın anlaşılmasını” içerisine alan bir analiz yapmıştır. Bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1534; **Spence v. Washington**, p. 409-410.

³⁹² Bkz. **Berckmans**, “The Semantics of Symbolic Speech”, p. 153. Bir iletişim aracı olarak sembollerin ve diğer başka göstergelerin kullanılmasına trafik ışıkları ve trafik polislerinin hareketleri örnek gösterilebilir. Grice’ın dolu otobüs örneği konuyu aydınlatmak adına faydalı olacaktır. Otobüste bulunan zilin üç defa görevli/şoför tarafından çalınması, otobüsün dolu olduğu anlamına geldiği durumda, bir konuşma olmaksızın zil sesini duyanlar otobüsün dolu olduğunu anlayabilir. Daha kapsamlı bir analiz için bkz. **Herbert Paul Grice**, “Meaning”, The Philosophical Review, Vol. 66, N. 3, Y. 1957, p. 377-378.

³⁹³ **Berckmans**, “The Semantics of Symbolic Speech”, p. 153-156. Örneğin, bir kişinin frak giydiğini görmemiz bizde bir çağrışım yapabilir. Kişinin bir davete, dansa veya tiyatroya gideceğini düşünebiliriz. Ancak bu kıyafetin giyilmesi davranışı, eşit düzeyde, bir iletişim sağlamayabilir. Aynı davranış, iletişim amacıyla yapılıyorsa bir anlama sahiptir ve bu davranışla muhataplar bazı anlamlara ve dolayısıyla

dayanan yaklaşımlar, iletişimsel davranışı belirlememiz açısından oldukça faydalı gibi durmaktadır. Dikkat edilmesi gereken, niyete dayalı yaklaşımların her zaman yeterli olamayacağıdır. Objektif olarak varlığı belirlenemeyen niyet, ilk bakışta iletişimsel olduğu halde salt davranış olan eylemlerin yaptırımdan kaçarak Birinci Değişikliğin güvencesine sığınmasına yol açabilir. Örneğin evsiz birisinin yasak olmasına rağmen parkta çadır kurup konut sorununun çözümüne dair eylem yaptığını belirterek Birinci Değişiklikten yararlanmak istemesi durumunda olduğu gibi.

Niyeti esas alan yaklaşımın eksikliklerine karşılık iletişimsel davranışlara ilişkin objektif kıstasların bulunması gerektiği ileri sürülmektedir. Bayrak yakma eylemlerinden örnek verildiğinde başkanın Irak’a savaş açma kararını ve politikasını eleştirmek için Brezilya bayrağının yakılması olayında, belli bir niyet olsa da bunun muhatabında meydana gelecek reaksiyon için uygun olmadığı veya mesajın karşılık bulamayacağı söylenebilir³⁹⁴. Dolayısıyla, niyeti esas aldığımızda hiç değilse kişinin “niyetle bağlantılı olduğu anlaşılabilecek bir davranışta” bulunması gerekir³⁹⁵.

Kanaatimizce, kişinin davranışı gerçekleştirmekteki niyeti en temel unsurdur. Ancak yardımcı bir unsur olarak bağlama bakılmasının gerektiği durumlar da vardır. Böyle bir durumda bağlamın konuya dair ikinci husus olması gerekir³⁹⁶. Davranışın hangi sosyal ve ekonomik şartlarda ortaya çıktığı, kimi hedef aldığı ve davranışın şeklinin içerisinde bulunulan şartlarla uyumlu olması, davranışın iletişimsel olup olmadığının belirlenmesinde yardımcı olacaktır. Ancak, salt bu yaklaşımın benimsenerek bağlamına göre iletişimsel olmayan bir davranışın Birinci Değişiklik güvencesinden yararlanamayacağı fikrini kabul etmek de mümkün değildir. Nitekim sanatsal niteliği haiz pek çok iletişimsel davranış muhataplarınca her zaman kolaylıkla anlaşılamaz ya da ilk bakışta bağlamla uyumlu görülmez. Burada dikkat edilmesi gereken, bağlam içerisinde davranışın “ima yoluyla” ortaya çıkmış olabileceğidir. Çünkü henüz herkesçe bilinmeyen veya anlaşılamayan bir konunun konuya duyarlı bir sanatçı ya da kişi tarafından

sonuçlara ulaşabilirler. Bu bakımdan niyetin varlığı davranışa anlam yükleyebilen bir husustur. Bkz. **Grice**, “Meaning”, p. 379-384.

³⁹⁴ **Berckmans**, “The Semantics of Symbolic Speech”, p. 156-160. Grice’e ait şu ifadenin konuyu eşsiz bir şekilde dile getirdiğini düşünüyoruz: “... yalnızca belirli bir inancı (kanaati) teşvik etme niyetiyle söylenmiş olması değil, aynı zamanda ifade sahibinin, ifadenin ardındaki niyeti fark edecek bir dinleyiciye yönelmiş (niyet etmiş) olması gerekir”. Bkz. **Grice**, “Meaning”, p. 381-382.

³⁹⁵ **Berckmans**, “The Semantics of Symbolic Speech”, p. 157-158.

³⁹⁶ Benzer yönde bkz. **Berckmans**, “The Semantics of Symbolic Speech”, p. 160; **Grice**, “Meaning”, p. 387-388.

davranışla ifade edilmesinde bağlam tek başına yeterli değilken davranışın ima oluşturup oluşturmadığı konuyu açığa kavuşturabilir. Performans sanatları genellikle böyledir³⁹⁷. Dolayısıyla bu şartlar altında davranış tıpkı saf (pure) ifade gibidir.

Davranışın iletişimsel olup olmadığına dair böylesine uzun inceleme ve tartışmalar yapılmasa da Yüksek Mahkeme kararlarına bakıldığında bazı sonuçların çıkarılması mümkündür. Mahkeme tarafından her davranışın iletişim ve ifade olduğu reddedilse bile kimi davranışların iletişimsel unsurlara sahip olduğu kabul edilmektedir. Bazı kararlarda davranışın “yeterli iletişim unsurlarına”, yani mesaj taşıma niteliğine sahip olabilmesi için kişinin “niyetini”, “muhatapları tarafından mesajın anlaşılabilir olmasını” ve dolayısıyla “bağlamı” içerisine alan bir analiz yapılmıştır³⁹⁸. Üzerinde barış sembolü yapıştırılmış bir bayrağın ters asılmasını buna örnek verebiliriz. Kaldırımda hiçbir şeyden habersiz yürürken bir pencerede böyle bir bayrağın ters asıldığını gördüğümüzde, onun anlamsız olduğunu söylemek mümkündür. Ancak bu, davranışın saçma ya da anlamsız olduğunu göstermez. Kişide bir mesaj iletme “niyeti” vardır. Bu mesaj, hükümetin o dönemdeki iç ve dış politikasına karşı düşüncelerdir. Davranışın “bağlamına” bakıldığında, eylemin güncel politik meselelere yöneldiği ve bunlar hakkında kişinin bir mesaj ilettiği, bayrağı görenler tarafından anlaşılabilir. Bu bakımından davranış iletişimseldir³⁹⁹. Başka bir örnekte, öğrencilerin bir mesaj iletme için kol bandı takması, kırmızı bir bayrağın gösterilmesi veya bayrağın selamlamasının reddedilmesi gibi davranışlar da gerekli şartları taşıdığından iletişimseldir ve Birinci Değişiklik güvencesi altındadır⁴⁰⁰.

İletişimsel davranışlar söz konusu olduğunda davranışla bir şeyi ifade etme niyetinin olması ve davranışın az çok bir şeyi ifade etmesi gerekirken bu davranışın

³⁹⁷ Başka bir örnekte, parka gidip saatlerdir oturan bir kişi temiz hava almak için orada bulunuyor olabilir. O kişiden beklenen olağan davranış, oturduktan bir süre sonra yerinden kalkmasıdır. Ancak hayatın olağan akışına uygun olmayacak şekilde bir süredir yerinden kalkmıyorsa kişi örneğin, deprem tedbirlerini eleştiriyor ve bu nedenle evine gitmiyor olabilir. Olayın bağlamında objektif olarak kişinin günlerce oturmasına belli bir anlam yüklenemiyorsa, davranışın “*ima yollu*” olması ihtimalini değerlendirdiğimizde, kişinin davranışı tamamıyla iletişimseldir. İmanın iletişimsel davranışlar açısından önemine dair ayrıca bkz. **Berckmans**, “The Semantics of Symbolic Speech”, p. 169-175.

³⁹⁸ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1534-1535; **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 323; **Spence v. Washington**, p. 410-411; **Texas v. Johnson**, p. 404-405. Mahkeme özellikle bayrak davalarında çeşitli zorluklarla karşılaşmıştır. Zorlukların aşılmasında ve davranışın türünün belirlenmesinde ise bağlam dikkate alınmıştır. Bkz. **Texas v. Johnson**, p. 405-406.

³⁹⁹ Tüm değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Spence v. Washington**, p. 410-415.

⁴⁰⁰ Ayrıca bkz. **Texas v. Johnson**, p. 404-405.

anlamsal niteliği haiz olması her zaman gerekmebilir. Kişinin, özel bir anlam yüklemeksizin yapmış olduğu davranışlar dahi üçüncü kişi açısından iletişimsel davranış olarak görülebilmektedir. Örneğin, kişinin toplantıya ya da eyleme katılmadığı, hayatın olağan akışı içerisinde gündelik aktivitelerini yerine getirdiği bir sırada giydiği pantolonun kalça kısmına bayrak dikildiğinin tespit edildiği olayda, kişinin davranışı iletişimsel olarak görülmüştür⁴⁰¹. Böyle bir durumda somut bir şeyle ilgili iletişim niyeti olmasa dahi kişinin kıyafeti ve yaşam tarzı genel olarak o kişinin kendisini ifade etme şeklidir. Sonuç olarak Mahkemenin kararlarına bir bütün olarak baktığımızda niyet, bağlam, ima gibi unsurların dikkate alındığını söyleyebiliriz.

(iii) İletişimsel Davranışlardaki “İletişimsel Unsurlara” Müdahale Edilmesi ve Mahkemenin Denetimi

İletişimsel davranışlarda, davranışı anlamlı hale getiren bazı unsurlar vardır. Bunlar “iletişimsel unsurlar”dır. İletişimsel unsurlar, “iletişimsel davranış”, “saf insan davranış”ndan ayırır ve davranışa anlam katar. İletişimsel davranışlara yapılan müdahalelerin iletişimsel unsurları sınırlandırmasıyla davranışsal unsurları (iletişimsel olmayan unsurları) sınırlandırması farklı denetimlere konu olur. Bu bağlamda ilk olarak Mahkemenin bir somut olaydaki davranışın iletişimsel olup olmadığını belirlemesi gerekir. Ardından müdahale edilen unsurların niteliğinin belirlenmesi gerekir. Nitekim davranışın iletişimsel olması, o davranışın sınırlandırılmayacağı anlamına gelmez⁴⁰². Diğer yandan eğer davranış iletişimsel değilse, iletişimsel olmayan davranışların düzenlenmesi Birinci Değişikliğin konusunu oluşturmaz⁴⁰³.

Davranışın iletişimsel olması halinde öncelikle müdahalenin ifadeyi mi yoksa davranışın kendisini mi hedef aldığının belirlenmesi gerekir. Müdahale ifadeye yönelikse uygulanacak denetim daha sıkıdır. Müdahalenin hedefinde ifade değil, davranış varsa

⁴⁰¹ **Smith v. Goguen**, p. 568, 581-582; **Berckmans**, “The Semantics of Symbolic Speech”, p. 146.

⁴⁰² Ayrıca bkz. **Machaj**, “Symbolic Communication...”, p. 43. Bir yaklaşıma göre iletişimsel (sembolik) davranış, davranışın anlam veya mesaj taşıyan halidir. Bu nedenle diğer insan davranışlarından farklıdır, saf ifade gibi değerlidir ve daha fazla koruma görür. Ancak ifadeyi taşıyan davranış, her zaman mesaj iletme kaygısında değildir. Bu davranışlara bazen ifadeler dahil olur. İfadelerin dahil olması o davranış sıradan davranıştan daha önemli hale getirir de saf ifade gibi değerli hale getirmez. İlkine bayrak yakma örnek verilebilirken diğerine bir kumaş satıcısının kumaşının yakılması örnek verilebilir. Birinci örnekte bayrak yakılarak düşünce açıklamaktadır. Bu davranış, ifadeye eşdeğerdir. Oysa ikinci örnekte, bazen davranış mesaj iletme amacıyla olsa da kamu menfaati ya da birey menfaatiyle daha fazla karşı karşıya kalmaktadır. Bu ayrıma ilişkin ayrıca bkz. **Sadurski**, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, s. 60-62.

⁴⁰³ **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 323.

burada yine Birinci Değişiklik devreye girmekle birlikte denetim nispeten daha esnekler⁴⁰⁴. Diğer bir deyişle müdahale ifadeye yönelikse, yukarıda muğlaklık ve aşırı genişlik ya da müdahalenin içeriğe dayalı olup olmaması, müdahalenin yer, zaman ve yöntem itibariyle sınırlandırılması bahsinde ele alındığı gibi, saf bir ifadenin sınırlandırılmasında uygulanan tüm ilke ve ölçütler geçerlidir. Örneğin, bakış açısı ayrımcılığına dayalı olarak iletişimsel davranış sınırlandırılmışsa sıkı denetimin yapılması gerekir. Müdahale, davranışın “iletişimsel yönünü” değil, “davranışsal yönü”nü sınırlandırıyorsa orta düzey denetimin, yani O’Brien ölçütünün uygulanması gerekir. Bu ölçüt, ifade hürriyetinin hiç korunmaması ile iletişimsel davranışlar bakımından ifade hürriyetinin sınırlandırılmaması arasında bir denge kurmaktadır⁴⁰⁵.

İlk olarak, düşüncelerin sembollerle veya iletişimsel davranışlarla ifade edilmesine müdahalede bulunulması halinde hükümetin yazılı ve sözlü ifadelerin sınırlandırılmasında olduğundan daha geniş yetkisi vardır. Bununla birlikte yapılan müdahalenin Birinci Değişikliğin şartlarına uygun olması gerekir. Fakat müdahalenin “iletişimsel unsurlar” ile “iletişimsel olmayan unsurları” hedef almasında yapılan denetim farklıdır. İletişimsel olmayan unsurların sınırlandırılmasında önemli bir kamusal menfaatin bulunması yeterliyken sınırlandırmanın iletişimsel unsurları da kapsamına alması durumunda önemli bir kamusal menfaat yeterli değildir. Mahkeme bu durumda iletişimsel davranışların müstehcen ya da saldırgan ifadeler gibi Birinci Değişiklik korumasından tam olarak yararlanamayacağı görüşünü açıkça reddetmektedir⁴⁰⁶.

Örneğin Tinker kararına konu olan öğrencilerin siyah kol bandı takarak ve oruç tutarak Vietnam Savaşına karşı olduklarını ve itirazlarını duyurmak istemesi olayı ele alınabilir⁴⁰⁷. Olayda öğrenciler bir konuya dair görüşlerini kelimelerle değil, açıkça belli

⁴⁰⁴ **Texas v. Johnson**, p. 402-404; ayrıca bkz. **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 26-27. Sonuç olarak, Birinci Değişiklik, mesaj ile davranış arasında ayırım yapar. Sözlü mesaj Birinci Değişiklik kapsamında neredeyse mutlak bir korumaya sahipken, davranış bu korumaya sahip değildir. Bkz. **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 49.

⁴⁰⁵ **Machaj**, “Symbolic Communication...”, p. 45-46; ayrıca bkz. **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 26-27; **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 49.

⁴⁰⁶ **Texas v. Johnson**, p. 406-407; benzer şekilde bkz. **United States v. Eichman**, 496 U.S. 310 (1990), p. 315-317; ayrıca bkz. **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 323.

⁴⁰⁷ **Tinker v. Des Moines Independent Community School District**, 393 U.S. 503 (1969). Kamboçya’nın işgalini ve yakın zamanda meydana gelen olaylarda insanların öldürölmesini protesto etmek amacıyla barış sembolü takılı bir Amerikan bayrağının ters bir şekilde asılması, açıkça bir düşüncenin açıklanması yönüyle bu olaya çok benzemektedir. Mahkeme, söz konusu olayda davranışın iletişimsel olduğunu kabul ederek bayrak asmayı saf ifade gibi değerlendirmiştir. Mahkemenin değerlendirmeleri için ayrıca bkz. **Spence v. Washington**, p. 408-415.

birtakım davranışlarla iletmeye karar vermişlerdir. Mahkemenin de belirttiği gibi burada basit bir davranışın varlığından söz etmek mümkün değilken saf ifadeye çok benzeyen davranışların var olduğunu söyleyebiliriz⁴⁰⁸. Diğer bir deyişle, buradaki davranış saf bir ifade değildir. Fakat ifade, suç olarak yasaklanmış bir davranışla iç içe de geçmemiştir⁴⁰⁹. Olaydaki şartlar dikkate alındığında iletişimsel davranış, sınırlandırılması bakımından sıradan bir davranış gibi muamele görmemelidir. Kuşkusuz okul yönetimlerinin eğitim-öğretim faaliyetlerinin gereği gibi yerine getirilmesini sağlayacak tedbirler alması ve öğrencilerin davranışlarına ilişkin çeşitli sınırlar belirlemeleri mümkündür. Ancak saf ifade gibi değerlendirilen davranışların söz konusu olduğu durumda idarenin serbest iradeyi ve Birinci Değişiklik korumasında olan davranışları yasaklama yetkisinin olduğu düşünülemez. Bu nedenle okul idaresinin, binlerce öğrenciden birkaç tanesinin kol bandı takması sonucunda okul ortamında rahatsızlığın, tehdidin ve korkunun doğacağı endişesiyle müdahale etmemesi gerekir⁴¹⁰. Davada yapılan denetimde anlaşılmıştır ki bu endişeleri doğrulayan emareler de mevcut değildir. Endişelerin haklı olması ve bu davranışlar nedeniyle okulda tartışmaların çıkması halinde değişen bir şey yoktur. Nitekim Mahkemeye göre Anayasa, bu tür risklerin alınması gerektiğini söylemektedir. Sonuç olarak Mahkemeye göre idarenin hoşlanılmayan bir bakış açısını yasaklayabilmesi için rahatsızlıktan fazlasına ihtiyaç vardır. Okulun işleyişi için gerekli olan disiplin koşullarının maddi ve esaslı olarak gösterilemediği durumda müdahalede bulunulamaz⁴¹¹. Mahkemenin açıkça belirttiği ve değerlendirdiği üzere, bu tür

⁴⁰⁸ **Tinker v. Des Moines Independent Community School District**, p. 505-507; **Charles R. Waggoner**, “The Impact of Symbolic Speech in Public Schools: A Selective Case Analysis from Tinker to Zamecnik”, *Administrative Issues Journal: Education, Practice, and Research*, Vol. 3, Iss. 1, Y. 2013, p. 65; **Machaj**, “Symbolic Communication...”, p. 48; benzer şekilde bkz. **Texas v. Johnson**, p. 406-407; **United States v. Eichman**, p. 315-316. Mesaj iletme amacının olduğu hallerde davranış artık basit bir davranış değildir. Bkz. **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 323. Örneğin Mahkeme, bayrakların onlarca yıldır iletişimsel niteliği haiz olduğunu kabul etmiştir. Bkz. **Spence v. Washington**, p. 410.

⁴⁰⁹ **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 26.

⁴¹⁰ **Tinker v. Des Moines Independent Community School District**, p. 507-511; **Waggoner**, “The Impact of Symbolic Speech in Public Schools”, p. 65; benzer yönde bkz. **Machaj**, “Symbolic Communication...”, p. 48-49.

⁴¹¹ **Tinker v. Des Moines Independent Community School District**, p. 507-511; ayrıca bkz. **Machaj**, “Symbolic Communication...”, p. 49. Mahkeme, okul ortamının anayasal hürriyetler için ayrıca bir öneme sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak bunun sınırı öğrencinin başkalarının haklarını ihlal etmesi, sınıf ortamının düzenini bozması veya davranışın önemli ölçüde düzensizlik içermesidir. Bkz. **Tinker v. Des Moines Independent Community School District**, p. 512-513; ayrıca bkz. **Waggoner**, “The Impact of Symbolic Speech in Public Schools”, p. 65.

davranışların sınırlandırılmasına ilişkin anayasal güvenceler, saf ifadelerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal güvencelerden daha az değildir⁴¹².

Bazı hallerde ise bu olaydaki gibi mesaj iletme niyeti ve niyetle uyumlu bir şekilde mesajın dışı yansıması her zaman açık değildir. Yani kişilerin niyeti açıkça anlaşılamayabilir. Bağlamın, niyetin ve iletişimin anlaşılmasında yeterli olmadığı ve kişinin objektif olarak bir şey ifade etmek isteyip istemediğinin anlaşılamadığı haller bunlardandır. Sokakta pantolonunun kalça kısmına bayrak dikilmiş bir kişiyle karşılaşılması durumu örnek verilebilir. Buna ilişkin somut olayda söz konusu davranış, bayrağa saygısızlık ve bayrağa saygısızlığı yasaklayan kuralın ihlali olarak görülmüştür⁴¹³. Mahkeme, iletişimsel davranış olarak görülen bu davranışı veya benzerlerini tıpkı saf ifade gibi değerlendirmiş ve ona ilişkin standartlar uygulamıştır. Örneğin ifadenin içeriğine yönelik olması sebebiyle bayrağa saygısızlık yapılmasını yasaklayan kanunlar sıkı incelemeye tabidir⁴¹⁴. Sonuç olarak düşüncenin bir davranışla iletilmiş olması, Birinci Değişiklik korumasını ortadan kaldırmadığı gibi azaltmamıştır da. İfade, tıpkı kelimelerle iletilmiş gibi korunmuştur⁴¹⁵.

⁴¹² Mahkemeye göre iletişimsel davranış, ifade hürriyeti kapsamındadır; bu hürriyet hükümetin sağladığı ve belirlediği alanla sınırlı değildir. Bkz. **Tinker v. Des Moines Independent Community School District**, p. 513-514. Alt derece mahkemeleri tarafından bazı sembolik ifadelerin ifade hürriyeti kapsamında görüldüğü ve görülmediği karar örnekleri için ayrıca bkz. **Waggoner**, “The Impact of Symbolic Speech in Public Schools”, p. 65-67.

⁴¹³ **Smith v. Goguen**, p. 568-572. Davranışın değerlendirmesini yaparken Mahkeme, bağlamı da dikkate almış, bayrağa karşı farklı davranışların gösterilmesinden ve gençlik modalarından söz etmiştir. Mahkeme, olayda pantolona bayrak dikme ve pantolonu giyme gibi davranışların ifade hürriyeti kapsamında olup olmadığını tartışmadan, kişinin hakkında başlatılan yargı sürecine esas oluşturan kuralın Anayasaya uygunluğunu denetlemeye başlamıştır. Neticede, kuralın muğlak olduğuna, kişilere yeterince rehberlik etmediğine ve davranış standartlarının neler olduğunu ortaya koyamadığına karar vermiştir. Bkz. **Smith v. Goguen**, p. 572-582. Mahkeme ayrıca bayrağa karşı davranışın nesilden nesile değiştiğini, bu davranışların çok farklı şekillerde ortaya çıkabildiğini belirtmiştir. Bu nedenle kuralın kişilerin davranışlarına rehberlik edecek şekilde yazılması gerekir. Aksi bir durumda adli makamlar geniş takdir yetkisine sahip olur. Bkz. **Smith v. Goguen**, p. 581-582. Bayrak yakma olayına dair kararında Mahkemenin “bağlam” a yaklaşımı için ayrıca bkz. **Texas v. Johnson**, p. 400, 408, 410.

⁴¹⁴ Bkz. **Machaj**, “Symbolic Communication...”, p. 49; konuya ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Jacobs**, “Clarifying the Content-Based...”, p. 614-615. Örneğin **Spence v. Washington** kararında Mahkeme, üzerine barış sembolü takılı bir Amerikan bayrağının Kamboçya’nın işgalini ve yakın zamanda meydana gelen olaylarda insanların öldürülmesini protesto etmek amacıyla camdan ters bir şekilde asılması davranışının ifade hürriyetinin koruması altında olduğunu kabul etmiş, bayrağın özel bir mülkte sergilenmesi nedeniyle müdahalenin yer, zaman ve ifadenin yöntemine ilişkin müdahalelere yapıldığı gibi incelenemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. **Spence v. Washington**, p. 405-410.

⁴¹⁵ Başka bir kararda ise, bayrak yakma davranışı Birinci Değişiklik kapsamında kabul edilmiş ve davranışın sırf toplumda bazılarını rahatsız ettiği ve kimilerince hoş görülmediği gerekçesiyle sınırlandırılmayacağına karar verilmiştir. Burada aykırı görüşlerin olabileceği, toplum için çok önemli olarak görülen konularda dahi kişilerin farklı olma hakkının olduğu ve hükümetin bayrağa saygı gösterilmesine ilişkin davranışları zorunlu kılamayacağı kabul edilmiştir. Bkz. **Texas v. Johnson**, p. 413-415; **United States v. Eichman**, p. 317-319. Yüksek Mahkemeye göre, hükümetin Amerikalıların kendi

(iv) İletişimsel Davranışlardaki “İletişimsel Olmayan Unsurlara” Müdahaleler, Rastlantısal Sınırlandırmalar ve Mahkemenin Denetimi

Bir davranışın yasaklanması sonucunda ifade hürriyetinin dolaylı olarak sınırlandırılması mümkündür⁴¹⁶. Sınırlandırılmak istenen ifade hürriyeti olmasa da kişinin iletişimsel davranışı ile sınırlandırılmak istenen davranış kesişebilir. Çünkü sınırsız sayıda insan davranışı vardır ve bunların her biri düşüncelerin ifade edilmesi için kullanılabilir. Bununla birlikte hükümetlerin de bazı davranışları yasaklamakta menfaati vardır. Örneğin, kişinin izinsiz olarak bir konuta girmesinin amacı hükümetin konut krizine ilişkin politikalarına bir tepki göstermek olsa da konuta izinsiz girilmesi yasaklanmış bir davranıştır. Bu davranışın yasaklanmasındaki amaç, ifade hürriyetinin sınırlandırılması değildir. Düzenlemenin davranışın iletişimsel yönünü ve ifade hürriyetini doğrudan hedef almadığı, ancak düzenleme sonrasında ifade hürriyetinin de sınırlandırıldığı durumlarda Mahkeme, orta düzey denetim olarak O’Brien ölçütünü uygular⁴¹⁷. Yukarıda müdahalenin içeriğe dayalı olmaması bahsinde ölçüte yer vermiştik.

mülkleri olan bayraklara nasıl davrandıkları konusundaki tek menfaati ulusal sembollere saygıyı teşvik etmektir. Bu menfaat, bayrağa saygısızlığın eylemine eşlik eden mesajla ayrılmaz bir şekilde bağlantısı bulunduğundan, örneğin Texas v. Johnson kararına konu olan olaydaki kanun O’Brien testine göre Anayasaya aykırıdır. Bkz. **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 50. Somut olay açısından davranışın Birinci Değişiklik kapsamında olduğuna şüphe etmeyen Mahkeme, ayrıca, bayrak yakmanın barışın bozulması konusunda tehdit oluşturmadığını, karşıt görüşlü olan kişilerin tepki olarak bayrak sallayarak, bayrağa farklı şekillerde saygı göstererek cevap verebileceğini belirtmiştir. Bkz. **Texas v. Johnson**, p. 419-420. 1960’ların sonundan 1990’lara uzanan süreçte Mahkeme bayrak yakma davalarıyla çok sık karşılaşmıştır. Bu olaylarda bayrak yakmaya karşı düzenlemelerin davranışla verilmek istenen mesaja yönelmesi, diğer bir ifadeyle içeriğe dayalı olması “sıkı denetim” yapılmasını gerektirmiştir. Bkz. **Machaj**, “Symbolic Communication...”, p. 49. Sonuç olarak Mahkeme, davranışın iletişimsel yönünün sınırlandırıldığı durumlarda saf ifadeye ilişkin ilke ve ölçütleri uygulamakta ve saf ifadelerde olduğu gibi daha sıkı bir denetim yapmaktadır. Son olarak bayrak yakma, siyasi ifade olarak kabul edilmekte, bu nedenle Birinci Değişikliğin güvencesinde görülmektedir. Bkz. **Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, s. 39.

⁴¹⁶ Cinayet, kundakçılık ya da başka suçların işlenmesinin önlenmesinde kamu yararı vardır. Hükümetin bu konuda yetkisinin olduğuna şüphe yoktur. Ancak bazen ifade hürriyetinin sınırlandırılması amacı olmasa dahi bir eylem yasaklandığında ifade hürriyeti de sınırlandırılmış olabilir. Bkz. **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 22.

⁴¹⁷ **Machaj**, “Symbolic Communication...”, p. 45; ayrıca bkz. **Emerson**, The System of Freedom of Expression, p. 84; **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 49. Mahkemenin orta düzey denetim uygulamasında çeşitli hatalar vardır. İletilmek istenen mesajın ve davranışın iletişimsel yönünün doğrudan sınırlandırılmak istenmediği hallerde yapılan müdahalenin denetlenmesinde uygulanan O’Brien ölçütü, davranışın sınırlandırılmasıyla aslında mesajın engellenmek istenmesi arasındaki çizgiyi belirlemede yetersiz kalmaktadır. Bu yetersizlik ifade hürriyetinin sınırlandırılmasına olanak sağlamaktadır. Benzer yönde değerlendirme için bkz. **Sadurski**, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, s. 72-73; ölçütün ifade hürriyetini korumadaki yetersizliği ve benzer yönde eleştiriler için bkz. **Emerson**, The System of Freedom of Expression, p. 84-86.

Rastlantısal sınırlandırmalar içerikten bağımsız olduğu için burada da aynı ölçüt uygulanır. Bu nedenle konumuz bağlamında ölçütü kısaca ele alacağız.

O'Brien ölçütünün ilk uygulandığı somut olay, askerlik kayıt belgesinin yakılmasıyla ilgilidir. Olayda O'Brien askerlik kayıt belgesini⁴¹⁸ yakmış, bu davranışıyla başkalarının da kendi savaş karşıtı görüşlerini benimsemelerini, askeri hizmet ve ordunun gücünü kapsayan bazı konuları yeniden değerlendirmelerini sağlamayı hedeflemiştir⁴¹⁹. Diğer yandan 1948 tarihli Askeri Eğitim ve Hizmet Kanununda 1965 yılında yapılan bir değişiklikle belgelerin değiştirilmesi, yok edilmesi ve parçalanması yasaklanmıştır. Bu yasaklar, ilk bakışta ifade ve iletişim ile ilgili değildir. Konuşmayı açıkça sınırlandırmamaktadır. Hatta Mahkemeye göre böyle bir kanun ifade hürriyetini, sürücü ehliyetlerinin yok edilmesini yasaklayan motorlu taşıtlar kanunundan daha fazla sınırlandırmaz⁴²⁰. Dolayısıyla olayda O'Brien'ın iddia ettiği gibi sembolik bir ifadenin olduğunu kabul etmeyen Mahkeme, sınırsız çeşitlilikte insan davranışının konuşma olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir⁴²¹. Aksi halde tüm davranışların ifade hürriyeti kapsamında görülmesi gerekirdi.

İletişimsel olan ve olmayan unsurların aynı davranışta birleştiği ve müdahalenin iletişimsel olmayan unsurları hedef aldığı böyle durumlarda yapılacak denetim doğal olarak davranışın iletişimsel yönüne yönelen müdahalelerdekinden daha farklı ve esnek⁴²². Diğer taraftan mesele, davranışta iletişimsel unsurlar olduğundan hala Birinci

⁴¹⁸ Belge, 18 yaşına gelen erkeklerin göreve başlamaya uygunluğunu belirten bir sınıflandırmayı, kişinin adını, kayıt tarihini ve kayıtlı olduğu yerel kurulun numarasını ve adresini; kişinin doğum tarihini, fiziki tanımını, imzasını, hizmet numarasını ve askere alınacak kişinin diğer bazı bilgilerini içermektedir. Bkz. **United States v. O'Brien**, p. 372-374.

⁴¹⁹ **United States v. O'Brien**, p. 369-371; **O'Neill**, "Symbolic Speech", p. 591; **Machaj**, "Symbolic Communication...", p. 48. Olayda O'Brien davranışını kasıtlı olarak, düşüncelerini açıklamak ve başkalarını etkilemek amacıyla gerçekleştirmiştir. Benzer yönde bkz. **O'Neill**, "Symbolic Speech", p. 591. Bu davranış bakımından müdahalede bir rastlantısallık yoktur.

⁴²⁰ **United States v. O'Brien**, p. 375-377. "İletişimsel davranışlara" ve "ifadeyle birleşebilen davranışlara" ilişkin yapılan ayırım için ayrıca bkz. **Sadurski**, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, s. 61-62.

⁴²¹ **United States v. O'Brien**, p. 376-377; **Emerson**, The System of Freedom of Expression, p. 82-83; benzer yönde bkz. **O'Neill**, "Symbolic Speech", p. 591-592; **Spence v. Washington**, p. 409-410. Nitekim pek çok davranışa anlam yüklenebilir, fakat her mesaj taşıyan davranış saf ifade gibi korunamaz.

⁴²² Bu hususta O'Neill, iletişimsel davranışların saf ifadelere göre az korunduğunu savunmuş ve çeşitli Mahkeme kararlarını görüşlerini desteklemek adına referans göstermiştir. Buna göre basılı sayfalardan (kelimelerden oluşan ifadelerden) kamuya açık eylemlere doğru bir ölçek belirlediğimizde aynı yönde sağlanan anayasal güvencenin azaldığını belirtmektedir. Bkz. **O'Neill**, "Symbolic Speech", p. 592. Ölçek benzetmesi doğru olsa da müdahalenin davranışın iletişimsel yönünün hedef alınması ile iletişimsel olmayan yönünün hedef alınması aynı davranışta dahi farklı sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle, ölçeğin oluşturulmasında müdahale konusunun tek başına davranış olması ve her zaman davranışın daha az korunduğu yaklaşımı yanıltıcıdır.

Değişiklik meselesi olarak görülmelidir. Bu bağlamda Mahkeme davada iletişimsel olan ve olmayan unsurların birleştiği bir davranış söz konusu olduğundan, davranışın iletişimsel olmayan yönünü düzenlemekte “yeterli öneme sahip bir menfaatin bulunması”nı ifade hürriyetinin rastlantısal (tesadüfi) olarak sınırlandırılmasında haklı bir sebep olarak görmüştür. Bu menfaatin tanımlanmasında “temel, çok önemli, inandırıcı ve güçlü” gibi niteliklerden yararlanılmıştır. Ancak belirtilen niteliği haiz menfaatin varlığı yeterli değildir. Mahkeme, menfaat gerekliliğini de içine alan bir ölçüt geliştirmiştir. Ölçüt şu şekildedir: Düzenleme, (i) hükümetin anayasal yetkisi dahilinde olması durumunda, (ii) önemli veya esaslı bir kamusal menfaati destekliyorsa, (iii) kamusal menfaatin ifade hürriyetinin bastırılmasıyla ilgisi yoksa ve (iv) getirilen sınırlar, söz konusu menfaat için gerekenden fazla değilse, Birinci Değişiklik hürriyetlerine ilişkin rastlantısal olarak ortaya çıkan sınırlandırmalar Anayasaya uygundur⁴²³.

O’Brien ölçütü, davranışların iletişimsel olan ve olmayan yönlerinin ayrılabilir olduğu varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayım, makul ve ifade hürriyetinin korunması bakımından yerinde değildir. Ayrımın yapılması, her zaman kolay olmayacağından mümkün olduğu ölçüde belirsizliğin ifade hürriyeti lehine sonuçlandırılması gerekirdi.

Somut olay açısından bakıldığında, korunmaya çalışılan belgeler, yasama organının ordu yetiştirmek için kurduğu sistemin sorunsuz ve düzgün işlemesi için; ordunun en yüksek verimlilikle çalışması ve sürekli değişen koşullara kolay ve hızlı bir şekilde yanıt verebilecek bir ordu yetiştirme sistemine sahip olunması için oldukça önemlidir. Mahkemeye göre hükümetin, verilen kayıt belgelerinin sürekli kullanılabilirliğinin sağlanmasında önemli bir menfaati vardır. Bu menfaatin korunması amacıyla çıkarılan kanun, söz konusu belgelerin yok edilmesini yasaklayarak menfaati korumayı hedeflemekte, yalnızca belli türdeki ve iletişimsel olmayan davranışları

⁴²³ **United States v. O’Brien**, p. 375-377; benzer yönde bkz. **O’Neill**, “Symbolic Speech”, p. 595-598; **Emerson**, The System of Freedom of Expression, p. 83; **Sadurski**, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, s. 72-73; **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 49; **Harr/Hess**, Constitutional Law..., p. 135. Mahkeme, ifade hürriyetinin doğrudan sınırlandırılmayıp dolaylı olarak ya da tesadüfi olarak sınırlandırıldığı durumlarda önemli/temel bir menfaatin bulunmasını yeterli görmüş, davranış için öngörülen sınırların ifade hürriyeti üzerindeki etkisini yeterince incelememiştir. Bkz. **Emerson**, The System of Freedom of Expression, p. 83-84. O’Brien kararı, kolluk faaliyetlerinde geniş uygulama alanına sahiptir. Konuşma yapan kişilere, gürültü yapmakla, trafik düzenini ve huzuru bozmakla ilgili genel toplumsal kuralların uygulanabilmesi mümkündür. Diğer bir deyişle, ses yükseltme ekipmanı kullanma, trafiği engelleme, kamu binalarına girişleri engelleme gibi bazı davranışlar yasaklanabilir ve önlenir. Yasaklara uymayanlar ise cezalandırılabilir. Bu, Birinci Değişikliğe aykırılık teşkil etmez. Bkz. **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 49.

yasaklamaktadır⁴²⁴. Mahkeme ayrıca, kanunun çıkarılmasında başka bir amaç olup olmadığını kanunun hazırlık aşamasını incelemek suretiyle araştırmıştır. İfade hürriyetinin sınırlandırılması amacının olduğuna dair bir emareye erişemediğinden ve ifade hürriyetinin sınırlandırılması amacıyla kanunun çıkarıldığını varsayarak karar veremeyeceğinden kanunla ifade hürriyetinin sınırlandırılmasının amaçlanmadığı sonucuna ulaşmıştır⁴²⁵. Davranışın “iletişimsel olmayan yönünün” değil, davranışın “iletişimsel yönünün” sınırlandırılmasının amaçlandığı anlaşılsaydı, verilen karar ve uygulanan ölçüt elbette farklı olurdu.

O’Brien kararıyla ilgili, asıl hedefin “savaş karşıtı eleştiriler” olduğu yönünde tartışmalar mevcuttur. Kanunun hazırlık aşaması dikkate alındığında, belgelerin korunmasına ilişkin hükümlerin amacının savaş karşıtlığına dair inançların/görüşlerin aktarılmasının önlenmesi olduğu ileri sürülmektedir⁴²⁶. Bu çerçevede kanun koyucunun gerçek niyetinin belirlenmesinde yargı organlarının dikkatli olması gerektiği unutulmamalıdır. Bir varsayım üzerine ya da yasama çalışmaları sırasında ortaya çıkan kimi söylemlere dayanarak karar vermemek gerektiğini belirtmek gerekir. Aksi halde Yüksek Mahkeme başta olmak üzere yargı organlarının kanun koyucu konumuna gelmesinin önü açılır⁴²⁷.

Konuya ilişkin son olarak şunu belirtmek gerekir ki, bazen davranışın sınırlandırılması, ifadenin sınırlandırılmasına “kaçınılmaz olarak” yol açar. Yani, bu durumda yapılan müdahale ifade hürriyetini rastlantısal olarak sınırlandırmaz. Müdahalenin ifade hürriyetini sınırlandıracağı önceden bellidir. Kanaatimizce, bu gibi hallerde düzenlemenin hedefi davranışın iletişimsel yönüymüş gibi değerlendirme yapılması gerekir. Çünkü ilk bakışta, müdahalenin davranışın iletişimsel yönünü sınırlandırmaması, düzenlemenin her koşulda ifade hürriyetini sınırlandıracağı gerçeğini değiştirmez⁴²⁸. Anayasa tarafından yasaklanmış düzenlemeyle elde edilmek istenen

⁴²⁴ **United States v. O’Brien**, p. 381-382; ayrıca bkz. **Machaj**, “Symbolic Communication...”, p. 48; eleştirel bir yaklaşım için bkz. **Sadurski**, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, s. 72-73.

⁴²⁵ **United States v. O’Brien**, p. 383-384; ayrıca bkz. **Machaj**, “Symbolic Communication...”, p. 48.

⁴²⁶ Bkz. **Machaj**, “Symbolic Communication...”, p. 48. Vietnam Savaşı başladığında, savaş karşıtı düşüncelerin açıklanmasında belgelerin yakılması, yok edilmesi, kan akıtılması gibi davranışlar önemli role sahip olmuştur. Bkz. **Emerson**, The System of Freedom of Expression, p. 79. Kanaatimizce de bu davranışları sınırlandıran düzenlemelerin ifade hürriyetini hedef aldığını söylemek mümkün görünmektedir.

⁴²⁷ Benzer yönde bkz. **United States v. O’Brien**, p. 381-384.

⁴²⁸ Benzer yönde bkz. **United States v. O’Brien**, p. 385.

amacın yasaklanmamış düzenlemeyle yapılması anayasal güvencelerin ve ilkelerin anlamsız hale gelmesine neden olur. Bu nedenle ilk bakışta ifade hürriyetini sınırlandırmayıp uygulanmaya başladığında ifade hürriyetini kaçınılmaz olarak sınırlandıran kanunlara izin verilmemelidir. Başka bir ifadeyle anayasal yetkiler Anayasaya aykırı sonuçları elde etmek için kullanılmamalıdır⁴²⁹.

(2) Amerikan Anayasa Hukukunda Saldırgan (Kavgacı) İfadeler ve Mahkemenin Denetimi

(a) Saldırgan İfadeler Kavramı

Mahkemeye göre bazı ifade türleri Birinci Değişikliğin koruması altında değildir veya daha az korunur. Bunlardan birisi de saldırgan ifadelerdir. Bu konudaki ilk karar Cantwell v. Connecticut kararıdır. 1940 yılında Cantwell v. Connecticut’de kişilere karşı “lakapların” kullanılması Anayasanın sağladığı güvencenin kapsamında görülmemiştir⁴³⁰. Fakat saldırgan ifadelerin (fighting words) çerçevesinin çizilerek mahkûmiyet kararının onaylandığı ilk karar Chaplinsky v. New Hampshire kararı olmuştur. Böylece korunmayan ifadeler bağlamında kategorik yaklaşımın tarihi de büyük ölçüde saldırgan ifadelerin konu olduğu Chaplinsky v. New Hampshire davasında oybirliği ile verilen kararla başlamıştır⁴³¹. Bu kategoride yer alan ifadeler büyük ölçüde

⁴²⁹ **Gomillion v. Lightfoot**, 364 U.S. 339 (1960), p. 347-348. Örneğin şehir sınırlarını değiştiren bir Kanun, yalnızca 400 siyahi seçmeni şehrin dışına çıkarmış, hiçbir beyaz seçmen sınır dışında kalmamıştır. Mahkeme yaptığı incelemede, iddiaların kanıtlanması halinde belediye sınırlarının yeniden çizilmesinin kaçınılmaz sonucunun, dilekçe sahiplerini siyahi olmalarından başka hiçbir neden bulunmadan oy kullanma hakkından mahrum bırakmak olduğunu tespit etmiştir. Konu, şeklen bakıldığında birtakım coğrafi çizimlerin yapılması gibi dursa da somut şartlarda tesadüfi olmayan sonuçların olması bazı vatandaşların oy haklarına yapılan bir müdahaledir. Kapsamlı bir analiz için bkz. **Gomillion v. Lightfoot**, 340-341, 346-348. Kaçınılmaz sonuçların, yani tesadüfi olmayan sonuçların varlığı konusunda titiz davranmak gerekir. Benzer şekilde eylemlerin yasaklanması, görünüşte meşru amaçlara hizmet etse de aslında düşünce açıklamasını engellemeyi hedefleyebilir. Örneğin, bir kamu görevlisine suikast düzenlenmesi, hükümet politikalarının eleştirilmesi olabilir. Fakat bu eylem aynı zamanda bir cinayet eylemidir. Bu gibi durumlarda davranışların yasaklanması meşru görülebilir. Ne var ki, böyle düzenlemelerin düşünce açıklamasını önlemek için bir bahane olmadığından da emin olmak gerekir. Bkz. **David S. Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, Maryland Law Review, Vol. 38, Iss. 3, Y. 1979, p. 389-390.

⁴³⁰ **Linda Friedlieb**, “The Epitome of an Insult: A Constitutional Approach to Designated Fighting Words”, The University of Chicago Law Review, Vol. 72, Iss. 1, Y. 2005, p. 387-388; **Cantwell v. Connecticut**, 310 U.S. 296 (1940), p. 309-311. Kararda Mahkeme, “açık ve mevcut” bir isyan, kargaşa, kamuya açık caddelerdeki trafiğe müdahale tehlikesi veya kamu güvenliğine, barışa, düzene yönelik başka bir acil tehdit ortaya çıktığında, devletin önleme veya cezalandırma yetkisi olduğunu belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle Mahkemeye göre devletlerin yetkisi sayılan bu hallerle sınırlıdır. Bkz. **Cantwell v. Connecticut**, p. 308; **Mark Pearlstein**, “Constitutional Law-“The Fighting Words Doctrine” is Applied to Abusive Language toward Policemen”, DePaul Law Review, Vol. 22, Iss. 3, Y. 1973, p. 726.

⁴³¹ Ayrıca bkz. **Farber**, “The Categorical Approach...”, p. 920 et al.; **Friedlieb**, “The Epitome of an Insult...”, p. 388-389; **Pearlstein**, “Constitutional Law...” p. 726; **Melody L. Hurdle**, “R.A.V. v. City of

bireylerin başka bireylere karşı sarf ettiği söz ya da yönelttiği davranışı konu edinir. Saldırgan olarak ifade edilen söz ya da davranışlar, kişinin verdiği mesaj sebebiyle dinleyicinin hukuka aykırı bir şekilde karşılık vermesine yol açabilecek türdendir⁴³².

Saldırgan ifadeler bağlamında konu, doğrudan milli güvenlikle ilişkili olmasa da kategorik olarak ifade hürriyetinin sınırlandırılması ile doğrudan ilgilidir. Bu çerçevede Mahkemenin kategorik yaklaşımını ve saldırgan ifadelere yönelik belirlediği kriterleri ele alacağız. Burada belirlenen kriterler ve yaklaşımların milli güvenlik sebebiyle ifade hürriyetinin sınırlandırılması bahsinde yol gösterici olacağını düşünüyoruz. Nitekim saldırgan ifadelerden bazıları doğrudan milli güvenlikle ilgili olabilir ve Mahkeme kimi kararlarında “açık ve mevcut tehlike” ölçütünü bu tür ifadeler bakımından uygulamıştır⁴³³. Buna karşılık nefret söylemi ve ırkçı ifadelere ilişkin ayrı bir inceleme yapmayacağız. Çünkü buradaki asıl amacımız tüm ifade türlerini incelemek değil, Mahkemenin içtihatlarına hâkim olan temel ilkeleri ve çalışma metodunu göstermektir.

Konuya başlamadan önce saldırgan ya da kavgacı ifadelerin (fighting words), saldırgan (offensive) fikirlerden ya da ifadelere farklı olduğunu hatırlatmak istiyoruz. Çalışmamızda saldırgan (kavgacı) ifadelerle, Amerikan literatüründe bulunan ve aşağıda inceleyeceğimiz “fighting words” olarak belirlenen kategorideki ifadeleri ele alacağız. “Offensive konuşmalar” ise etraftaki kişileri rahatsız etse de şiddetli cevaba, yani kavgaya yol açacak türden olmayan ifadeleri kapsamaktadır⁴³⁴.

(b) Saldırgan İfadelerin Doğuşu

Birinci Değişikliğin koruması dışında görülen ifade türlerinin olduğu, *Chaplinsky v. New Hampshire* davasında karara bağlanmıştır⁴³⁵. Buna göre bazı konuşmalar düşünce açıklaması olarak görülemez ya da toplumsal olarak çok az değerli görülebilecek düşünce

St. Paul: The Continuing Confusion of the Fighting Words Doctrine”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, Iss. 4, Y. 1994, p. 1145; **Kanovitz**, *Constitutional Law*, p. 56.

⁴³² **Chemersinsky**, *Constitutional Law*, p. 1458.

⁴³³ Mahkemenin saldırgan ifadeler bakımından açık ve mevcut tehlike ölçütünü uygulamasına dair ayrıca bkz. **Pearlstein**, “*Constitutional Law...*” p. 726-728.

⁴³⁴ Ayrıca bkz. **Hurdle**, “*R.A.V. v. City of St. Paul...*”, p. 1144, 1150; **Kanovitz**, *Constitutional Law*, p. 56.

⁴³⁵ **Chaplinsky v. New Hampshire**, 315 U.S. 568 (1942), p. 569-571; **Hurdle**, “*R.A.V. v. City of St. Paul...*”, p. 1147-1148; **Farber**, “*The Categorical Approach...*”, p. 920-921; **Chemersinsky**, *Constitutional Law*, p. 1459; **R. George Wright**, “*Fighting Words Today*”, *Pepperdine Law Review*, Vol. 49, Iss. 4, Y. 2022, p. 808. Saldırgan ifadelerin içtihatlarda birincil kaynağı *Chaplinsky v. New Hampshire* kararıdır. Bkz. **Wright**, “*Fighting Words Today*”, p. 808. Karar bu yönüyle saldırgan ifadelerin dönüm noktasıdır denilebilir.

açıklamaları ihtiva eder. Müstehcen ifadeler, iftiralar, hakaretler ya da saldırgan ifadeler bu kategoride yer alan alt türlerden bazılarıdır. Mahkemeye göre ifade hürriyeti mutlak olmadığı için düşünce açıklamasının önemli bir parçası olarak görülmeyen ve hakikat arayışı içerisinde toplumsal değeri çok az olan saldırgan ifadelerin “sınırlandırılması” “korunmasından” daha yararlı olacağından bu yaklaşımın anayasal bir sorun teşkil etmediği kabul edilmektedir⁴³⁶.

İlk karara konu olan somut olayda, Yahova Şahitleri olarak bilinen bir tarikatın üyesi olan başvuru Chaplinsky, Rochester sokaklarında tarikatının yayınlarını dağıtırken çevredekilerden bazıları onu şikâyet etmiştir. Yetkililerce Chaplinsky’ın uyarılmasının ardından sokakta bir kargaşa oluşmuş ve yaşananlar üzerine Chaplinsky, yetkili kişiye hitaben, “*sen Tanrının belası bir haraççı ve kahrolası bir Faşistsin ve tüm Rochester hükümeti Faşist veya Faşistlerin ajanıdır*” gibi sözler sarf etmiştir. Olayda başvuru, “*sokakta veya halka açık herhangi bir yerde hukuki olarak bulunan bir kişiye saldırgan, alaycı veya rahatsız edici sözlerin söylenmesini ve bir kişiyi saldırgan veya alaycı bir kelimeyle çağırma, onu kötülemek amacıyla gürültü ... yapmayı, ... mesleğini sürdürmesini engellemeyi yasaklayan*” kurala aykırı davranması nedeniyle mahkûm edilmiştir⁴³⁷. Somut olaya bakıldığında sarf edilen sözlerin hiçbir şekilde düşünce açıklaması oluşturmadığı söylenemez. Ancak Mahkeme için sözlerin düşünce içermesi yeterli değildir. Çünkü Mahkemeye göre bu türdeki ifadelerin taşıdığı düşünce, toplumda ancak çok az bir değere sahip olabilir⁴³⁸.

Sonuç olarak, konuya ilişkin verilen ilk kararda bir ölçüt benimsenmiştir⁴³⁹. Bu ölçüt özetle şu şekildedir: (i) Ortalama zekadaki erkeklerin duyduğu anda *muhabatının*

⁴³⁶ **Chaplinsky v. New Hampshire**, p. 569-572; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1459; **Farber**, “The Categorical Approach...”, p. 920-921; **Friedlieb**, “The Epitome of an Insult...”, p. 388; **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1147-1148; **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 325.

⁴³⁷ **Chaplinsky v. New Hampshire**, p. 569-570; ayrıca bkz. **Friedlieb**, “The Epitome of an Insult...”, p. 388; **Pearlstein**, “Constitutional Law...” p. 726-727; **Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, s. 41; **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 56.

⁴³⁸ Bu çerçevede Mahkeme, davada eyalet mahkemesinin kararını onaylayarak “saldırgan ifadelerin belli bir muhabatı hedef almasını gerektirmeyen ve sıradan zekaya sahip erkeklerin kullanılan sözü ortalama bir muhabatın kavga etmesine neden olabilecek ifadeler olarak görmesi”ni öngören ölçütü esas alan eyalet mahkemesi kararına atıf yapmıştır. Bkz. **Chaplinsky v. New Hampshire**, p. 573; ayrıca bkz. **Friedlieb**, “The Epitome of an Insult...”, p. 388; **Wright**, “Fighting Words Today”, p. 809.

⁴³⁹ **Friedlieb**, “The Epitome of an Insult...”, p. 388; ayrıca bkz. **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1147. Ölçütün hangi ifadeyi, davranışı, jesti veya haç yakma eylemini kapsayıp kapsamadığı belli değildir. Ölçüt, korunmayan ifadeleri belirlemekte ve tanımlamakta yetersizdir. Ayrıca bkz. **Wright**, “Fighting Words Today”, p. 810.

kavga/saldırı ile cevap vereceğini ve (ii) kamuya açık yerde toplum barışını veya huzurunu derhal bozacağını düşündüğü ifadeler saldırgan ifadelerdir. (iii) Bu tür ifadeleri yasaklayan kanunların “dar bir ölçekte” olması, yani kuralın aşırı geniş olmayıp yalnızca kavgaya yol açacak ifadeleri içerecek şekilde çerçevesinin iyi çizilmiş olması gerekir⁴⁴⁰. Somut olayda bu ölçütten yararlanan Mahkeme, “lanet olası haraççı” ve “lanet olası Faşist” gibi ifadeleri, ortalama bir insanı karşılık vermeye teşvik eden ve barışın bozulmasına neden olma olasılığı yüksek olan yakıştırmalar olarak görmüştür⁴⁴¹.

Mahkeme, sonraki davalarda saldırgan ifadeler sebebiyle verilen hiçbir mahkûmiyet kararını onaylamamıştır⁴⁴². Geline nokta saldırgan ifadelerin alanı öylesine daraltılmıştır ki bu tür ifadeleri sınırlandırmak için çıkarılan kuralların hayatta kalması oldukça zorlaşmış; önceleri saldırgan olarak görülüp korunmayan ifadeler zamanla korunmaya başlamıştır. Nitekim Mahkeme, aşağıda ayrıca üzerinde duracağımız üzere (i) öncelikle saldırgan ifadelerin kapsamını bir kişiye yönelerek şiddetli tepkiye sebep olması muhtemel ifadeler olarak daraltmış, (ii) saldırgan ifadeleri yasaklayan kanunların denetiminde de muğlaklık ve aşırı genişlik doktrinlerini sıkı bir şekilde uygulamış ve (iii) yine ırk, cinsiyet ya da belli bir ideolojik temele dayalı ifadeleri yasaklayan kanunlar hakkında içerik ayrımcılığına ilişkin denetimler yaparak karar vermiştir⁴⁴³.

(c) Saldırgan İfadelerin Yüksek Mahkeme Kararlarında Geçirdiği Evrim

Saldırgan ifadelerin anlamı sonraki tarihli kararlarda daha belirgin hale gelirken bu anlam daralmaya ve korunan ifadelere yaklaşmaya başlamıştır. İlk olarak Mahkeme “bir kişinin şahsına yönelmeyen ifadeleri”, bağlamı içerisinde kişileri rahatsız edip sinirlendirse de saldırgan ifadeler olarak görmemiştir. Bir olayda Vietnam Savaşını ve ilgili kanun taslağını hedef alarak mahkeme koridoruna “taslağı s*keyim” yazılı bir

⁴⁴⁰ **Pearlstein**, “Constitutional Law...” p. 726-727; **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1147-1148.

⁴⁴¹ **Chaplinsky v. New Hampshire**, p. 572-575.

⁴⁴² Birinci Değişik tarafından korunmayan bir alanın varlığı ortaya konulmuş olsa da Chaplinsky kararından sonra Mahkeme, saldırgan ifadeler sebebiyle verilen hiçbir mahkûmiyet kararını onaylamamıştır. Fakat, pek çok kararda saldırgan ifadelerin korunmayan ifadeler olarak varlığı yinelenmiş, kararlarda bu tür ifadelerin çerçevesinin çizilmesine devam edilmiştir. Bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1460; **Friedlieb**, “The Epitome of an Insult...”, p. 389.

⁴⁴³ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1460; korunmayan ifadeler kategorisinin daralmasına dair ayrıca bkz. **Wright**, “Fighting Words Today”, p. 815. Normal bir söz veya davranışla değil, saldırgan bir şekilde kişilerin kendini ifade etmesinin artması, toplumun zamanla kabalaşması ve nezaket kurallarını terk etmesinin, korunmayan ifadeler kategorisinin daralmasına neden olabileceğine dair bkz. **Wright**, “Fighting Words Today”, p. 815-817.

ceketle gelen kişinin huzuru bozduğu gerekçesiyle⁴⁴⁴ mahkûm edilmesi Anayasaya aykırı bulunmuştur⁴⁴⁵.

Mahkemeye göre saldırgan bir ifadenin olması için ifadelerin belli bir kişinin şahsına yönelik olması gerekir. İfadenin bağlamı içerisinde, yani adliye koridorunda bulunan kişilerin rahatsız olması, sinirlenmesi; söz konusu savaşı ya da düzenlemeyi desteklemeleri veya kişilerde saldırma isteğinin uyanması sebebiyle rahatsız olmaları, böyle bir ifadenin saldırgan olarak görülmesinde yeterli değildir⁴⁴⁶. Sıradan bir vatandaşın yönelik hakaret edildiği durumda ve bu durumun yapısı gereği şiddetli bir karşılığa yol açmasının muhtemel olması halinde ise saldırgan bir ifadenin varlığından söz etmek mümkündür. Ayrıca bir kişiyi değil belli bir grubu şiddete kışkırtmak amacı olmadan hareket edildiği durumlarda yine saldırgan ifadelerden söz edilemez. Sonuç olarak, Mahkemeye göre söz ya da davranışların “somut bir şekilde belli bir muhataba yönelmiş olması, hiç değilse makul bir kişinin bir şahsa yönelik olduğunu düşünecek olması ve muhatabın bunlar karşısında şiddetle karşılık vereceğinin muhtemel olması” gerekir⁴⁴⁷.

Önemli diğer bir konu ise kişinin ifadenin bağlamı içerisinde birilerini kışkırtma ve şiddet eylemini gerçekleştirmelerini sağlama amacı olmasa dahi şiddet olaylarının ortaya çıkması halinde ne olacağıdır. Öncelikle hiç kimse tahammülsüz ve hoşgörüsüz insanların varlığı endişesiyle düşüncelerini açıklamaktan imtina etmek zorunda değildir. Bu çerçevede devlet birilerinin toplum içerisinde aşırı duyarlı, kanun tanımaz veya şiddete meyilli olduğu gerekçesiyle ifade hürriyetine müdahale etmemelidir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi muhatabı şiddet eyleminde bulunmaya kışkırtmak amacıyla yapılması ve ifade karşısında kişinin tahrik olarak saldırıya hazır hale gelmesi veya saldırmış olması ifadenin sınırlandırılması için haklı bir gerekçe olarak

⁴⁴⁴ Cohen’in bu davranışının Kaliforniya Ceza Kanunu § 415’in “*saldırgan davranışlarla* çevredekilerin/komşuların veya bir kişinin huzurunu veya sükunetini kötü niyetle ve isteyerek bozmayı” yasaklayan hükmünü ihlal ettiği iddia edilmiştir. Bkz. **Cohen v. California**, p. 16.

⁴⁴⁵ **Cohen v. California**, p. 26; **Friedlieb**, “The Epitome of an Insult...”, p. 389; **Pearlstein**, “Constitutional Law...” p. 730; **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1151; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1461.

⁴⁴⁶ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1461; **Cohen v. California**, p. 19-20; ayrıca bkz. **Pearlstein**, “Constitutional Law...” p. 730-731. Mahkemeye göre davranışın gerçekleştiği ya da konuşmanın yapıldığı yerde bulunan kişilerden bazılarının incinmesi, yapılan müdahaleyi haklı çıkarmak için yeterli değildir. Pek çok ifade saldırgan, kaotik gibi görünebilir. Ancak çoğu zaman toplumda bunlar da düşünce açıklamalarının bir türü olarak kabul edilir. Bkz. **Cohen v. California**, p. 21-22, 24-25.

⁴⁴⁷ **Cohen v. California**, p. 19-20; ayrıca bkz. **Friedlieb**, “The Epitome of an Insult...”, p. 389-390; **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1151; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1461. Ölçütün bu şekilde daraltılması, Chaplinsky ölçütünün ilk gereğiyle (yönüyle) ilgilidir.

görülebilmektedir⁴⁴⁸. Mahkemenin konuya dair görüşünü anlamak adına hâkim Frankfurter'dan yaptığı alıntı oldukça belirleyicidir. Buna göre ifade hürriyeti bağlamında, Amerikan vatandaşlığının ayrıcalıklarından biri de kamu görevlilerini ve tedbirleri eleştirme hakkıdır. Bu yalnızca bilgili ve sorumlu eleştirileri değil, aynı zamanda “aptalca” ve “ölçülü olmayan” konuşmaları da kapsamaktadır⁴⁴⁹.

İkinci olarak Mahkeme, saldırgan ifadeler nedeniyle verilen pek çok mahkûmiyet kararını kuralın muğlak veya aşırı geniş olması sebebiyle Anayasaya aykırı bulmuştur⁴⁵⁰. Özellikle saldırgan ifadeler bağlamında sorun, bir kanunun Chaplinsky'de belirlenen “korunmayan ifadeler” tanımının kapsamını aşmasıdır⁴⁵¹. Örneğin savaş karşıtı bir gösteride polis memuruna “Beyaz o. çocuğu, seni öldüreceğim” ve “Seni o. çocuğu, seni boğarak öldüreceğim” diyen kişi, aşağılayıcı kelimeler ve küfürlü dil kullanmaktan mahkûm edilmiştir⁴⁵². Bu olayda uygulanan kuralı aşırı genişlik çerçevesinde inceleyen Mahkeme, kuralın Chaplinsky'deki gibi “yalnızca saldırgan (kavgacı) kelimeleri içermediğini ve korunan ifadeleri kapsamı dışında bırakarak dikkatle hazırlanmış bir kural olmadığını” tespit etmiş; eyalet mahkemesinin kuraldaki “barışın ihlali” kavramını “kamu huzurunun, düzeninin ve görgü kurallarının her türlü ihlali” şeklinde anlaması ve kavramın çerçevesinin yeterince dar çizilememesi nedeniyle kuralın aşırı geniş olduğu sonucuna varmıştır⁴⁵³. Mahkeme, kurallarda kullanılan kelimelerin anlamlarını sözlükten tespit ettiği gibi eyalet mahkemesinin kararlarını da incelemiştir. Bu sayede kuralın

⁴⁴⁸ Ayrıca bkz. **Cohen v. California**, p. 22-23.

⁴⁴⁹ **Cohen v. California**, p. 26; **Pearlstein**, “Constitutional Law...” p. 725.

⁴⁵⁰ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1461. Cohen kararı bağlamında hatırlanacağı üzere, ifade hürriyetine müdahale edilebilmesi için kuralın kapsamının çok iyi çizilmiş olması gerekir. Kuralın aşırı genişliği sebebiyle kişilerin haklarını kullanmaktan imtina etmelerine neden olunmamalıdır. Diğer yandan Mahkemeye göre, kanun somut bir uyuşmazlığa uygulandığında muğlak ya da aşırı geniş olmasa da bu, kuralın Anayasaya uygun olması için yeterli değildir. Kuralın yapısı itibarıyla başka dava ve uyuşmazlıklarda da yalnızca korunmasız ifadeleri cezalandırması ve korunan ifadenin sınırlarını aşmaması gerekir. Bkz. **Gooding v. Wilson**, 405 U.S. 518 (1972), p. 521-523; benzer yönde bkz. **City of Houston v. Hill**, p. 451-466; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1390. Salırgan ifadeler çerçevesinde muğlaklık ve aşırı genişlik için ayrıca bkz. **Pearlstein**, “Constitutional Law...” p. 732-733.

⁴⁵¹ Benzer yönde bkz. **Friedlieb**, “The Epitome of an Insult...” p. 389, 391.

⁴⁵² **Gooding v. Wilson**, p. 519; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1461-1462; **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 82-83. Kişinin ihlal ettiği iddia edilen kural (Georgia Code Ann. § 26-6303) şu şekildedir: “Herhangi bir kişi, herhangi bir provokasyon olmaksızın, başkası için ve onun huzurunda, barışın bozulmasına neden olacak şekilde aşağılayıcı sözler veya küfürlü dil kullan”dığına suçludur. Bkz. **Gooding v. Wilson**, p. 519.

⁴⁵³ **Gooding v. Wilson**, p. 524-528; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1461-1462; **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 83; kararda “aşağılayıcı ve küfürlü” (opprobrious and abusive) kelimeleri de incelenmiştir. Bkz. **Gooding v. Wilson**, p. 525; aşırı genişliğe dair açıklamalar ve diğer örnekler için ayrıca bkz. **Friedlieb**, “The Epitome of an Insult...” p. 391; **Pearlstein**, “Constitutional Law...” p. 729-732.

oldukça geniş olduğu sonucuna varmıştır⁴⁵⁴. Neticede kanunda kullanılan dil, Chaplinsky’de belirlenen saldırgan ifadeleri kapsamadığından değil, saldırgan ifadelerle birlikte korunan ifadeleri de içerisine almaya elverişli olduğundan Anayasaya aykırı bulunmuştur⁴⁵⁵.

Üçüncü olarak, içeriğe dayalı müdahalelerde Mahkemenin verdiği kararlar saldırgan ifadelere ilişkin yapılan tartışmaların büyük bir kısmını oluşturmaktadır. Çünkü müdahalenin içeriğe dayalı olmasını esas alan denetim sebebiyle saldırgan ifadeler istisnasının etkisizleştirildiği ileri sürülmektedir⁴⁵⁶. Bu konuda R.A.V. v. City of St. Paul⁴⁵⁷ kararı önemli bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. R.A.V. kararına konu olan somut olay, bir grup gencin siyahi (African-American) bir ailenin çitle çevrili evinin bahçesinde haç yakmasıyla ilgilidir. Gençlerden biri olan R.A.V., Mahkemeye göre birden fazla kanuna aykırı davrandığı için suçlanabilecekken, St. Paul şehir yönetmeliğinin *“Kamu mülküne veya özel mülke, ırk, renk, mezhep, din veya cinsiyete dayalı olarak düzensiz davranışlarla yanan bir haç veya Nazi gamalı haçı dahil ... bir sembol, nesne ... duvar yazısını bunların başkalarında öfke, endişe ve kızgınlık uyandırdığını bilerek yerleştiren kişi... suçlu olur”* hükmünü ihlal ettiği iddiasıyla suçlanmıştır⁴⁵⁸. Davada Yüksek Mahkeme oy birliğiyle karar vermiş olsa da kuralın

⁴⁵⁴ **Gooding v. Wilson**, p. 523-526; **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1152.

⁴⁵⁵ **Gooding v. Wilson**, p. 524-525; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1461-1462. Örneğin Mahkeme *“kaldırımlardan herhangi birinde...üç veya daha fazla kişinin toplanması...ve oradan geçen insanları rahatsız edecek şekilde davranmasını”* suç sayan, Ohio eyaleti, Cincinnati şehir yönetmeliğini de anayasal koruma altında olan Birinci Değişiklik haklarını ihlal edecek kadar geniş olduğu için Anayasaya aykırı bulmuştur. Bkz. **Coates v. City of Cincinnati**, 402 U.S. 611 (1971), p. 612-616; **Pearlstein**, “Constitutional Law...” p. 729-730. Her ne kadar kararlarda saldırgan ifadelerin varlığı hatırlatılmışsa da Chaplinsky ilkelerine bağlılığın sözde bir bağlılık olduğu eleştirisi yapılmaktadır. Bkz. Blackmun’un karşı oy gerekçesi, **Gooding v. Wilson**, p. 536-537; ayrıca bkz. **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1152-1153.

⁴⁵⁶ **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1154.

⁴⁵⁷ Doktrindeki tartışmalar ve kararın etkisi için bkz. **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1154-1157; kararın önemi için ayrıca bkz. **Sadurski**, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, s. 83. Saldırgan ifadelere ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözülmesi bakımından karar, rehberlik etmekten ziyade karışıklığa yol açmıştır.

⁴⁵⁸ **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 379-380; **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1157; **Friedlieb**, “The Epitome of an Insult...”, p. 392; **Sadurski**, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, s. 83. Suçlamaya esas kuralın orijinali şu şekildedir: (**St. Paul, Minn., Legis. Code** §292.02 (1990): *“Whoever places on public or private property a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor”*. Ancak dava mahkemesi, ihlal edildiği iddia edilen kuralın aşırı geniş ve içeriğe dayalı olduğuna karar vermiş olsa da Minnesota Yüksek Mahkemesi, derece mahkemesinin kararını bozarak kuralı Anayasaya uygun bulmuştur. Federal Yüksek Mahkeme ise Minnesota Yüksek Mahkemesi kararını dokuz üyenin oyuyla, yani oy birliğiyle bozmuştur. Bkz. **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1157; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1463.

Anayasaya aykırı olduğuna dair çoğunluğun gerekçesi ile ayırık gerekçeler oldukça farklıdır⁴⁵⁹. Nitekim birden çok üye ayırık gerekçe yazmış olsa da kuralın “içerik ayrımı”, hatta “bakış açısı ayrımcılığı” yapmasına ve “aşırı geniş olmasına” dair yazılan gerekçeler konumuz için oldukça önemlidir.

İlk olarak çoğunluk, kuralın aşırı geniş olmadığı ve Chaplinsky’de öngörülen çerçeveye uygun olarak saldırgan ifadeleri düzenlediği kanaatindedir. Bu nedenle değerlendirme kuralın aşırı geniş olması itibarıyla değil, içeriğe dayalı olması yönüyle yapılmıştır⁴⁶⁰. Kararda toplum menfaati karşısında çok az değeri olan ve bütün medeni toplumlarda kabul edilen bazı istisnaların Birinci Değişikliğin güvencesinin dışında olduğu hatırlatılmış, bu istisnaların hala Birinci Değişiklik içtihatları bakımından önemli olduğu ve varlığını sürdürdüğü vurgulanmıştır. Buna karşın, geleneksel-kategorik istisnaların kapsamının “*daraltıldığı*” ifade edilmiştir⁴⁶¹. Kategorik olarak istisnaların olması bu istisnalar içerisinde görülebilecek ifadelerin, hiçbir surette korunmayacağı anlamına gelmez. Özellikle ifadelerin bağlamı dikkate alındığında aynı ifadenin bir bağlamda saldırgan olması söz konusu iken başka bir bağlamda etkili bir düşünce açıklaması niteliğini haiz olması mümkündür. Bu nedenle söz konusu istisnalar bakımından “bakış açısı ayrımcılığının yapılmaması” gerekir⁴⁶².

⁴⁵⁹ **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1157.

⁴⁶⁰ **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 381; **Farber**, “The Categorical Approach...”, p. 928; ayrıca bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1463-1464. Haç yakma eylemi ile ilgili nispeten yakın tarihli başka bir kararında Mahkeme, “**gerçek bir tehdit**” olmadan kuralın “ilk bakışta delil” hükmünü Anayasaya aykırı bulmuştur. Nitekim ilgili kural otoyolda, bir kişinin mülkünde ve herhangi bir açık alanda haç yakılmasını yasaklamaktaydı. Böyle bir kural, haç yakma eylemini başlı başına saldırganlığın ve tehdidin ilk bakışta kanıtı olarak görmektedir. Dolayısıyla ne amaçla ve nasıl olduğuna bakmadan tüm haç yakma eylemlerini kapsamına almaktadır ve aşırı geniştir. Oysa her haç yakma eylemi, saldırgan değildir. Kimisi bir sembol ve düşünce açıklamasıyken “gerçek bir tehdit” oluşturmaz. Böyle bir ifadenin sert ve korkutuculuğuna şüphe olmasa da her zaman barışı derhal bozduğu ve gerçek bir tehdit oluşturduğu söylenemez. Daha kapsamlı bir analiz için çoğunluk görüşüne bkz. **Virginia v. Black**, 538 U. S. 343 (2003), p. 347-368; ayrıca bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1473-1474; **Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, s. 42.

⁴⁶¹ **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 382-383; konuya ilişkin ayrıca bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1463-1464; **Friedlieb**, “The Epitome of an Insult...”, p. 392. Saldırgan ifadelerin korunmayan ifadeler kategorisinde olması demek, artık bu ifadelerin tamamen değersiz olduğu, düşünce açıklaması ve hakikat arayışının bir parçası olmadığı anlamına gelmez.

⁴⁶² **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 383-385; ayrıca bkz. **Farber**, “The Categorical Approach...”, p. 928; **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 325; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1463-1464. Bu ayırım aşırı genişlik söz konusu olduğunda da geçerlidir. Kural, izin verilmeyen şekilde içerik ayrımcılığı yapmamakla birlikte aşırı genişse, bu durumda korunan ve korunmayan ifadeleri ihtiva etmektedir. Saldırgan ifadeler açısından aynı ifade veya davranış, bazı bağlamlarda korunan ifade niteliğindeki bazı bağlamlarda korunmayabilir. Kuralın bu çeşitli durumlar arasındaki farkı gözeterek titizlikte hazırlanması ifade hürriyetinin korunması için önemlidir. Bu çizginin belirsiz kalması halinde ise kural aşırı geniştir. Bkz. **Virginia v. Black**, p. 361-366. Mahkemeye göre örneğin, “*açık havada çıkan*

Bu nedenle istisnaların ve bunlardan da saldırgan ifadelerin bir tür konuşma tarzı olduğu kabul edilmektedir. Bunu kişinin bağırarak konuşması gibi düşünebiliriz. İstisnalara ilişkin sınırlandırmalar ise “konuşma dışı” unsurları hedef almaktadır. Dolayısıyla saldırgan ifadelerin kategorik olarak belirlenmesinde ifadenin içeriğine bakılmaz⁴⁶³. Mahkemeye göre örneğin, hükümet bir sektörde fiyatlara ilişkin reklamların düzenlenmesine karar verirken diğer sektörlerle ilişkin düzenleme yapmayabilir. Çünkü bazen belli bir sektörde, belli dönemlerde dolandırıcılık riski diğer sektörlerle göre çok daha fazladır. Ticari ifadenin korunmamasının haklı sebeplerinden biri olarak görülen bu duruma karşın yalnızca erkekleri aşağılayıcı bir şekilde tasvir eden ticari reklamların yasaklanması ise mümkün değildir⁴⁶⁴. Çünkü Birinci Değişiklik düşüncelerin serbestçe ifade edilebilmesini güvence altında alırken açıklanacak düşünceler arasında ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Çoğunluğun kararında dayandığı temel esaslardan birisi bu yaklaşımdır⁴⁶⁵.

Bazen toplumsal bir menfaat amacıyla, düşünce açıklamasına müdahale hedeflenmeden, istisnalar içerisindeki bir alt türün ifadelerin içeriğinden bağımsız etkilerine yönelik müdahaleler yapılabilir⁴⁶⁶. Hükümet “içeriğin rahatsız edici” olması nedeniyle değil, ifadenin “ikincil etkilerine” karşı müdahalede bulunuyorsa, içeriğe

yangınlara karşı tedbir olarak kabul edilen bir yönetmeliğe aykırı olduğu için bayrak yakmak cezalandırılabilirken, bayrağın onurunu zedelemeyi yasaklayan bir yönetmeliğe aykırı olduğu için bayrak yakmak cezalandırılmaz”. Bkz. R.A.V. v. City of St. Paul, p. 385-386. Mahkeme’nin gürültülü ses kamyonu kıyası için ayrıca bkz. R.A.V. v. City of St. Paul, p. 386; Hurdle, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1158. Çünkü ilki yer, zaman ve yöntem sınırı öngörmekteyken ikincisi açıkça içeriğe dayalı bir ayırım yapmaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere Mahkeme, istisnalar bakımından da içerik ayırımı yapılamayacağını, içeriğe dayalı olmayan sınırlandırmaların gereklerinin sağlanması halinde mümkün olduğunu ifade etmektedir. Fakat bir kuralın ifadenin içeriğini gözetmeden saldırgan ifadeleri nasıl sınırlandırabileceği ve içeriğe dayalı müdahalelere ilişkin ilkelerin istisnalar bakımından geçerli olması halinde korunan ve korunmayan ifadeler arasındaki ayırımın adeta ortadan kalkacağı gibi sorunlar gündeme gelmektedir.

⁴⁶³ R.A.V. v. City of St. Paul, p. 386-387; Hurdle, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1158-1159; ayrıca bkz. Chemerinsky, Constitutional Law, p. 1463-1464. Diğer bir ifadeyle R.A.V. v. City of St. Paul kararı, içerik ayırmacılığı yasağını korunmayan ifadeler için genişletmiştir. Bkz. Sadurski, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, s. 89.

⁴⁶⁴ R.A.V. v. City of St. Paul, p. 388-389; konuya ilişkin ayrıca bkz. Friedlieb, “The Epitome of an Insult...”, p. 394. Aynı kararda verilen başka bir örnek şu şekildedir: Başkana karşı tehditler suç sayılabilir de başkanın belli bir konudaki politikalarına yönelik tehditler suç sayılamaz. Başka bir ifadeyle belli bir düşüncüyü bastırma amacı olmadan, düşünce açıklama tarzı olarak tehdidin yasaklanması mümkün görülmektedir. Bkz. R.A.V. v. City of St. Paul, p. 388; Friedlieb, “The Epitome of an Insult...”, p. 394.

⁴⁶⁵ R.A.V. v. City of St. Paul’dan sonra önemli bir diğer karar olan Virginia v. Black kararında da Mahkeme bunu teyit etmiştir. Sonuç olarak, belli bir ifade türünün sınırlandırılmasının dışında, kuralın düşünceler ve bakış açıları arasında ayırmacılık yapmaması gerekir. Bkz. Virginia v. Black, p. 361-363.

⁴⁶⁶ R.A.V. v. City of St. Paul, p. 389; Hurdle, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1160-1161; ayrıca bkz. Chemerinsky, Constitutional Law, p. 1464.

dayalı bazı alt türlere farklı davranılabileceği kabul edilmektedir⁴⁶⁷. Yine buna ilişkin üçüncü gerekçe müdahalenin içeriğine yönelmeksizin rastlantısal olarak ifadeye müdahale edecek şekilde bir davranışı sınırlandırmasıdır⁴⁶⁸.

Somut olayda uygulanan kural ise bu şartları taşımamaktadır⁴⁶⁹. Kuralla, toplum içerisinde yıllarca ayrımcılığa maruz bırakılmış kişiler korunmaya çalışıyor olsa da çoğunluğa göre bakış açısına varan bir içerik ayrımcılığı yapılmaktadır. Çünkü kural herhangi bir saldırgan ifadeyi değil, yalnızca “ırk, renk, inanç, din veya cinsiyet” temelindeki ifadeleri yasaklamaktadır. Kural, bunlar dışında kalan konulardaki ifadeleri, çok kötü ve şiddete sebep olma bakımından güçlü etkisi olsa bile, yasaklamamaktadır⁴⁷⁰.

Mahkeme çoğunluğunun bu kararı, saldırgan ifadelerin bir istisna olarak sınırlandırılabilir olmasını oldukça zor hale getirmiştir. Nitekim Mahkemenin kuralın bakış açısı ayrımcılığı yaptığına dair kararının diğer bir anlamı, bu kuralın denetiminde “sıkı denetim”in uygulanacak olmasıdır. Yani müdahalenin “*düzenlenmenin acil (zorlayıcı) bir kamusal menfaate hizmet etmesi ve öngörülen düzenlemenin dar çerçevede sınır çizmesi, yani gereğinden fazla kapsama sahip olmaması*” gerekir. Kararı önemli kılan başka bir husus da Mahkemenin bu kararıyla “acil menfaatin olmasını” artık tek başına yeterli görmemesidir. Nitekim olayda acil bir kamusal menfaat vardır. Ancak

⁴⁶⁷ **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1160-1161.

⁴⁶⁸ **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 389-390; **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1161. Dolayısıyla çoğunluk gerekçeleri dikkate alındığında, sokakta gürültülü konuşmanın düzenlenmesinde olduğu gibi belirlenen esaslara bağlı kalınarak saldırgan ifadeler de düzenlenebilir ve açıklanan düşünceden bağımsız olarak saldırgan ifadelerden bazıları kurala konu edilip sınırlandırılırken bazıları düzenlemeye konu edilmeyebilir. Bkz. **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 390.

⁴⁶⁹ Yapılan ayrımcılık ise yukarıda belirtilen ve alt türlerin sınırlandırılabilmesi hallerine uygun gözükmemektedir. Çünkü ilk olarak ifadenin tarzı olarak bir alt tür seçilmemiştir. Diğer bir ifadeyle çoğunluğa göre, tehditkâr olan saldırgan ifadeler seçilebilecek ve sınırlandırılacakken yalnızca belli içerikteki mesajları ileten saldırgan ifadeler yasaklanmıştır. İkinci olarak ikincil etkileri nedeniyle içeriğe dayalı biçimde ifade sınırlandırılmamıştır. Nitekim bir konuşmanın dinleyicilerinin vereceği tepkiler, ikincil etki olarak kabul edilemez. Gerçekten her ifade bir şekilde dinleyiciler üzerinde duygusal etkilere yol açabilir. Bu nedenle ifadenin dinleyiciler üzerindeki etkisi tek başına ikincil etki olarak kabul edilmemelidir. Sonuç olarak, “ırk, renk, inanç, din veya cinsiyet” temelindeki saldırgan ifadeleri yasaklayan kural, Anayasaya aykırı bulunmuştur. Ayrıca bkz. **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 392-396; **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1159-1161; **Farber**, “The Categorical Approach...”, p. 928.

⁴⁷⁰ **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 391; **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1158-1160; ayrıca bkz. **Farber**, “The Categorical Approach...”, p. 928; **Chemerinsky**, *Constitutional Law*, p. 1464-1465; **Friedlieb**, “The Epitome of an Insult...”, p. 392-393; **Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, s. 42; **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 158. Örneğin kural dini savunanlara sağladığı korumayı, dine karşı konuşanlara sağlamayarak bakış açıları arasında bir ayrım yapmıştır. Bkz. **Friedlieb**, “The Epitome of an Insult...”, p. 392-393. Sadurski, bu müdahalenin bakış açısı ayrımcılığı değil, konu ayrımcılığı oluşturduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte her iki durumda da R.A.V. v. City of St. Paul kararı, içerik ayrımcılığı yasağını korumayan ifadeler için genişletmiştir. Bkz. **Sadurski**, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, s. 84-89.

kararda içeriğe dayalı bir kuralın neden olduğu sansür tehlikesi karşısında, acil menfaat tek başına yeterli görülmemiştir. İçeriğe dayalı müdahale yerine “*alternatif olarak tarafsız müdahalenin yapılabilir olması*” halinde, böyle bir kuralın savunulmasının zor olduğu dile getirilmiştir⁴⁷¹. Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, tarafsız alternatiflerin olması halinde bir kuralın sıkı denetimden geçebilmesi için acil bir menfaat ve dar kapsamda düzenleme yapılması yeterli değildir. Bunun aksini kabul etmek, daha az kısıtlayan ve sansüre neden olma tehlikesi daha az olan bir müdahale varken sansüre yol açabilecek ve daha fazla sınırlandırma getiren müdahalenin yapılabilmesine yol açar. Bu ise Birinci Değişikliğin güvencesiyle bağdaşmaz⁴⁷².

Kararda üyelerden White, Blackmun, O’Connor ve Stevens çoğunluk gerekçesine katılmamıştır⁴⁷³. Burada saldırgan ifadeler istisnasının korunan ifadelere yaklaştığını göstermek için White’ın görüşüne yer vereceğiz. White, kuralın aşırı genişlik sebebiyle Anayasaya aykırı bulunması gerektiğini savunmuştur⁴⁷⁴. O, başvurucunun da iddia ettiği gibi kuralın yalnızca korunmayan ifadeyi değil, Birinci Değişiklik tarafından korunan ifadeyi de suç saydığı için aşırı geniş olduğunu ve kuralın Anayasaya aykırılığına bu yönden karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır. White’a göre çoğunluk, yerleşik içtihatlarını terk ederek aşırı genişlik gerekçesiyle değil, saldırgan ifadeler bakımından yeni sayılabilecek başka bir gerekçeyle karar vermiştir⁴⁷⁵. Ayrıca, Birinci Değişiklik istisnalarının içerik temelli sınırlandırmalara dayanmakta olduğunu ve bu ifadelerin korunmamasının genel menfaatle daha uyumlu olduğunu hatırlatmaktadır. Çoğunluğun kararı ise korunmayan ifadeleri korunan ifadeler haline getirmektedir⁴⁷⁶. Kararla Mahkeme, yerleşik içtihatları gereği içerik temelinde düzenlenebilecek ifadeler ile yalnızca acil bir kamusal menfaatin gösterilmesi halinde içerik temelinde düzenlenebilecek ifadeler arasındaki sınırları belirsizleştirmiş, iki grubun iç içe geçmesine neden olmuştur. Dolayısıyla Mahkemenin istikrarlı bir şekilde değersiz olarak

⁴⁷¹ **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 395.

⁴⁷² Kararın başka bir sonucu, Mahkemenin saldırgan ifadeler istisnasının varlığını başka kararlarda olduğu gibi bu kararda da teyit etmiş olmasına rağmen istisnanın büyük ölçüde uygulanamaz hale gelmiş olmasıdır. Bu bakımdan karara katılıp gerekçeye katılmayan bazı üyelerin görüşleri dikkate alınmaya değerdir.

⁴⁷³ Bkz. **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1162-1163; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1465.

⁴⁷⁴ **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1162-1163; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1465; diğer üyelerin görüşlerine ilişkin ayrıca bkz. **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1166-1168.

⁴⁷⁵ White’ın ayrık gerekçesi, **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 397-398; **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1163.

⁴⁷⁶ White’ın ayrık gerekçesi, **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 400-401; **Hurdle**, “R.A.V. v. City of St. Paul...”, p. 1163.

gördüğü saldırgan ifadeler, korunan ifadelerle eşit hale gelmiştir⁴⁷⁷. Kararla birlikte saldırgan ifadelerin korunan ifadeler gibi korunmasının önü açıldığı için White'ın tespiti yerindedir.

White'ın çoğunluğun kararına itiraz ettiği bir diğer husus, çoğunluğun kuralı içeriğe dayalı olarak değerlendirmesinin yerinde olduğunun kabul edilmesi halinde dahi uygulanan ölçütte hata yapılmış olmasıdır. Nitekim müdahale içeriğe dayalı olduğu için uygulanacak denetim sıkı denetimdir. Sıkı denetimin bir gereği olarak, acil bir kamusal menfaatin bulunması gerekir. Çoğunluk ise kararında acil bir kamusal menfaat yokmuş gibi kuralı Anayasaya aykırı bulmuştur⁴⁷⁸. White, kararı bu yönü itibarıyla de yerleşik içtihatlardan bir kopuş olarak değerlendirmektedir⁴⁷⁹.

İki gerekçe birlikte ele alındığında çoğunluğun görüşü ifade hürriyetini daha fazla korumaya yöneliktir. Geleneksel olarak korunmayan ya da az korunan ifadeler söz konusu olduğunda da içerik ayrımcılığına dair ilke ve ölçütlerin geçerli olduğunun kabul edilmesi, korunan ifadelerin alanını genişletmiş, ayrımcılık yapılmasına karşı yeni sınırlar getirmiştir. Bu sayede tarafsız müdahale ile menfaatler korunabilecekken acil bir menfaat olsa dahi içeriğe dayalı müdahale yapılmasına izin verilmemiştir. Çoğunluğun bu görüşünü eleştiren Hurdle'a göre, kuralın aşırı geniş bulunmaması yasama organlarının tarafsız ama geniş kurallar koymasına neden olabilir⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ White'ın ayrık gerekçesi, **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 403; **Hurdle**, "R.A.V. v. City of St. Paul...", p. 1163.

⁴⁷⁸ Nitekim çoğunluk, somut olaydaki menfaatin acil olduğunu ve yönetmelik tarafından korunmak istendiğini açıkça kabul etse de sıkı denetim analizinin, mevzuatın Anayasaya uygunluğuyla ilgisinin olmadığı kanaatine ulaşmıştır. İncelemede acil menfaatleri korumak için içerik ayrımcılığının makul olarak gerekli olup olmadığı sorgulanmıştır.

⁴⁷⁹ White'ın ayrık gerekçesi, **R.A.V. v. City of St. Paul**, p. 403-404; ayrıca bkz. **Hurdle**, "R.A.V. v. City of St. Paul...", p. 1164-1165. White'a göre çoğunluğun gerekçesi hatalıdır; bu karar, içeriğini koruyarak saldırgan ifadeleri meşru ve korunan toplumsal bir söylem haline getirmektedir. Bkz. **Hurdle**, "R.A.V. v. City of St. Paul...", p. 1165.

⁴⁸⁰ Hurdle'ın diğer eleştiri ve endişeleri için ayrıca bkz. **Hurdle**, "R.A.V. v. City of St. Paul...", p. 1169-1171. Ancak Birinci Değişiklik hukukunun temel doktrinleri geçerliliğini koruduğundan aşırı genişlik ve muğlaklık bakımından denetimler devam etmekte, farklı kurallar aşırı geniş olması sebebiyle Anayasaya aykırı bulunabilmektedir. Örneğin, R.A.V. kararından sonra Virginia v. Black kararında davaya konu kural, içeriğe dayalı olmayıp aşırı geniştir. Kural, ayırım gözetmeksizin tüm haç yakma eylemlerini saldırganlığın ve tehdidin ilk bakışta kanıtı olarak görmektedir. Dolayısıyla ne amaçla ve nasıl olduğuna bakmadan tüm haç yakma eylemleri, kuralın kapsamına girmektedir. Oysa her haç yakma eylemi, saldırgan değildir. Kimisi bir sembol ve düşünce açıklamasıyken gerçek bir tehdit oluşturmaz. Neticede böyle bir kural karşısında kişiler düşüncelerini, yasaklanan şekilde ifade etmekten imtina ederler, kuralın caydırıcı etkisi altında kalırlar. Yani, bütün haç yakma eylemlerini yasaklayan bir kural, korunan ifadeleri de sınırlandırmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, verdiği mesaja bakılmaksızın tüm haç yakma eylemlerini yasaklayan kuralı içerik ayrımcılığı yaptığı için değil, aşırı geniş olduğu için Anayasaya aykırı bulmuştur. Ayrıca bkz. **Virginia v. Black**, p. 364-368; **Chemierinsky**, Constitutional Law, p. 1473-1474; **Friedlieb**,

Sonuç olarak, Birinci Değişiklik korumasında görülmeyen ve korunmamasında anayasal bir sorun olmadığına karar verilen ifade türleri, Chaplinsky’den sonra kademeli olarak korunmaya başlamış, ifadenin bağlamına ve müdahalenin niteliğine bağlı olarak yapılan sınırlandırmalara ilişkin çeşitli ölçütler geliştirilmiştir. Bugün korunan-korunmayan ayrımı yapılmaya devam etmekte ve kategorik yaklaşım varlığını sürdürmektedir. Buna karşılık korunmayan ifadelerin anayasal koruma altında olduğuna şüphe yoktur⁴⁸¹.

(3) Hukuka Aykırı Eylemleri Teşvik ve Tahrik Eden İfadeler ve Mahkemenin Denetimi

Korunmayan ve az korunan ifadeler kategorisine dair inceleyeceğimiz son başlık hukuka aykırı eylemlerin teşvik ve tahrik edilmesine yol açan ifadelerdir. Hukuka aykırı eylemlerin teşvik ve tahrik edilmesine yol açan ifadelerin Birinci Değişikliğin korumasının dışında kaldığı noktayı tespit etmek özellikle yirminci yüzyılın ilk yarısında Yüksek Mahkemenin en büyük endişelerindendi⁴⁸².

Bu türden ifadeler şimdiye kadar ele aldığımız ifade türlerinden oldukça farklıdır. Çünkü bu ifadeler, toplumsal huzur ve milli güvenlik için tehlikelere yol açabilecek niteliktedir. Başka bir deyişle bu ifadeler, kamu düzeni ve milli güvenlikle ifade hürriyetinin arasındaki çatışmaya dayanır⁴⁸³. Ayrıca hukuka aykırı eylemlerin teşvik ve tahrik edilmesi oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Nitekim hukuka aykırı eylemler, hırsızlık, cinayet gibi suçları kapsadığı gibi hükümetin Anayasaya aykırı olarak darbeye (şiddet kullanılarak) devrilmesi; devletin önemli belge ve bilgilerini sızdırmak gibi devletin ve milletin varlığı ve devamlılığı bakımından büyük tehdit oluşturan eylemleri de kapsar. Bu ifadelerin anayasal güvencenin tamamen dışında bırakılması ile anayasal güvence altında görülmesi ise tartışmalıdır. Nitekim bir kişinin hukuka aykırılığı savunmasının her zaman hukuka aykırı eylemlerin gerçekleşmesine neden olduğu söylenemez. Dolayısıyla buradaki önemli soru, bu tür ifadelerin sınırlandırılabilmesi için

“The Epitome of an Insult...”, p. 394-396; **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 59. White’in görüşü ise geleneksel istisna görüşüyle ve yerleşik içtihatlarla daha uyumludur. Fakat bu görüş korunmayan ifadeleri adeta Birinci Değişikliğin konusu olmaktan çıkarmaya varacak bir katılık içermekte, müdahale bakış açısı ayrımcılığına ve sansüre neden olsa bile bu tehlike dikkate alınmamaktadır.

⁴⁸¹ Bkz. **Farber**, “The Categorical Approach...”, p. 917-918, 936-937.

⁴⁸² **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 59.

⁴⁸³ Bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1442; **Schauer**, İfade Özgürlüğü..., s. 257.

ifadenin gün yüzüne çıkmasının mı yoksa konuşmanın gerçek bir eyleme yol açmasının mı gerektiğidir⁴⁸⁴.

Mahkeme, bu ifade türleri bakımından pek çok zor davayla karşılaşmıştır. Bu davalar sonucunda verilen kararlar, Birinci Değişiklik hukukunu etkilemiş ve önemli sonuçlara yol açmıştır. Biz de konuyu milli güvenlik bağlamında ayrı bir bölüm olarak daha ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğiz. Çalışmamızın birinci bölümünde ele aldığımız konular ifade hürriyeti-milli güvenlik ilişkisi ve çatışması bakımından pratik ve teorik bir alt yapı hazırlama amacı taşıdığından bu ifade türüne ilişkin uygulanan ölçütlerin önemi gereği ikinci bölümde incelenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Fakat ikinci bölüme geçmeden önce milli güvenliğin Amerikan hukukundaki anlamı, önemi, teorik ve pratik çerçevesi üzerinde duracağız.

II. Milli Güvenlik Kavramı

A. Genel Olarak Güvenlik Kavramı

Güvenlik (security), “tehlike, korku ve endişeden emin olma”⁴⁸⁵; “bir kişinin, binanın, kuruluşun veya ülkenin suça veya yabancı ülkelerin saldırı ve tehditlerine karşı korunması”⁴⁸⁶ şeklinde tanımlanmaktadır. Güvenliği, canlı bir organizmanın yaşam koşullarını ortadan kaldırmaya elverişli olan tehditler karşısında geliştirdiği adaptasyon olarak ele almak da mümkündür. İnsan tabiatında güvenlik ise, insan varlığının ön koşuludur⁴⁸⁷. Nitekim diğer tüm türler gibi insan da kendi varlığını korumak, önce kendi türünün devamlılığını sağlamak ister. Bunu sağlamak için her zaman uygun koşulları arar.

Anlamına bakıldığında güvenlik, bir ihtiyaç ve sorun olarak insanlık kadar eskidir⁴⁸⁸. Tarih boyunca insan, tabiata, ruhani varlıklara ve diğer insanlara karşı güvenlik

⁴⁸⁴ Tartışmalara dair bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1443. Bazı ifadeler düşünce açıklaması niteliğinde olup bir düşünce önerisi olarak ortaya çıksa da bazı ifadeler üçüncü kişileri eyleme geçmeye teşvik eder. Mahkemenin geliştirdiği açık ve mevcut tehlike ölçütü de üçüncü kişilerin suç işlemeye teşvik edilmesiyle ilgilidir. Bkz. **Özpolat**, Sanatsal İfade Özgürlüğü..., s. 121-123.

⁴⁸⁵ Bkz. Merriam-Webster Dictionary, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/security>, (E.T. 25.06.2024).

⁴⁸⁶ Bkz. Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/security>, (E.T. 25.06.2024).

⁴⁸⁷ Bkz. **Anton Grizold**, “The Concept of National Security in the Contemporary World”, International Journal on World Peace, N. 3, Vol. XI, Y. 1994, p. 39; **Mahendra Kumar Meena**, “Conceptual Analysis of National Security”, Journal of Emerging Technologies and Innovative Research, Vol. 6, Iss. 4, Y. 2019, p. 820.

⁴⁸⁸ Ayrıca bkz. **Grizold**, “The Concept of National Security...”, p. 39; **Meena**, “Conceptual Analysis of National Security”, p. 820.

ihtiyacı içerisinde olmuştur. Örneğin yağmurdan ve soğuktan korunmak için barınak, hayvanlardan korunmak için mızrak ve taş kullanmıştır. Göremediği ruhani varlıklardan korunmak içinse kurbanlar vermiş, büyü ve diğer mistik yolları denemiştir. İnsanın insanla olan mücadelesi ise tarihi ortaya çıkarmıştır. Nitekim insanlar arasında cinayetler işlenmiş ve savaşlar çıkmıştır. Bu korkulardan emin olmak için insanlar kendilerini güvende hissedeceği yeni yerler ve silahlar aramış, şiddetten korunmak için önce toplumsal yaşamı ve ardından organize güvenlik mekanizması sağlayan devleti kurmuşlardır. Neticede insanın yeryüzündeki serüveninin başladığı günden bugüne değin güvenlik, yaşamın temel unsuru ve insanlık tarihi de güvenlik arayışının tarihi olmuştur⁴⁸⁹.

Devletin ve toplumun kuruluşunu toplum sözleşmesine dayandıran yazarlar da doğa durumundan toplum haline gelmesinde güvenlik sorunlarının etkili olduğunu kabul etmişlerdir. Bu yazarlardan Hobbes’a göre insan, aklını kullanır ve kendini güvende tutmak ister. Oysa doğa durumunda kargaşa, savaş, düşmanlık vardır⁴⁹⁰. Başka bir deyişle, insan insanın kurdudur ve kimse güvenlik içerisinde değildir⁴⁹¹. Bu koşullar altında herkes önce canını korumak ister, bunu yapabilmek için gerekirse bir diğerini feda eder. Hobbes’un belirttiği bu doğa durumundan kaçışın anahtarı ise toplum haline gelmektir. Güvenlik ve barışı arayan insan, toplum haline gelebilmek ve güvenliğe ulaşabilmek için kendi arasında bir sözleşme yaparak haklarını egemene devretmiştir⁴⁹². Diğer bir toplum sözleşmeci yazar olan Locke’un teorisine baktığımızda da siyasi toplumun oluşmasının temelinde güvenlik arayışının olduğunu görmek mümkündür. Nitekim, Locke’a göre doğa durumunda huzur ve barış hakimdir; insanlar hür ve eşittir. Fakat zaman zaman huzur ve barışın bozulmasına neden olan saldırılar ortaya çıkmıştır. Bu saldırılar, cezalandırma hakkı ve adil ceza uygulaması gibi ihtiyaçlar için bir organ kurulmasını gerektirmiştir⁴⁹³. Sonuç olarak, Locke’un teorisinde eksikliği hissedilen şey güvenlik ve güvenliği sağlayacak bir organdır. Bu eksikliğin giderilmesinin karşılığında

⁴⁸⁹ Meena, “Conceptual Analysis of National Security”, p. 820.

⁴⁹⁰ Akad/Vural Dinçkol/Bulut, Genel Kamu Hukuku, s. 106.

⁴⁹¹ Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım, 4. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 253.

⁴⁹² Akad/Vural Dinçkol/Bulut, Genel Kamu Hukuku, s. 106-108; Anayurt, Anayasa Hukuku, s. 253.

⁴⁹³ Akad/Vural Dinçkol/Bulut, Genel Kamu Hukuku, s. 134; Anayurt, Anayasa Hukuku, s. 253-254.

ise yalnızca belli haklar sınırlı yetkilere sahip olacak devlete devredilmiş; devletin bu yetkileri kötüye kullanamayacağı kabul edilmiştir⁴⁹⁴.

Görüleceği üzere modern devleti kuran rasyonel bir varlık olarak insan en ilkel halinden bugüne değin güvenliği sağlamanın peşindedir. İnsanın güvenliği sağlamak için teknolojik keşifler yaptığı, devleti kurduğu, dünyada yeni yerler keşfettiği ve gezegende yaşayacak yeni bir yurt arayışına çıktığını söylemek mümkündür. Bu bakımdan güvenlik sorunu insanlık tarihinin bütün dönemlerinin en büyük sorunlarından bir tanesidir. Fakat önemine rağmen kavramın tanımına ve kapsamına ilişkin belirsizlikler devam etmektedir⁴⁹⁵.

Özetle güvenlik, biyolojik yönüyle bilinçsiz olsa da sosyo-politik yönüyle bilinçli insan davranışlarını içerir. Dolayısıyla güvenlik arayışı bilinç dışı biyolojik faaliyetlerden başlayarak bilinçli insan davranışına; canlı bir organizmadan birey, millet ve milletlerarası boyuta varıncaya değin çok geniş bir alanı kapsamaktadır⁴⁹⁶. Güvenliğin farklı görünüşleri, yani türleri de vardır. Çalışmamızın bu kısmında güvenliğin bir türü olan milli güvenliği inceleyeceğiz.

B. Milli Güvenlik (National Security)

1. Milli Güvenlik Kavramı

Milli güvenlik, güvenlik türleri içerisinde bir alt türdür ve kimi yazarlara göre oldukça yenidir. Kavram olarak milli güvenlik, İkinci Dünya Savaşına kadar kullanılmamıştır⁴⁹⁷. İkinci Dünya Savaşından sonra belki siyasi iktidarın en sevdiği söz öbeği olmuştur. Çünkü hükümetler, milli güvenliğe yönelik tehditleri bahane ederek yetkiler elde etmiş ve güçlenmişlerdir⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ **H. Gökçe Zabunoğlu**, “Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke’un Devlet Anlayışı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, Y. 2016, s. 436-437; **Anayurt**, Anayasa Hukuku, s. 254.

⁴⁹⁵ Ayrıca bkz. **Grizold**, “The Concept of National Security...”, p. 39; **Meena**, “Conceptual Analysis of National Security”, p. 820.

⁴⁹⁶ Ayrıca bkz. **Grizold**, “The Concept of National Security...”, p. 39; **Meena**, “Conceptual Analysis of National Security”, p. 820-821.

⁴⁹⁷ **Grizold**, “The Concept of National Security...”, p. 40.

⁴⁹⁸ Benzer yönde bkz. **Meena**, “Conceptual Analysis of National Security”, p. 822. Milli güvenlik kavramı, hukuka aykırı eylemleri meşrulaştırmak veya gizlemek için de kullanılmaktadır. Bkz. **Michael J. Meese/Suzanne C. Nielsen/Rachel M. Sondheimer**, American National Security, 7. Ed., Johns Hopkins University Press, Baltimore 2018, p. 24. Milli güvenliğin Amerika’nın askeri gücünün dünyaya yayılmasını meşrulaştırmak için kullanıldığına ilişkin bkz. **Curtis F. Doebbler**, “How Can We Really Protect National Security?”, ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol. 9, Y. 2003, p. 400-401.

Milli güvenlik, ulus devletin güvenliğini ifade etmektedir. Diğer bir deyişle, devletin ülkesinin, insan unsurunun ve siyasi iktidarının (egemenliğin) korunmasını içerir⁴⁹⁹. Bu ölçekteki bir güvenlik, yalnızca tehditlerle karşılaşılması ya da tehditlerin bertaraf edilmesiyle ilgili değildir. Devletin tüm unsurlarını korumanın ve tehditleri ortadan kaldırmanın yanı sıra toplumsal temel işlevlerin de yerine getirilmesini, buna yönelik dışarıdan ve içeriden gelebilecek tehditlerin ortadan kaldırılmasını ve birey hürriyetlerinin korunması ile toplumsal kalkınmanın sağlanmasını da kapsar⁵⁰⁰. Öyleyse milli güvenliği özetle, “devletin unsurlarına yönelik şiddetli ve onları ortadan kaldırmaya elverişli saldırıların veya tehditlerin olmaması; ülkedeki insanların huzur içerisinde, kendi değerlerini koruyarak kendilerini gerçekleştirmelerine olanak sağlayan koşullarda yaşayabilmeleri, buna yönelik çıkan engellerin veya tehditlerin ortadan kaldırılması” olarak tanımlayabiliriz⁵⁰¹. Tanımdan hareketle örneğin, milletin savaşa, terörist saldırılara ve sistematik şiddete ve işkenceye maruz kalması; ülkelerini ve hayatlarını kaybetmesi ya da buna yönelik gerçek bir tehlikeyle karşı karşıya kalması milli güvenlik sorunudur. Benzer şekilde milletin seçtiği temsilcilerden oluşan yasama organlarının ve hükümetlerin de darbe ya da benzer başka yollarla yıkılması gibi bir milleti topyekün etkileyecek saldırı ve tehditler de milli güvenlikle ilgilidir.

Görüldüğü gibi kavram oldukça soyut, muğlak ve tanımını itibariyle aşırı geniştir. Bu nedenle siyasi iktidarın milli güvenlik stratejisi ve politikası hürriyetler için büyük bir tehdit olabilir. Fakat bu gibi genel menfaatlerin somut ve kazuistik olarak tanımlanması mümkün değildir. Nitekim 20. yüzyıl kavramı olan milli güvenlik ve milli güvenliğe yönelik tehdit olarak görülen olay ve olgular yer ve zamana göre farklılık arz etmektedir. Bu bakımdan milli güvenlik anlayışı, stratejisi ve politika belirleme süreçleri de değişmektedir. Ancak, soyut ve geniş bir kavram kullanılmasının kaçınılmazlığı

⁴⁹⁹ **Grizold**, “The Concept of National Security...”, p. 41. Gedik ve Has milli güvenliği, devletin egemenlik unsuruyla ilgili bir kavram olarak ele almakta ve mevcut egemenlik anlayışının demokratik olmayan yollarla değiştirilmesi çabalarına karşı devletin kendisini koruması olarak tanımlamaktadır. Bkz. **Ömer Gedik/Murat Has**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İnsan Haklarının Sınırlandırılması Sebebi Olarak Milli Güvenlik Kavramı ve Bu Sınırlandırma Sebebinin Uygulama Alanı”, in Prof. Dr. Zühtü Arslan’a Armağan, Engin Yıldırım/Y. Şevki Hakyemez/Murat Şen/Ömer Gedik (Ed.), C. II, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2024, s. 1923.

⁵⁰⁰ **Grizold**, “The Concept of National Security...”, p. 43-44; ayrıca bkz. **Meese/Nielsen/Sondheimer**, American National Security, p. 22-23. Bu bağlamda açıklama ve tanım için ayrıca bkz. **Hasan Tunç/Ayhan Döner**, “MGK ve Milli Güvenlik Kavramı”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, C. 1, S. 1-3, Y. 1998, s. 3.

⁵⁰¹ Ayrıca bkz. **Meese/Nielsen/Sondheimer**, American National Security, p. 22-23. Çeşitli geleneksel ve çağdaş milli güvenlik tanımları için bkz. **Meena**, “Conceptual Analysis of National Security”, p. 822-823.

karşısında, milli güvenliğin korunması için alınan tedbir ve kararların gerekçelendirilmesi gereği önemli bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Amerikan Milli Güvenlik Anlayışı ve Gelişimi

a. Amerikan Milli Güvenlik Anlayışı

Askeri ve sivil organların koordineli bir şekilde çalışmasına ilişkin uzun soluklu tartışmaların ve kurumlar arasındaki çekişmelerin ardından 1947 yılında “Milli Güvenlik Kanunu” kabul edilmiş ve “Milli Güvenlik Konseyi” kurulmuştur⁵⁰². Burada savunma ya da başka bir kelime değil, daha kapsayıcı bir şekilde savunmayı da içerisine alan ve saldırma, geliştirme gibi diğer faaliyetleri de kapsayan “güvenlik” tercih edilmiştir. Dolayısıyla Dünyada teknik manada milli güvenlik kavramını ilk kullanan, milli güvenlik politikalarını belirlemek ve uygulamak için gerekli idari örgütlenmeyi sağlayan ve kanun kabul eden devlet Amerika Birleşik Devletleri olmuştur⁵⁰³.

Amerikan milli güvenlik anlayışında milli güvenlik, düşmanların Amerikalılara veya onların milli (ulusal) çıkarlarına zarar vermeye yönelik girişimlerini önleme kabiliyetidir⁵⁰⁴. Başka bir ifadeyle insanların; ülkenin ve bu ülkede yaşayanların yaşam tarzının, kültürünün, değerlerinin ve menfaatlerinin korunması milli güvenliğin gereğidir⁵⁰⁵. Korunan değer ve menfaatler, tüm milleti, onun ülke ve devlet üzerindeki kontrolünü ilgilendiren önemdedir. Dolayısıyla milli güvenlik, devletin kurumlarının bu saldırıları önleyecek şekilde hazırlıklı ve donanımlı olmasını, vatandaşların da devlet

⁵⁰² **Michael J. Hogan**, A Cross of Iron: Harry S. Truman and the Origins of the National Security State, 1945-1954, Cambridge University Press, New York 1998, p. 37-54, 65; **Tayfun Akgüner**, 1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu, Güray Matbaası, İstanbul 1983, s. 182; **Ebru Yavuz Yayla**, Basın Özgürlüğü ve Milli Güvenlik Kapsamında Sınırları, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 75.

⁵⁰³ **Yavuz Yayla**, Basın Özgürlüğü..., s. 75. Hogan, Kanunu milli güvenlik devletin Magna Carta'sı olarak görmektedir. Bkz. **Hogan**, A Cross of Iron..., p. 24. Akgüner, Amerikan menşei milli güvenlik kurulunun diğer birçok ülke için örnek teşkil ettiğini belirtmektedir. Bkz. **Akgüner**, 1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı..., s. 180-181. Doktrinde Amerikan milli güvenlik düşüncesinin köklerinin eskiye dayandığı, 1890'larda gelişen ve 1945'ten sonra somutlaşan yaklaşıma ve politikalara sahip olunduğu ileri sürülmekte ve milli güvenlik politikası kavramının İkinci Dünya Savaşından sonra ortaya çıktığı düşüncesi eleştirilmektedir. Ayrıca bkz. **William O. Walker III**, National Security and Core Values in American History, Cambridge University Press, New York 2009, p. 52-53.

⁵⁰⁴ **Sam C. Sarkesian/John Allen Williams/Stephen J. Cimbala**, US National Security: Policymakers, Processes & Politics, 4. Ed., Lynne Rienner Publishers, Boulder 2008, p. 4.

⁵⁰⁵ Bkz. **Sarkesian/Williams/Cimbala**, US National Security..., p. 13-16; **Grizold**, “The Concept of National Security...”, p. 41; benzer yönde bkz. **Leffler**, “National Security”, p. 143. Bu bakımdan milli güvenlik kavramının ekonomik, hukuki ve siyasi yönleri vardır. Bkz. **Tunç/Döner**, “MGK ve Milli Güvenlik Kavramı”, s. 3.

organlarının güvenliği sağladığına dair güvene/inanca sahip olmasını ifade eder⁵⁰⁶. Neticede milli güvenlik, askeri saldırıların önlenmesinden ibaret değildir. Amerikan demokrasisi başta olmak üzere Amerikan değerlerine yönelen, örneğin halk iradesinin fesada uğratılmasına yol açan darbeler, anayasal düzenin yıkılması, seçimlerin sonuçlarına etki edecek hacker saldırıları gibi saldırı ve tehditler de milli güvenlikle ilgili görülmektedir.

Milli güvenliğin fiziksel ve psikolojik iki yönü bulunmaktadır. Bu yönlerden ilki, devletin, milli menfaatlerini tehdit eden düşmanlarına karşı her an askeri güç kullanma yeteneğine sahip bulunması, bu gücün düşmanı yenecek ve tehdidi ortadan kaldıracak yeterlilikte olmasıdır. Devletin bu yeterliliği sağlaması için düşmanlarına korku verecek askeri ve istihbari yetkinliğe sahip olması gerekir. Düşmanların bu güçle karşı karşıya gelmekten çekinmesinin ve gerektiğinde bu askeri kuvvetlerin kullanılacağını bilmesinin sağlanması önemlidir⁵⁰⁷. İkincisi, vatandaşların güvende oldukları inancı ve kendi milli güçlerine güvenme ve onları desteklemeleriyle ilgilidir. Bu bağlamda Amerika için milli varlığa ve bütünlüğe karşı düşmanlarla mücadele edilmesi tek başına yeterli değildir. Amerikalıların güvende olduğuna inanması, kendi karar ve icra organlarına inanarak destek vermesi de milli güvenliğin sağlanması için gerekli görülmektedir⁵⁰⁸.

Yukarıdaki milli güvenliğin fiziki ve psikolojik yönlerini gerçekleştirecek politikalar da tek boyutlu değildir. Bunlar iç dinamikler ve dış dinamiklerin birlikteliğini gerektiren geniş bir çabayı zorunlu kılar. Federe devletleri ve yabancı (milletlerarası) unsurları da içerisine alan bu çaba, milli güvenliğin sağlanması için kaçınılmazdır. Bu bağlamda öncelikle, Amerika'ya zarar verecek şeylerin ortadan kaldırılması ve bu çerçevede milli menfaatlerin korunabilmesi, diğer devletlerle iş birliğinin yapılmasını gerektirir⁵⁰⁹. Karmaşık ilişkiler ağı olarak görebileceğimiz milli güvenlik politikasında, milli güvenliğin önceliklerini ve sınırlarını belirleme zorluğu vardır. Bu zorluk ve belirsizlik, milli güvenliğin iç politika ve dış politika arasında kalmasından kaynaklanmakta, gelişmelerle beraber birini diğerinden ayırmak imkânsız hale gelmektedir. Ayrıca milli güvenlik politikalarının kaçınılmaz olarak ekonomik etkisi de

⁵⁰⁶ Sarkesian/Williams/Cimbala, US National Security..., p. 4.

⁵⁰⁷ Sarkesian/Williams/Cimbala, US National Security..., p. 4.

⁵⁰⁸ Sarkesian/Williams/Cimbala, US National Security..., p. 4.

⁵⁰⁹ Sarkesian/Williams/Cimbala, US National Security..., p. 4.

iç ve dış politikayı birbirine bağlar. Bunun anlamı, devletin kendi ekonomik ihtiyaçlarını karşılamakta ortaya çıkan zorlukları aşmasının sağlanması ve düşmanların ekonomik olarak zayıflatılması, onlara karşı ambargo gibi çeşitli tedbirlerin uygulanmasıdır⁵¹⁰.

b. Amerikan Milli Güvenlik Anlayışına Yön Veren Önemli Olaylar ve Değerler

(1) Amerikan Milli Güvenlik Anlayışına Yön Veren Önemli Olaylar ve Gelişmeler ile Milli Güvenliğin Anayasal Hürriyetler Üzerindeki Etkisi

Milli güvenliği bir devletin varlığına yönelen tehditlerin ortadan kaldırılması olarak ele aldığımızda, kaynağını içeriden ve dışarıdan alan düşmanlarla mücadele etmenin milli güvenliğin bir gereği olduğu, buna ilişkin stratejilerin geniş anlamda milli güvenlik politikasının konusunu oluşturduğu yukarıda ifade edilmişti. Biz de çalışmamızın bu başlığında Amerikan milli güvenlik anlayışının oluşmasına etki eden ve 1940'lara gelindiğinde "milli güvenlik" düşüncesinin ortaya çıkmasına zemin hazırlayan önemli olaylardan bahsedeceğiz. Daha sonra ise milli güvenliğin zaman içerisinde çerçevesinin belirlenmesini sağlayan önemli olayları, milli güvenlik bağlamında ele alacağız. Anayasanın kabulünden bugüne kadar Amerikan milli güvenlik anlayışına katkı sağlayan pek çok olayın meydana geldiğine şüphe yoktur. Ancak tüm olayları burada incelemek yerine konuyu dört başlık altında ele alarak Amerika'nın varlığı için önemli ölçüde tehlike oluşturan olayları tercih edeceğiz. Son olarak, 1940'lardan önce henüz milli güvenlik kavramı kullanılmıyor olsa da, bu dönemdeki güvenlik endişe ve politikaları ile diğer bazı kavram ve kurumları "milli güvenlik" kavramı ile ifade edeceğiz. Bunun sebebi, milli güvenlik ölçeğinde önemli görülmesi gereken olay, olgu ve tartışmaları diğerlerinden ayırmaktır.

(a) Erken Dönemde Milli Güvenliğin Görünümü

Milli güvenlik kavramının kullanılması görece geç bir tarihte mümkün olsa da bir devletin dışarıdan gelecek tehlikelere karşı hazırlıklı olması ve tedbirler alması yeni değildir. Tarih boyunca devletler kendi varlıklarını korumanın yollarını aramış, içeride ve dışarıda varlıklarını tehdit edecek unsurlara karşı hazırlıklı olmuşlardır. Düşmanlarına

⁵¹⁰ Sarkesian/Williams/Cimbala, US National Security..., p. 4-5. Amerika'da milli güvenliğin tanımına dair ayrıca bkz. Ümit Güveyi, Anayasa Hukuku Boyutuyla Milli Güvenlik-Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 32-33.

karşı dayanıklı olmayan devletler ve hatta milletler ise yok olmuşlardır. Amerika da her devlet gibi kuruluş aşamasından itibaren bu güvenlik endişelerine karşı hazırlıklı olmuştur. Nitekim Amerikan Anayasası, bağımsızlık mücadelesinin hemen ardından kabul edilmiş, devletin varlığının korunması için ve olası bir savaşa karşı alınması gereken tedbirler Kurucu Babalar tarafından göz ardı edilmemiştir⁵¹¹. Bu çerçevede savunmanın ve güvenliğin sağlanmasına ilişkin hükümler içeren Amerikan Anayasası, kesin ve katı kurallar koymamakta, yeni koşullara uyum sağlanmasını olanaklı kılmakta; farklı anayasal organların birbirini dengeleyebileceği araçları öngörmekte ve ihtiyaç duyulan kararların alınabilmesi için Başkan ve Kongre arasında uzlaşmayı gerektirmektedir⁵¹².

Anayasanın bir milli güvenlik stratejisi benimsediği de söylenebilir. İlk olarak dış tehditlere karşı devletin korunması ve siyasi birliğin muhafaza edilmesini sağlamak hedeflenmiştir. Diğer yandan siyasi iktidarın keyfileşmesini ve yetkilerin bir kişi ya da organ elinde birleşmesini önleyecek anayasal düzen kurulmuştur. Anayasada öngörülen ordu ve diğer güvenlik güçleri bu hedef ve anayasal düzene uygun olarak tasarlanmıştır⁵¹³. Fakat yeni kurulmuş olan bu devletin Anayasasında düzenli bir kara ordusunun kurulmasına yer verilmezken düzenli bir donanmanın bulunması öngörülmüştür. Kurucu Babalar, güvenlik stratejilerinde kara birliklerinin, ancak gerekli olması halinde toplanmasını istemiş, bu sayede askeri gücü elinde bulunduran unsurların içeride özgürlükler için tehdit olmasının önüne geçmeyi amaçlamışlardır. Düzenli ve sürekli bir donanma ile de dışarıdan gelebilecek işgalci saldırıların önlenmesi hedeflenmiş, milletin varlığına yönelik tehditlerin kara kuvvetleri olmadan savuşturulması düşünülmüştür⁵¹⁴.

Bu güvenlik stratejisinin sınanması, öncelikle bir isyanla, ilan edilmemiş bir savaşla ve iç savaşla olmuştur. İlki 1794 yılında ortaya çıkan Viski İsyanıdır. İsyan 1791

⁵¹¹ **Kyle L. Greene**, “National Security Rules: America’s Constitution of Law and War”, *Maine Law Review*, Vol. 73, N. 2, Y. 2021, p. 272-273. Kurucular tarafından güvenlik stratejilerine dayalı olarak hazırlanması sebebiyle Anayasaya “Milli Güvenlik Anayasa”sı denilmesine dair ayrıca bkz. **Akhil Reed Amar**, “America’s Constitution and the Yale School of Constitutional Interpretation”, *The Yale Law Journal*, Vol. 115, N. 8, Y. 2006, p. 2011-2012.

⁵¹² **Greene**, “National Security Rules...”, p. 272-274.

⁵¹³ Bkz. **Greene**, “National Security Rules...”, p. 272-273; benzer yönde bkz. **Amar**, “America’s Constitution...”, p. 2011; **Akhil Reed Amar**, *America’s Constitution: A Biography*, Random House, New York 2006 (e-book), p. 95-99.

⁵¹⁴ **Greene**, “National Security Rules...”, p. 275-276.

yılında viski için özel tüketim vergisi alınması ile başlamış, basit bir direniş iken büyüyerek yayılmıştır⁵¹⁵. Bu olay, düzenli bir kara ordusunun bulunmaması stratejisinin sınanmasıdır. Anayasada gerekli olması halinde milis kuvvetlerin çağrılabilceği düzenlendiğinden⁵¹⁶ Kongre, 1792 tarihli Harekete Çağırma Kanunu (Calling Forth Act) ile Başkanın federal kanunları uygulayabilmesi için bazı eyaletlerin milis kuvveti görevlendirmesine izin vermiştir. Bu yetki, Kanunda değişiklikler öngören 1795 tarihli Milis Kanunuyla sürekli hale getirilmiş, Kongrenin onayı olmadan Başkana milis kuvvetleri çağırma yetkisi verilmiştir⁵¹⁷.

İkincisi ise Fransa ile yapılan savaştır. Amerika'nın Birleşik Krallık-Fransa geriliminde tarafsız kalmayı ve Birleşik Krallıkla dostane ilişkilerini sürdürmeyi tercih etmesi, devrimci Fransızların Amerika'yı hedef almasına yol açmıştır. Bu dönemde Başkan Adams, saldırılara karşı koymak için Kongreden gereken yetki ve imkânı talep etmiş, Kongre ilan edilmemiş savaşa girecek olan Başkana askeri birlikler kurma, savaş gemileri alma, Donanma Bakanlığı kurma ve Fransızların saldırgan politikasına karşı gerekli müdahaleleri yapma yetkisi vermiştir⁵¹⁸. Başkanın taleplerinin karşılanması ve başkana yetkiler verilmesinde başkanın mı Kongre karşısında güç kazandığı yoksa Kongrenin ülkenin içerisinde bulunduğu şartları gözetenek kendi iradesiyle mi talepleri kabul ettiğİ tartışmalıdır. Ancak ülke savunması için Kongre “kurucu olma/oluşturma”, başkansa “komuta etme” yetkilerini kullanmış, iş birliğı ve müzakereyle hareket edilmiştir⁵¹⁹.

Bu dönemde yaşanan önemli bir diğİer olay da İç Savaştır⁵²⁰. Kurucuların belirlediğı güvenlik stratejilerine büyük tehdit teşkil eden İç Savaş, kurucuların güvenlik stratejilerinin ve anayasal yetki paylaşımının topyekûn sorgulanmasına neden olmuştur. Nitekim kendisini dış dünyaya kapatan ve güvenli bir şekilde varlığını sürdüren devlet, kendi içerisindeki güçler tarafından şiddetli saldırıların hedefi olmuş ve aniden bölünme

⁵¹⁵ **Greene**, “National Security Rules...”, p. 280-281.

⁵¹⁶ Anayasaya göre Kongre, “*isyanları bastırma ve istilaları geri püskürtmek üzere milis kuvvetlerinin göreve çağırılmasını sağlar*”. Bkz. **U.S. Constitution**, Art. I, § 8.

⁵¹⁷ **Greene**, “National Security Rules...”, p. 281.

⁵¹⁸ **Greene**, “National Security Rules...”, p. 282; **Wood**, *Empire of Liberty...*, p. 239-240.

⁵¹⁹ **Greene**, “National Security Rules...”, p. 283-284.

⁵²⁰ Alınacak tedbirlere bağılı olarak bunun bir savaş olup olmadığı ve savaş yabancı devletlerle yapılırken İç Savaşta karşı cephedekilerin yabancı olmadığı tartışılmıştır. Bkz. **Greene**, “National Security Rules...”, p. 289.

tehdidiyle yüz yüze gelerek varlık mücadelesinin ortasında kalmıştır⁵²¹. Yaşanan gelişmelerin ardından pek çok kanuni düzenleme yapılmıştır. Ayrıca güvenlik anlayışında ve stratejilerinde değişiklikler yaşandığını ve Başkanın rolünün önem kazandığını belirtmek gerekir. Bir tehdit karşısında Kongrenin yetkilerini henüz kullanmadığı ve kurucu işlevini yerine getirmediği hallerde ve ani bir tehditle karşı karşıya gelindiğinde Başkanın bu tehdidi ortadan kaldırmak için gerekeni yapma yetkisinin olduğu bu dönemde kabul edilmiştir⁵²².

Savaş sırasında Başkan tarafından alınan kararlar ve uygulanan tedbirler, Kongre ve verdiği kararlarla Yüksek Mahkeme tarafından onaylanmıştır. Bununla birlikte Başkanın her kararının Anayasaya uygun olduğu veya Kongrenin onayı ile alındığını söyleyemeyiz. Nitekim dönemin Başkanı Lincoln, askeri alımların ve sevkiyatların yapılmasını sağlamak için Nisan Harcamaları olarak bilinen harcamalara izin vermiş ve bu harcamaları Kongreden gizlemiştir. Başkanın bu kararı iki yönden sakıncalıdır. İlki Donanmanın kurulması ve harcamaların yapılmasına karar verme yetkisi Kongreye aittir. Fakat bu yetki Başkan tarafından kullanılmıştır. İkincisi ise Başkan kararlarını ve harcamalarını Kongreden ve kamuoyundan gizlemiştir. Kongrenin bunu öğrenmesi ise aylar sonra mümkün olmuştur. Başkanın demokratik olmayan yollara başvurması belki de en büyük sorun olarak görülmüştür⁵²³. Ancak Başkanın Kongrenin anayasal yetkilerini gasp etmediği de ileri sürülmektedir. Nitekim Washington'un da Viski İsyanında benzer bir karar aldığı, Başkanların ani kararlar almasını gerektiren durumlarda "sınırlı kurucu yetkilere" (limited constitutive powers) sahip olduğu kabul edilmektedir. Çeşitli uygulamaların olduğunu göz ardı edemeyecek olsak da kanaatimizce Lincoln'un kararları pek çok yönden Anayasaya aykırıdır. Fakat Kongre, Başkanın kararlarını daha sonra

⁵²¹ **Greene**, "National Security Rules...", p. 287-288.

⁵²² **Greene**, "National Security Rules...", p. 288. İç Savaştan hemen önce ve savaş patlak verdikten sonra yaşananlar, başkanların milli güvenliğin sağlanmasındaki rolü ve milli güvenliğin sağlanmasında yürütme organının merkezi konumda olmasına ilişkin için bkz. **Greene**, "National Security Rules...", p. 288-293. Kurucular da yürütmenin bir kişiden oluşması gerektiğini tartışırken gizlilik ve istihbarat konularında yürütmenin tek kişiden oluşmasının çok daha avantajlı olacağını düşünmüştür. Ayrıca toplumu dış saldırılara karşı korumak, adaletin işleyişini bozanlara karşı mülkiyeti korumak ve anarşiden doğacak saldırılara karşı hürriyetleri güvence altına almak için yürütme organının güçlü olması gerektiği tartışılmıştır. Bkz. **Alexander Hamilton/James Madison/John Jay**, "Federalist No. 70 (Hamilton)", *Federalist Yazılar*, Tolga Şirin/Necdet Umut Orcan (Çev.), Runik Kitap, İstanbul 2021, s. 478-479; **Alexander Hamilton/James Madison/John Jay**, "Federalist No. 70 (Hamilton)", *The Federalist Papers*, Michael A. Genovese (Ed.), Palgrave Macmillan, New York 2009, p. 199-200.

⁵²³ **Greene**, "National Security Rules...", p. 291-293.

onaylayarak geçmişte gerçekleştirilen işlemleri ve alınan kararları Anayasaya uygun hale getirmiş; harcamalar için ek bütçe tahsis etmiştir⁵²⁴.

Başkanın yetkilerinin artması, sadece devlet organları arasındaki denetim-denge mekanizmasının başkana doğru eğim alması sonucuna yol açmamıştır. Aynı zamanda başkanın yetkileri arttıkça ve artan bu yetkiler milli güvenlikle, başka bir deyişle ulusun bekasıyla ilgili görüldükçe anayasal hürriyetler bakımından kimi olumsuz sonuçlar ortaya çıkmıştır. Örneğin, 1890’larda ve sonraki yıllarda sınır ötesi hedefler belirleyen Amerikan dış politikasına yönelik eleştiriler nedeniyle basın hürriyeti ihlal edilmiş, yapılan müdahaleler “caydırıcı etkiye” yol açmıştır⁵²⁵.

(b) Birinci Dünya Savaşı ve İkinci Dünya Savaşı Dönemlerinde Milli Güvenliğin Görünümü

Amerikan erken döneminde yaşananlar, tehdidin içeriden ve dışarıdan olabileceğini gösterdiği gibi devlet organları arasında uyum ve iş birliğinin önemini ve anayasal yetkilerin bazen ihlal edildiğini de ortaya koymaktadır. Bunlar Kurucu Babaların tasarladığı anayasal düzen ve güvenlik stratejileri bakımından oldukça önemli sınamalardır. Diğer yandan Anayasada sağlanan esnek yapı ve iş birliğine dayalı sistem, Amerika’nın gelişen şartlara uyum sağlayabilmesini kolaylaştırmıştır. Milli güvenlik stratejilerinin belirlenmesinde katı kuralların ve ilkelerin konulmaması, yasama ve yürütme organları arasında yetkiler paylaştırılırken uzlaşının sorunların çözümünde yeterli bir araç olması önemlidir. Bu sayede dünya savaşlarının gerektirdiği şartlara uyum sağlanmıştır. Öncelikle Birinci Dünya Savaşı, Amerika için belli konularda ilklere sebep olmuştur. Örneğin Amerika, donanması eskiden beri deniz aşırı görevlerde bulunsa da kara birliklerini denizaşırı topraklara savaşmak için ilk kez yerleştirmiş, başka devletlere müdahale etmeme stratejisinden bu dönemde vazgeçilmiştir⁵²⁶.

⁵²⁴ **Greene**, “National Security Rules...”, p. 292-293.

⁵²⁵ Bu konuda bkz. **Walker III**, National Security and Core Values..., p. 62-63. Yine, Casusluk ve İhanet Kanunlarının kabul edilmesi, hürriyetler üzerinde baskıya yol açmıştır. Bkz. **Walker III**, National Security and Core Values..., p. 66-69.

⁵²⁶ **Cynthia A. Watson**, U.S. National Security, 2. Ed., ABC-CLIO, Santa Barbara 2008, p. 2-3. Örneğin 1890’lardan itibaren Amerika’nın bölgesel çıkarlarını korumak ve güvenliğini sağlamak için donanma deniz aşırı görevler üstlenmiş; bazı devletlerin siyasetinin belirlenmesinde aktif rol alınmış ve yabancı topraklar üzerinde askeri operasyonlar yürütülmüştür. Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. **Walker III**, National Security and Core Values..., p. 58-62.

Bu dönem, milli güvenlik sebebiyle anayasal hürriyetlerin de yoğun müdahalelere maruz bırakıldığı bir dönem olmuştur. Savaşa karşı güçlü bir muhalefet olmasına rağmen Savaşa girilmiş ve üzerinde baskı kurularak muhalefet susturulmak istenmiştir. Amerika'nın dünyayı demokrasi için güvenli hale getirme amacıyla mücadele ettiğine halkı ikna etmek için yoğun propaganda çalışması yapılmış, kurulan Kamuyu Bilgilendirme Komitesi (Committee on Public Information-CPI) tarafından “Vahşi” Alman profilinin çizilmesiyle toplumda Alman karşıtlığı başlamış; Alman-Amerikalılar siyasi saldırıların ve düşmanlığın hedefi haline gelmiş; Almanca isimler, Almanca dili ve Alman kültürü sadakatsizlikle eş değer görülmüştür⁵²⁷. Hedef haline gelen diğer bir kesim de Sosyalist Parti, parti üyeleri ve destekçileridir. Bu dönemde siyasal solun hürriyetleri sınırlandırılmış ve ihlal edilmiştir. Sosyalist Parti başta olmak üzere sol, müdahale ve baskıların hedefi olurken gerekçe yine milli güvenlidir. Milli güvenliğin korunması adına muhalefete yönelik baskı kurulabilmesi ve Başkana karşı muhalefeti susturmak için 1917’de “düşmana yardım edecek her türlü eylemi ve askere alınmaya müdahaleyi” yasaklayan Casusluk Kanunu kabul edilmiştir⁵²⁸. İfade hürriyetini hedef alan kanunlardan biri olan Casusluk Kanunundan kısa bir süre sonra ifade hürriyetini fiilen ortadan kaldıran 1918 İhanet Kanunu kabul edilmiştir. İhanet Kanunu, “hükümet biçimi, Anayasa, askerler ve denizciler, bayrak veya silahlı kuvvetlerin üniforması hakkında sadakatsizliği, ... küfürlü bir dil kullanılmasını, basım-yayın yapılmasını” yasaklamıştır⁵²⁹. Kanun, yine Casusluk Kanununun kapsamının ötesinde ifade hürriyetini hedef almış baskıcı bir zihniyetin eseridir⁵³⁰.

Birinci Dünya Savaşı sona erdikten sonra da Amerikan milli güvenlik anlayışında gelişmeler yaşanmaya devam etmiştir⁵³¹. Fakat İkinci Dünya Savaşı yılları ayrıca

⁵²⁷ **Jerel A. Rosati**, “At Odds with One Another: The Tension between Civil Liberties and National Security in Twentieth-Century America”, in *American National Security and Civil Liberties in an Era of Terrorism*, David B. Cohen/John W. Wells (Ed.), Palgrave Macmillan, New York 2004, p. 12-13.

⁵²⁸ **Rosati**, “At Odds with One Another...”, p. 13.

⁵²⁹ **Rosati**, “At Odds with One Another...”, p. 13; yukarıda ayrıca bkz. “1791-1940 Arası Dönem”.

⁵³⁰ Konu hakkında ayrıca bkz. **Willis**, *Landmark Congressional Laws on the First Amendment*, p. 20-21; **Magee**, *Freedom of Expression*, p. 9; **Atwell**, “Brandeis, Louis D.”, p. 198; **Uğuş/Güçlü**, *Amerika Birleşik Devletleri’nde Basın ve İfade Özgürlüğü...*, s. 32.

⁵³¹ Amerika'nın Birinci Dünya Savaşına katılması, ordu ve donanmanın dönüşümüne yol açmıştır. Dünya Savaşının kazandırdığı tecrübeler, genişleyen ordu ve donanma gücü ile artan endüstriyel üretim kapasitesi bu savaşın miraslarından bazılarıdır. Savaşın sona 1920’lerde ve 1930’larda Amerikan milli güvenlik politikasının amacı Birleşik Devletlerin fiziki güvenliğini tesis etmektir. Bu oldukça sade bir politikayı ifade etmektedir. İlk olarak 1920’lere gelindiğinde yeni milli güvenlik boyutları ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda bazıları Avrupa’daki dengelerin korunmasının milli menfaatlerin gereği olduğunu savunmuşlardır. Geleneksel Amerikan istisnacılığı Amerika Birleşik Devletleri’nin monarşilerin ve tiranlıkların bulunduğu

önemlidir. İkinci Dünya Savaşından önceki yıllarda ve savaş sırasında dış dünyaya kayıtsız kalınmayacağı, bunun devletin varlığı ve menfaatleriyle uyumlu bir politika olmayacağı kanaatine varılmıştır. Nitekim, kendi varlığını, pazar, hammadde ve yatırım fırsatlarını, dolayısıyla ekonomik kaynaklarını korumanın dış dünyaya müdahale etmekle ve hatta dünya siyasetinde başrol olmakla mümkün hale geleceği anlaşılmıştır. Bu bağlamda Amerikan dış politikasının temel özelliği Devletin, Avrupa ve Asya’da yaşanan ekonomik, siyasi ve askeri gelişmeleri etkilemek için kendi kapasitesini genişletme amacına sahip olmasıdır. Savaşlarda Avrupalı dostlara yardım edilmesi, deniz aşırı birliklerin kullanılması, gizli operasyonlar yapılması ve çok uluslu Amerikan şirketlerinin önemli roller üstlenmesi bu nedenledir⁵³².

İkinci Dünya Savaşının anayasal hürriyet ve güvenceler üzerinde olumsuz etkinin olduğunu da söylemek gerekir. İkinci Dünya Savaşı yıllarında hürriyetlerin sınırlandırılması ve muhalefetin bastırılmasının Birinci Dünya Savaşı yıllarında yürütülen sert politikalara göre daha yumuşak olduğu kabul edilmektedir⁵³³. Bu dönemde hürriyetler sınırlandırılmış ve savaş koşullarında siyasi iktidar kendisine yeni düşmanlar

bir dünyada tek cumhuriyet olarak gelişmesinin mümkün olduğunu savunsa da diğerleri izolasyonun artık mümkün olmadığını savunmuştur. 1930’larda da Amerikan topraklarının korunması yeterli görülürken Panama Kanalına yönelik gelişen tehlikelere karşı toprakların korunmasının anlamı genişlemiştir. Gelişmelere rağmen 1920-1930’lu yıllarda milli güvenliğin geniş anlamının genel olarak kabul edilmediğini söylemek gerekir. Nitekim bu dönemde çoğu Amerikalı, hala yeni bir dünya savaşını uzak gördüğünden kendi topraklarının korunmasını ve caydırıcılığı yeterli bulmuştur. Fakat, 1940 yılına gelindiğinde Dünyanın geri kalanında yaşanan gelişmelere karşı kayıtsız kalınamayacağı tam olarak anlaşılmıştır. Nihayet, Amerikan politika belirleyicileri, bunalım tecrübesini, askeri ve totaliter rejimlerin yayılmasını Wilson’ın “liberal bir dünya düzeninin Amerikan güvenliğinin tek garantisi olduğu yönündeki temel görüşünün bir teyidi” olarak görmeye başladığından uzun vadeli hedefler de böyle bir düzen meydana getirmeye odaklanmıştır. İkinci Dünya Savaşındaki Amerikan stratejisi de bunun sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Sonuç olarak Amerika yalnızca düşmanları yenmeyi değil, düşman siyasetini ve dünya düzenini yeniden inşa etmeyi amaçlar hale gelmiştir. Bkz. **Eliot A. Cohen**, “The Strategy of Innocence? The United States, 1920-1945”, in *The Making of Strategy: Rulers, States, and War*, Cambridge University Press, Cambridge 1994, p. 429-434, 440-441, 453-454. 1930’larda ve özellikle 1940’larda ifade hürriyetinde, felaket olarak nitelendirilen Büyük Buhran ve İkinci Dünya Savaşına rağmen, 1943’te tüm üyeleri Demokrat Başkan Franklin D. Roosevelt tarafından atanan Yüksek Mahkeme öncülüğünde bir “rönesans” yaşanmış; konuşma hakları (speech rights) adalet terazisinde “**tercih edilen**” (preferred position) konuma ulaşmıştır. Bkz. **Magee**, *Freedom of Expression*, p. 11.

⁵³² **Melvyn P. Leffler**, “National Security”, *The Journal of American History*, Vol. 77, N. 1, Y. 1990, p. 146-147; benzer yönde bkz. **Meese/Nielsen/Sondheimer**, *American National Security*, p. 22-23; **Hogan**, *A Cross of Iron...*, p. 11-21. 1920-1930’ların içe kapanık politikalarının işletilemeyeceği, dünyadan kopmanın çıkarlarla uyumlayacağı anlaşılmıştır. Dünyaya kayıtsız kalmanın ekonomik zararlara neden olacağı, düşman ideolojilerin yayılacağı, komünizmin Amerikan hedeflerine karşı düşmanlığı, okyanus ötesinden dahi büyük yıkımlara yol açabilecek nükleer teknolojinin gelişmesi gibi faktörler milli güvenlik algısının baştan kurgulanmasına yol açmıştır. Bkz. **Meese/Nielsen/Sondheimer**, *American National Security*, p. 73; **John A. Thompson**, “Conceptions of National Security and American Entry into World War II,” *Diplomacy and Statecraft*, Vol. 16, N. 4, Y. 2005, p. 671-673.

⁵³³ **Rosati**, “At Odds with One Another...”, p. 14.

belirlemiştir. Bunu genel olarak iki kategoride ele alabiliriz. Bunlardan ilki, basının sansürlenmesi ve FBI’nın faşist⁵³⁴ ve komünistlerin cezalandırılmasında (avlanmasında) daha aktif bir rol üstlenmesidir. Bu bağlamda önemli bir yere sahip olan 1940 tarihli Smith Kanunu olarak bilinen Yabancıların Kayıtlanması Kanunu (Alien Registration Act) “hükümetin devrilmesine” ilişkin hususlarla ilgilidir. Kanun, hükümetin zorla devrilmesini savunmayı, böyle bir hedefe yönelik bir grup örgütlemeyi veya bu gruba üye olmayı yasaklamaktadır⁵³⁵. Ayrıca hükümetin eleştirilmesini de hükümetin yıkılması veya devrilmesinin kapsamına alabilecek kadar geniştir. Örneğin Kanun’da “... *bilerek veya isteyerek Amerika Birleşik Devletleri hükümetini ... devirmenin veya yok etmenin ... gerekliliğini, arzu edilirliliğini veya uygunluğunu savunur, teşvik eder, tavsiyede bulunur veya öğretirse...*”⁵³⁶ şeklinde ifade hürriyeti kapsamına giren pek çok eylem yasaklanmıştır. Burada “yalnızca eylemlerin cezalandırılması geleneği” terk edilmiş; sözlerin, hatta düşüncelerin cezalandırılmasına ve kişilerin mahkûm edilmesine olanak sağlanmıştır⁵³⁷. Bu dönemde ayrıca etnik ayrımcılık yapılarak İtalyan⁵³⁸ ve Japon⁵³⁹

⁵³⁴ Birinci Dünya Savaşı yıllarında uygulanan baskıcı politikaların sonucu olarak, Almanlar ve sol düşünce Birinci Dünya Savaşında olduğu gibi ayrımcı ve baskıcı muameleye maruz kalmamıştır. Bunda Almanların asimile edilmiş olması, benimsenen liberal politikalar ve faşizme karşı SSCB ile ittifak kurulması gibi sebepler etkili olmuştur. Buna karşın, göçmenler ve yarı-Amerikalılardan bazıları baskının hedefi haline gelmiştir. Bu toplulukları da iki gruba ayırmamız mümkündür. İlki Avrupa kökenli olup faşist ülkelerle ilişkilendirilebilecek Amerikan vatandaşları ile göçmenlerdir. İkincisi ise Japon etnik kökenli Amerikalılarla Japon göçmenlerdir. Bkz. **Rosati**, “At Odds with One Another...”, p. 14-15; ayrıca bkz. **David Caute**, *The Great Fear: The Anti-Communist Purge under Truman and Eisenhower*, Simon and Schuster, New York 1978, p. 25.

⁵³⁵ **Rosati**, “At Odds with One Another...”, p. 14.

⁵³⁶ **Smith Act (Alien Registration Act)** (1940) § 1.

⁵³⁷ **Caute**, *The Great Fear...*, p. 25.

⁵³⁸ Faşist ülkelerle ilişkilendirilen Amerikan vatandaşı ve Avrupa kökenli göçmenlerden özellikle daha fazla nüfusa sahip olan İtalyan göçmenler ve İtalyan-Amerikalılar, sert müdahalelerin hedefi olmuştur. Yarı milyon aşkın İtalyan bu dönemde “düşman yabancılar” olarak kabul edilmiştir. Göçmen İtalyanların seyahat etmesi ve sokağa çıkması yasaklanmış, çoğu işini kaybetmiş; bunlardan binlercesi de adli soruşturmanın hedefi olmuştur. Bu baskı yalnızca göçmenler üzerinde egemen olmamıştır. Amerikan vatandaşı olan istisnasız tüm anayasal hak ve hürriyetlere sahip İtalyan-Amerikalılar da evlerini terk ederek taşınmak zorunda kalmıştır. Baskı ve korku ikliminde İtalyan kültür evleri, dil okulları, gazeteleri kapatılmış; kısacası Faşist İtalya’yı hatırlatan her şey düşman olarak kabul edilmiştir. Ayrıca Avrupa Kökenli diğer gruplar da bu baskıların hedefi olmuştur. Bkz. **Rosati**, “At Odds with One Another...”, p. 14.

⁵³⁹ Bu dönemde ikinci hedef Japon etnik kökenli Amerikalılar ve Japon göçmenlerdir. 1941 yılında Pearl Harbor’a yapılan saldırının yol açtığı öfke, Japon asıllılar için oldukça yıkıcı olmuştur. Bu dönemde 9066 sayılı Başkanlık Kararnamesi çıkarılmıştır. Kararnamede “Japon” ve “Japonya” gibi kelimelere yer verilmemiştir. Aynı zamanda Kararname, savaşın başarıyla yürütülmesi, casusluk ve sabotajın önlenmesi gibi amaçlarla Savaş Bakanına askeri alanları belirleme yetkisi vermiş, belirlenen alanlardaki halka barınak, konaklama, gıda imkanlarının sağlanacağı, uygun görülen diğer tedbirlerin alınacağı düzenlenmiştir. Bkz. **Executive Order 9066**, Publication Date: 25/02/1942; ayrıca bkz. **Geoffrey R. Stone**, “Civil Liberties v. National Security in the Law’s Open Areas”, *Boston University Law Review*, Vol. 86, Y. 2006, p. 1319-1320; **Rosati**, “At Odds with One Another...”, p. 15. Kararnameye bakıldığında savaş şartlarında askeri alanların belirlenmesinin önemli olduğu, halkın mağduriyetinin önlenmesine ilişkin hükümlere yer verildiği

kökenli yabancı ve vatandaşlar önemli baskılara maruz bırakılmıştır. Yüksek Mahkeme de ayrımcılığı önleyecek karar vermemiş, muhaliflerin ya da bazı azınlıkların haklarının ihlal edilmesine seyirci kalmıştır⁵⁴⁰. Mahkeme bu dönemde verdiği kararların hatalı olduğunu ancak yıllar sonra kabul etmiştir⁵⁴¹.

söylenbilir. Masum görünen ve muğlak da olsa milli güvenliğin korunmasına ilişkin bir tedbir olarak kabul edilebilecek bu Kararname, aslında Japon asıllı kişiler için bir sürgün ve izolasyon fermanı işlevi görmüştür. Yüz bini aşkın Japon kökenli kişi, evlerini terk etmeye mecbur bırakılmış, haklarında bir suçlama ve yargılama yapılmadan yalnızca taşıyabilecekleri eşyalarını almaları söylenerek nerede ve ne koşullarda hayatlarına devam edecekleri bildirilmeden kamplara alınmıştır. Bu kişiler, casus ve düşman gibi muamele görerek ve toplumdan bu şekilde izole edilerek yıllarca dikenli teller arasında, polis gözetiminde yaşamaya mahkûm edilmişlerdir. Üçte ikisini Amerikan vatandaşı Japon-Amerikalıların oluşturduğu bu insanların gerçekten milli güvenlik için bir tehdit teşkil ettiğini gösteren bir delilin, somut bir şüphenin olduğunu söylemek çok zordur. Aralarında çocuk, kadın, erkek, her yaştan insanın bulunduğu, aile yaşamını sürdürmek isteyen sıradan insanların yalnızca dedeleri Japon olduğu için bir açık hava hapishanesinde tutsak edilmesi, hain ve casus gibi toplumdan dışlanması ve insani yaşam koşullarının bile sağlanmaması kanaatimizce savaş iklimi ve milli güvenliğin korunması gibi genel ve soyut gerekçelerle açıklanamaz. Bkz. **Stone**, “Civil Liberties v. National Security...”, p. 1320; **Rosati**, “At Odds with One Another...”, p. 15. Bu ırkçı saldırganlığı, ancak Pearl Harbor’a yapılan saldırının halkta ve hükümette yol açtığı öfkeyi dindirme ve hükümetin siyasi hatalarını örtbas etme çabası olarak görebiliriz. Bkz. **Stone**, “Civil Liberties v. National Security...”, p. 1320-1322.

⁵⁴⁰ Japon kökenli bir Amerikan vatandaşının, “askeri bölgedeki kısıtlamaları bilerek ihmal etmeyi” yasaklayan 21 Mart tarihli Kanunu ihlal etmekten mahkûm edilmesi olayında Mahkeme, Japonların sabah 6 ve akşam 8 saatleri arasında sokağa çıkabilecekleri bir askeri alanda tutulmalarının, bu tedbirlerin yalnızca belli bir etnik gruba uygulanmasının ve vatandaşlar arasında ayrım yapılmasının Beşinci Değişikliğe aykırı olup olmadığını tartışmıştır. Japon asıllı Amerikan vatandaşı hakkındaki suçlamalar, Sivil Kontrol İstasyonuna askeri bölgeden tahliye kaydı yaptırmak için başvurması gerektiği halde bunu yapmamış olmasına ve akşam 8’den sonra ikamet yerinden uzakta bulunmasına ilişkindir. Ayrıca söz konusu kişiye yönelik yapılan işlem ve iddiaların hukuki dayanağı ise 21 Mart tarihli Kanun (Act of Congress of March 21, 1942, 56 Stat. 173, 18 U.S.C. § 97), 9066 Sayılı Başkanlık Kararnamesi ve çeşitli diğer askeri bildiri ve emirlerdir. Mahkemeye göre federal hükümetin yetkileri cephede zaferler kazanmak ve düşman kuvvetlerini geri püskürtmekle sınırlı değildir. Savaş malzemelerini ve silahlı kuvvetler mensuplarını tehlikelerden korumak gibi milli güvenliğin ve savunmanın gerektirdiği tedbirler almayı da kapsar. Ayrıca Anayasa, yürütme ve Kongreye, savaşın tüm koşullarında zarar tehdidinin niteliğini ve kapsamını belirlemede geniş bir takdir yetkisi vermiştir. Alınan tedbirlerin, bu çerçevede vatandaş olsun ya da olmasın Japon kökenli kişilerin belli bir bölgede ikamet etmeye zorlanmasının ve sokağa çıkma yasağı gibi ilave tedbirleri içeren emirler ve tedbirlerin, Japon kuvvetlerinin hava saldırısı ve işgal tehdidi altında bulunduğu bir dönemde, askeri bölgeyi sabotaj ve casusluk tehlikesinden korumaya yönelik olduğuna şüphe yoktur. Mahkemeye göre bir saldırı anı gibi derhal harekete geçmeyi gerektiren tehlike durumunda tedbirler gereklidir. Bu nedenle Mahkeme, milli savunmanın sağlanmasından sorumlu olanların tehdidin gerçek olduğuna inanmak için “makul gerekçeleri” varsa anayasal hükümetin savaş zamanında güçsüz kalamayacağını ve bu kadar zor bir seçim yapmaya zorlanamayacağını belirtmiştir. Fakat Mahkemenin gerekçeleri de somut delillere dayanmamaktadır. Örneğin gerekçelerden bazıları, “çok sayıda Japon’un Amerika’ya gelmeye başladığı dönemlerden beri süren sosyal, ekonomik ve politik koşulların, onların kendi arasındaki dayanışmayı güçlendirdiği ve bu durumun Japonların beyaz nüfusun ayrılmaz bir parçası olarak asimilasyonlarını büyük ölçüde engellediği” ve “yaklaşık 10.000 olduğu tahmin edilen Amerika doğumlu olan Japon kökenli çocuğun eğitimleri için Japonya’ya gönderilmiş olması” şeklindedir. Bkz. **Hirabayashi v. United States**, 320 U.S. 81 (1943), p. 83-95.

⁵⁴¹ Konuya ilişkin diğer önemli bir karar olan Korematsu kararında kamu güvenliğine yönelik “yakın ve en ciddi tehlikenin” yetkili askeri makamlarca anlaşılması dışında hiçbir şeyin alınan tedbirleri haklı gösteremeyeceği kabul edilmiştir. Buna rağmen tedbirlerin casusluk ve sabotajın önlenmesiyle “kesin ve yakın bir ilişkisi”nin olması, bu ayrımcılığın haklı görülmesinde yeterli bir “varsayım” olarak kabul edilmiştir. Yine burada Mahkeme, müdahalelerin Anayasaya uygunluğunu denetlerken “suçlanan kişiler hakkında şüphe olmamasını”, müdahale edilirken “çocuk” ve “vatandaşlar” için ayrı değerlendirme

(c) Soğuk Savaş Döneminde Milli Güvenlik

Milli güvenliğin ayrı bir olgu olarak ortaya çıkması, İkinci Dünya Savaşından sonra 1947 yılında mümkün olmuş ve Amerikan milli güvenlik algısı önemli ölçüde değişmiştir. Artık Amerika kendi topraklarının ötesindeki sorunları, milli güvenlik sorunu olarak görmeye başlamıştır⁵⁴². Nitekim İkinci Dünya Savaşı sona erse de iki kutuplu yeni bir dünya düzeninin ortaya çıktığını söylemek gerekir. Bu gelişmelerin bazı sonuçları olmuştur. İlk olarak, milli güvenliğin sağlanmasının Birleşik Devletlerin Amerika kıtasında kendisini izole etmesiyle mümkün olmadığı ve caydırıcılığın önemi anlaşılmıştır. Dolayısıyla Amerikan ordu harcamaları artmış ve ordu genişletilmiştir. İkinci olarak okyanus aşırı bazı savaşlara girilmiş ve Amerikan birlikleri uzak topraklara konuşlandırılmıştır⁵⁴³.

Sonuçlara yakından bakacak olursak öncelikle Amerikan ordusu genişletilmiş ve Başkanın Kongre onayı olmadan gerektiğinde çeşitli amaçlar için orduyu kontrol

yapılmamasını dikkate almamıştır. Mahkemenin kanaat oluşturmada esas aldığı “rasyonel temel”in ne olduğu ise yeterince incelenmemiştir. Yalnızca “Japonya ile savaşta olma” hali müdahaleler için yeterli bir sebep olarak görülmüştür. Aynı zamanda Japonlara uygulanan Anayasaya aykırı muameleler bakımından yürütme organının takdir yetkisinin olduğu kabul edilmiştir. Mahkemenin tüm gerekçelerine bakıldığında bunların soyut bir şekilde “sabotaj ile casusluk” iddialarından ve varsayımlarından ibaret kaldığı anlaşılmaktadır. Bkz. **Korematsu v. United States**, 323 U.S. 214 (1944), p. 216-218. Hükümetin ve Kongrenin bunu kabul etmesiyle birlikte konuya ilişkin en önemli şey Mahkemenin Hirabayashi kararındaki gerekçelerine dayanan sonraki tarihli Korematsu kararına başka kararlarında atıf yapmamış olmasıdır. Bkz. **Stone**, “Civil Liberties v. National Security...”, p. 1323-1324; **Dennis J. Hutchinson**, “The Achilles Heel” of the Constitution: Justice Jackson and The Japanese Exclusion Cases”, The Supreme Court Review, Vol. 2002, Y. 2002, p. 485. Mahkeme yakın tarihli bir kararında, vatandaşların yalnızca ve açıkça ırk temelinde toplama kamplarına zorla yerleştirilmesinin hukuka aykırı olduğunu ve Başkanın bunu yapacak yetkisinin olmadığını bir kez daha hatırlatmıştır. Mahkemeye göre, “*Korematsu, karar verildiği gün ciddi şekilde yanlıştı, tarih mahkemesinde bozuldu*” ve onun “*Anayasa uyarınca hukukta yeri yoktur*”. Bkz. **Trump v. Hawaii**, 585 U.S. ____ (2018), IV-D.

⁵⁴² **Meese/Nielsen/Sondheimer**, American National Security, p. 72; ayrıca bkz. **Watson**, U.S. National Security, p. 2-3; **Thompson**, “Conceptions of National Security...”, p. 671-673. Devletlerin güçlü olmasının yetmediği, güçlü ve kazanan tarafmış gibi de görünmenin gerekli olduğu kabul edilmiştir. Soğuk Savaş döneminde politika yapımında temel kaygı güvenlik olmuştur. Tartışmalar için bkz. **Patrick M. Morgan**, “National and International Security: Theory Then, Theory Now”, Asian Journal of Political Science, Vol. 11, N. 2, Y. 2003, p. 60-62. Hogan, bu paradigma değişimini 1947’de Milli Güvenlik Kanunun (National Security Act) kabulü ile yeni devletin kuruluşunun başlangıcı olarak görmektedir. Bkz. **Hogan**, A Cross of Iron..., p. 22.

⁵⁴³ Paradigma değişimi için bkz. **Meese/Nielsen/Sondheimer**, American National Security, p. 72-80; **Thompson**, “Conceptions of National Security...”, p. 671-673; **Watson**, U.S. National Security, p. 3. Sovyet tehdidinin büyük olması, bu gibi faaliyetleri ve büyük harcamaların eleştirilmesini azaltmıştır. Ayrıca böyle faaliyetlerin, iki nükleer güç olan Amerika ile SSCB arasında ortaya çıkacak sıcak çatışmalara engel olduğu da söylenmektedir. Ayrıca bkz. **Watson**, U.S. National Security, p. 3; **Thompson**, “Conceptions of National Security...”, p. 689.

etmesine imkân tanınmıştır⁵⁴⁴. Kongre, milli güvenliğin sağlanması için istihbarat teşkilatını (CIA), Milli Güvenlik Kurulunu (the National Security Council/NSC)⁵⁴⁵, hava kuvvetlerini (the Air Force) kurmuş ve bunların kontrolünü yürütme organına vermiştir. Bu sayede Başkan çok önemli yetkiler elde ederek kilit bir konuma gelmiştir. 1947 tarihli Milli Güvenlik Kanunuyla milli menfaatleri korumak için gizli operasyonların yapılabilmesi de mümkün olmuştur. Milli Güvenlik Kanununun Anayasaya uygunluğu ve Kongrenin anayasal yetkilerini yürütme organına devrettiği tartışmaları bir yana, nükleer enerji ve silahların gelişmesi de yürütme organının önemini ve yetkilerini arttırmıştır⁵⁴⁶. Bu şartlar altında hızlı karar almanın, nükleer silahların caydırıcılığına yönelik her an hazırlıklı olmanın gerekliliği karşısında Başkanlık kontrolünün genişlemesi kolay olmuştur.

İkinci Dünya Savaşının bitmesinin ardından başlayan Soğuk Savaş (1947-1989) döneminde milli güvenlik hedefleri doğrultusunda okyanus ötesi tedbirlerin alınmasıyla ilgili Başkan Truman, “Amerika’nın kendi varlığı ve menfaatleri için tehdit olan güçlere karşı mücadele edilmemesi ve ekonomik kaynakların düşmanların eline geçmesinin önlenmemesi halinde” savaşın ülkenin kıyılarına kadar geleceği uyarısında bulunmuştur. Bu nedenle, söz konusu yaklaşımı benimseyen Amerikan politika yapıcılar Soğuk Savaş yıllarında Avrupa’nın içerisinde bulunduğu şartların Amerika’nın ekonomisini etkilemesi ve ülkenin yönetilmesi üzerinde derin yansımaları olacağına inandığından, Amerikan temel değerlerine yönelik dış tehditlere karşı “Marshall Planı ve Kuzey Atlantik Anlaşması Örgütü (NATO)” kurulmuştur. Amerika’nın, bu dönemde yeniden kalkındırılması için Avrupa ekonomisine milyarlarca dolar aktardığı ve Avrupa ülkelerini koruma misyonunu üstlendiği görülmektedir⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ **Greene**, “National Security Rules...”, p. 297-298. Bir askeri çatışma patlak verdiğinde Başkanın, askeri birlikleri kullanmak ve operasyon alanlarına göndermek istemesi halinde Kongreyi bu faaliyetlerin harcamasını finanse etmeye zorladığı Amerikan siyasetinde sıkça dile getirilen bir şeydir. Chafetz, Başkan’a karşı Kongrenin aslında askeri faaliyetleri sonlandırmak, sınırlamak ve engellemek için para gücünü elinde tuttuğunu savunmaktadır. Bunun için en önemli örnek ise Vietnam Savaşına toplum desteğinin azalmasıyla Kongre, kısıtlamalarını yürütmeye karşı devreye sokmuştur. Bkz. **Josh Chafetz**, Congress’s Constitution: Legislative Authority and the Separation of Powers, Yale Universtiy Press, New Haven and London 2017, p. 74.

⁵⁴⁵ Milli Güvenlik Kurulunun kökeni ve kuruluşuna dair ayrıca bkz. **George F. Howe**, The Early History of NSA, p. 13-17, https://www.nsa.gov/portals/75/documents/news-features/declassified-documents/cryptologic-spectrum/early_history_nsa.pdf, (E.T. 16.03.2024).

⁵⁴⁶ **Greene**, “National Security Rules...”, p. 297-299.

⁵⁴⁷ **Leffler**, “National Security”, p. 147-148.

Soğuk Savaş döneminde dünyanın diğer kutbu olan ve Amerikan varlığı için büyük bir tehdit olan sosyalist Rusya'ya karşı milli güvenlik stratejilerinin geliştirilmesinin dünyanın geri kalanını ideolojik ve taktiksel yayılma alanına dönüştürdüğünü söyleyebiliriz. Nitekim doğrudan karşı karşıya gelemeyen iki nükleer güç, teknolojik ve askeri yarışla caydırıcılığını artırırken diğer ülke topraklarında da dolaylı yollarla savaşılmış, teknik ve askeri gücünü göstermiştir⁵⁴⁸. Bu bağlamda Kore Savaşı (1950-1953), iki süper gücün karşı karşıya geldiği bir savaş olmuştur. Amerikan hükümetinin savaşa girmekteki resmi gerekçesi, Kuzey Kore'nin BM Güvenlik Konseyinin kararlarına uymamasının Amerika'nın barış ve güvenliğine tehdit teşkil etmesidir. Bu gerekçeyle Başkan, Kongrenin izni ya da onayına gerek duymadan askeri birlikleri bölgeye yerleştirmiştir. Kongre de bu koşullar altında Başkan ile uyumlu hareket etmiştir⁵⁴⁹. Sonuç olarak bu dönemde caydırıcılık esasına dayanan Amerikan milli güvenlik anlayışının, ülke sınırlarının ötesindeki olay ve olgulara karşı duyarlı olunması; henüz ortaya çıkmadan ve ülkeye yaklaşmadan tehdidin yok edilmesi olduğunu söylemek mümkündür.

Askeri ve siyasi çatışmaların yoğun yaşandığı Soğuk Savaş yılları, anayasal hürriyetler bakımından da yıkıcı sonuçlara yol açmıştır. Soğuk Savaşta devletin başlıca düşmanı komünizm ve Komünist Parti olmuştur. Bu düşmanla mücadelenin adı ise McCarthyizmdir⁵⁵⁰. Milliyetçi ve muhafazakâr grupların oluşturduğu geniş bir koalisyon, bu akımın takipçisiydi; bunların hedefi herkes ve her şey olabilirdi. Nitekim, Soğuk Savaş, Amerika düşmanlığının ve komünizmin her yerde olduğu korkusuna dayandığından toplumun her kesimi de bu tehdidin bir parçası olarak görülmüştür. İşçiler, akademisyenler, gazeteciler, kütüphaneciler, medya gibi hemen herkes ve her sektör, milli güvenlik için potansiyel tehdit olarak algılanmış, onlarla mücadele etmek milli güvenliğin gereği kabul edilmiştir⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ Amerika bu dönemde çeşitli ülkelere yüksek teknolojiye sahip askeri birlikler yerleştirmiş, sınırlı kalan askeri gücünü arttırmıştır. Bkz. **Watson**, U.S. National Security, p. 3.

⁵⁴⁹ Bkz. **Greene**, "National Security Rules...", p. 299-300.

⁵⁵⁰ Ayrıca bkz. **Stone**, "Civil Liberties v. National Security...", p. 1325-1327; **Arslan**, "ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü", s. 22-25.

⁵⁵¹ **Rosati**, "At Odds with One Another...", p. 15-16, 18. Komünizm tehdidi adeta çocuklara anlatılan "korku" hikayeleri halini almıştır. Soğuk Savaşta komünizm karabasanı, her yerde bulun ve her an ortaya çıkabilecek güce sahip bir düşman olarak gösterilmektedir. Bu, hükümetin muhalefeti susturabilmesinin ve komünistleri toplumdan ayıklayabilmesinin bir aracı haline gelerek istismar kaynağı olmuştur. Bkz. **Rosati**, "At Odds with One Another...", p. 17-18. Örneğin, 1946 seçimlerinde Temsilciler Meclisi Cumhuriyetçi lideri Joseph W. Martin, seçim günü "*Amerikan hayatı ile kaos ve komünizm*" arasında bir

Çok kısa sürmeyen bu dönemde hürriyet ortamının varlığından söz etmek oldukça güçtür. Milli güvenlik endişesi öyle bir hal almıştı ki anayasal hak ve taleplerle demokratik beklentiler bu güvenlik paranoyası altında ezilmiş, adeta unutulmuştur. Yalnızca anayasal hürriyetleri savunmak ve dile getirmek bile sadakatsiz olmak için yeterli görülmüştür. Dolayısıyla hükümeti eleştirmek, diğer bir deyişle hükümet politikaları aleyhine yüksek sesle konuşmak vatan hainliğinin bir türü haline gelmiştir. İhanetle suçlanma korkusu insanlarda susma becerisini geliştirmişse de hükümet onları “sadakat yemini” etmeye zorlamıştır⁵⁵². Böylece sessiz kalınmak istense dahi kişiler yemine zorlanmış, milli güvenlikle ilgili görevlerde bulunanlara yalan makinesi testleri uygulanarak ihanet etmeleri önlenmeye çalışılmıştır. Böylece McCarthyizmin haklar üzerindeki etkisi “caydırıcılık” olmuştur⁵⁵³. Fakat, bu korku iklimi zamanla etkisini yitirmiştir. Hürriyet-milli güvenlik çatışmasında, hürriyet ve demokrasi taleplerinin güvenlik endişe ve taleplerini geride bıraktığını, toplumsal bilincin arttığını ve hürriyet mücadelesinin gerek bireysel gerek örgütsel olarak devam ettiğini belirtmek gerekir. Hükümet her ne kadar hiçbir suçla somut olarak ilişkilendirilemeyen sivil toplum örgütleri ve kişiler hakkında soruşturmalar başlatmış ve muhalefet üzerinde baskılarını sürdürmüş olsa da Vietnam Savaşından ve özellikle Soğuk Savaştan sonra 11 Eylül Saldırılarına değin hürriyet rejimi belki de hiç olmadığı kadar güçlü kalmıştır⁵⁵⁴.

seçim yapılacağını açıklamıştır. Bkz. **Stone**, “Civil Liberties v. National Security...”, p. 1325; **Caute**, *The Great Fear...*, p. 26. Joseph R. McCarthy ve diğer bazı siyasetçilerin rakipleri hakkında iddia ve suçlamaları için bkz. **Stone**, “Civil Liberties v. National Security...”, p. 1325; **Caute**, *The Great Fear...*, p. 26-27. Bu, yabancı olduğumuz bir açıklama ve politik hamle değildir. Demokrasilerde bugün dahi seçimlerden önce daha fazla oy alabilmek için adayların bu tür popülist söylemlere yönelerek rakiplerini hain ve terörist olmakla itham etmesi ve halkın korkutulmasıyla sıklıkla karşılaşmaktadır. Ancak savaş sonrası dönem boyunca Amerikan Komünist Partisi ile casusluk ve ihanet arasında doğrudan bir bağlantının olduğunu gösterecek ne resmi bir kayıt ne de belge vardır. Bkz. **Caute**, *The Great Fear...*, p. 54.

⁵⁵² Önleme çalışmaları kara liste tutma halini almış, insanların hayatları ve kariyerleri bu takiplerden ve listelemeden doğrudan etkilenmiştir. Örneğin onlarca profesör, “sadakat yemini” etmediği için ya işten atılmış ya da istifa etmek zorunda kalmıştır. Diğer yandan muhalefeti bastırma çabası, onlarca Amerikalının polis ya da milis kuvvetlerince katledilmesine yol açmış, yaşam hakkı da siyasi hedefler için ihlal edilmiştir. Bkz. **Rosati**, “At Odds with One Another...”, p. 17-20; ayrıca bkz. **Keyishian v. Board of Regents**, p. 589-593; **Matheson**, “Academic Freedom”, p. 54.

⁵⁵³ **Rosati**, “At Odds with One Another...”, p. 16, 18. Tedbirlerin uygulanmasında çeşitli gerekçeler sunulmuştur. Örneğin, komünistlerin birbirini koruması, terfilerde birbirlerine ayrıcalık sağlaması, bulundukları konumları kötüye kullanması gibi riskler bunlardan bazısıdır. Bkz. **Ralph S. Brown**, *Loyalty and Security: Employment Tests in the United States*, Yale University Press, New Haven 1958, p. 336-337. İstihdam testleri ve yemin için ayrıca bkz. **Brown**, *Loyalty and Security...*, p. 92-102.

⁵⁵⁴ **Rosati**, “At Odds with One Another...”, p. 21-25. Soğuk Savaş devam ediyorken dahi hürriyetlerin korunması bakımından olumlu gelişmeler yaşanmıştır. Amerikalıların hak ve özgürlüklerini etkisiz hale getirme çabaları sonuçsuz kalmaya başlamıştır. Nitekim, 1960’larda ve 1970’lerin başlarında ortaya çıkan Vietnam Savaşının yol açtığı güçlü muhalefet, hükümet tarafından kontrol altına alınamamıştır. Vietnam

(d) Soğuk Savaşın Ardından Milli Güvenlik, 11 Eylül Sonrasında Milli Güvenliğin Görünümü ve Yeni Gelişmelerin Etkisi

(i) Soğuk Savaşın Sona Ermesinin Milli Güvenlik Politikalarına Yansıması

Soğuk Savaş döneminde Amerika, tüm dünya üzerindeki faaliyetlerini milli güvenlik ile ilişkilendirmiş; SSCB, milli güvenliğe en büyük tehdit görülmüş ve onunla girilen yarış da milli güvenliğin en önemli konusu haline gelmiştir. Varşova Paktının sona erip Soğuk Savaşın bitmesi, Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesi, Yugoslavya'nın dağılması ve dolayısıyla Doğu Bloğunun çöküşü, dünyada güvenlik algısında önemli bir değişikliğe yol açmıştır. Bu gelişmeler, dünya üzerindeki gerilimi biraz olsun hafifletmiş, hiç değilse nükleer savaş tehlikesini azaltmıştır⁵⁵⁵. Dolayısıyla bu durumun Amerikan milli güvenlik anlayışını ve politikasını da önemli ölçüde etkilediğini belirtmek gerekir. Özellikle İkinci Dünya Savaşından itibaren silahlı tehdit ile silahlı savunmaya dayalı güvenlik anlayışında ve savunma sistemlerinde değişimler olmuştur⁵⁵⁶.

Soğuk Savaş bittikten sonra çevre, ekonomi ve kaynakların tükenmesi gibi pek çok sorun milli güvenliğin konusu haline gelmiştir. Örneğin, Amerika'da meydana gelen büyük kasırgaların yıkıcı etkisi, şehirlerin ve insanların bu doğal tehlike karşısında savunmasız kalması; ülkede ortaya çıkan ve tehlikeli boyutlara ulaşan çevre kirliliği; su kaynaklarının azalması; kuraklık ve büyük yangınlar milli güvenlik sorunlarından bazılarıdır. Ayrıca çelik ve otomobil işletmeleri ile yatırımlarının Japonya ve Kore gibi ülkelere kaymaya başlaması da ülkenin ekonomik hedefleri dikkate alındığında askeri güvenlikle yarışır boyutta “güvenlik sorunu” olarak görülmüştür⁵⁵⁷.

Sağlık sorunları, bütün olarak milleti ve hatta tüm dünyayı etkileyen salgınlar ve yeni nesil tehditler de milli güvenlik sorunu olarak kabul edilmiştir. 2003'teki SARS, kuş gribi salgını⁵⁵⁸; küreselleşmenin etkisi ve internetin yaygınlaşması ve gelişmesiyle hacker terörizminin önemli bir tehdit halini alması milli güvenlik bakımından ortaya çıkan diğer

Savaş sonrası dönemde, Amerikalılar genel olarak daha hür ve önceki herhangi bir dönemden daha hoşgörülü hale gelmiştir. Bkz. **Rosati**, “At Odds with One Another...”, p. 20-23.

⁵⁵⁵ **Grizold**, “The Concept of National Security...”, p. 47. 90'lı yıllarda milletlerarası terör olaylarının azaldığı, ancak 11 Eylül Saldırıları'nın dünya genelinde endişeleri büyük ölçüde arttırdığı söylenmektedir. Bkz. **Morgan**, “National and International Security...”, p. 59.

⁵⁵⁶ Ayrıca bkz. **Grizold**, “The Concept of National Security...”, p. 47-49.

⁵⁵⁷ **Watson**, U.S. National Security, p. 5-6; benzer yönde bkz. **Doebbler**, “How Can We Really Protect National Security?”, p. 399.

⁵⁵⁸ Kanaatimizce Covid-19 salgını da bu endişeleri pekiştiren bir salgındır.

tehditlere örnek teşkil etmektedir⁵⁵⁹. Aslında bu gelişme ve tehditlerin Soğuk Savaşın hemen ardından ortaya çıktığı söylenemez. Salgınlar, kaynakların tükenmesi, doğal olayların bir milleti bütün olarak etkilemesi gibi pek çok sorun zaten vardır. Ancak o güne kadar var olmalarına rağmen, milleti yok edebilecek nükleer bir güç olan SSCB ve Soğuk Savaş bunların göz ardı edilmesine yol açmıştır⁵⁶⁰.

Diğer yandan Soğuk Savaş sona erdikten sonra hürriyetlerin alanı giderek genişlemiş ve serbestlik artmış olsa da Amerika'yı bekleyen yeni tehditler vardır. Gelişen teknoloji, yalnızca insanlığın yararına sonuçlar doğurmamıştır. Terör örgütlerinin yeni nesil silahlara ulaşması, iletişim ve ulaşımın kolaylaşmasıyla farklı örgütlerin iş birliği ve koordinasyon halinde olması, paranın hızlı dolaşımı ve denetlenmesinin zorlaşması, artan uyuşturucu ticareti gibi pek çok yeni tehdit, her geçen gün küçülen dünyada, devletleri yalnızca diğer devletlere karşı değil, devlet dışı düşmanlara karşı da hazırlıklı olmaya itmiştir. Soğuk Savaştan kısa bir süre sonra 1995 yılında gerçekleştirilen Oklahoma Saldırısı ile Amerika'nın dünyanın çeşitli yerlerindeki temsilciliklerine yapılan saldırılar bunu göstermektedir. Amerika'yı hedef alan saldırılardan en şiddetlisi ve küresel değişimin en somut örneği ise 11 Eylül Saldırılarıdır⁵⁶¹.

(ii) 11 Eylül Saldırılarının Milli Güvenlik Algısına Etkisi

Milli güvenlik sorunu olarak ortaya çıkan ya da benimsenen yeni olgulara rağmen askeri ve siyasi güvenlik bakımından Soğuk Savaşın sona ermesinden 11 Eylül 2001 gününe kadar geçen süre Amerika için rahatlama dönemidir⁵⁶². Nitekim süper güç olan Amerika'nın karşısında bir rakip kalmamıştır. Ancak takvimler 11 Eylül 2001'i gösterdiğinde Amerikalıları büyük paniğe ve korkuya sürükleyen, İkinci Dünya Savaşındaki Pearl Harbor saldırısı gibi etkisi olan⁵⁶³ büyük saldırılar ortaya çıkmıştır. Bu

⁵⁵⁹ **Watson**, U.S. National Security, p. 6-7; ayrıca bkz. **Doebbler**, "How Can We Really Protect National Security?", p. 399. Geleneksel olmayan tehditler olarak ifade edilen medikal tehditler, uyuşturucu trafiği, göç gibi milli güvenlik için tehdit teşkil eden yeni nesil tehditler için ayrıca bkz. **Watson**, U.S. National Security, p. 20-23.

⁵⁶⁰ **Watson**, U.S. National Security, p. 7.

⁵⁶¹ Bkz. **Jennifer C. Evans**, "Hijacking Civil Liberties: The USA PATRIOT Act of 2001", Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 33, Iss. 4, Y. 2002, p. 933-934, 959-960.

⁵⁶² Soğuk Savaştan sonra süper güç olan Amerika için bir rahatlama olsa da bu dönemin tam bir barış dönemi olduğu söylenemez. Soğuk Savaştan sonra Amerika deniz aşırı roller üstlenmiş, askeri ve istihbari pek çok operasyona imza atmıştır. Bkz. **Watson**, U.S. National Security, p. 3-4.

⁵⁶³ Nitekim bu saldırılar Amerikalılara bir uyanış çağrısı niteliğinde görülmüştür. hükümetin savaş politikalarını desteklemiştir. 11 Eylül saldırıları Amerikalılarda tutum değişimine neden olmuş, milli güvenlik tehditlerinin farkına varılmasını sağlamıştır. Bkz. **Watson**, U.S. National Security, p. 3-4.

olayla milli güvenlik, kimi uzmanlara göre bugünden itibaren köklü bir değişime uğramıştır⁵⁶⁴. Örneğin 11 Eylül 2001 Saldırılarından sonra silahlı kuvvetlerin milli savunma (national defence) becerisi ifade edilirken ülkenin savunulmasında askeri unsurların kullanılması yeterli görülmemiştir⁵⁶⁵. Çünkü yeterli olduğu düşünülen askeri ve teknolojik güce rağmen saldırılar önlenememiş, sahip olunan gücün ülke savunması ve milli güvenlik hedefleri için eksik olduğu anlaşılmıştır. Ülkesinde saldırıya uğrayan Amerikalılar da ne kadar savunmasız olduklarını ve küçük olmasına rağmen kararlı fanatik bir grubun neler yapabileceğini görmüştür⁵⁶⁶. Nitekim insanların gözünde süper güç olan devlet, fanatik bir grup tarafından iyi planlanmış ve aşılmaz sanılan tedbirleri aşan saldırılarla dehşeti yaşamıştır.

Amerikan tarihinin en dramatik olaylarından birisi olan ve 11 Eylül Saldırıları olarak bilinen Saldırılar, iç ve dış politikanın iç içe geçmesi ve milli güvenlik algısının alt-üst edilmesi bakımından önemli bir yol ayrımı olmuş; iç ve dış politika arasındaki belirsiz sınırlar iyice bulanıklaşmıştır. Neticede bu olay, milli güvenliğin iç politikadan ayrılmasının mümkün olmadığı, milli menfaatlerin korunması için tehdit oluşturma ve güç kullanmanın ile düşmanlar ve potansiyel düşmanların girişimlerinin önlenmesinin gerektiği algısının yerleşmesine neden olmuştur⁵⁶⁷. Saldırılar, milli güvenliğin sağlanmasının ülke topraklarında güvenliğin sağlanmasından ibaret kalamayacağı düşüncesinin hâkim olmasına da yol açmıştır. Amerikan menfaatleri gereğince tüm potansiyel tehditlerin ve düşmanların engellenmesi ve onların gizli operasyonlarına fırsat verilmemesi gerektiği benimsenmiştir. Yaşanan gelişmelerle milli güvenlik ve menfaatlerin korunması için uygun koşulların sağlanması adına güç kullanma tehdidi ve güç kullanmaya yönelik stratejilerin belirlenmesi gereği kabul edilmiştir⁵⁶⁸.

11 Eylül Saldırıları, devletin okyanus ötesinde bulunan düşmanlara karşı korunamadığını ve dünyanın neresi olursa olsun düşman unsurlara karşı hazırlıksız

⁵⁶⁴ **Watson**, U.S. National Security, p. 1; değişim hakkında ayrıca bkz. **İnanç İştin**, AİHM Kararları Işığında Terörle Mücadelede İnsan Haklarının Sınırlandırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 219-221.

⁵⁶⁵ **Kim R. Holmes**, What is National Security?, 07.10.2014, p. 18, <https://www.heritage.org/military-strength-essays/2015-essays/what-national-security>, (E.T. 16.03.2024).

⁵⁶⁶ **Lisa Finnegan Abdolian/Harold Takooshian**, "The USA Patriot Act: Civil Liberties, the Media, and Public Opinion", Fordham Urban Law Journal, Vol. 30, N. 4, Y. 2003, p. 1429.

⁵⁶⁷ **Sarkesian/Williams/Cimbala**, US National Security..., p. 5.

⁵⁶⁸ **Sarkesian/Williams/Cimbala**, US National Security..., p. 5; ayrıca bkz. **İştin**, AİHM Kararları Işığında Terörle Mücadele..., s. 221-222.

olunamayacağını da göstermektedir⁵⁶⁹. Bunun anlamı, yeni milli güvenlik anlayışının düşmanların ülkeye doğrudan bir tehdit teşkil etmeden kaynağında yok edilmelerini, bunu sağlayacak dünya düzeninin Amerika öncülüğünde kurulmasını ve Amerikan değerlerinin dünyaya yayılarak menfaatlerin korunmasını gerektirmektedir. Bu, devletlere savaş açmanın ve askeri operasyon düzenlemenin ötesinde bir güvenlik kapasitesinin olması gerektiğini ifade eder. Nitekim 11 Eylül Saldırıları gerçekleştiğinde Amerika belki Saddam Hüseyin rejimini veya Taliban'ı ortadan kaldıracabilecek güçteydi. Ancak buna rağmen Saldırılar gerçekleşmiştir. Neticede bu durum, Amerika'nın süper güç olmasının kendisini savunmak için yeterli olmayacağını, artık terör örgütlerinin ve diğer aktörlerin de teknolojik ve operasyonel yeterliliğe sahip olduğu gerçeğini ortaya koymuştur⁵⁷⁰.

Amerika'nın caydırıcılığının sağlanması içinse ekonomik tedbirler ile yeni nesil diğer tedbirlerin alınması, geleneksel çatışma kapasitenin korunmasının yanı sıra nükleer savaşa karşı hazırlıklı olunması, milletlerarası terörizmle mücadele edilmesi ve bunun için gerekli araçlara ve imkanlara sahip olunması gerektiği anlaşılmıştır. Yine, kitle imha silahları ile bilgi savaşları da (hacker terörizmi, dijital terörizm vb.) yeni tehditlerdir. Bu nedenle, Amerika'nın, yeni nesil milli güvenlik politikası geliştirmesi ve uygulaması ihtiyacı doğmuştur⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ Soğuk Savaş döneminde deniz aşırı misyonlar üstlenen ABD ordusu, 11 Eylül Saldırılarının ardından bir aydan kısa bir süre içerisinde Afganistan'a saldırmıştır. 11 Eylül Saldırılarıyla ilişkili görülen ve milli güvenlik için tehdit arz eden Saddam Hüseyin de kısa bir süre sonra hedef alınmıştır. 20 Mart 2003 günü Irak'ın işgali başlamış, düşmanın kaynağında yok edilmesi amaçlanmıştır. Bu saldırılar ve saldırıların sonuçları için ayrıca bkz. **Watson**, U.S. National Security, p. 8-10; **Doebbler**, "How Can We Really Protect National Security?", p. 402; **Susan E. Rice**, "U.S. National Security Policy Post-9/11: Perils and Prospects", The Fletcher Forum of World Affairs, Vol. 28, N. 1, Y. 2004, p. 134-135. Milli güvenliğin Amerika'nın askeri gücünün dünyaya yayılmasını meşrulaştırmak için kullanıldığına ilişkin bkz. **Doebbler**, "How Can We Really Protect National Security?", p. 400. Saldırıların ardından Afganistan'a gerçekleştirilen saldırılara, Irak'ın İşgaline ve yürütülen politikalara ilişkin eleştiriler için bkz. **Todd Gitlin**, "The Politics of National Security: An Unabashed Liberal View", World Policy Journal, Vol. 24, N. 2, Y. 2007, p. 45-47; **Rice**, "U.S. National Security Policy Post-9/11...", p. 133-134. Amerika'nın bu saldırıları somut delillere dayalı olarak gerçekleştirmediği. Önleyici paradigmanın sonucu olarak gerçek deliller olmadan da devlet, sonuçları ağır olacak önemli kararları şüpheye dayanarak verebilmiştir. Çok düşük bir olasılık, gerçek gibi ele alınmış, ciddi kararlara gerekçe olmuştur. Bkz. **Jules Lobel**, "The Preventive Paradigm and the Perils of Ad Hoc Balancing", Minnesota Law Review, Vol. 91, Y. 2007, p. 1428-1429.

⁵⁷⁰ Bkz. **Watson**, U.S. National Security, p. 4; **Morgan**, "National and International Security...", p. 59. 11 Eylül Saldırılarından sonra Amerikan milli güvenlik politikası değişmiş, savunma stratejileri yerine saldırı stratejileri benimsenmiş ve savunmacı modelden yeni önleyici modele geçilmiştir. Bu yenilik gerek iç gerek dış ilişkilerde hâkim hale gelmiştir. Dolayısıyla alınan kararlar, tehlikeyi ortaya çıkmadan, henüz kaynağındayken yok etmeye yöneliktir. Ayrıca bkz. **Lobel**, "The Preventive Paradigm...", p. 1407-1409.

⁵⁷¹ **Sarkesian/Williams/Cimbala**, US National Security..., p. 7. Amerika için sonradan yeni tehditlerin ortaya çıktığını da belirtmek gerekir. Örneğin İran, 2000'li yılların başında uranyum geliştirme kapasitesini

2001 yılında gerçekleşen Saldırıların bir diğer sonucu da Amerika'nın milli güvenlik politikalarının ana konusunun "terörizmle mücadele" olmasıdır. Nitekim terör örgütlerinin de devletler gibi her türlü savaşa hazır oldukları ve teknolojik donanıma sahip oldukları görülmüştür⁵⁷². Bu nedenle periyodik olarak belirlenen milli güvenlik stratejileri yeni olguları da kapsamakta ve büyük ölçüde birbirine benzer amaçlarla benzer tehditlerin ortadan kaldırılmasını hedeflemektedir⁵⁷³. Örneğin 2015 yılında belirlenen milli güvenlik stratejisinde korunacak menfaatler ve kurulması hedeflenen düzen özetle şu şekildedir⁵⁷⁴: "ABD'nin, vatandaşlarının, müttefiklerin ve ortakların güvenliği", "fırsat ve refahı teşvik eden açık bir uluslararası ekonomik sistemde güçlü, yenilikçi ve büyüyen bir Amerikan ekonomisi", "yurt içinde ve dünya genelinde evrensel değerlere saygı" hedefleri belirlenmiştir. "Küresel sorunların üstesinden gelmek için güçlendirilmiş iş birliği yoluyla barışı, güvenliği ve fırsatları teşvik eden, ABD liderliği tarafından geliştirilen kurallara dayalı bir uluslararası düzen" ise kurulması hedeflenen dünya düzenini ifade etmektedir.

2022 yılında belirlenen milli güvenlik stratejilerinde de özetle içerisinde bulunduğumuz on yıla dair tespitler yapılmış ve bu döneme dair iki zorluk belirlenmiştir⁵⁷⁵. İlk olarak, Soğuk Savaş sonrası dönemin kesin olarak sona erdiği ve büyük güçler arasında yeni bir rekabetin başladığı belirtilmiştir. İkinci olarak bu rekabet devam ederken iklim değişikliği, gıda güvensizliği, bulaşıcı hastalıklar, terörizm, enerji kıtlığı veya enflasyon gibi insanlığın ortak sorunlarıyla mücadele edilmesi gereği benimsenmiştir⁵⁷⁶. Bu zorluklar karşısında milli güvenlik stratejisinin özü milli menfaatlere dayandırılmıştır. Bu menfaatler ise "Amerikan halkının güvenliğini

arttırırken Amerika için bir tehdit olarak görülmeye başlanmıştır. Bkz. **Watson**, U.S. National Security, p. 16. 11 Eylül Saldırılarından sonra terörizmle mücadele (karşı savaş) milli menfaatlerin temel konusu olmuştur. Amerika'nın okyanus aşırı topraklarda askeri operasyonlara kalkışması da bunu perçinlemiştir. Bkz. **Sarkesian/Williams/Cimbala**, US National Security..., p. 8. 11 Eylül Saldırılarından sonra Amerika'nın yurtdışında askeri güç kullanmaya hazır olduğuna dair bkz. **Doebbler**, "How Can We Really Protect National Security?", p. 402.

⁵⁷² IŞİD, El-Kaide, gibi dini kökenli aşırı gruplar Amerika'nın terörizmle mücadelede temel hedefi olmuştur. Aşırı-dini grupların ve devlet dışı diğer aktörlerin milli güvenlik üzerindeki etkisi için ayrıca bkz. **Meese/Nielsen/Sondheimer**, American National Security, p. 43-45.

⁵⁷³ 2006 yılında belirlenen milli güvenlik stratejisi için bkz. **Watson**, U.S. National Security, p. 5. 11 Eylül Saldırılarından ardından önleyici politikalar, korku ve güvensizliğe mahkûm olan halk tarafından da kabul görmeye başlamıştır. Bkz. **Lobel**, "The Preventive Paradigm...", p. 1410.

⁵⁷⁴ **The White House**, The National Security Strategy of the United States of America, Washington, DC: The White House, February 2015, p. 2; **Meese/Nielsen/Sondheimer**, American National Security, p. 23.

⁵⁷⁵ **The White House**, The National Security Strategy of the United States of America, Washington, DC: The White House, October 2022, p. 6.

⁵⁷⁶ **The White House** (2022), p. 6.

korumak; ekonomik refahı ve fırsatları genişletmek; Amerikan yaşam tarzının kalbindeki demokratik değerleri gerçekleştirmek ve savunmak”tır. Ayrıca ortak hedefleri paylaşan devletlerle iş birliği yapılarak en güçlü koalisyonun kurulacağı ve çıkarları tehdit eden aktörlere imkan tanınmayacağına yer verilmiştir⁵⁷⁷.

Her iki raporda da belirlenen öncelikler dikkate alındığında kolaylıkla anlaşılmaktadır ki Amerikan hedefleri ülke sınırlarını aşmakta ve Amerika’yı açıkça oyun kurucu olarak belirlemektedir. Dolayısıyla Amerika’nın bu rolüne karşı çıkanlar düşman olarak görülmekte ve söz konusu aktörler milli güvenlik için tehdit oluşturmaktadır. Bu çerçevede örneğin, “Çin Halk Cumhuriyeti” en büyük tehdit olarak kabul edilirken Avrupa’da düzeni bozan “Rusya”, komşularının içişlerine karışan ve Amerika’yı hedef alan “İran”, nükleer silah geliştirmeye devam eden “Kuzey Kore” tehdit olarak nitelendirilmiştir⁵⁷⁸.

(iii) 11 Eylül Saldırılarının Yol Açtığı Hürriyet Rejimi: ABD Vatanseverlik Kanunu (USA PATRIOT Act)

11 Eylül Saldırıları, hürriyetler için parlak bir dönemin sonu olmuştur. Saldırılarından sonra baskı, izlemeler, fişlemeler, soruşturmalar, tutuklamalar, sınır dışı etmeler, anayasal güvenceler yokmuşçasına alınan tedbirler ve uygulamalar Amerikan tarihinde yerini almıştır. Tüm bunların hukuki dayanağı ise ABD Vatanseverlik Kanunu (USA PATRIOT Act)’dur. Vatanseverlik Kanunu⁵⁷⁹, Dünya Ticaret Merkezi ve Pentagon’a düzenlenen saldırılardan kısa bir süre sonra, 26 Ekim 2001’de kanunlaşmıştır⁵⁸⁰. Kanunun adı ise ayrıca önemlidir. Kanunun asıl adı PATRIOT (VATANSEVER) değildir. Bu, “Terörü Önlemek ve Engellemek için Gerekli Araçları Sağlayarak Amerika’yı Birleştirmek ve Güçlendirmek” anlamına gelen bir kısaltmadır. Ancak Kanunun gerek kısaltılmış adı gerek kısaltmanın açılımı güvenliğin hürriyet

⁵⁷⁷ **The White House** (2022), p. 7. Amerika’nın terörle mücadelede yalnız kalmamasının ve diğer devletlerle iş birliği yapmasının önemi için bkz. **Rice**, “U.S. National Security Policy Post-9/11...”, p. 136.

⁵⁷⁸ **The White House** (2022), p. 8-12.

⁵⁷⁹ **USA PATRIOT Act of 2001**, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001); ayrıca bkz. **Evans**, “Hijacking Civil Liberties...”, p. 967, fn. 223.

⁵⁸⁰ Bkz. **Christopher P. Banks**, “Protecting (or Destroying) Freedom through Law: The USA PATRIOT Act’s Constitutional Implications”, in *American National Security and Civil Liberties in an Era of Terrorism*, David B. Cohen/John W. Wells (Ed.), Palgrave Macmillan, New York 2004, p. 29-30; **Michael T. McCarthy**, “USA PATRIOT Act”, *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 39, N. 2, Y. 2002, p. 435; ayrıca bkz. **Abdolian/Takooshian**, “The USA Patriot Act...”, p. 1429; **Evans**, “Hijacking Civil Liberties...”, p. 967; **Fritz Allhoff**, “Liberty and Security: A Balanced Approach”, *University of Pennsylvania Journal of Law & Public Affairs*, Vol. 3, N. 1, Y. 2018, p. 59.

pahasına sağlanacağına dair ipuçları taşımaktadır⁵⁸¹. Dolayısıyla, Saldırlardan sonra yürürlüğe giren Vatanseverlik Kanunu, söz konusu gerilim çerçevesinde hürriyetler için önemli bir imtihan olma niteliğini haizdir⁵⁸². Banks'ın ifadesiyle Kanun, “... *meçhul, görünmeyen bir düşman tarafından başlatılan, ilan edilmemiş bir savaşa verilen cezai ve askeri*” bir tepki olarak ortaya çıkmıştır⁵⁸³.

Gelecek terör saldırılarını önlenme amacına sahip olup güvenliği birincil önemde değer kabul eden Kanun, federal kolluk kuvvetlerine ek telefon dinleme ve gözetim (izleme/takip) yetkisi vermiş ve kolluk kuvvetleri ile istihbarat teşkilatları arasındaki iletişimi etkileyen engelleri kaldırmıştır. Ayrıca terörün finansmanı ile mücadele edebilmek için mali açıklama ve raporlama tedbirlerine yer vermiş, Başsavcıya gözetim konusunda daha fazla yetki sağlamış ve terörle bağlantısı olduğundan şüphelenilen yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin yetkiler arttırılmıştır⁵⁸⁴. Bu tedbirlerin ve yetkilerin düzenlenmesinde pek çok faktör etkili olmuştur. Saldırlardan önce yetersiz kaldığı görülen veya mevcut koşullarda gelecek saldırıların önlenmesi için yeterli olmayan tedbir ve yetkiler bu Kanunla düzenlenmiş ve genişletilmiştir. Örneğin federal kolluk kuvvetleri ile istihbarat teşkilatları arasındaki koordinasyon eksikliğinin fark edilmesinde Saldırıların öncesinde yaşananların etkisi vardır. Nitekim 11 Eylül Saldırılarından önce CIA'nin elinde iki hava korsanına ilişkin istihbarat olmasına rağmen, bu istihbarat ne FBI ne de Göçmenlik ve Vatandaşlık Kabul Servisi ile zamanında paylaşılmıştır⁵⁸⁵.

Terörle mücadelede “önleme” amacıyla çıkarılan ve aceleci bir tepkiyle hazırlanan Kanun, hazırlık sürecinde görüşme ve tartışma aşamaları atlanarak hürriyetler üzerindeki etkileri yeterince değerlendirilmeden kabul edilmiştir⁵⁸⁶. Bu nedenle Kanun,

⁵⁸¹ Allhoff, “Liberty and Security...”, p. 59; benzer yönde bkz. Yıldırım, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 138-139.

⁵⁸² Banks, “Protecting (or Destroying) Freedom through Law...”, p. 29-30.

⁵⁸³ Banks, “Protecting (or Destroying) Freedom through Law...”, p. 31.

⁵⁸⁴ McCarthy, “USA PATRIOT Act”, p. 435; ayrıca bkz. İştin, AİHM Kararları Işığında Terörle Mücadele..., s. 225-226. Kanunun 206 ve 215. maddeleri, hürriyetler bakımından oldukça önemli sınırlar getirmektedir. Bu hususta ayrıca bkz. Allhoff, “Liberty and Security...”, p. 59-61. Kanunun hazırlanma sürecine ve hürriyetler için endişelere ilişkin ayrıca bkz. McCarthy, “USA PATRIOT Act”, p. 438-440.

⁵⁸⁵ Bu ve diğer eksiklikler için bkz. McCarthy, “USA PATRIOT Act”, p. 435-438.

⁵⁸⁶ McCarthy, “USA PATRIOT Act”, p. 435; ayrıca bkz. Evans, “Hijacking Civil Liberties...”, p. 967-968; Özsoy, “...Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, s. 44. Saldırının ardından Eylül ayının sonlarında meydana gelen şarbon ölümleri, insanların hassasiyetini daha fazla artırmıştır. Abdolian ve Takooshian'a göre, bu şartlar altında Saldırlardan yalnızca altı hafta sonra, 26 Ekim 2001'de her bakımdan

yalnızca terör saldırıları ve teröristleri önlemekle kalmamış, Amerikalılar ve Amerikan toplumu üzerinde hürriyetleri caydırıcı etkiye yol açmıştır. İfade hürriyeti, örgütlenme hürriyeti, arama ve el koyma güvenceleri, mahremiyet hakkı, eşit korunma hakkı gibi anayasal hak, hürriyet ve güvenceler Kanunun temas ettiği ve ihlal ettiği konular olmuştur⁵⁸⁷. Saldırılarından önce tespit edilen eksikliklere ilişkin tedbirler alınmamasının ya da alınamamasının sebeplerinden biri bireysel hürriyetlerin korunması endişesi olarak görüldüğünden Saldırılarından sonra hürriyetlerin yoğun bir şekilde hedef alınması daha anlaşılır hale gelmektedir⁵⁸⁸. Ayrıca Kanun, milli güvenliğin korunması gerekçesiyle yargı denetiminin azaltılıp yürütme organının yetkilerinin arttırılmasını öngörmüştür⁵⁸⁹.

Amerika tarihindeki en kapsamlı ve tartışmalı kanunlardan birisi olan Vatanseverlik Kanununun hızla kabul edilip onaylanması şaşırtıcı değildir. Bkz. **Abdolian/Takooshian**, “The USA Patriot Act...”, p. 1429.

⁵⁸⁷ **Banks**, “Protecting (or Destroying) Freedom through Law...”, p. 31; **Evans**, “Hijacking Civil Liberties...”, p. 968-972. Kanunun ihlal ettiği tüm anayasal hak, hürriyet ve güvenceleri incelememiz çalışmamızda bu konuya ayırdığımız hacmin aşılmasına neden olacağından burada yalnızca bazı ihlallere değinmekle yetineceğiz. İlk olarak Kanun, yeni suçlar ihdas etmiştir. Bunlardan bir tanesi “İç Terör” (Domestic Terrorism) suçudur. Suç, hükümetin politikasını, korkutma veya baskı yoluyla etkilme amacı olan her türlü eylemi yasaklamıştır. Bu suç geniş anlamda anlaşıldığında, muhalefetin hemen her türlü eylem ve eleştirisini kapsamına alabilecek niteliktedir. Bkz. **Abdolian/Takooshian**, “The USA Patriot Act...”, p. 1430; **USA Patriot Act**, Title VIII, § 802; **Turhan/Aksu**, “11 Eylül Sonrası ABD...”, s. 75-76. İkinci olarak, Kanun, gizli-gözetleme aramaları (sneak-and-peek searches), internet kullanımının izlenmesi (tracking Internet usage) ve özel kayıtlara erişim (accessing private records) dahil olmak üzere gizlilik hakkını çeşitli şekillerde kısıtlamaktadır. Bkz. **Abdolian/Takooshian**, “The USA Patriot Act...”, p. 1431; **Allhoff**, “Liberty and Security...”, p. 61-63; **USA Patriot Act**, Title II, §§ 201-202, § 213, § 215, §216; düzenlemeler için bkz. **Turhan/Aksu**, “11 Eylül Sonrası ABD...”, s. 66-70, 74. Kanunla, Yabancı İstihbarat Standartları Kanununda (Foreign Intelligence Standards Act (FISA)) sağlanan ve Dördüncü Değişikliğin gereği olan güvencelerin esnetilmesi amaçlanmaktadır. Bu çerçevede Vatanseverlik Kanunuyla, numara kaydedici (pen register) kayıtları, tuzak ve takip cihazları (trap and trace devices) ve gezici telefon dinlemeleri için yetki sağlamak gibi terörle mücadelede FISA’yı daha etkili hale getirmek amacıyla çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişikliklerle sağlanan izleme yetkileriyle hükümet, kişilerin özel bilgilerini, kişisel düşünce ve ilgilerini herhangi bir suç şüphesiyle ya da soruşturmayla ilgisi olmaksızın elde edebilir hale gelmiştir. Ayrıca Kanuna göre soruşturmanın muhataplarına bilgi verilmeksizin ve delillerin toplanması için mahkeme kararı olmaksızın kolluk kuvvetlerinin hükümetin delil bulma olasılığının yüksek olduğuna dair belirlemelerine dayanarak işlem yapması da mümkün hale getirilmiştir. Bkz. **Abdolian/Takooshian**, “The USA Patriot Act...”, p. 1431; **McCarthy**, “USA PATRIOT Act”, p. 438, 445-446; **Banks**, “Protecting (or Destroying) Freedom through Law...”, p. 36-37; **USA Patriot Act**, Title IV, § 214, 215, 216.

⁵⁸⁸ Saldırılarından önce bireysel hürriyetlerin korunmasına yönelik endişelerle terörle mücadelede yeterli tedbir alınmadığına dair bkz. **McCarthy**, “USA PATRIOT Act”, p. 440-441. Ayrıca bu dönemde anayasal haklara getirilen sınırların derecesi arttırılmıştır. Bkz. **Özsoy**, “...Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, s. 44.

⁵⁸⁹ **Abdolian/Takooshian**, “The USA Patriot Act...”, p. 1430; benzer yönde bkz. **Evans**, “Hijacking Civil Liberties...”, p. 968. Kanunla düzenlenen önemli konulardan birisi de yabancılarla (göçmen, Amerikan vatandaşı olmayan kişiler) ilgilidir. 1996 tarihli Terörle Mücadele ve Etkili Ölüm Cezası Kanunu (Anti-terrorism and Effective Death Penalty Act-AEDPA)’yla ilgili 2001 yılındaki kimi Yüksek Mahkeme kararlarında Amerikan vatandaşı olmayanların habeas corpustan yararlanabilecekleri benimsenmiş veya sınır dışı edilme ihtimali düşük olan yabancıların süresiz olarak alıkonulmalarına ilişkin yetkiler sınırlandırılmıştır. Ancak kısa bir süre sonra, yani yabancıların haklarına ilişkin olumlu gelişmelerin yaşanmasının üzerinden aylar geçtikten sonra 11 Eylül Saldırıları her şeyi tersine çevirmiştir. Kanun, mahkemelere değil, makul bir şekilde terörist olduğuna inandığı bir kişinin özgürlüğünü elinden alma konusunda başsavcıya neredeyse sınırsız takdir yetkisi vermektedir. Tanınan geniş yetkiler ve daha fazla

Kısacası bu dönemde “*hürriyetlere milli güvenlik karşısında diz çöktürülmüş*”, güvenceler askıya alınmıştır. Devlet bireylerin gölgesi olmuş, onların her adımını takip etmeye başlamıştır⁵⁹⁰. Nihayet, yargının denetim rolü oldukça azaltılmış ve özellikle Dördüncü Değişiklik güvenceleri ihlal edilmiştir⁵⁹¹.

Son olarak Vatanseverlik Kanununun güncel durumundan söz etmek gerekir. Kanunun hükümleri periyodik olarak yenilemeyi gerektirmekteydi. Dolayısıyla Kongre tarafından yeniden kabul edilmeyen hükümler yürürlükten kalkmış olacaktı. Bu nedenle Kongre çeşitli defalar hükümleri yenilemiş ve bazı hükümleri ise kalıcı hale getirmiştir. Nihayet, yürürlükte olan bazı hükümler de 1 Haziran 2015’te ilga olmuştur. Ancak Kongre, 2 Haziran 2015’te ABD Hürriyet Kanunu (USA Freedom Act)’nda, Vatanseverlik Kanununun hükümlerinden bir kısmına yer vermiş, bu hükümler de böylece yürürlükte kalmaya devam etmiştir⁵⁹².

Kanun, güvenlik gerekçesiyle neler yapılabileceğini göstermekle kalmamış, Amerikan hukukuna kanunla baskı kurma yolunu da öğretmiştir. Kanunun etkisiyle hükümet nazarında Amerikalıların “önce şüpheli”, “sonra vatandaşlar” olarak görülmeye başlandığı eleştirisi yapılmaktadır⁵⁹³.

bilgi için ayrıca bkz. **USA Patriot Act**, Title IV, § 412 (3), (5), (6); **Banks**, “Protecting (or Destroying) Freedom through Law...”, p. 39-40; **McCarthy**, “USA PATRIOT Act”, p. 448-450; **Turhan/Aksu**, “11 Eylül Sonrası ABD...”, s. 76-77.

⁵⁹⁰ Bkz. **Banks**, “Protecting (or Destroying) Freedom through Law...”, p. 45-48; aksi yönde bkz. **McCarthy**, “USA PATRIOT Act”, p. 452-453; Kanunun anayasal ilkelere uymadığı yönünde ayrıca bkz. **Özsoy**, “...Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, s. 45-46.

⁵⁹¹ **Evans**, “Hijacking Civil Liberties...”, p. 934, 974-984; 11 Eylül Saldırıları sonrasında yabancılara ilişkin alınan bazı tedbirler ve Birinci Değişiklik Davaları için bkz. **Meghan E. Ferrell**, “Balancing the First Amendment and National Security: Can Immigration Hearings Be Closed to Protect the Nation’s Interest?”, Catholic University Law Review, Vol. 52, Iss. 4, Y. 2003, p. 984-996.

⁵⁹² **Dale Mineshima-Lowe**, “2025, USA Patriot Act of 2001 (2001)”, 01.03.2009 (last updated on March 31, 2025), <https://firstamendment.mtsu.edu/article/usa-patriot-act-of-2001/>, (E.T. 28.06.2025); **Patrick G. Eddington**, “The PATRIOT Act Has Threatened Freedom for 20 Years”, Cato Institute, 21.10.2021, <https://www.cato.org/commentary/patriot-act-has-threatened-freedom-20-years>, (E.T. 26.05.2024); **Brian Duignan**, “USA PATRIOT Act”, Encyclopædia Britannica, 01.04.2024, <https://www.britannica.com/topic/USA-PATRIOT-Act/Reauthorizations>, (E.T. 26.05.2024); https://www.law.cornell.edu/wex/patriot_act, (E.T. 26.05.2024). Kanunun Anayasaya aykırı olduğuna dair endişeleri gidermek için Kanundaki bazı hükümlerin bir süre sonra kendiliğinden yürürlükten kalkacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede “Gün Batımı” başlıklı 224. madde, Kanunun 16 bölümü ile iki alt bölümünün 31 Aralık 2005 tarihinden itibaren geçerliliğinin sona ermesini öngörmüştür. Bkz. **Duignan**, “USA PATRIOT Act”.

⁵⁹³ Bkz. **Eddington**, “The PATRIOT Act Has Threatened Freedom for 20 Years”.

(2) Milli Güvenlik Bağlamında Amerikan Anayasal Organları

Amerikan politikasında, tarih boyunca çeşitli tehditlerle karşılaşılması, okyanus ötesinde olmanın sağladığı avantajlara rağmen gerek hammadde ve pazar arayışı gerek başka devletlerin ve örgütlerin hedefi haline gelinmesi gibi sebeplerle milli güvenlik en önemli kavram haline gelmektedir. Bu çerçevede Amerika, yukarıda da ele aldığımız gibi süper güç olarak dünyada liderlik misyonunu üstlenmektedir. Tehditlere karşı konulması, dünya siyasetine ve ekonomisine yön veren bir güç olma hedefi elbette önce güçlü bir ekonomiyi ve istikrarlı bir iç siyaseti gerekli kılar. Bu bakımdan anayasal organların yetkileri, ilişkileri, istikrarı gibi faktörler hedeflerin gerçekleştirilebilmesi açısından büyük öneme sahiptir.

Daha önce belirttiğimiz gibi Kurucu Babalar, Anayasanın yazımında devletin varlığının korunması ve olası bir savaşa karşı tedbirleri göz ardı etmemişler, milli güvenliğe dair esnek, fakat detaylı olmayan kurallar koymuşlardır. Bu sayede sosyo-ekonomik koşulların gereklerine uyum sağlanması kolay olmuş, sistem Başkan ve Kongre arasında uyuma ve uzlaşmaya bağlı kılınmıştır⁵⁹⁴. Tarihi gelişmeler ışığında incelediğimizde yürütme organının yetkilerinin genişlediği ve milli güvenlik bakımından geniş bir takdir alanının yürütmeye bırakıldığı göz ardı edilemez. Ayrıca Kongrenin onay verdiği hallerin dışında da özellikle yurtdışında askeri güç kullanılması gibi önemli konularda Başkanın geniş yetkileri vardır⁵⁹⁵. Fakat Kongre, ödenek yetkisini elinde bulundurduğundan ve yürütme faaliyetlerine ilişkin düzenli oturumlar yaptığından milli güvenlik politikalarının belirlenmesine dolaylı olarak dahil olmaktadır. Yine Kongre, ödenek vererek ve ödeneği geri alarak sürece katılırken yürütme organının faaliyet ve harcamalarına dair Kongre Araştırma Servisi ve Hükümet Sorumluluk Bürosu vasıtasıyla raporlar alarak inceleme ve değerlendirmeler yapmaktadır⁵⁹⁶.

Yürütme organı ise niteliği gereği Kongreye göre oldukça geniş bir teşkilat ağına ve organizasyon yeterliliğine sahiptir. Yürütme teşkilatı içerisinde bulunan milli

⁵⁹⁴ **Greene**, “National Security Rules...”, p. 272-274. Milli güvenliğe ilişkin kararların alınmasında yürütmenin ve özellikle Milli Güvenlik Kurulunun etkisi ve önemi için ayrıca bkz. **Doebbler**, “How Can We Really Protect National Security?”, p. 402-403.

⁵⁹⁵ **Doebbler**, “How Can We Really Protect National Security?”, p. 402-403.

⁵⁹⁶ **Watson**, U.S. National Security, p. 23-24. Askeri harcamalara ve diğer harcamalara ilişkin yürütme organını kontrol etmek için bütçe yetkisi önemli bir role sahiptir. Bu nedenle Anglo-American anayasal düzeninde ekonomik gücün Kongrenin elinde olması sistemin dengede kalmasını sağlamaktadır. Bkz. **Chafetz**, Congress’s Constitution, p. 74-77.

güvenlikle ilgili yetki ve görevleri olan kurumların bazılarını şöyle sıralayabiliriz: Savunma Bakanlığı (Department of Defense), Dışişleri Bakanlığı (Department of State), istihbarat teşkilatları (CIA, National Security Agency), İç Güvenlik Bakanlığı (Department of Homeland Security), Sahil Güvenlik (Coast Guard) ve Adalet Bakanlığı (Department of Justice)⁵⁹⁷.

Son olarak, yargı organından söz etmemiz gerekir. Yargı organı milli güvenliğin korunması ve politikaların belirlenmesi bakımından politika yapıcı rolünde değildir. Yargı organları, ancak bir uyuşmazlık çıktıktan sonra uyuşmazlığı çözmek üzere karar verebilirler⁵⁹⁸. Yüksek Mahkeme de her yargı organı gibi uyuşmazlıkları çözmek üzere ve ancak kendisine başvurulduğunda karar verebilir. Fakat, Mahkemenin rolü bundan ibaret değildir. Mahkeme, kuralların anayasal haklara ve genel olarak Anayasaya uygunluğunu denetler. Bu nedenle, milli güvenliğe dair kuralların ve politikaların belirlenmesi bakımından oldukça önemli bir rolü ve etkisinin olduğunu belirtmek gerekir. Yüksek Mahkeme, politikaların belirlenmesi ve uygulanması sürecine doğrudan dahil olmasa da anayasal sistemi önemli ölçüde etkileyen bir organ niteliğindedir. Mahkemenin milli güvenlikle ilgili konularda verdiği kararlar, politika belirleme sürecinde ve kanunların hazırlanması aşamasında oldukça yol gösterici olabilmektedir. Bu bakımdan mahkemenin kararlarının etkisi, ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmekten ibaret değildir. Aksine tüm bir anayasal sistem üzerine nüfuz eder. Sonuç olarak Mahkeme, milli güvenlikle ilgili davalarda verdiği kararlarla anayasal ilkelerin uygulanması sürecinde hükümetin milli güvenlik hedeflerine ulaşma yetkisinin anayasal sınırlara uygun kullanılıp kullanılmadığını belirlemede oldukça geniş yetkilere sahip bir organdır⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ Ayrıca bkz. **Watson**, U.S. National Security, p. 24-29.

⁵⁹⁸ Ayrıca bkz. **Watson**, U.S. National Security, p. 29.

⁵⁹⁹ **Thomas I. Emerson**, “National Security and Civil Liberties”, The Yale Journal of World Public Order, Vol. 9, N. 78, Y. 1982, p. 85-86. Milli güvenlik söz konusu olduğunda, ülke ister savaşla, iç karışıklıkla ya da saldırı tehdidiyle karşı karşıya olsun ister barışın sürdüğü bir dönemde olsun Mahkemenin sistem içerisindeki rolü aynıdır. Bu önemi itibarıyla Mahkemenin bağımsız kalması hayati bir öneme sahiptir. Nitekim, tüm toplumun etkilendiği, örneğin ülkenin savaşta olduğu, ailelerin çocuklarını kaybettiği bir ortamda, siyasi ve askeri organlar ve toplum yargıya baskı uygulayabilir. Bu baskının şiddeti ve yol açtığı tehdit çok çeşitli olabilir. Mahkemenin belirlenen güvenlik politikalarının aleyhine karar verebilmesi bu şartlar altında her zaman kolay değildir ve hakimler bu yönde karar vermeye çok istekli olmayabilirler. Ancak savaş gibi toplum üzerinde büyük bir etki oluşturan hallerin olduğu zamanlarda yargının bağımsız kalmasına daha fazla ihtiyaç vardır. Özellikle terörle mücadelede, sonu gelmeyen savaş çağında, yargı organının önemi daha fazla artmaktadır. Bkz. **Stephen Reinhardt**, “The Judicial Role in National Security”, Boston University Law Review, Vol. 86, Y. 2006, p. 1309-1310; ayrıca bkz. **Jeremy Waldron**, “Security and Liberty: The Image of Balance”, The Journal of Political Philosophy, Vol. 11, N. 2, Y. 2003, p. 191. Fakat, milli güvenlik söz konusu olduğunda, içerisinde bulunulan koşullardan dolayı mahkemelerin

(3) Amerikan Temel Değerleri ve Milli Güvenlik

Amerikan değerleri, sistemin devamı için gerekli olan felsefi, hukuki ve ahlaki temellere dayanır. Reformasyon, Rönesans, Locke ve Rousseau'nun düşünceleri ile Amerikan Devriminin dayandığı ilkeleri de kapsayan bu değerler, siyasi sisteme ve toplum düzenine doğal karakterini veren ilkelerdir. Bunlar, Amerikan kültürünün içeriğini ve milli menfaatlerin dayandırıldığı temelleri oluşturur⁶⁰⁰. Sarkesian/Williams/Cimbala, Amerikan temel değerlerini 6 ana başlık altında ele almaktadır: Kendi kaderini tayin hakkı; bireyin başkalarıyla, siyasi sistemle ve toplumsal düzenle olan ilişkisinde doğuştan gelen bir değer olması; yöneticilerin yetkilerini kaynağı halktır, halka hesap verilmesi gerekir ki bu da demokratik siyasi meşruiyetin özüdür; uluslararası ortamdaki politikalar ve değişikliklerin bu ilk üç değere dayanması; bu değerleri savunan devletlerin ve sistemlerin korunması; ve nihayet bu değerlerin, Cumhuriyetin 18. yüzyılın sonlarında kurulmasından önceki Yahudi-Hristiyan mirasına dayanmasıdır⁶⁰¹.

Eskiden Amerikalıların çoğu, kendi varlıkları tehlikede olmadığı sürece Amerikan değerlerinin diğer devletlere dayatılamayacağını kabul etmekteydi. Ancak bugün çoğuna göre milli güvenlik, bu değerlerin diğer devletlere aktarılmasını içermektedir⁶⁰². Çünkü Amerikan milli güvenlik yaklaşımına göre demokrasi, hukuk devleti, insan hakları ve teşebbüs serbestisini kapsayan Amerikan değerlerinin benimsenmediği bir dünya, önce Amerikan milli güvenliği için bir tehdit teşkil etmektedir. Bu, sadece Amerika'nın güvenli limanlarda hammadde temin etmesi ve güvenli pazar bulmasıyla ilgili değildir. İkinci Dünya Savaşında Nazilerin Avrupa'da yaptıkları, SSCB'nin neden olduğu tehdidin

hürriyetlerin ihlal edildiğine ilişkin karar vermesi zor olabilir. Yargı denetiminin güçlü ve Yüksek Mahkemenin önemli bir role sahip olduğu Amerika'da dahi mahkemeler, savaş ve diğer olağanüstü koşullarda hürriyetlere yönelik müdahalelere karşı çıkmakta istekli değillerdir. Bkz. **Waldron**, "Security and Liberty...", p. 191.

⁶⁰⁰ **Sarkesian/Williams/Cimbala**, US National Security..., p. 11; Antik Roma'nın etkisi, değerler ve değerlerin kaynakları için ayrıca bkz. **Marybeth P. Ulrich**, "American Values, Interests, and Purpose: Perspectives on the Roots of American Political and Strategic Culture", in U.S. Army War College Guide to National Security Issues, Vol. II, J. Boone Bartholomees, Jr. (Ed.), 5. Ed., Carlisle 2012, p. 4-6.

⁶⁰¹ **Sarkesian/Williams/Cimbala**, US National Security..., p. 11-13; diğer değerlere ve onların kaynaklarına ilişkin bkz. **Ulrich**, "American Values, Interests, and Purpose...", p. 4-6. Anglo-Sakson değerlerinin üstünlüğü ile Amerika'nın gücünün Amerikan değerlerinde ve demokrasisinde olduğu düşüncesi 1890'lara kadar götürülebilecek bir düşüncedir. Bu dönemde Amerika'nın bölgesel oyun kurucu rolünü üstlenmekte olduğu görülmektedir. Ayrıca aynı dönemde milli güvenlik temelli devletin ilk izlerinin gün yüzüne çıktığı kabul edilmektedir. Bu hususta ayrıca bkz. **Walker III**, National Security and Core Values..., p. 52-60.

⁶⁰² **Sarkesian/Williams/Cimbala**, US National Security..., p. 4-5, 13.

boyutu, Amerika'yı hedef alan terör örgütlerinin⁶⁰³ kimi devletlerle ve hükümetlerle yakın ilişkisi, Kuzey Kore ve İran'ın açık-düşmanca tutumları, Rusya ile bugünün en büyük tehdidi olarak görülen Çin, Amerika'yı kendi değerlerini Dünyaya yaymaya itmiştir⁶⁰⁴. Değerlerin yayılması sayesinde Amerika'nın, aynı değerlere sahip ortaklarla uyum içerisinde varlığını koruyabileceği düşünülmektedir. Nitekim tarihi tecrübeler göstermiştir ki dış dünyaya kayıtsız kalındığında dahi "Amerikan değerlerini" hedef alan düşmanlar, aynı zamanda Amerika'yı da hedef almıştır. Diğer bir ifadeyle, dünyaya yayılan Amerikan değerlerine karşı başlayan düşmanlık ile devlet olarak Amerika'ya karşı ortaya çıkan düşmanlık arasında fark yoktur⁶⁰⁵. Bu çerçevede hazırlanan Amerikan strateji raporlarına bakıldığında da Amerikan değerleri korunmadığı ve dünya düzeninde hâkim ilkeler olarak kabul edilmediği müddetçe Amerika için milli güvenlik sorunu ortaya çıkmakta ve bunun silahlı kuvvetlerin kullanılması için meşru bir sebep olduğu kabul edilmektedir.

C. Milli Güvenliğin Çeşitli Kavramlarla İlişkisi

1. Genel Olarak

Milli güvenlik kavramı soyut ve sınırları belli olmayan bir kavramdır. Bu nedenle siyasi iktidar tarafından kötüye kullanılmaya müsaittir. Dolayısıyla kavramın mümkün olduğu ölçüde somutlaştırılması, sınırlarının belirlenmesi, hiç değilse benzer ya da çeşitli başka kavramlarla farkının ortaya konulması gerekmektedir. Biz de çalışmanın bu başlığında milli güvenliği çeşitli kavram ve kurumlarla birlikte ele alacağız.

Milli güvenlikle ilgili tüm kavram ve kurumları ele almak yerine temel bazı kavramları tercih ederek genel bir çerçevede ortaya koyacağız. Her ne kadar bu kavramlar tıpkı milli güvenlik gibi soyut ve tanımlanması zor olan, doktrinde tanımlı bakımından tartışmalara konu olan kavramlar olsa da bunlara mümkün olduğu kadar somut ve basit

⁶⁰³ Özellikle terörizmle mücadele, Amerikan değerlerinin korunmasına yönelik mücadeleyle iç içe geçmiştir. Ayrıca bkz. **Sarkesian/Williams/Cimbala**, US National Security..., p. 3.

⁶⁰⁴ Dünyanın geri kalanında yaşananlara kayıtsız kalamayacağı anlaşılmıştır. Bu konuda bkz. **Sarkesian/Williams/Cimbala**, US National Security..., p. 7-8, 13-16; **Leffler**, "National Security", p. 147-152. Batılı devletler, demokrasi ve açık ekonomik sistemlerin barışı ve güvenliği desteklediklerini düşünmektedir. Bkz. **Morgan**, "National and International Security...", p. 60. Dolayısıyla Amerika'nın bu ilkeleri yaymaya ilişkin iddialarının Batı Dünyasında destek bulmasının normal görülebileceğini belirtmek gerekir.

⁶⁰⁵ 2022 Strateji Raporunda belirlenen stratejilerin "Amerikan halkının güvenliğini sağlamaya, ekonomik refahı ve fırsatları genişletmeye ve Amerikan yaşam tarzının kalbindeki demokratik değerleri gerçekleştirmeye ve savunmaya" dayandığı açıkça ifade edilmiştir. Bkz. **The White House** (2022), p. 7.

bir şekilde yer vereceğiz. Bu sayede tanımlanma zorluğu engelini aşarak kavramlara ilişkin hiç değilse temel düzeyde bir anlayış oluşturmayı hedefliyoruz. Çünkü ifade hürriyetinin sınırlandırılması için bir sebep olarak kabul edilen milli güvenliğin anlaşılması ve kapsamının belirlenmesi bakımından bu incelemenin gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Son olarak kavramların ilişkilerini ele alırken bu tür kavram ve kurumlar yerel dinamiklere göre değişkenlik arz ettiği için çalışmanın bağlamından kopmadan konuyu Amerikan hukuku ve siyasetiyle sınırlı tutacağız, ancak yer yer genel açıklama ve değerlendirmelere yer vereceğiz.

2. Milli Güvenlik ve Milli Menfaatler

Milli menfaat (national interests) kavramının tanımlanması milli güvenlik kavramında olduğu gibi zordur. Milli menfaat kavramı da soyut ve sınırları her zaman belirlenemeyen bir kavramdır⁶⁰⁶. Ancak hukuk, uluslararası ilişkiler gibi bilim dalları için önemli olan bu kavramın tanımlanmasına dair çeşitli görüşler vardır.

Bunlardan realist okula göre milli menfaatler, devletin diğer devletler karşısındaki somut gücü ve etki alanı çerçevesinde tanımlanmalıdır. Somut gücün en önemli ve tek görünümü olan askeri güçtür ve milli menfaatlerin sağlanması için askeri gücün sürdürülmesi gerekir. Bu görüşü savunanlara göre, örneğin, Balkanlarda Amerika'nın önemli menfaati yoktur. Çünkü Balkanlardaki durumda, dar anlamda Amerikan askeri gücü bakımından devletin menfaatlerine yönelik bir tehdit bulunmamaktadır⁶⁰⁷. Kavramı daha geniş ve kapsayıcı bir şekilde tanımlayan diğer yaklaşıma göre ise milli menfaatler, insan hakları, ekonomik kalkınma, sağlık sorunlarının önlenmesi gibi soyut ve diğer çeşitli menfaatleri kapsar. İki yaklaşımın da olumlu ve olumsuz yanlarının olduğu ifade edilmektedir⁶⁰⁸. Ancak ikinci yaklaşımla da uyumlu olacak şekilde kısaca şunu söyleyebiliriz ki, milli menfaatler, askeri güç ve çıkarlar ile birlikte devletin tüm unsurlarını içerisine alan geniş bir menfaat alanını ifade etmektedir. Dolayısıyla sağlıktan

⁶⁰⁶ Bu ise kötüye kullanılmaya her zaman müsaittir. Demokratik ve demokratik olmayan rejimlerde halkın desteğini almak için alınan kararlar milli menfaatlere dayandırılmaktadır. Örneğin, İkinci Dünya Savaşına giden süreçte Hitler, Savaşın sonraki dönemde ise Stalin gibi diktatörler, resmî ideoloji hedeflerini ve toprak genişletme çabalarını milli menfaatler gibi amaçlarla gerekçelendirmiştir. Bkz. **James F. Miskel**, "National Interests Grand Purposes or Catchphrases?", Naval War College Review, Vol. LV, N. 4, Y. 2002, p. 98.

⁶⁰⁷ **Miskel**, "National Interests...", p. 97.

⁶⁰⁸ **Miskel**, "National Interests...", p. 97.

güvenliğe, madencilikten temiz suya, eğitimden ticarete, toplumu ve devleti ilgilendiren tüm menfaatler milli menfaatler içerisinde görülmelidir.

Öyleyse Amerika bağlamında baktığımızda milli menfaatler, yerel ya da milletlerarası arenada devletin ve Amerikalıların lehine olan sonuçları ifade etmektedir. Diğer bir deyişle Amerikan milli menfaatleri, Amerikan değerlerinin yerel ve milletlerarası arenaya yansıtılmasını ifade eder⁶⁰⁹. Bu menfaatler arasında devlete ve millete yönelik tehditlerin ortadan kaldırılması veya bunlara karşı tedbir alınması da bulunmaktadır⁶¹⁰. Diğer bir ifadeyle milli menfaatleri geniş ve çatı bir kavram olarak ele aldığımızda en temel milli menfaat devletin, yani ülkenin, insanların ve siyasi iktidarın hayatta kalması menfaatidir. Sonuç olarak milli güvenlik de milli menfaatlerin arasında bulunan bir menfaat olarak kabul edilmelidir⁶¹¹. Yani güvenlikli milli menfaat, milli güvenliği ifade etmektedir.

Nihayet, milli menfaatleri, milli güvenliği de içerisine alacak şekilde derecelendirmek mümkündür. Milli menfaatler bakımından yapılabilecek bir ayrım kavramın kapsamının ve milli güvenlikle ilişkisinin anlaşılmasına katkı sunabilir. İlk derece menfaatler, hayati menfaatler (vital interests)⁶¹² olarak ifade edilmektedir. Hayati menfaatler, ülke güvenliğinin sağlanmasını ve bu menfaati doğrudan etkileyen hususların temin edilmesini gerektirir. Bu, bilgi, teknoloji, askeri yeterlilik gibi savunma kaynaklarıyla ilgilidir. İkinci derece ise, kritik menfaatler (critical interests) olarak ifade edilmektedir. Amerika'nın varlığını doğrudan etkilemeyip ve tehdit etmeyip uzun vadede hayati menfaatlere, yani birinci dereceye evrilme olasılığı yüksek olan konuları içerisine alır. Üçüncü derece ise ciddi menfaatleri (serious interests) ifade eder. Birinci ve ikinci

⁶⁰⁹ Sarkesian/Williams/Cimbala, US National Security..., p. 8-9.

⁶¹⁰ Bu yöndeki değerlendirmeler için ayrıca bkz. Miskel, "National Interests...", p. 99-100.

⁶¹¹ Ayrıca bkz. Robert "Robin" H. Dorff, "Some Basic Concepts and Approaches in the Study of International Relations", in Guide to National Security Policy and Strategy, J. Boone Bartholomees Jr. (Ed.), U.S. Army War College 2004, p. 5.

⁶¹² 2022 Güvenlik Stratejilerinin "...hayati çıkarlarını ilerletmek, ABD'yi jeopolitik rakiplerimize üstünlük sağlayacak şekilde konumlandırmak, ortak zorluklarla mücadele etmek ve dünyamızı daha parlak ve daha umutlu bir yarına doğru sağlam bir yola sokmak için bu belirleyici on yılı nasıl değerlendireceği..." belirtilmiş ve Dünya genelinde Amerikan liderliğinin gerektiği, "değerlere" öncülük edileceği ve Amerikan "çıkartlarını" paylaşan herkesle uyumlu bir şekilde çalışılacağı ifade edilmiştir. Başkan Biden tarafından kaleme alınan "Önsöz" için bkz. The White House (2022). Anlaşılacağı üzere, değerler, milli menfaatler ve milli güvenlik ayrı kavramlar olsa da birbirinden bağımsız incelenemez.

derece menfaatleri önemli ölçüde etkilememekle birlikte bu tür menfaatlere zarar verme potansiyeline sahip, nispeten daha önemsiz menfaatleri ifade eder⁶¹³.

3. Milli Güvenlik ve Kamu Güvenliği

Amerikan literatüründe milli güvenlik kavramıyla ilişkisi bakımından ele alınması gereken bir diğer kavram da kamu güvenliği (public safety) kavramıdır. Bu kavramı, kamu düzeni kavramının bir unsuru olarak ele almak gerekir. Ayrıca genel bir menfaat olarak ve kamu güvenliği gibi çeşitli unsurları ihtiva eden kamu düzeni de milli güvenlik kavramıyla ilgili olmakla birlikte ondan farklı bir kavramdır.

a. Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni

Kamu güvenliğini de kapsayan bir menfaat olarak kamu düzeni (public order) genel olarak asayiş hizmetinin sağlanmasını ifade eder. Bu manada kamu düzeni, gereken önlemlerin alınmasıyla kişilerin barış ve huzur içerisinde günlük yaşantılarını sürdürebilmelerinin sağlanmasıdır⁶¹⁴. Kamu düzeni hizmetleri doğrudan kolluk faaliyetleriyle ilgilidir. Bu bakımdan polis, bekçi ve zabıta gibi görevliler kamu düzeninin tesisine hizmet eder. Örneğin, insanların korkmadan, rahatsız edilmeden ve huzur içerisinde işe gidebilmeleri, otobüse binmeleri, parkta oturmaları, market alışverişini yapmaları kamu düzeninin sağlanmasıyla mümkündür⁶¹⁵. Fakat kamu düzeni günlük yaşantının güvenli bir şekilde sürdürülmesinden ibaret değildir. Nitekim kamu düzeni bundan çok daha fazlasını kapsamaktadır. Genel sağlık, genel ahlak, ekonomik kamu düzeni gibi pek çok genel menfaat geniş anlamda kamu düzeninin içeriğini oluşturmaktadır⁶¹⁶.

⁶¹³ Sarkesian/Williams/Cimbala, US National Security..., p. 8-9.

⁶¹⁴ Yavuz Yayla, Basın Özgürlüğü..., s. 103; Abdullah Akkoyunlu, Kamu Düzeninin Sağlanmasında Kolluğun Yetkileri, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzincan 2017, s. 10; Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 36-37; Metin Günday, İdare Hukuku, 11. Bs., İmaj Yayınevi, Ankara 2017, s. 289. Kamu düzenin sosyal yaşama ilişkin yönüne dair bkz. Zhilong Guo, "Public Order as a Protectable Interest", Legal Studies, Vol. 41, N. 3, Y. 2021, p. 2-3; genel olarak kamu düzeni hakkında ayrıca bkz. Güveyi, Anayasa Hukuku Boyutuyla..., s. 41. ⁶¹⁵ Bkz. Günday, İdare Hukuku, s. 292; Gedik/Has, "...Milli Güvenlik Kavramı...", s. 1924. Buna göre, kamu düzeni, düzeninin olmamasını istenmeyen toplumsal bir durum olarak ilan eder. Düzensiz bir toplumdan beklenen yıkıcı şiddettir. Bkz. George H. Dession, "The Technique of Public Order: Evolving Concepts of Criminal Law", Buffalo Law Review, Vol. 5, Iss. 1, Y. 1955, p. 23; Akkoyunlu, Kamu Düzeninin Sağlanmasında Kolluğun Yetkileri, s. 12.

⁶¹⁶ Kamu düzeni kavramının içeriğine ilişkin bkz. Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 86, 107-108, 149; Günday, İdare Hukuku, s. 292-293; kamu düzeninin unsurları için bkz. Akkoyunlu, Kamu Düzeninin Sağlanmasında Kolluğun Yetkileri, s. 16-42.

Milli güvenlik ise kamu düzeni kavramından farklıdır. Buna karşılık milli güvenliğin “iç güvenliği” ilgilendiren yönü itibarıyla kamu düzeniyle benzer yönlerinin olduğu söylenebilir⁶¹⁷. Milli güvenlikle kıyaslandığında kamu düzeni, günlük insan yaşantısının düzenli ve güvenli olmasıyla ilgilidir. Kamu düzenini bozan şeyler daha çok geçici, yerel, bazense bölgesel ve hayatın olağan akışında karşılaşılmaması beklenendir⁶¹⁸. Bu sorunlar devletin varlığını, dolayısıyla devlet unsurlarının varoluşunu tehdit edecek ciddilikte görülemez. Milli güvenlik ise kamu düzenine göre daha genel ve büyük tehditlerle ilgilidir. Milli güvenlik, basit bir asayiş meselesi olmaktan öte, devletin varlığına yönelik tehdit ve saldırılarla ilgilidir. Dolayısıyla, her milli güvenlik sorunu kamu düzenini bozarken her kamu düzeni sorunu milli güvenlik sorunu oluşturmaz⁶¹⁹.

Kamu düzeniyle kıyaslandığında ise kamu güvenliği, kamu düzeninin sağlanmasına hizmet eden unsurlardan biri olarak kabul edilmelidir. Nitekim, kamu düzeni kişilerin can ve mallarına karşı saldırı ve tehditlerden emin olmasının sağlanmasıdır. Aksi halde kişiler hak ve hürriyetlerini gerçek anlamda kullanamaz. Bu bakımdan, kamu düzeninin bir gereği olarak kişilerin günlük hayatlarını sürdürebilmeleri, huzur ve barış içerisinde olabilmeleri için öncelikle kamu güvenliğinin sağlanması gerekir⁶²⁰. Yani, kamu güvenliğinin sağlanamaması kamu düzenini bozan bir faktör olarak ortaya çıkar.

b. Devletin Temel Görevi Olarak Güvenlik Ekseninde Kamu Güvenliği

Devletin varlık sebebi ve ilk görevi nedir diye sorduğumuzda aklımıza ilk gelmesi gereken cevap “güvenlik”tir. Nitekim, bireyler güvenliği sağlaması için ve ceza vermesi için gereken araç ve teşkilata sahip olan devleti kurmuş, ona ve yöneticilere bazı yetkiler vermişlerdir. Dolayısıyla bir hükümetin de ilk görevi “kamu güvenliği”ni

⁶¹⁷ **Akgüner**, 1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı..., s. 69; **Okay Tekinsoy**, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, s. 84. Örneğin, insanların günlük yaşantılarını sürdürürken sel, deprem gibi doğadan gelebilecek tehditlerden ve başka insanlardan kaynaklanacak hırsızlık, silahlı saldırı gibi tehditlerden emin olması kamu düzeniyle ilgilidir. Bkz. **Yayla (Yıldızhan)**, İdare Hukuku, s. 36-37.

⁶¹⁸ **Yavuz Yayla**, Basın Özgürlüğü..., s. 103; **Akgüner**, 1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı..., s. 69-70.

⁶¹⁹ **Akgüner**, 1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı..., s. 69-70; **Okay Tekinsoy**, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, s. 84; **Akkoyunlu**, Kamu Düzeninin Sağlanmasında Kolluğun Yetkileri, s. 45; milli güvenliğin kamu düzeninden farkları için ayrıca bkz. **Gedik/Has**, “...Milli Güvenlik Kavramı...”, s. 1924-1925.

⁶²⁰ **Yavuz Yayla**, Basın Özgürlüğü..., s. 103; **Günday**, İdare Hukuku, s. 292. Kamu düzenine ilişkin benzer tanım ve açıklamalar için ayrıca bkz. **Gülden Çınarlı**, Anayasal Bir Kurum Olarak Milli Güvenlik Kurulu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 50. Kamu güvenliğinin kamu düzeninin bir unsuru olduğuna dair farklı görüşler için bkz. **Okay Tekinsoy**, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, s. 55-57.

sağlamaktadır⁶²¹. Toplum sözleşmecî yazarlardan Locke ve Hobbes da bireylerin toplum sözleşmesi yapmasındaki temel sebebin bu anlamdaki güvenlik olduğunu kabul etmektedir. Özellikle Locke’a göre, doğal düzende bireyler hür olarak yaşamalarına ve mutlu olmalarına rağmen merkezi bir güç tarafından güvenliğin sağlanmasının eksikliği hissetmişlerdir. Bireylerin toplumsal yaşama katılmasının amacı da bu eksikliği gidermektir⁶²². Nitekim kişilerin canlarına ve mallarına karşı gerçekleştirilen saldırıları önleyecek ve cezalandıracak bir teşkilatın olmaması ayrı bir güvenlik sorunudur.

Kamu güvenliği, ilk olarak ve en tartışmasız haliyle devletin koruma işlevini ifade eder. Bu koruma, kişilerin ve kişilerin mallarının üçüncü kişilerden gelebilecek tehdit ve saldırılara karşı korunmasıdır. Diğer bir ifadeyle kamu güvenliği, kişilerin can ve mallarının başka kişilerden gelecek saldırılardan ve zararlardan emin olmalarıdır⁶²³. Kamu güvenliği, koruma işlevi nedeniyle polis, itfaiye ve acil yardım teşkilatını ve yeterliliğini gerekli kılmaktadır. Değişen ve gelişen dünyanın neden olduğu yeni tehditlere karşı da hazırlıklı olunması gerekir. Örneğin, hükümetler tarafından siber saldırılar ve internet ortamında çocuklara yönelik tehditler gibi yeni nesil tehdit ve saldırılara karşı tedbirler alınmalıdır. Dolayısıyla şartlar, tehditler ve saldırılar ne olursa olsun hükümetlerin bunları ortadan kaldırması, kişilerin canlarının ve mallarının zarar görmesini engellemesi gerekir⁶²⁴.

⁶²¹ **Barry Friedman**, “What is Public Safety?”, Boston University Law Review, Vol. 102, Y. 2022, p. 728; **Steven T. Heyman**, “The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment”, Duke Law Journal, Vol. 41, N. 3, Y. 1991, p. 512-520; **Barry Friedman**, “Are Police the Key to Public Safety?: The Case of the Unhoused”, American Criminal Law Review, Vol. 59, Y. 2022, p. 1630.

⁶²² **Friedman**, “What is Public Safety?”, p. 734, 737; güvenliğe dair Locke’un görüşleri ve sosyal sözleşme teorisi için ayrıca bkz. **Heyman**, “The First Duty of Government...”, p. 514-516.

⁶²³ **Friedman**, “What is Public Safety?”, p. 736, 740; **Okay Tekinsoy**, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, s. 55; kamu güvenliği için ayrıca bkz. **Güveyi**, Anayasa Hukuku Boyutuyla..., s. 45; **Günday**, İdare Hukuku, s. 292. Tabiatın insanın düşmanı olabileceği ve güvenliğin tabiata karşı da önlem almayı gerektirdiği yönünde bkz. **Friedman**, “What is Public Safety?”, p. 740.

⁶²⁴ Ayrıca bkz. **Friedman**, “What is Public Safety?”, p. 738-739. Güvenliği (safety), kavram olarak analiz ederek inceleyen kimi yazarlar, güvenliğin yalnızca fiziksel zararlardan korunma olarak görmemektedir. Onlara göre, evsizlik, hastane ve ilaçlara erişimin olmaması, yeterli gıda yokluğu, temiz su eksikliği ve eğitim imkanlarının yetersizliği de kamu güvenliği sorunudur. Kanaatimizce de bu gibi hususlar kamu güvenliği sorunu halini alabilirler. Ancak bu yazarlar, devletin olumlu edim yükümlülüğünün olduğunu kabul etmekte ve bu sorunların çözülmesini de güvenliğin bir gereği olarak görmektedir. Güvenlik kavramı ve gerekleri için ayrıca bkz. **Friedman**, “What is Public Safety?”, p. 739-746; devletin koruma işlevinin yanı sıra bazı hizmetleri sağlaması ve olumlu edimde bulunması gereği zamanla genişlemiştir. Bkz. **Heyman**, “The First Duty of Government...”, p. 510-512 Bu yaklaşıma katılmamakla birlikte, konuyu milli güvenlikle ilişkisi yönüyle sınırlı tutmak istediğimizden liberal ya da liberal olmayan devlet tercihlerini de içerisine alan ve çalışmamızın kapsamını aşacak tartışmalara ayrıca yer vermeyeceğiz. Ancak şunu söyleyebiliriz ki, biz çalışmamızda kamu güvenliği kavramını, yukarıda açıkladığımız, yani klasik anlamıyla, kişilerin hak ve hürriyetlerini serbestçe kullanabilmesi, üçüncü kişilerden gelebilecek tehdit ve

c. Milli Güvenlik ve Kamu Güvenliği İlişkisi

Kamu güvenliği, bireyleri ya da toplumun bir kesimini etkileyen, devleti, yani devletin unsurlarından birini ya da birden fazlasının varlığını tehdit edecek boyuta gelmemiş saldırı ve tehditlerden emin olunmasını ifade etmesi yönüyle milli güvenlikten ayrılmaktadır. Diğer bir ifadeyle kamu güvenliği, milli güvenliğe kıyasla daha hafif tehditlerle ve bu tehditlerin normal kolluk faaliyetleriyle giderilmesiyle ilgilidir⁶²⁵. Milli güvenlik ile kamu güvenliği sorunları arasında sınır çizmek ise her zaman kolay değildir. Milli güvenliğin sınırlarının başladığı yer ile kamu güvenliğinin başladığı yer her zaman kesişmez. Bazen bu sınırlar çizgisel değil, alansal, yani daireseldir. Diğer bir ifadeyle, iki kavramın iç içe geçtiği alanlar olabilir. Burada hükümetler, tehlikenin veya konunun önemine göre meseleyi milli güvenlik ya da kamu güvenliği meselesi olarak ele alabilirler. Nitekim, hükümetlerin elinde askeri ve istihbari bilgiler olduğundan basit ve tekil gibi gözüken saldırılar, daha büyüklerinin habercisi olarak değerlendirilebilir. Örneğin, bilgisayar korsanlığı, tekil olaylarda kişilerin banka hesaplarının çalınması yönüyle kamu güvenliğinin konusunu oluştururken, kamu kurumlarından ya da özel kurumlardan hassas bilgilerin çalınması halinde milli güvenlik sorununa dönüşebilir. Bu ayrım, saldırı ve tehlikenin derecesine göre değişiklik arz ederken belli ölçüde hükümetlerin takdir alanına (yetkisine) girer⁶²⁶.

Milli güvenlik ve kamu güvenliği ayrımında saldırı ve tehdidin ülkenin bir kısmında veya tamamında etkili olması da her zaman ölçüt olamaz. Nitekim ülkenin önemli bir kısmında ya da tamamında ortaya çıkan kimi güvenlik sorunları milli güvenlik sorunu boyutuna ulaşmadan kamu güvenliği sorunu olarak kabul edilebilir. Örneğin ülke genelinde bir salgının ortaya çıkması, tek başına bu salgının ülkenin tamamını etkilemesi nedeniyle milli güvenlik sorunu olarak görülemez. Ancak bu salgın, ani ve hızlı ölümlere yol açıyorsa, tedavisi yoksa ya da tedavi yaygın değilse, devletin “insan unsurunu” tehdit ediyor demektir. Benzer şekilde, salgın kaosa yol açmış, yağma ve hırsızlık gibi suçlar

saldırılarına karşı korunması ile kendi tercihlerini engelle karşılaşmadan takip edebilmesi olarak kullanacağız. Konuya ilişkin ayrıca bkz. **Heyman**, “The First Duty of Government...”, p. 510-512; **Friedman**, “Are Police the Key to Public Safety?”, p. 1630-1637.

⁶²⁵ **Gedik/Has**, “...Milli Güvenlik Kavramı...”, s. 1925; **Güveyi**, Anayasa Hukuku Boyutuyla..., s. 47.

⁶²⁶ **Gedik ve Has**, milli güvenlik kavramı ile kamu güvenliği kavramının farklarından söz ederken kamu güvenliğinin normal kolluk hizmetleriyle sağlanmaya çalışıldığını, fakat milli güvenliğin askeri sistemlerle sağlandığını belirtmektedir. Dolayısıyla yazarlara göre kullanılan araç ve yöntemler de milli güvenlik ve kamu güvenliği arasındaki farkın anlaşılmasında önemli hususlardır. Bkz. **Gedik/Has**, “...Milli Güvenlik Kavramı...”, s. 1925.

artmışsa yine kamu güvenliği meselesi vardır. Fakat, kamu düzeninin bozulması sonucunda hükümet ve kolluk, suçla mücadele etmekte yetersiz kalıyorsa ya da hükümet otoritesini kaybetmişse devletin “siyasi iktidar” ya da “insan” unsuruna yönelik bir tehdit var demektir. Dolayısıyla kamu güvenliğini bozan tehditler, büyüyerek milli güvenlik sorunu halini alabilir. Görüldüğü gibi iki kavram arasında yapılan ayırmda temel ölçütün “derece” farkı olduğunu söylememiz gerekir. Kamu güvenliği sorunları çözülmediği, kişilerin huzur ve güven içerisinde yaşamaları süreklilik arz etmediği müddetçe, bu sorunların milli güvenlik sorunlarına evrilmesinin kaçınılmaz olduğunu söylemek mümkündür.

İki güvenlik kavramını kaynağı açısından da karşılaştırabiliriz. Hatırlanacağı üzere milli güvenlik sorunlarının tek kaynağı başka devletler ya da merkezi ülke sınırlarının dışında olan örgüt ya da milletlerarası gruplar değil, ülke içerisinde bulunan kişi ya da gruplar da olabilir. Buna başka bir ülke ya da harici güç tarafından desteklenmeyen darbeler veya darbe girişimleri örnek gösterilebilir. Çünkü darbeler, milletin iradesini ve tercihini görmezden gelerek siyasi iktidarın ele geçirilmesidir. Kamu güvenliğinde de sorunların kaynağı, ülke sınırları içinde veya dışında olabilir. Örneğin, rüşvet, kanun dışı para aklama ya da transferi, insan kaçakçılığı gibi kamu düzeni sorunu teşkil eden suçlar bakımından durum böyledir.

4. Milli Güvenlik ve Terörizm

Milli güvenlik söz konusu olduğunda akla gelecek ilk kavramlardan ve olgulardan birisi de terörizmdir. Terörizm, milli güvenlik için önemli tehditlerden bir tanesidir. Bu nedenle, terörizme ilişkin yapılacak açıklamalar, hangi korkularla devletlerin tedbir aldığını ve anayasal hakları sınırlandırdığını gösterir. Diğer yandan terörizm, sadece devletlerin aldığı tedbirler bakımından değil, terör unsurları tarafından bireylerin haklarına karşı gerçekleştirilen saldırılar bakımından da önemli bir konu haline gelmektedir.

Hemen herkesin ilgisini çekmesine, sosyal hayatta, siyasette ve medyada sıkça zikredilmesine rağmen terörizmin tanımı tam olarak yapılabilmiş değildir. Bu bakımdan gerek bilim insanları ve araştırmacılar gerek Amerikan hükümet organları arasında farklı

tanımlar yapılmaktadır⁶²⁷. Fakat yaygın olarak kabul edilen bazı kriterler terörizmin anlaşılması için yardımcı olmaya elverişlidir. Kasten siyasi amaçlarla şiddet kullanılması, bir hükümeti veya genel kamuoyunu korkutma ya da zorlama tehdidinin olması, sivillere karşı şiddetin kullanılması, korku ve güvensizlik aşılanarak istenilen sonuçlara ulaşma stratejisi gibi hususlar, üzerinde anlaşılan bazı kriterlere örnek olarak verilebilir⁶²⁸. Bu kriterleri de dikkate aldığımızda terörizmi, “genellikle siyasi olmakla birlikte, bazen dini veya ideolojik amaçlarla, hükümeti ve sivilleri korkutmak, oluşturulan korku ve güvensizlikle devlette ya da toplumda kısmen ya da tamamen değişimler elde etmek gibi hedeflere ulaşmak için hukuk-dışı şiddet kullanılması ya da şiddet kullanma tehdidi” olarak tanımlayabiliriz⁶²⁹.

Amerikan kurumlarında da tek bir terörizm tanımı yapılmamakta, farklı hükümet organları tarafından farklı tanımlar ve anlayışlar kabul edilmektedir. Örneğin Federal Araştırma Bürosu (Federal Bureau of Investigation-FBI) terörizmi, yerel veya yurtiçi (domestic terrorism) ve milletlerarası terörizm (international terrorism) ayrımı yaparak tanımlar. Buna göre yerel terörizm, siyasi, dini, sosyal, ırksal veya çevresel nedenlerle ülke içi şartlardan kaynaklanan ideolojik hedeflere ulaşmak amacıyla kişi ya da kişilerce gerçekleştirilen, şiddet ve suç teşkil eden eylemler olarak tanımlanmaktadır⁶³⁰. İç

⁶²⁷ **Gus Martin**, Terörizm: Kavramlar ve Kuramlar, İhsan Çapcıoğlu/Bahadır Metin (Çev.), Adres Yayınları, Ankara 2017, s. 31-33; ayrıca bkz. **David J. Whittaker**, Terrorists and Terrorism in the Contemporary World, Routledge, London 2004, p. 1-3. Terörizm kavramı dinamik bir kavram olarak zamana ve mekana göre değişiklik arz etmektedir. Bu nedenle milletlerarası alanda da kavramın uzlaşmış bir tanımı yoktur. Bkz. **Ceren Sedef Eren**, İfade Özgürlüğü Bağlamında Terör Örgütü Üyeliği Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 17.

⁶²⁸ Whittaker’ın üzerinde mutabakata varıldığını tespit ettiği kriterler şu şekildedir: “*Kasıtlı, siyasi saikli şiddet kullanımı veya bir hükümeti veya genel kamuoyunu korkutma veya zorlama tehdidi; korku ve güvensizlik aşılayarak arzu edilen sonuçlara ulaşmak için tasarlanmış bir şiddet stratejisi; sürekli kampanyalar veya ara sıra meydana gelen olaylar yoluyla yasa dışı güç kullanımı veya güç tehdidinin mevcut olması; sivil, savaş dışı hedeflere karşı hesaplı şiddet kullanımı; iktidar, doğası gereği siyasi şiddetin kökenindedir, onun (iktidarın) elde edilmesi, manipülasyonu ve değişimleri etkilemek için kullanılması; devrimci terörizmin bir devlet içinde tam bir değişim yapmayı amaçlaması; alt-devrimci stratejilerin, siyasi sistemi çökertmeden siyasi değişimi hedeflemesi; genel olarak amaçlar, araçlar, hedefler ve erişim açısından dikkatle planlanmış gizli faaliyetlerin olması; hedeflerin genel olarak siyasi, sosyal, ideolojik veya dini olarak anlaşılabilir olması; terörizmin genellikle ulus-altı gruplar tarafından, bazen de kendini adanmış yalnız kişiler tarafından gerçekleştirilmesi; maksimum tanıtımın teröristler için önemli bir hedef olması; (terör unsurlarının) şimdiye kadar belirli bir ülke, bölge veya toplum kesimi olan eylem bölgeleri, sonuçlarının sıklıkla ulusal sınırların ötesine geçmesi, hızla ulus-ötesi hale gelmesi*”. Bkz. **Whittaker**, Terrorists and Terrorism..., p. 1-2.

⁶²⁹ Ayrıca bkz. **Martin**, Terörizm Kavramlar ve Kuramlar, s. 31-34.

⁶³⁰ <https://www.fbi.gov/investigate/terrorism>, (E.T. 26.03.2024); Amerika’da terörün tanımı için ayrıca bkz. **Martin**, Terörizm Kavramlar ve Kuramlar, s. 33-34; **FBI (Federal Bureau of Investigation)/Department of Homeland Security**, Strategic Intelligence Assessment and Data on Domestic Terrorism, June 2023, p. 3-4

Güvenlik Kanununa (Homeland Security Act of 2002) göre ise, terörizm yine bazı eylemler çerçevesinde tanımlanmaktadır. Buna göre özetle, terörizm; sivil halkı korkutmak ve yönlendirmek, tehdit ve baskıyla hükümetlerin politikalarının belirlenmesinde etkili olmak ve politikalara yön vermek için insan hayatı adına tehlikeli olan, hayati önemdeki altyapı veya temel kaynaklara zarar verme potansiyeli bulunan; Amerika'nın, herhangi bir eyaletin ya da diğer alt birimlerin ceza kanunlarının ihlali olan eylemler olarak tanımlanmaktadır⁶³¹.

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere, genel olarak terörizm ve iç güvenlik yönüyle terörizm, devletin rejimini, yönetimini, dolayısıyla anayasal düzenini değiştirmeyi ve şiddet uygulama kabiliyetiyle korku iklimi oluşturarak istediğini yapmayı ve yaptırmayı hedefler. Bu nedenle terörizm, milli güvenlik için önemli bir tehdit olarak karşımıza çıkmaktadır.

Milletlerarası terörizm ise yabancı terör örgütleri veya genellikle diğer devletlerce desteklenen veya bunlarla bağlantılı bireyler ile gruplar tarafından gerçekleştirilen, şiddet içeren ve suç teşkil eden eylemler olarak tanımlanabilir⁶³². Bu terörizm türü, terörünün dünyaya yayılmasını ifade eder⁶³³. Dolayısıyla bu anlamda terörizm, bir ülkeyle, yerel çıkar ve hedeflerle sınırlı olmayıp özellikle gelişen teknolojiyle ve finansal kaynaklarla terör örgütlerinin gerçekleştirdiği geniş kapsamlı faaliyetlerdir. Milletlerarası terörizm milli güvenlik bakımından oldukça önemli bir tehdittir. 11 Eylül Saldırılarından sonra, milletlerarası terörizmin etkisi ve terörist grupların yol açabileceği sonuçlar çok daha net bir şekilde görülmüştür. Saldırılarından sonra terörle mücadelede, uluslararası iş birliği, diplomasi ve ekonomik yaptırımlara katılım, fiziksel güvenliğin artırılması ve askeri güç gibi pek çok aracın kullanılması gerektiği anlaşılmış ve bunlar Saldırıları sonrasında hazırlanan resmi raporlara yansımıştır⁶³⁴. Saldırıların bir diğer sonucu ise Amerikan milli güvenlik politikası, caydırıcılık politikasından Bush Doktrini olarak bilinen önleyicilik politikasına dönüşmüş, saldırıların gerçekleşmesinden sonra karşılık vermenin

⁶³¹ **FBI**, Strategic Intelligence Assessment and Data on Domestic Terrorism, p. 3.

⁶³² <https://www.fbi.gov/investigate/terrorism>, (E.T. 26.03.2024). Milletlerarası terörizmin evrensel olarak bir tanımı yoktur. Ancak Amerikan hükümet çevresince milletlerarası terörizm kısaca, “*birden fazla ülkenin vatandaşlarını veya mülklerini kapsayan terörizm*” olarak tanımlanır. Bkz. **Raphael F. Perl**, Terrorism and National Security: Issues and Trends, CRS Issue Brief for Congress, Congressional Research Service, The Library of Congress, Washington (Updated March 9) 2006, p. 4-5.

⁶³³ **Martin**, Terörizm Kavramlar ve Kuramlar, s. 34.

⁶³⁴ **Perl**, Terrorism and National Security..., p. 1, 8-15.

yetersizliği kabul edilmiştir. Bu nedenle Saldırlardan sonra El-Kaide ve sınır ötesi noktalar hedef haline gelmiştir⁶³⁵.

Bu saldırılar yalnızca Amerika'yı değil, tüm dünyayı etkisi altına almıştır. Milletlerarası terörizmin yayılması ve 11 Eylül Saldırıları'nın en belirgin sonucu olarak devletler ağır tedbirler almıştır. Örneğin, Saldırılar sonucunda Amerika'da yapılan hukuki düzenlemeler sayesinde siyasi iktidar yetkilerini genişletmiş, birey ise daha az korunur hale gelmiştir. Pek çok ülkede de terörle mücadele adı altında yapılan düzenlemeler, bireylerin aleyhine bir seyir izlemiştir⁶³⁶.

Çağdaş dünyada, terör örgütleri kendi kendini finanse eden, dini veya ideolojik motivasyonlu ve dolayısıyla Amerika'nın menfaatlerine ve dostlarına yönelik çeşitli türlerde tehditler oluşturan örgütler haline gelirken farklı terör örgütleri arasında askeri eğitim, finansman, teknoloji transferi gibi milletlerarası bağlantıların ve iş birliğinin de artması dikkat çekmektedir⁶³⁷. Diğer yandan terör örgütlerinin nükleer ve kimyasal silahlarla kitle imha silahlarına ulaşma imkanlarının gelişmesi de terörle mücadeleyi önemli hale getirdiği gibi hata payını da azaltmaktadır⁶³⁸.

5. Milli Güvenlik ve Olağanüstü Hal

a. Olağanüstü Hal Kavramı

Amerikan Anayasa Hukukunda olağanüstü hali ifade etmek için “state of emergency” (olağanüstü hal) ile “national emergency” (ulusal acil durum) kavramları kullanılmaktadır. Ancak kanaatimizce bu kavramlar, teknik olarak aynı değildir. “States of emergency”, olağanüstü halin federe devlet başkanı, yani vali (governor) tarafından federe devleti kapsayacak şekilde ilan edilmiş halini⁶³⁹; “national emergency” ise

⁶³⁵ **Perl**, Terrorism and National Security..., p. 1-2; benzer yönde bkz. **Khusrav Gaibullov/Todd Sandler**, “What We Have Learned about Terrorism since 9/11”, Journal of Economic Literature, Vol. 57, N. 2, Y. 2019, p. 275-276.

⁶³⁶ Bkz. **Mustafa Erdoğan**, Özgürlük, Hukuk ve Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2018, s. 49-50; **Faruk Turhan/Muharrem Aksu**, “11 Eylül Sonrası ABD’de Özgürlük ve Güvenlik Dengesi Açısından Terörü Önleme Amaçlı Tedbirler/Özellikle Patriot Kanunu ile Getirilen Kısıtlamalar”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 1, Y. 2011, s. 49.

⁶³⁷ **Perl**, Terrorism and National Security..., Summary; ayrıca bkz. **Gaibullov/Sandler**, “...Terrorism since 9/11”, p. 276. Örneğin, IŞİD gibi terör örgütlerinin teknolojiyi aktif olarak kullandıkları, bu sayede propaganda yaptıkları ve takipçilerini radikalleştirdikleri görülmektedir. Bkz. **Gaibullov/Sandler**, “...Terrorism since 9/11”, p. 276.

⁶³⁸ Ayrıca bkz. **Perl**, Terrorism and National Security..., Summary.

⁶³⁹ Kaliforniya’da Olağanüstü Hal (state of emergency) ilan etme yetkisi için bkz. 2005 California Government Code Sections 8625-8629, Article 13; **California Governor’s Office of Emergency Services**, California Emergency Services Act California Disaster Assistance Act Emergency Compacts (Interstate

Amerikan başkanı tarafından tüm ülkeyi kapsayacak şekilde ilan edilmiş halini ifade etmektedir. Zaman zaman bu iki kavramın birbirinin yerine kullanıldığını görmek mümkün olsa da biz çalışmamızda olağanüstü hali, Türk hukukundaki kullanımı da dikkate alarak “national emergency” kavramını ifade etmek için kullanacağız⁶⁴⁰.

Amerikan Federal Anayasasında “olağanüstü hal” ilanına ve şartlarına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir⁶⁴¹. Buna karşın Kurucu Babaların olağanüstü hali gerekli kılacak şartlarla, diğer ifadeyle zorunluluklarla nasıl mücadele edileceği konusunu unuttuğunu ya da ihmal ettiğini söylemek mümkün değildir. Nitekim Amerikan doktrininde Anayasanın mevcut halinin olağanüstü hali gerektirecek şartlarla mücadele edilmesine imkân sağlayan yetkileri düzenlediği kabul edilmektedir. Anayasanın, olağanüstü hali gerekli kılacak şartlarla mücadeleyi de içerisine alacak yetkileri düzenlediği ve bu gibi hallerde genel hukuk rejimine istisnalara yer verdiği yorumu yapılmaktadır⁶⁴². Bu çerçevede Madde I §8’de kısaca, savaş ilan etmek (yabancı düşmanlara karşı), ordu ve donanma kurmak, kural olarak federe devletlerin sorumluluğunda olsa da “kanunları uygulamak, isyanı bastırmak, işgalleri önlemek için milis kuvvetlerinin çağrılmasını sağlamak” gibi yetkiler Kongreye verilmiştir. Yine Madde II’ye göre yürütme organı da ordu, donanma ve milis kuvvetlerine başkomutanlık yapar. Federe devletlere yönelik güvence sağlayan ve “garanti maddesi” olarak bilinen

Civil Defense and Disaster Compact (1951), Emergency Management Assistance Compact (2005)), California Disaster and Civil Defense Master Mutual Aid Agreement, Mather 2015, p. 97 etc. New Jersey için bkz. <https://nj.gov/njoem/about-us/state-of-emergency.shtml>, (E.T. 28.03.2024); Massachusetts için bkz. <https://www.mass.gov/info-details/state-of-emergency-information>, (E.T. 28.03.2024). Örnek olarak Kaliforniya’da ilan edilmiş olağanüstü haller (state of emergency) için bkz. <https://www.caloes.ca.gov/office-of-the-director/policy-administration/legalaffairs/emergency-proclamations/>, (E.T. 28.03.2024).

⁶⁴⁰ Türk hukukunda “olağanüstü hal” kavramı ve olağanüstü hal ilan sebepleri için bkz. **Döner**, Türk Anayasa Hukuku, s. 517-518.

⁶⁴¹ **William B. Fisch**, “Emergency in the Constitutional Law of the United States”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 38, Y. 1990, p. 389; **Elizabeth Goitein**, “Emergency Powers, Real and Imagined: How President Trump Used and Failed to Use Presidential Authority in the COVID-19 Crisis”, Journal of National Security Law & Policy, Vol. 11, Y. 2020, p. 29.

⁶⁴² **Fisch**, “Emergency in the Constitutional Law...”, p. 389. Federalist (No. 23)’de Alexander Hamilton yoruma kaynak olacak şekilde bu durumu şöyle ifade etmektedir: “Birliğin korunması için en azından önerilen Anayasa ile aynı derecede enerjik bir Anayasanın gerekliliği, şu anda incelemekte olduğumuz noktadır. Bu soruşturma doğal olarak kendisini üç kola ayıracaktır: Federal hükümet tarafından sağlanacak hedefler, bu hedeflerin gerçekleştirilmesi için gerekli olan güç miktarı ve bu yetkinin üzerinde çalışması gereken kişiler.... Birliğin karşılaması gereken başlıca amaçlar şunlardır: Üyelerin ortak savunması; dış saldırılar kadar iç karışıklıklara karşı da kamu huzurunun korunması; diğer milletler ve federe devletler arasındaki ticaretin düzenlenmesi, yabancı ülkelerle siyasi ve ticari ilişkilerimizin denetlenmesi”. Bkz. **Hamilton/Madison/Jay**, “Federalist No. 23 (Hamilton)”, p. 61.

Madde IV §4'e göre de federe devletlerin cumhuriyet olması, işgale ve iç isyanlara karşı korunması Federal Devletin görevidir⁶⁴³.

Olağanüstü hal yönetimine ilişkin çıkarılan Olağanüstü Hal Kanunu (Ulusal Acil Durumlar Kanunu/National Emergency Act (NEA)) da başkanın olağanüstü hal ilan etmesine rehberlik edecek bir çerçeve sağlıyor olmakla beraber bir tanıma yer vermemektedir. Tanım verilmemiş olması, Kanunun neyin olağanüstü hal olduğunu Başkanın takdirine bıraktığını göstermektedir⁶⁴⁴. İlgili maddelere bakıldığında Anayasada ve söz konusu Kanunda olağanüstü hal (national emergency) kavramından ve dolayısıyla tanımından bahsedilmemektedir. Bu nedenle ilk etapta olağanüstü halin tanımlanması ve şartlarının belirlenmesi sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Olağanüstü halin tanımını, şartlarını ve onu ortadan kaldırmak için gerekenleri belirleyecek kişi ise Amerikan Başkanıdır ve bunlara ilişkin ilk kaynağımız doğal olarak hükümet kaynaklarıdır. Dolayısıyla, olağanüstü hal ilan edildiğinde yargı organlarının bu kararı siyasi mesele (hükümet tasarrufu) doktrini⁶⁴⁵ (political question doctrine) kapsamında görerek denetlemekten imtina etmesi gerektiği akla gelebilir. Ancak

⁶⁴³ **Fisch**, “Emergency in the Constitutional Law...”, p. 390; ayrıca bkz. **Goitein**, “Emergency...”, p. 29. Federalist (No. 23)’de Hamilton savunma için gereken yetkilerin sınırsız olması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: “Ortak savunma için gerekli olan yetkiler şunlardır: Ordu kurmak; filolar inşa etmek ve donatmak; her ikisinin de yönetimi için kurallar belirlemek; operasyonları yönlendirmek; onların desteğini sağlamak. Bu yetkiler herhangi bir sınırlama olmaksızın mevcut olmalıdır, çünkü millî ihtiyaçların kapsamını ve çeşitliliğini veya onları karşılamak için gerekli olabilecek araçların kapsam ve çeşitliliğini öngörmek veya tanımlamak mümkün değildir”. Bkz. **Hamilton/Madison/Jay**, Federalist No. 23 (Hamilton), p. 61. 2025 yılının ilk aylarında Trump millî güvenliği sağlamak için çeşitli kararlar alarak yetkilerini kullanmıştır. Örneğin Husiler tarafından Amerikan gemilerinin hedef alınması ve Husilerin millî güvenlik üzerindeki yol açtığı tehdit karşısında Husilerin yabancı terör örgütü olarak tanınması ve bu örgüte karşı tedbirlerin alınması emrini vermiştir. Bkz. Designation of Ansar Allah as a Foreign Terrorist Organization, The White House, 22.03.2025, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/designation-of-ansar-allah-as-a-foreign-terrorist-organization/>, (E.T. 23.03.2025). Trump ayrıca Husilere karşı saldırı emri vermiştir. Bkz. **Michelle L. Price/Lolita C. Baldor/Samy Magdy**, “Trump Orders Strikes on Iran-Backed Houthi Rebels in Yemen and Issues New Warning”, 15.03.2025 (updated 17.03.2025), <https://time.com/7268661/trump-orders-strikes-on-iran-backed-houthi-rebels-in-yemen/>, (E.T. 23.03.2025).

⁶⁴⁴ Bkz. **Congressional Research Service**, Definition of National Emergency under the National Emergencies Act, 01.03.2019, p. 1; **Goitein**, “Emergency Powers...”, p. 30-31. Olağanüstü hal ilan edilmesine ve ilan sonrasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen kanun Olağanüstü Hal Kanunu (Ulusal Acil Durum Kanunu/National Emergency Act (NEA))’dur. Bkz. **Goitein**, “Emergency Powers...”, p. 30-31. Ayrıca Kanun, Anayasada açıkça düzenlenmemiş olağanüstü hale ilişkin önemli bir hukuki dayanak oluşturmaktadır. Bkz. **Patrick A. Thronson**, “Toward Comprehensive Reform of America’s Emergency Law Regime”, University of Michigan Journal of Law Reform, Vol. 46, Y. 2013, p. 749-750.

⁶⁴⁵ Yalnızca siyasi organların karar verebileceği konular vardır. Bir yargı organı, bu konulara ilişkin uyuşmazlıklar önüne geldiğinde karar vermektan imtina etmelidir. Siyasi mesele doktrini için bkz. **Özlem Çelik**, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Yürütme İmtiyazı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S. 3, Y. 2022, s. 1273, dn. 73.

olağanüstü hal ilan edilmesi, siyasi mesele doktrini kapsamında görülse dahi Yüksek Mahkeme, yürütmenin takdir alanına girmeden olağanüstü hali tanımlayabilir ve Kanuna dayanılarak yapılan işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleyebilir⁶⁴⁶.

Mahkeme bu çerçevede “national” ve “emergency” kavramları ile “national emergency” kavramının çağdaş ve olağan sözlük anlamlarını esas alarak tanımlanması ve somutlaştırılması gerektiğini belirtmiştir⁶⁴⁷. Buna göre, “emergency” kavramının çağdaş anlamı, *“acil eylem gerektiren, öngörülemeyen koşulların birleşimi veya bunun sonucunda ortaya çıkan durum”*; national emergency ise *“bir millete yabancı veya yerli kaynaklardan gelen bir tehlike veya tehlike tehdidinden kaynaklanan ve genellikle hükümet otoritesi tarafından (tespit edilerek) var olduğu ilan edilen”* haldir. Kavramların sözlük anlamları esas alındığında da Kanun kapsamında olağanüstü hal (national emergency), milleti bir bütün olarak etkileyecek güçte olan ya da etkileyen ve derhal harekete geçilmeyi gerektiren ani ve öngörülemeyen tehlikeli koşullar” olarak tanımlanabilir⁶⁴⁸.

Olağanüstü hal ilan sebebi ise kanaatimizce askeri niteliği haiz tehdit ve saldırılardır. Nitekim, Anayasadaki “savaş ve isyan gibi askeri güç kullanmayı gerektiren halleri”, “olağanüstü hal ilan etmeyi gerektiren haller” olarak kabul ettiğimizde ve bu hallerle mücadele edebilmek için askeri güçleri hazır etme yetkisinin devlet organlarına verilmesini buradaki ilk hususla birlikte ele aldığımızda, olağanüstü hale ilişkin kaynak teşkil eden düzenlemelerin yalnızca “askeri niteliği haiz tehdit ve saldırıları olağanüstü hale sebep” olarak gördüğü sonucuna ulaşılmalıdır. Bu çerçevede “öngörülemeyen” ve olağan tedbirlerle üstesinden gelinemeyecek hallerden askeri güç kullanmayı ve tedbir almayı gerektirenlerinin olağanüstü hal ilan etmeyi gerektirebileceği Anayasaya en uygun olanıdır. Buna karşın uygulamada, ekonomik sorunlar ve salgın hastalıklar gibi sebeplerle

⁶⁴⁶ Bkz. **Congressional Research Service**, Definition of National Emergency..., p. 1.

⁶⁴⁷ **Congressional Research Service**, Definition of National Emergency..., p. 1-2. Mahkeme bu ilkeyi çeşitli kararlarında uygulamıştır: (i) *“Kanuni yorumlamanın temel kuralı, aksi belirtilmediği takdirde kelimelerin olağan, çağdaş, yaygın anlamlarını alacak şekilde yorum yapılmasıdır”*. Bkz. **Perrin v. United States**, 444 U.S. 37 (1979), p. 42. (ii) *“Bir kanunda kullanılan kelimelere, aksine ikna edici bir neden bulunmadığı takdirde, olağan anlamlarının verilmesi gerektiği ilkesini izleyerek...”* yorum yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. **Burns v. Alcalá**, 420 U.S. 575 (1975), p. 580-581. (iii) *“Aksini iddia eden ikna edici nedenlerin bulunmaması sebebiyle, bir kanunun sözcüklerine olağan anlamlarını atfediyoruz...”* Bkz. **Banks v. Chicago Grain Trimmers Assn., Inc.**, 390 U.S. 459 (1968), p. 465.

⁶⁴⁸ **Congressional Research Service**, Definition of National Emergency..., p. 2; Emergency için bkz. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/emergency>, (E.T. 28.03.2024); national emergency için bkz. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/national%20emergency>, (E.T. 28.03.2024).

de olağanüstü hal ilan edildiğini belirtmek gerekir. Çünkü olağanüstü hal ilan etmeye yönelik çok sayıda kanun⁶⁴⁹ çıkarılarak Başkana geniş yetkiler verilmiştir. Ayrıca NEA tarafından tanınan sayısı yüz yirmiye aşan kanuni yetki sayesinde Başkan, çeşitli konularda olağanüstü hal ilan edebilmektedir⁶⁵⁰. Örneğin bu yetkiler, iç ulaşım ağını ele geçirmekten, iletişim kanallarını ve mal dağıtımını kontrol etmeye; biyolojik ve kimyasal silahların insanlar üzerinde test edilmesine ilişkin kısıtlamaları kaldırmaya kadar uzanmaktadır⁶⁵¹.

Olağanüstü hal yetkilerinin Başkan tarafından kullanılması ise hale göre iki şarta bağlıdır: (i) Başkan tarafından olağanüstü hal ilan edilmesi ve (ii) yetkilerin, bu yetkiler başka kanunlar tarafından verilmiş olması halinde dahi, bu Kanuna uygun olarak kullanılması gerekir⁶⁵². Görüleceği üzere NEA, olağanüstü hallere ilişkin özel ve öncelikli bir kanundur. Bu Kanuna uygun olarak verilmeyen veya kullanılmayan yetkiler, Başkan tarafından kullanılamaz. Kanuna uygun olarak kullanılan yetkiler ise olağanüstü halin ilan edilmesiyle birlikte kanunlardan ve Başkanlık kararnamelerinden kaynaklanır⁶⁵³.

⁶⁴⁹ Örneğin, Milletlerarası Olağanüstü (Acil) Hal Ekonomik Güç Kanunu (The International Emergency Economic Powers Act (IEEPA)), Amerika'ya yönelik dışarıdan gelebilecek ve milli güvenliği, dış politikayı ve ekonomiyi hedef alan olağandışı tehditlerle mücadele etmekte kullanılır. Bkz. **Congressional Research Service**, Definition of National Emergency..., p. 3.

⁶⁵⁰ Ayrıca bkz. **Goitein**, "Emergency Powers...", p. 29-30; **Subcommittee on Economic Development, Public Buildings, and Emergency Management (SEDPBEM)**, Never-Ending Emergencies—An Examination of the National Emergencies Act, First Session, U.S. Government Publishing Office, Washington (May 24) 2023, p. 2.

⁶⁵¹ **SEDPBEM**, Never-Ending Emergencies..., p. 2.

⁶⁵² **National Emergencies Act**, § 201 (b).

⁶⁵³ Ayrıca bkz. **Thronson**, "...America's Emergency Law Regime", p. 741-743. Kanuna göre, Başkan olağanüstü hal ilan etme yetkisine sahiptir. Başkan tarafından ilan edilen olağanüstü hal ise bunu sona erdiren bir kanunun kabul edilmesi veya Başkanın olağanüstü hal ilanında belirttiği tarihin gelmesi halinde sona erer. Ayrıca olağanüstü halin ilan edilmesinden itibaren altı ay içinde ve olağanüstü halin devam etmesi halinde her altı ay içinde olağanüstü halin devam edip etmeyeceğini belirlemek için Kongrenin her iki kanadının ortak oylama yaparak karar vermesi durumunda da olağanüstü hal sonra erer. Ayrıca, Başkan tarafından bu başlığa uygun olarak ilan edilen ve daha önce başka bir şekilde sona erdirilmemiş herhangi bir ulusal acil durum, her yıldönümü tarihinden önceki doksan günlük süre içinde Başkanın Federal Sicilde yayımlamaması ve Kongreye söz konusu yıldönümünden sonra da söz konusu olağanüstü halin yürürlükte kalacağını belirten bir bildirim iletmemesi halinde, söz konusu olağanüstü hal ilan edildiği yıldönümünde sona erer. Bkz. **National Emergencies Act**, § 201, § 202 (a) (b); ayrıca bkz. **Thronson**, "...America's Emergency Law Regime", p. 750-751. Başkan olağanüstü hal ilan ettikten sonra, olağanüstü hali sona erdiren şartlar ortaya çıkmaz ve Kongre karar almazsa olağanüstü hal devam eder. Burada Kongre kararı, olağanüstü halin sona ermesi için önemli bir role sahiptir. Bu düzenleme Başkanın olağanüstü hal ilan etme yetkisi üzerinde siyasi denetim sağlamak ve denetim-denge mekanizması kurmaktadır. Bkz. **Thronson**, "...America's Emergency Law Regime", p. 750-751. Kanunda Başkan-Kongre ilişkisi ve denetim-denge mekanizması bakımından önemli düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin, olağanüstü hal veya savaş ilanından sonra Başkan, bu tür ilanlardan sonraki her altı aylık dönemin bitiminden sonraki doksan gün içinde, Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti tarafından yapılan toplam harcamalara ilişkin bir raporu;

NEA ve olağanüstü hal ilan edilmesine ilişkin çok sayıda kanunun olması ve isyan, salgın ve ekonomik nedenler başta olmak üzere çeşitli sebeplerle olağanüstü hal ilan edilebiliyor olması, anayasal haklar ve düzen bakımından da önemli sonuçlara yol açmaktadır. Kısaca bahsedecek olursak, örneğin Anayasaya göre, isyan veya işgal durumlarında kamu güvenliğinin gerektirmesi halinde Habeas Corpus askıya alınabilmekte⁶⁵⁴; IIEPA ile hükümet, geniş çaplı ekonomik yetkiler ile kişilerin tıbbi tedavi görmesine müdahaleye varan yetkiler elde etmektedir⁶⁵⁵.

b. Milli Güvenlik ve Olağanüstü Hal İlişkisi

Olağanüstü halin ilan edilme sebepleri, Başkan tarafından takdir edilmektedir. Olağanüstü hal ilan edilmesini gerektiren haller, isyan, işgal, savaş gibi askeri ve silahlı saldırı ve tehdit teşkil eden haller olabileceği gibi salgın hastalık, doğal afetler, ekonomik sorunlar gibi devletin unsurlarına yönelik saldırı veya tehdit teşkil eden olaylar da olabilmektedir⁶⁵⁶. Bu olaylar söz konusu olduğunda olağanüstü hal, milli güvenliğe yönelen tehdit ve saldırılarla mücadele etmek, ani bir şekilde ortaya çıkan bu sorunları hızlı ve kalıcı bir şekilde ortadan kaldırmak için tercih edilen bir yönetim usulü olmaktadır. Nitekim Başkanın aldığı kararları hızlı bir şekilde hayata geçirebilmesi, bu tehdit ve saldırıları etkisiz hale getirebilmek ve onlarla girilen mücadeleyi etkili kılabilmek için hakları kısıtlayabilmesi ve kişilere ödevler yükleyebilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Medyada zaman zaman gördüğümüz bazı kişi ve şirketlere yönelik Amerikan yaptırımları da bir ölçüde bu yetkilerin sonucudur. Örneğin, “*Batı Şeria’da Barış, Güvenliği ve İstikrarı Bozan Kişilere Bazı Yaptırımların Uygulanması*” başlıklı Başkanlık Kararnamesinde özetle, Batı Şeria’daki Yahudi yerleşimcilerce Filistinlilerin topraklarına zorla el konulması, halkın mülküne zarar verilmesi gibi olayların iki devletli

Başkanlık kararnameleri ile diğer düzenlemeleri, gizliliğin güvence altına alınmasıyla derhal Kongreye iletmek zorundadır. Bkz. **National Emergencies Act**, § 401 (b) (c). Bu düzenlemeler sonucunda devletin uzun yıllar olağanüstü hal şartlarıyla yönetilmesi mümkün hale gelmiştir. Ayrıca Kongrenin her altı ayda bir değerlendirme yaparak karar vermesi gerekliliğine uymaması Başkana önemli bir yetki sunmaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. **Thronson**, “...America’s Emergency Law Regime”, p. 752-753; **SEDPBEM**, *Never-Ending Emergencies...*, p. 1-2.

⁶⁵⁴ **U.S. Constitution**, Art. I, § 9, cl. 2.

⁶⁵⁵ **Thronson**, “...America’s Emergency Law Regime”, p. 758-759.

⁶⁵⁶ 1978-2018 tarihleri arasında ilan edilen olağanüstü hal listesi için bkz. **Brennan Center for Justice**, *Declared National Emergencies Under the National Emergencies Act, 1978-2018*, <https://www.brennancenter.org/sites/default/files/analysis/NEA%20Declarations.pdf>, (E.T. 01.04.2024); 1933-2012 tarihleri arasındaki bazı olağanüstü hal ilanları için bkz. **Thronson**, “...America’s Emergency Law Regime”, p. 754-756.

çözümü, Amerikan menfaatlerini ve personelini tehdit ettiği, bu nedenlerle milli güvenliğe olağanüstü⁶⁵⁷ bir tehdit oluşturduğu belirtilmiştir. Milli güvenliğe yönelik ortaya çıkan söz konusu olağanüstü tehditle mücadele edilebilmesi için olağanüstü hal kanunlarına dayanılarak bu kararname çıkarılmış ve olağanüstü hal ilan edilmiştir⁶⁵⁸.

Örnek olarak verdiğimiz olağanüstü hal ilanının sebebi, yukarıda milli güvenlik yaklaşımını ele aldığımız başlıkta belirttiğimiz gibi Amerikan milli güvenlik anlayışının genişliği, milletlerarası ilişkilerde ve dünya düzeninde oyun kurucu olma hedefiyle ilgilidir. Bu çerçevede, belirtilen strateji ve hedeflere bağlı olarak milli güvenliğin tehdit edildiği durumlarda olağanüstü hal ilan edilebilir. Dolayısıyla, milli güvenliğin korunması amacı olağanüstü hal için bir sebep teşkil eder. Milli güvenliğe yönelik tehdit ve saldırıların olağanüstü hal ilan etmeyi gerektirecek boyuta ulaşp ulaşmadığına karar verecek olan ise Başkandır.

Diğer taraftan Amerikan başkanlarının ciddi tehditlerin olmadığı hallerde dahi olağanüstü hal ilan edebilecekleri eleştiri ve endişesi paylaşılmaktadır. Örneğin Trump'ın ilk başkanlık döneminde, sınır ihlallerinin milli güvenlik sorunu olduğu gerekçe gösterilerek olağanüstü hal ilan edilmiş ve ülkenin güneyindeki sınır ihlallerini önlemek için alınacak tedbirler belirlenmiştir⁶⁵⁹. Trump'ın bu ilanı, Kongre tarafından desteklenmeyen duvar inşası projesini güvence altına alma girişimi ve yetkilerin kötüye kullanılması olarak görülmektedir⁶⁶⁰. Eleştirilere hak veren Başkan Biden, güney sınırının tamamını kaplayan bir duvarın çözüm olmadığını, bunun dikkatlerin ülke güvenliğine yönelik “gerçek” tehditlerden uzaklaşmasına yol açacak para israfı olduğunu ve Amerikan değerleriyle uyumlu, kapsamlı ve insani bir göç sistemine sahip olmayı

⁶⁵⁷ Kararnamede “*unusual and extraordinary*” kelimeleri tercih edilmiştir.

⁶⁵⁸ Executive Order 14115 of February 1, 2004, Publication Date: 02/05/2024, <https://www.federalregister.gov/documents/2024/02/05/2024-02354/imposing-certain-sanctions-on-persons-undermining-peace-security-and-stability-in-the-west-bank>, (E.T. 01.04.2024). Olağanüstü hal şu ifade ile ilan edilmiştir: “*I hereby declare a national emergency to deal with that threat.* Başka bir olağanüstü hal ilanı örneği için bkz. Executive Order 14105 of August 9, 2023, Publication Date: 08/11/2023, <https://www.federalregister.gov/documents/2023/08/11/2023-17449/addressing-united-states-investments-in-certain-national-security-technologies-and-products-in>, (E.T. 01.04.2024).

⁶⁵⁹ Proclamation 9844 of February 15, 2019, Publication Date: 02/20/2019, <https://www.federalregister.gov/documents/2019/02/20/2019-03011/declaring-a-national-emergency-concerning-the-southern-border-of-the-united-states>, (E.T. 01.04.2024).

⁶⁶⁰ Goitein, “Emergency Powers...”, p. 27-28.

hedeflediklerini belirterek bu olağanüstü halin sona erdiğini ilan etmiştir⁶⁶¹. Nihayet, milli güvenlik politikalarını, stratejilerini ve tehditlerini belirlemek Başkanın yetkisinde bulunan siyasi bir konu olduğu gibi milli güvenliğin korunmasına dair olağanüstü hal ilan edilmesi de esas olarak siyasi bir meseledir ve hangi tehdidin gerçek tehdit olduğu bazen görecelidir. Bu konuda Başkana verilen yetkinin çok geniş olması elbette eleştirilebilir. Nitekim yetkiler, Trump örneğinde de gördüğümüz gibi kötüye kullanılabilir.

6. Milli Güvenlik ve Sıkıyönetim (Martial Law)

Milli güvenlikle ilişkili son kavram ve hal, sıkıyönetim halidir. Sıkıyönetim, olağanüstü hal ile oldukça benzerdir. Bununla birlikte iki hal arasında milli güvenliğe karşı ortaya çıkan tehlikenin derecesi bakımından fark vardır. Nitekim sıkıyönetim, karşılaşılan tehlikelerin önlenmesi, zararın giderilmesi ve tedbir alınmasından ibaret bir yönetim hali değildir. Dolayısıyla olağanüstü hali içerisine alan sıkıyönetim, özellikle, “kesinlikle gerekli olduğu durumlarda”, “yalnızca yabancı işgalleri veya iç savaş hallerinde”, “yalnızca yargı alanındaki sivil mahkemelerin artık çalışamaz durumda olması durumunda” ve “yalnızca fiili savaş/çatışma alanında” Başkomutan olarak Başkan tarafından ilan edilebilen bir haldir. Yalnızca sivil yetkililerin saldırıları önleyememesi, şiddet olaylarını bastıramaması, olağan kanun hükümlerini icra edememesi halinde yönetimin askeri makamlara geçmesidir⁶⁶². Fakat, Anayasada sıkıyönetimden bahsedilmediği gibi kanunlar da terimin tanımı ve gereklerine ilişkin yeterli içeriğe sahip değildir⁶⁶³. Mahkeme *Duncan v. Kahanamoku* kararında, sıkıyönetim teriminin Anayasada hiç kullanılmadığını ve Kongrenin çıkardığı hiçbir kanunda terimin tanımlanmadığını belirtmiştir. Bu bakımdan terimin kullanılmasında kişiye ve zamana göre farklılığın ortaya çıktığını söylemek gerekir. Mahkeme bu bağlamda, terimin (i) “askeri hukuk” ya da (ii) “yerleşik kurallar sistemi değil komutanın iradesinin günlük ifadesi” anlamlarına geldiğini ileri sürmüştür⁶⁶⁴. Mahkemenin daha eski tarihli bir

⁶⁶¹ Proclamation 10142 of January 20, 2021, Publication Date: 01/27/2021, <https://www.federalregister.gov/documents/2021/01/27/2021-01922/termination-of-emergency-with-respect-to-the-southern-border-of-the-united-states-and-redirection-of>, (E.T. 01.04.2024).

⁶⁶² **William Feldman**, “Theories of Emergency Powers: A Comparative Analysis of American Martial Law and the French State of Siege”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 38, Iss. 3, Y. 2005, p. 1036-1037; ayrıca bkz. **Harold C. Relyea**, “Martial Law and National Emergency”, *Congressional Research Service Report RS21024*, 07.01.2005, p. 1; **Ex parte Milligan**, 71 U.S. 2 (1866), p. 125-127.

⁶⁶³ **Joshua L. Friedman**, “Emergency Powers of the Executive: The President’s Authority When All Hell Breaks Loose”, *Journal of Law and Health*, Vol. 25, Iss. 2, Y. 2012, p. 286; **Duncan v. Kahanamoku**, 327 U.S. 304 (1946).

⁶⁶⁴ Bkz. **Duncan v. Kahanamoku**, p. 315.

kararında da sıkıyönetim, askeri otoritenin emri ya da buyruğu olarak tanımlanmıştır. Buna göre sıkıyönetim, sivil yönetim devrildikten sonra “komutan tarafından yönetimin sağlanması ve onun iradesi” olarak tanımlanmıştır. Savaşın ortaya çıktığı durumda “askeri zorunluluk” olması yönüyle sıkıyönetim, “keyfi” bir yönetim olarak da ifade edilmiştir⁶⁶⁵.

Sıkıyönetimin şartları, Yüksek Mahkeme kararlarında belirlenmiştir. Sıkıyönetimin hangi istisnai hallerde uygulanabileceği ve sınırları en açık şekilde “Ex parte Milligan” kararında ortaya konulmuştur. Kararda, yabancı güçler tarafından ülkenin işgal edilmesi veya iç savaş durumunda mahkemeler fiilen çalışamaz hale gelmişse⁶⁶⁶, suçların önlenmesi ve cezalandırmanın yapılması imkansızsa, savaşın gerçekten hüküm sürdüğü aktif askeri operasyon alanında, devrilen sivil otoritenin yerine kanunların sivil otoritelerce uygulanması sağlanana kadar sıkıyönetime, yani ordunun yönetmesine izin verilebileceği belirtilmiştir⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ Bkz. **United States v. Diekelman**, 92 U.S. 520 (1875), p. 526. Amerikan tarihinde altmıştan fazla kez sıkıyönetim ilan edilmişse de terimin belirsizliği sürmektedir. Bkz. **Tim Lau/Joseph Nunn**, “Martial Law Explained”, Brennan Center for Justice, 10.09.2020, <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/martial-law-explained>, (E.T. 07.11.2024).

⁶⁶⁶ Mahkeme’ye göre ancak işgal, savaş ve isyan gibi hallerde sivil otoriteler kontrolü tamamen kaybetmişse ve mahkemeler fiilen kapalıysa, ülkenin yönetim ve güvenliği yalnızca geride kalan askeri organlarla sağlanabiliyorsa bu durumda, ancak sivil düzen tesis edilinceye kadar, “sıkıyönetim”, yani ülkenin askeri makamlarca yönetilmesi tesis edilebilir. Bkz. **Ex parte Milligan**, p. 125-127. Milligan kararından yarım asrı aşkın bir süre sonra İkinci Dünya Savaşı sırasında aynı konuyu gündeme getiren ve askeri mahkemelere ilişkin Quirin davasında varılan sonuç, anayasal güvencelerin ihlal edilmediği yönündedir. Bkz. **Ex Parte Quirin**, 317 U.S. 1 (1942), p. 18-23, 47-48. Milligan ve Quirin kararlarında belirlenen habeas corpus ilkeleri, terörle mücadelede dönemlerinde de etkili olmuştur. Örneğin *Rasul v. Bush* kararı bunlardan bir tanesidir. Terörle mücadelenin ve milletin karşılaştığı en büyük saldırılardan birisinin yaşanmış olması bir yana Mahkeme, kararında bu kişilerin anayasal güvencelerinin ilk bakışta olup olmadığını değil, aksine habeas corpus taleplerinin yalnızca Amerika’nın tam egemenlik yetkisi alanında (ultimate sovereignty) ileri sürülüp sürülemeyeceğini tartışmıştır. Bkz. **Rasul v. Bush**, 542 U.S. 466 (2004), p. I-II.

⁶⁶⁷ **Ex parte Milligan**, p. 12; **Feldman**, “Theories of Emergency Powers...”, p. 1036-1038; **Friedman**, “Emergency Powers of the Executive...”, p. 287. Bir ilke karar olan Milligan kararı da oluşturulan askeri komisyonlarca bir sivilin yargılanmasının anayasal güvencelere uygun olup olmadığına dair anlaşmazlığı karara bağlamıştır. Karar çeşitli ilkelerin belirlenmesinin yanı sıra kanaatimizce bir manifesto olma niteliğini de haizdir. İç Savaşın yaşandığı dönemde meydana gelen somut olayda kısaca, Indiana’da yaşayan ve Amerikan vatandaşı olan Milligan, 5 Ekim 1864’te evindeyken Indiana askeri bölgesinin komutanı General Alvin P. Hovey’nin emriyle tutuklanmıştır. Tutuklamadan bir süre sonra, 21 Ekim 1864 günü General Hovey’nin emriyle Indianapolis’te toplanan askeri bir komisyon huzuruna çıkarılan Milligan, bazı suçlamalarla yargılanmış, suçlu bulunmuş ve idam cezasına çarptırılmıştır. Ayrıca Milligan’ın 19 Mayıs 1865 günü infaz edilmesi emri verilmiştir. Olayda anayasal güvenceler bakımından çeşitli sorunlar vardır. İlk olarak devlete karşı çıkan isyana katılmamış, Amerika’nın herhangi bir askeri hizmetinde bulunmamış, isyanın yaşanmadığı ve sivil mahkemelerin yargılama faaliyetlerini yürütebildiği yerde yaşayan bir sivil, askeri komisyon tarafından yargılanmıştır. Sanığa hakkında iddia edilen suçla ilgili bilgi ve iddianame hazırlanarak verilmemiştir. Üstelik idam cezasına hükmedilmiş ve cezanın gecikme olmadan infaz edilmesi emredilmiştir. Konuya ilişkin ilk olarak Anayasa kişilere bazı güvenceler sağlamaktadır.

Sıkıyönetimin ilanı, Başkan tarafından gerçekleştirilir. Koşulların ortaya çıktığı kanaatine sahip olan Başkan sıkıyönetim ilan edebilir. Sıkıyönetim ilan edildikten sonra orduya kamu düzenini yeniden sağlama ve sürdürme amacıyla makul ölçüde gerekli tüm eylem ve işlemleri yapma konusunda geniş yetkiler verilir. Diğer bir ifadeyle şartlara uygun olarak yönetimi eline geçiren ordu, sivil yönetim tarafından yapılamayan işleri yürütür, kanunları icra eder, mahkemeler kurarak yargılama yapar. Askeri makamlar ayrıca genel asayiş sağlamak için bireysel hürriyetleri sınırlandırmak dahil gereken tüm tedbirleri alabilir. Ancak yetkilerin keyfi kullanılmaması gerekir. Bu bağlamda yargı organları, yetkilerin hukuka uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını denetleme yetkisine sahiptir⁶⁶⁸. Mahkeme, “*Anayasa, savaşta ve barışta eşit derecede yöneticiler ve halk için geçerli olan, her zaman ve her koşulda her sınıftan insanı koruma kalkanı altına alan bir kanundur*” demek suretiyle sıkıyönetim altında dahi anayasal güvencelerin sürdüğünü kabul etmiştir. Dolayısıyla bu güvenceler en ağır şartlarda bile geçerlidir⁶⁶⁹. Diğer ifadeyle, istisnai hal içerisinde bulunulsa bile, hukukun üstünlüğü gereğince

Burada barışta, diğer ifadeyle olağan zamanlarda geçerli olan bu anayasal güvencelerin “İç Savaşın” olduğu bir dönemde de geçerli olduğunun tespit edilmesi gerekir. Mahkemeye göre, *Anayasa, savaşta ve barışta eşit derecede yöneticiler ve halk için geçerli olan, her zaman ve her koşulda her sınıftan insanı koruma kalkanı altına alan bir kanundur*. Dolayısıyla bu güvenceler en ağır şartlarda dahi geçerlidir. Kongre ile Hükümetin buna uyması gerekir. Bu tür en temel güvencelerin askıya alınabileceğini kabul etmek, bireyin hürriyeti ve güvenliği için en zararlı sonuçları doğuracak bir hata olur. Savaş kanunlarına göre, Başkana ve askeri makamlara bazı yetkiler verilmesiyle kurulan askeri komisyonlar yargılama yapabilse de bu yetki, sivil hayattaki suçları kapsamaz. Hiçbir sivil işlediği iddia edilen suç ne kadar ağır olursa olsun, ülkenin bir kısmı isyanla mücadele ediyor olsa bile, askeri komisyonlarca yargılanamaz. Kongre de bunun aksini düzenleyemez. Mahkemeye göre somut olayda sivil mahkemelerce ve jürilerce yargılama yapılabilecek ve kişinin suçu sabit görülürse mahkûmiyet verilebilecek şartlar mevcuttur. Ayrıca her ne kadar isyanla mücadele ediliyor olsa da kişinin işlediği iddia edilen suç bilmesi ve hakkında iddianame hazırlanmış olması gerekir. Bu hususta anayasal güvenceler gayet açıktır. Kararda benimsenen bu ilkelerin yanı sıra kararın manifesto yönü de vardır. Karardan yalnızca bazı çıkarımlarımızı buraya kısaca aktaracak olursak: (i) Anayasa, savaşta ve barışta eşit derecede, yöneticiler ve halk için geçerlidir. Her zaman ve her koşulda her sınıftan insanı koruma kalkanına alır. (ii) Barışın ve huzurun her zaman sürdürülemeyeceği bir dünyada yöneticilerin de her zaman Anayasaya ve anayasal ilke ve güvencelere bağlı kişiler olacağını söylemek zordur. İşte bu nedenledir ki Amerikan Anayasası yazılı, hükümleri belirlenmiş ve sabitlenmiş bir anayasadır. Yani Anayasa çeşitli sebeplerle ihlal edilmeye karşı korunmaktadır. (iii) Güvenlik endişeleriyle hürriyetin kısıtlanarak hükümet yetkilerinin genişletilmesi normal olsaydı hürriyetin temel ilkeleri feda edilerek korunan bir ülkenin koruma maliyetine değmeyeceği rahatlıkla söylenebilirdi. Milligan kararında anayasal güvencelerin ihlal edildiğine karar verilmiş olsa da bu askeri komisyonların oluşturulmasının ya da onların verdiği kararların her zaman Anayasaya aykırı olacağı anlamına gelmez. Güvencelere ve Milligan kararında belirlenen ilkelere göre verilecek kararlar Anayasaya uygundur. Bkz. **Ex parte Milligan**, p. 107-129.

⁶⁶⁸ Bzk. **Feldman**, “Theories of Emergency Powers...”, p. 1037-1038; örnekler ve daha fazla bilgi için bkz. **Friedman**, “Emergency Powers of the Executive...”, p. 287-291. Sıkıyönetim halinde yargısal denetim devam etse de sıkıyönetimin doğasına ilişkin bazı eleştiriler yapılabilir. Askeri komisyonlara verilen yetkiler ve onlarca yapılacak yargılamalar kuvvetler ayrılığı bakımından çeşitli sorunlara yol açmaktadır. Fakat askeri makamlara ve yürütme organına tanınan yetkiler istisna ve olağanüstü bir tedbir olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Hamdan v. Rumsfeld**, 548 U.S. 557 (2006).

⁶⁶⁹ Ayrıca bkz. **Ex parte Milligan**, p. 107-129.

sıkıyönetim makamlarının hukuka uygun davranma zorunluluğu devam etmektedir ve sıkıyönetimin sağladığı geniş yetkiler ve istisnai koşullara rağmen anayasal hakların ihlal edilemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁷⁰. Ne var ki Mahkemenin kararları her zaman bununla uyumlu değildir⁶⁷¹. Diğer yandan bazı anayasal güvenceler kural olarak varlığını sürdürse bile devletin ve milletin içerisinde bulunduğu zor şartlar altında bazı güvencelere istisna getirildiği görülmektedir. Örneğin bu istisnalardan bir tanesi habeas corpus güvenceleridir⁶⁷². Amerikan Anayasasına göre, isyan ve istila hallerinde kamu güvenliğinin gerektirmesi halinde “habeas corpus emri” (writ of habeas corpus) askıya alınabilir⁶⁷³.

Son olarak, toplamda 68 kez sıkıyönetim ilan edilmiştir⁶⁷⁴. Fakat İkinci Dünya Savaşından sonra sıkıyönetim ilan edilmemiştir⁶⁷⁵. Amerikan tarihindeki en büyük saldırılardan birisi olarak görülen 11 Eylül Saldırılarından sonra dahi sıkıyönetim ilan edilmesine gerek duyulmamış, sivil yetkililerin ve kolluğun yeterli olduğu görülmüştür⁶⁷⁶.

⁶⁷⁰ **Lau/Nunn**, “Martial Law Explained”.

⁶⁷¹ Ayrıca bkz. **Feldman**, “Theories of Emergency Powers...”, p. 1038.

⁶⁷² Zor şartlar anayasal bazı güvenceler için istisna olarak görülmektedir. Örneğin bu istisnalardan bir tanesi habeas corpustur. Yargılama ve tutuklamalara ilişkin güvenceler, yani “habeas corpus” kısaca kişilerin mahkeme kararı olmadan ve kanuna dayanmadan tutuklanamayacağı ve mahkûm edilmeyeceği anlamına gelir. “Habeas corpus emri” (writ of habeas corpus) ise hükümet tarafından haksız yere tutuklu bulunan bir mahkûmun serbest bırakılmasına yönelik bir mahkeme emridir. Ayrıca bkz. https://www.law.cornell.edu/wex/habeas_corpus, (E.T. 24.06.2024); **Erwin Chemerinsky**, “Thinking About Habeas Corpus”, Case Western Reserve Law Review, Vol. 37, Y. 1987, p. 748-749.

⁶⁷³ Bkz. **U.S. Constitution**, Art. I, § 9, cl. 2; **Chemerinsky**, “Thinking About Habeas Corpus”, p. 748; tarihsel gelişmeler için ayrıca bkz. **Neil Douglas McFeeley**, “The Historical Development of Habeas Corpus”, Southwestern Law Journal, Vol. 30, Iss. 3, Y. 1976, p. 594-598; **Rasul v. Bush**, II.

⁶⁷⁴ İlan edilen sıkıyönetimler için bkz. **Joseph Nunn**, “Guide to Declarations of Martial Law in the United States”, Brennan Center for Justice, 10.09.2020, <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/guide-declarations-martial-law-united-states>, (E.T. 07.11.2024).

⁶⁷⁵ **Relyea**, “Martial Law and National Emergency”, p. 4; **Mark Neocleous**, “From Martial Law to the War on Terror”, New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal, Vol. 10, N. 4, Y. 2007, p. 490. Her ne kadar sıkıyönetim ilan edilmemişse de sıkıyönetim kavramlarının ve uygulamalarının farklı ad ve şekillerde liberal demokrasinin siyasi sistemine sızdığı iddiasına dair bkz. **Neocleous**, “From Martial Law to the War on Terror”, p. 513.

⁶⁷⁶ **Relyea**, “Martial Law and National Emergency”, p. 4.

İKİNCİ BÖLÜM

İFADE HÜRRİYETİNİN MİLLİ GÜVENLİK SEBEBİYLE SINIRLANDIRILMASI VE UYGULANAN ÖLÇÜTLER

I. Genel Olarak

Amerikan ifade hürriyeti hukuku kategorik yaklaşıma dayanmaktadır. İfade hürriyetini sınırlandıran kuralların Anayasaya uygunluğuna ilişkin denetim düzeyi ve ölçütler de bu yaklaşıma göre belirlenmektedir. Korunan ifadelerin tespit edilmesi ve uygulanacak ölçütlerin belirlenmesi veya kuralın bazı bakış açılarını sınırlandırdığı hallerde hangi denetim düzeyinin uygulanacağı bununla ilgilidir. Yine, ifade hürriyetinin milli güvenlik ile olan ilişkisinde bu doktrinlerin ve yaklaşımların sürdürüldüğü görülmektedir. Örneğin, korunan ifadeye milli güvenliği tehdit etmesi sebebiyle bakış açısına dayalı olarak müdahale edilmesi halinde sıkı denetim uygulanır. Fakat, müdahale içeriğe dayalı değilse, ifadenin yerine ve zamanına ilişkinse ya da ifadeye rastlantısal olarak müdahale edilmişse orta düzey denetim uygulanır.

Diğer yandan korunmayan ifadeler söz konusu olduğunda nispeten daha az koruyucu ölçütler tercih edilmektedir. Bu bağlamda hukuka aykırı eylemleri kışkırtan veya savunan ifadelerin sınırlandırılmasında “açık ve mevcut tehlike ölçütü (testi)” kullanılmıştır. İfade hürriyeti ve milli güvenlik çatışmasının ortasında gelişen bu ölçüt, genellikle milli güvenliğin korunmak istendiği davalarda başvuru bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, hükümetin veya anayasal düzenin şiddet yoluyla yıkılmasını teşvik eden veya casusluk faaliyetlerinin icra edilmesine ve ordunun askeri faaliyetlerinin önlenmesine yönelik olan ifadeler gibi kimi korunmayan ifade türlerinin milli güvenliğin korunması amacıyla sınırlandırıldığı hallerde açık ve mevcut tehlike ölçütü uygulanmaktadır. Modern ifade hürriyeti teorisi içerisinde önemli role sahip olan ve Mahkemenin pek çok kararına doğrudan ya da dolaylı olarak etki eden diğer bir

referans ise “dengeleme” ölçütüdür. Ölçüt, korunan ya da korunmayan ifadelerin konu olduğu ifade hürriyeti-millî güvenlik ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde bir yöntem olarak kullanılmaktadır. Bu ölçüt, ifade hürriyeti ile millî güvenlik menfaatinin tartılmasını gerekli kılmaktadır. Örneğin belli işlerde çalışacak kişilere “hükümetin zorla (şiddet kullanılarak) devrilmesine inanmadığı, inanan veya öğreten herhangi bir örgütün üyesi olmadığı” yönünde yemin etme zorunluluğu getirilmesi halinde millî güvenlik korunmak istenmektedir. Burada yapılan dengelemeye göre, millî güvenliğin korunması menfaatinin yemin zorunluluğu karşısında ağır bastığı düşünülebilmektedir. İfade hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin genel ölçütlerden ve doktrinlerden farklı olarak bu iki ölçüt ifade hürriyeti ve millî güvenlik arasında dinmeyen çatışmanın ortasında gelişmiştir. Ayrıca henüz olgunlaşmış bir ölçüt sunmasa bile “mutlakçı yaklaşım” da millî güvenlik karşısında ifade hürriyetinin üstünlüğüne dayandığından ifade hürriyeti ve millî güvenlik ilişkisi bakımından incelemeye değerdir. Sonuç olarak Mahkemenin tek bir ölçütü benimsediğini söylemek mümkün olmadığı gibi benimsediği ölçütleri yeknesak olarak uyguladığı da söylenemez⁶⁷⁷.

Diğer önemli bir konu da sansürdür. Kural olarak yasak olan sansür, ifade hürriyeti-millî güvenlik çatışmasında önemli bir müdahale türü olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim hükümetler, askeri operasyonlara veya devlet sırlarına ilişkin bilgileri muhafaza etmek için, diğer deyişle millî güvenliğin korunması amacıyla sansür uygulamak istemektedir. Buna karşılık Mahkeme sansür müdahalesine karşı bazı ölçütler belirlemiştir.

Biz de çalışmanın bu bölümünde, ilk olarak millî güvenlik sebebiyle ifade hürriyetine yapılan bir müdahale türü olarak sansürü ve sansüre başvurulması halinde Mahkemenin benimsediği ölçütleri inceleyeceğiz. Millî güvenlik sebebiyle sansür uygulanması halinde sansüre izin verilip verilmeyeceğini tartışacağız. Ardından ifade hürriyetinin millî güvenlik sebebiyle sınırlandırıldığında Yüksek Mahkemenin korunan ifadeler için belirlediği genel ölçüt ve doktrinlerin nasıl uygulandığını; millî güvenlik sebebiyle ifade hürriyetinin sınırlandırılmasında Mahkemenin genel ölçüt ve doktrinlerden ayrı olarak uyguladığı ölçütleri ve benimsediği yaklaşımları ele alacağız. Burada amacımız ifade hürriyetinin millî güvenlik sebebiyle sınırlandırıldığı hallerde

⁶⁷⁷ Arslan, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, s. 29.

gördüğü korumanın niteliğini ve ifade hürriyetine yapılan müdahalenin nasıl denetlendiğini belirlemektir.

II. İfade Hürriyetinin Milli Güvenlik Sebebiyle Sınırlandırılması ve Mahkemenin Denetimi

A. İfade Hürriyetinin Milli Güvenlik Sebebiyle Sınırlandırılması

1. Genel Olarak Hürriyet-Güvenlik İlişkisi

Hürriyet ve buna paralel olarak insan hakları bireysel ve toplumsal olarak en temel insani değerlerdendir⁶⁷⁸. Hürriyet, kişinin ahlaki doğasını gerçekleştirmesinde yaptığı tercihlerle birlikte ortaya çıkar; kişinin tercih yapmasını mümkün ve anlamlı kılar. Bu yönü itibarıyla hürriyet, kişinin hayatını kendi tercihlerine göre inşa etmesinin ve tüm tercih ve gayretinin başta siyasi iktidar olmak üzere hiçbir makam ya da kişi tarafından engellenmemesini ifade eder⁶⁷⁹. Dolayısıyla, köleleştirilmekten ve zincire vurulmaktan fazlasını ifade etmektedir. Bireyin siyasi görüşleri ile ekonomik ilişkilerinin; bireysel, ailevi, sosyal ve dini hayatının tamamı bu anlamın içeriğinde yer almaktadır⁶⁸⁰.

Hürriyetin olmaması ise insanın ahlaki doğasıyla uyumlu değildir. Tercihlerini yönetemeyen, serbestçe hareket edemeyen; baskıcı bir siyasi iktidarın denetim ve gözetiminde karar almaya ve hareket etmeye mecbur olan bireyin ahlakiliğinden söz edilemez. Bireyin böyle bir durumda tercihlerinden sorumlu olduğu söylenemez. Çünkü ahlaki edim, ancak hür irade ve dolayısıyla hürriyetle mümkündür. İnsan hürriyetinin bireyin varlığının bir ön şartı olarak kabul edilmemesi halinde insanı saygınlık talep eden varlık olarak görmek de mümkün değildir. Bu koşullar altında insan, tabiat olaylarının bir parçası, nesnesi haline gelir. Diğer yandan hür birey aynı zamanda sorumluluk sahibi bir varlıktır. Bireyin kendi iradesiyle, engellerle karşılaşmadan yaptığı tercihlerin başkalarının haklarına saygılı olması ve toplumsal hayatın gereklerine uygun olması

⁶⁷⁸ **Erdoğan**, Özgürlük, Hukuk ve Demokrasi, s. 50.

⁶⁷⁹ **Mustafa Erdoğan**, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 7. Bs., Hukuk Yayınları, Ankara 2019, s. 33-34; **Eamonn Butler**, Özgür Toplumun Temelleri, Liberte Yayınları, Ankara 2016, s. 21.

⁶⁸⁰ **Butler**, Özgür Toplumun Temelleri, s. 21.

gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre, sınırsız hürriyet kaosla eş değer görülmekte ve bir düzenin olabilmesi için yalnızca sınırlı hürriyet kabul edilmektedir⁶⁸¹.

Sonuç olarak hürriyet başka insanlara zarar verilmediği zaman vardır. Örneğin bir kişinin seyahat hürriyetinin olması, bir başkasının konutuna izinsiz girmeyi kapsamaz. Öyleyse hürriyet, bir başkasına zarar verilmediğinde istenilen her şeyin yapılması (zararsızlık ilkesi) olarak tanımlanabilir. Neticede hürriyetin doğal sınırı başkasına zarar vermektedir⁶⁸².

Bireysel ve toplumsal hayat için önem arz eden diğer bir kavram güvenliktir. Geniş anlamda güvenlik bireyin içerisinde bulunduğu toplumda her türlü baskıdan emin olarak serbestçe tercihte bulunabilmesi için önemlidir. Diğer bir deyişle güvenliğin olmadığı bir toplumda birey hür bir şekilde hareket edemez⁶⁸³. Ayrıca acil durumlarda güvenlik, kişilerin hayatta kalabilmesi ve en temel yaşamsal ihtiyaçlarını sağlayabilmesi için de çok önemlidir. Zira hayat hakkının korunamadığı ve en temel endişenin hayatta kalmak olduğu hallerde bireyler için hürriyet anlamını yitirmeye başlar. Bu nedenle birey hürriyetine yapılan müdahalelerin bir kısmı güvenliğin korunmasını sağlamayı amaçlar. Sonuç olarak hürriyet ve güvenlik toplumsal yaşamda olmazsa olmaz iki kavramdır. Fakat bunlar arasında bir hiyerarşi kurmak veya her iki kavramı eşit kabul etmek benimsenen yaklaşıma göre farklılık arz eder. Örneğin anarşist yaklaşımlardan faşist yaklaşımlara kadar çok sayıda görüş mevcuttur⁶⁸⁴. Fakat kısaca, bir hukuk devletinde birey hürriyetinin en temel değer olduğundan, hatta devletin varlık amacı olduğundan söz etmek gerekir. Bu bağlamda toplumsal hayat için önemli olmalarının yanı sıra iki kavram değer olarak farklı niteliktedir. Hürriyet, kendiliğinden bir değerken güvenlik kendi başına bir değer olarak kabul edilemez. Güvenlik, tıpkı iktidar olgusu gibi bireylerin hür bir şekilde yaşayabilmesi, onların özerk alanlarına dışarıdan yönelen saldırıların ortadan kaldırılması için gereken bir araç niteliğindedir⁶⁸⁵. Dolayısıyla hürriyet ve güvenlik ilişkisine bu çerçeveden yaklaştığımızda, aradaki ilişkinin amaç-araç ilişkisi olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Aksinin kabul edilmesi, diğer bir ifadeyle güvenliğin de tıpkı

⁶⁸¹ **Nihat Bulut**, “Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi”, in Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan, B. Vural Dinçkol/Nihat Bulut/Rukiye Akkaya Kia/Cevat Okutan/Mehmet Akif Etgü/Hülya Dinçer (Ed.), Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 299, 309-310.

⁶⁸² **Butler**, Özgür Toplumun Temelleri, s. 22.

⁶⁸³ **Erdoğan**, Özgürlük, Hukuk ve Demokrasi, s. 51.

⁶⁸⁴ **Bulut**, “... Özgürlük Güvenlik İlişkisi”, s. 299.

⁶⁸⁵ Ayrıca bkz. **Erdoğan**, Özgürlük, Hukuk ve Demokrasi, s. 51.

hürriyet gibi kendiliğinden değer olarak görülmesi ya da birey hürriyeti yerine toplumun huzur ve güvenliğinin amaç olarak kabul edilmesi halinde hürriyet rejiminden ya da anayasal bir rejimden söz etmek mümkün olmaz. Nitekim anayasacılığın, anayasanın ve anayasal demokrasinin çekirdeğini birey ve onun hürriyetleri oluşturur.

Tüm önemine rağmen bireylerin hürriyetlerini korumak ve genişletmek yerine kamu menfaatini önceleyen devletler, kamu menfaatini koruma isteklerinde samimi olsalar dahi başkalarının haklarını korumanın ötesine geçerek kamu menfaati adına resimleri, edebiyat eserlerini sansürleyebilir; eşitliğin sağlanması ve bunun adına yeniden dağıtım yapılması için mülkiyet hakkını ihlal edebilir. Bu çerçevede güvenlik penceresinden de konuya yaklaşıldığında devletler, toplumun güvenliğini ve refahını sağlamak adına güvenliği tehdit eden başlıca aktör halini almaktadır⁶⁸⁶.

Devletin etkisinin güvenliğin azaldığı ve toplumsal düzenin bozulduğu ortamlarda daha fazla arttığı ve hürriyet pahasına güç kazandığı da bilinen bir gerçektir. Özellikle 11 Eylül Saldırıları'nın ardından hürriyet-güvenlik ilişkisinin doğal bir karşıtlığa dayandığı yaklaşımı egemen olmaya başlamıştır. Yaşanan gelişmeler beraberinde hürriyet-güvenlik ilişkisine yaklaşımı etkilemiş, ilişki terörizm açısından değerlendirilmeye tabi kılınmıştır⁶⁸⁷. Bu, yalnızca Saldırıların gerçekleştirildiği Amerika'da değil, milletlerarası terörizmin artmasıyla tüm dünyada etkili olmuştur. Kuşkusuz ki hürriyetin genişlemesinin güvenliğin azalacağına yönelik artan inanç zamanla hürriyetlerin ikinci plana itilmesine, siyasi iktidara ve güvenlik güçlerine daha fazla güven duyulmasına yol açmıştır. Oysa güvenlik, hürriyet ile kıyaslanabilecek veya karşılaştırılabilecek bir değer değildir. Sonuç olarak hürriyetin korunmasına hizmet etmeyen bir güvenlik anlayışı meşru olarak görülemez.

2. İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması ve Milli Güvenlik

Bir hukuk devletinde hürriyetlerin sınırlandırılması sorunu önemli bir konudur. Birey hürriyetlerinin sınırlı olup olmadığı, demokratik toplumda hürriyetlerden bazıları sınırlandırılabiliriyorsa buna ilişkin sınırların tespit edilmesi ve devlet organlarının yetkilerinin belirlenmesi hürriyetler için hayati önemdedir. Günümüzde genel olarak hürriyetlerin sınırsız olmadığı, fakat önceden belirlenmiş bazı sınırlara tabi oldukları veya

⁶⁸⁶ **Butler**, Özgür Toplumun Temelleri, s. 24-25.

⁶⁸⁷ **Bulut**, "... Özgürlük Güvenlik İlişkisi", s. 298.

belli bazı sebeplerle sınırlandırılacakları kabul edilmektedir. Bunlar genellikle anayasalarda ve milletlerarası sözleşmelerde açıkça ve sınırlı sayıda belirlenir. Hürriyetlerin sınırlarına ilişkin hükümlerin anayasa ve milletlerarası sözleşmelerde düzenlenmesinin temel amacı devlet organlarını ve milletlerarası hukuk bakımında da devletleri sınırlandırmak, keyfî müdahalelerin önüne geçmektir. Örneğin, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” başlıklı 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilirliğini; sınırların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını düzenlemektedir⁶⁸⁸. Yine, “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlıklı 26. maddenin 2. fıkrasına baktığımızda, “millî güvenlik”, “kamu düzeni”, “kamu güvenliği”, “Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması”, “suçların önlenmesi”, “suçluların cezalandırılması”, “devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması”, “başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması” veya “yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi” amaçlarıyla bu hürriyetin sınırlandırılabilirliği düzenlenmektedir. Diğer bir örnek olarak, AİHS’nin 10. maddesinin 2. fıkrasına baktığımızda da “millî güvenliğin”, “toprak bütünlüğünün” veya “kamu güvenliğinin korunması”, “kamu düzeninin sağlanması” ve “suç işlenmesinin önlenmesi”, “sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması”, “gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi” veya “yargı kuvvetinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için” ifade hürriyetinin sınırlandırılabilirliği düzenlenmiştir⁶⁸⁹. Sonuç olarak görüldüğü üzere millî güvenlik de ifade hürriyetinin sınırlandırılmasında meşru bir sebeptir. Başka bir

⁶⁸⁸ **Erdoğan**, İnsan Hakları..., s. 152-165. 1982 Anayasası olağan ve olağanüstü dönemlerde hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin farklı esaslar öngörmüştür. Bkz. **Döner**, Türk Anayasa Hukuku, s. 197-210; **Erdoğan**, İnsan Hakları..., s. 162-163. AİHS’e göre olağan ve olağanüstü dönemlerde hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin bkz. **Ayhan Döner**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 86-88; **Akad/Vural Dinçkol/Bulut**, Genel Kamu Hukuku, s. 321-322, 328.

⁶⁸⁹ **Erdoğan**, İnsan Hakları..., s. 157-159.

deyişle, aranan diğer şartlara uyularak milli güvenlik sebebiyle ifade hürriyeti sınırlandırılabilir⁶⁹⁰.

Birinci Değişiklikte ifade hürriyetinin sınırlandırılması rejimine ve sınırlandırma sebeplerine ilişkin bir hükme yer verilmese⁶⁹¹ de ifade hürriyetinin sınırlandırılmasında pek çok sebep ortaya çıkmaktadır⁶⁹². Milli güvenliğin Amerika’da da bu sebeplerden biri olduğunu söylemek mümkündür. Diğer bir ifadeyle Amerika’da milli güvenlik menfaatinin korunması amacıyla ifade hürriyetinin sıkça sınırlandırıldığını görebiliriz. Fakat ifade türleri arasında milli güvenliğin ihlali ve milli güvenliğin tehlikeye atılması gibi ayrı bir kategori yoktur. Benzer şekilde münferit bir sınırlandırma sebebi olarak milli güvenliğin ele alındığını her zaman söyleyemeyiz. Bununla birlikte korunmayan kategoriler içerisinde yer alan hukuka aykırılığın teşvik edilmesi, örneğin hükümetin şiddet yoluyla yıkılmasının teşviki gibi kimi korunmayan ifade türleri ve korunan ifadelerden bazıları milli güvenliğin korunması amacıyla sınırlandırılmaktadır⁶⁹³. Ancak milli güvenlik sebebiyle ifade hürriyetinin sınırlandırılması sakıncalar taşımaktadır. Çünkü ifade hürriyetinin sınırlandırmasında asıl sebep her zaman güvenliği sağlamak ve korumak değildir. Sınırlandırmaların asıl sebebinin çoğu zaman ekonomik sorunları, askeri ve politik başarısızlıkları gölgelemek, toplumu mobilize ve manipüle etmek olduğu bilinmektedir. Bu yönüyle devlet de tüm hürriyetler için terör kadar tehlikeli bir düşman haline gelebilmektedir⁶⁹⁴. Marx’tan alıntıyla devletin güvenliği kullanma yöntemine ilişkin Neocleous, güvenliği, *“adına yapıldığı sürece devletin her türlü eylemini*

⁶⁹⁰ Güvenlik veya milli güvenlik sebebiyle haklara müdahale edilebiliyor olsa da bir hukuk devletinde müdahalenin mümkün olduğu ölçüde yumuşak ve makul olması gerekir. Bkz. **Akad/Vural Dinçkol/Bulut**, Genel Kamu Hukuku, s. 321.

⁶⁹¹ Amerikan Anayasasına nispeten Alman ve diğer pek çok Avrupa Anayasasında anayasal hakların sınırlandırılması rejimi ve meşru amaçlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir. Amerikan Anayasası bu bakımdan farklı niteliklere sahiptir. Bkz. **Aydın**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü..., s. 61-62; **Cennet Sert**, İfade Özgürlüğünün Genel Ahlak Nedeniyle Sınırlandırılması, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 101-102.

⁶⁹² Örneğin bu sebeplerden bir tanesi de ifade hürriyetinin genel ahlaka aykırılığı sebebiyle sınırlandırılmasıdır. Yüksek Mahkeme, genel ahlaka aykırı ifadelerle yapılan müdahaleleri denetlemek ve bu tür ifadelerin göreceği korumayı belirlemek için çeşitli ölçüt, doktrin ve ilkelerden yararlanmaktadır. Ayrıca bkz. **Sert**, İfade Özgürlüğü..., s. 108-128.

⁶⁹³ Bkz. **Schauer**, İfade Özgürlüğü..., s. 257. Genel olarak baktığımızda toplum halinde yaşamak hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını gerektirebilmektedir. İfade hürriyeti de çeşitli sebeplerle sınırlandırmalara konu olmaktadır. Bkz. **Tümay**, “Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti...”, s. 356.

⁶⁹⁴ Benzer yönde değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Erdoğan**, Özgürlük, Hukuk ve Demokrasi, s. 52-54; “hürriyet korkusunu yenme”ye ilişkin değerlendirme için bkz. **Arslan**, Anayasa Teorisi, s. 218.

meşrulaştıran bir kavram” olarak ifade etmektedir. Bu çerçevede yazar, güvenliğin toplumsal baskı biçimlerinin pekiştirilmesine yardımcı olacağı sonucuna ulaşmaktadır⁶⁹⁵.

Amerika’da da milli güvenlik bir sınırlandırma sebebi olarak kabul ediliyor olsa bile yukarıda örnek olarak verilen Anayasa ve Sözleşme hükümlerinin aksine Birinci Değişiklikte ifade hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin sebeplere, şartlara ve usule yer verilmemiştir. Buna karşılık çalışmamızın birinci bölümünde kapsamlı bir şekilde üzerinde durduğumuz gibi ifade hürriyetinin genel düzenleyici işlemlerle belirli şartlarda sınırlandırılabilceği kabul edilmiştir. Fakat bu düzenleyici işlemlerin aşırı geniş ve muğlak olmama gibi belli nitelikleri haiz olması gerekir. Bu çerçevede Mahkeme, ilk olarak bir tür kanunilik incelemesi yaparak kuralların bu nitelikleri taşıyıp taşımadığını denetlemektedir. Ayrıca ifade hürriyetinin sınırlandırılmasında da Mahkeme kararlarında kamusal menfaatler ve kamu yararı sebebiyle ifade hürriyetine müdahalelere izin verilmektedir. Bu müdahalelere ilişkin korunan ifadeler bakımından geliştirilen doktrin ve ölçütlerden yararlanılmaktadır. Amerikan doktrininde bazı ifadeler ise kategorik olarak Birinci Değişiklik güvencesinden yararlanamamaktadır. Bu türlerin oluşturulmasında ifadelerin içeriği ve onlara yüklenen değerler etkilidir. Fakat korunmayan ifadelerin hiç korunmadığı ve devlet organlarının bu ifadeler üzerinde sınırsız yetkisinin olduğu da söylenemez. Korunmayan ifadelere yapılan müdahalelerin Anayasaya uygun olabilmesi için bazı şartlara uygunluk aranmakta ve bu ifadeler bakımından da çeşitli doktrin ve ölçütlerden yararlanılmaktadır. Nihayet, bütün ifadelerin sınırlandırılmasında Anayasaya uygunluk incelemesinde Yüksek Mahkeme, milli güvenlik gibi haklı/meşru sebeplerin bulunması ve müdahalelerin kural olarak ayrımcılık gözetmemesi gibi çeşitli şartları aramakta, somut olayın bağlamına ve ifadenin niteliğine uygun ölçütler uygulamaktadır⁶⁹⁶.

Nihayet, milli güvenliğı sağlamak ve korumak için devlet organlarının sahip olduğu yetkiler, bu organların diğer konulardaki yetkileri gibi anayasal sınırlara tabi olmalıdır. Ayrıca unutulmamalıdır ki milli güvenlik ne kadar önemli olursa olsun anayasal güvencelerin ve hürriyetlerin askıya alınması için her zaman meşru (veya

⁶⁹⁵ **Mark Neocleous**, “Security, Liberty and the Myth of Balance: Towards a Critique of Security Politics”, *Contemporary Political Theory*, Vol. 6, Y. 2007, p. 145-147.

⁶⁹⁶ Bkz. Birinci Bölüm.

gerçek) bir sebep değildir⁶⁹⁷. Bu nedenle Emerson'ın da ifade ettiği gibi milli güvenlik gerekleri söz konusu olduğunda ifade hürriyeti ve diğer hürriyetler karşısında güvenlik taleplerine karşı şüpheyile yaklaşılması ve buna ilişkin hukuki güvencelerin sağlanması gerekir⁶⁹⁸.

3. Amerika'da İfade Hürriyeti ile Milli Güvenlik Çatışmasının Genel Görünümü

Milli güvenlik endişelerinin ve tedbirlerinin söz konusu olduğu durumlarda ilk sınırlandırılan ve ihlal edilen hürriyet, ifade hürriyeti ve onun farklı görünümleridir. Siyasi iktidar, milli güvenlik sebebiyle yaptığı müdahalelerle ifade hürriyetini ihlal ettiği gibi muhalefeti susturmanın, gündemi değiştirerek toplumu manipüle etmenin bir yolu olarak da ifade hürriyetini sınırlandırmaktadır⁶⁹⁹. Bunun temelinde milli güvenliğin oldukça belirsiz ve geniş bir kavram olması yatmaktadır. Milli güvenliğe genel bir kamu menfaati olarak baktığımızda hemen her şey bu kavramın kapsamına dahil edilebilir. Yukarıda da söz ettiğimiz gibi kavram, sadece silah ve asker kullanımını gerektiren aktif çatışma hallerini kapsamaz. Aynı zamanda bayrağın selamlanmaması, yakılması gibi bayrağa saygısızlık olarak görülen eylemlerden askerlik yoklama/kayıt belgelerine zarar verilmesi, ordunun ve savaş gibi hallerde hükümetin eleştirilmesi dahil pek çok ifade ve

⁶⁹⁷ **Emerson**, “National Security and Civil Liberties”, p. 82.

⁶⁹⁸ Bkz. **Emerson**, “National Security and Civil Liberties”, p. 80-82. Emerson, milli güvenliğin kötüye kullanımını önlemek ve hürriyetleri koruyabilmek için üç şartı gerekli görmektedir. Demokratik bir toplumda olması gereken ilk olarak belirsiz ve sınırsız talepler karşısında temkinli olmaktır. Milli güvenlik gerekleri söz konusu olduğunda hürriyetler karşısında güvenlik taleplerine karşı şüpheyile yaklaşılması gerekir. Nitekim pek çok toplumda olduğu gibi Amerikan toplumunda da muhaliflerin susturulması ve eleştirilerin sonlandırılması gibi aslında doğrudan güvenlikle ilgisi olmayan başka amaçlarla hürriyetlere müdahale edilmektedir. İkinci olarak hürriyet-güvenlik çatışmasında kapsamı muğlak ve belirsiz olan güvenlik için alınacak tedbirlerin denetlenmesinde yargı organı önemli bir role sahiptir. Güvenlik politikalarının söz konusu olduğu hallerde bağımsız ve tarafsız yargı organlarının önemi daha da artar. Nitekim güvenlik iddiaları tüm milleti konsolide etmek ve gayri meşru amaçların üzerine perde örtmek için oldukça elverişlidir. Son olarak bireyin siyasi toplumda tamamen güvenli olamayacağının, tüm risk ve saldırıların ortadan kaldırılamayacağının baştan kabul edilmesi gerekir. Devletin gerek içeriden gerek dışarıdan gelebilecek saldırı ve şiddetin hepsini tamamen ortadan kaldırması, devletin polis devletine, hatta totaliter rejime dönüşmesine yol açar. Böyle bir durumda devlet, yalnızca hürriyet için değil, güvenlik ve huzurlu bir toplum için en büyük tehlikedir. Bu nedenle, güvenlik üzerindeki kimi risklere rağmen hürriyetlerin korunması, güvenliğin uzun vadede tesisi için de gerekir. Bkz. **Emerson**, “National Security and Civil Liberties”, p. 80-82.

⁶⁹⁹ Genel olarak kabul edildiği gibi devlet, her zaman hürriyetleri sınırlandırmaya çalışır. Terörle mücadele gibi durumlar devletlere meşru gerekçeler sağlamaktadır. Yine terörle mücadele ya da savaş gibi hallerin mevcut olması halinde devlete itaat ve bağlılık artarken, haklı bile olsalar insanlar hain olarak etiketlenmemek için eleştiri yapmaktan imtina eder. Bkz. **Jeremy Waldron**, “Security and Liberty...”, p. 191.

eylemin de milli güvenlik sorunu olarak görülmesi mümkündür. Bu genişlik kuşkusuz devletin yetkisinin arttırılması ve hürriyetlerin kısıtlanmasına yol açar⁷⁰⁰.

İfade hürriyeti, milli güvenlikle ilişkisi boyutuyla ele alındığında hayatın olağan seyri içerisinde müdahalelere çok fazla konu olabilecek bir hürriyet değildir. Nitekim Amerikan tarihinde de ifade hürriyeti her zaman hedef olmamış ve ihlal edilmemiş; hükümet politikalarına ve görevlilerine yönelik eleştirilere önemli ölçüde müdahalede bulunulmamıştır. Bu bakımdan ifade hürriyetine verilen önem ve bir toplumun hürriyet katsayısı, ancak savaş gibi olağanüstü koşullarda anlaşılabilir⁷⁰¹. Genellikle savaş koşullarında muhalefet etmek, hükümet görevlilerini veya politikalarını eleştirmek ihanetin en yüksek halini almaktadır. Ordunun yetersizliğini, stratejik hatalar yaptığını, hükümetin politik başarısızlıklarını söylemek ve savaş karşıtı olmak gibi pek çok söz ve davranış biçimi düşmana yardım olarak görülebilmektedir. Oysa demokratik toplumda siyasi eleştirilerin mutlak olarak korunması, bu tür söz ve davranışların vatanseverliğin en yüksek biçimi olarak kabul edilmesi gerekir. Çünkü büyük bir cesaret ve fedakarlıkla ordunun yetersizliğinin, eksikliklerin ve hataların giderilebilmesi için bunların açıkça dile getirilmesi milletin başarısına daha fazla katkı sağlar niteliktedir⁷⁰². Ancak hemen her yerde olduğu gibi Amerika’da da savaş zamanı muhalefet etmek ihanetle eşdeğer görülmüştür.

1798 tarihli İhanet Kanununun muhalefeti bastırmanın silahı haline gelmesi ve İç Savaş döneminde yalnızca siyasi düşünceleri ve ifadeleri nedeniyle sivillerin tutuklanması, kişilerin *“hükümetin hukuka aykırı bir isyanı bastırma çabasındaki gücünü zayıflatmak için sadakatsiz duygu ve düşünceleri beyan etmekle suçlanması”*, muhalefetin ihanetle suçlanmasına verilebilecek örneklerdir⁷⁰³. Benzer şekilde Birinci Dünya Savaşı döneminde Amerika’nın savaşa girmesinden kısa bir süre sonra Kongre,

⁷⁰⁰ Benzer yönde bkz. **Emerson**, “National Security and Civil Liberties”, p. 78-79.

⁷⁰¹ **Geoffrey R. Stone**, “Free Speech and National Security”, Indiana Law Journal, Vol. 84, Iss. 3, Y. 2009, p. 939. Unutulmaması gereken bir diğer husus olağanüstü koşullar altında gerekli görülerek kabul edilen şeyler zamanla istisna değil, olağan olarak kabul edilebilir. Terörle mücadele tedbirleri, benzer şekilde bunun için verilen destek ve yetkiler, zamanla normalleşir, amacından sapar ve yetkiler, hürriyetleri savunmasız hale getiren yeni normaller olabilir. Bkz. **Oren Gross**, “The Process of Balancing”, Tulsa Law Review, Vol. 45, Y. 2011, p. 735-736. Bu nedenledir ki ideal olarak, en acil milli güvenlik ihtiyaçlarını karşılamak için dahi bireysel hürriyetlerin ihlal edilmesi kabul edilemez. Siyasi organların görevi ve varlık amacı, bireysel hürriyetleri ihlal etmeden güvenliği sağlayabilmektir.

⁷⁰² Ayrıca bkz. **Stone**, “Free Speech and National Security”, p. 939-940; **Chafee**, “Freedom of Speech in War Time”, p. 958.

⁷⁰³ **Stone**, “Free Speech and National Security”, p. 940-944.

1917 Casusluk Kanununu kabul etmiştir. Kanun, ifade ve basın hürriyeti ile muhalefet etme hakkı üzerindeki federal hükümet yetkilerini genişletmiş, savaş sırasında yapılan neredeyse tüm eleştiriler bastırılarak eleştiri yapanlar cezalandırılmıştır⁷⁰⁴.

İkinci Dünya Savaşı yıllarında da ifade hürriyeti ihlal edilmiştir. Ancak bu ihlaller, diğer savaş dönemlerine nispeten sınırlı kalmıştır⁷⁰⁵. Savaş sona erdikten sonra başlayan Soğuk Savaş ise, komünizm korkusuna yol açmıştır. Siyasetçiler arasında “komünist olmak ya da eğiliminde olmak” bir hakaret, karalama, halkı manipüle etme aracı haline gelmiştir⁷⁰⁶. Bu dönemde en yaygın suçlamalardan bir tanesi “hükümeti şiddet kullanarak yıkmak için komplo kurma” suçlamasıdır. Söz konusu suçlama karşısında en büyük yarayı da ifade hürriyeti almıştır. Ayrıca Yüksek Mahkeme, önüne gelen ve bu iddialara dayanan pek çok davada ifade hürriyetine yapılan müdahaleleri onaylamıştır. Hatta Mahkeme, önemli kararlardan birisi olan Dennis’te hükümetin şiddet yoluyla devrilmesi gibi büyük bir tehlikenin olduğu durumlarda açık ve mevcut tehlikenin gerekli olmadığına karar vermiştir. Sonuç olarak McCarthycilik olarak baktığımız bir dizi eyleme ve tedbire Mahkeme tarafından açıkça onay verilmiş⁷⁰⁷; tek başına bir siyasi düşünceye sahip olmak ya da konuşmak bile cezalandırılmıştır⁷⁰⁸.

Diğer önemli bir konu olarak terörle mücadeleden söz edebiliriz. 11 Eylül Saldırılarından sonra terörle mücadele en temel hedef halini almıştır. Ancak savaş karşıtlığı nedeniyle kimse hakkında doğrudan federal bir ceza davası açılmamış olması o yıllardaki önemli ilerlemenin göstergesidir. Stone’un ifadesiyle, “*Amerikan değerleri, siyaseti ve hukuku, bu tür kovuşturmaların artık neredeyse düşünülemez hale geldiği bir noktaya ulaşmıştır*”. Fakat tüm bu olumlu gelişmelere rağmen diğer hürriyetlerle birlikte ifade hürriyeti de çok önemli baskılara maruz bırakılmıştır. Özellikle yürütme organına verilen takip ve izleme yetkileri ifade hürriyetini terörle mücadele adına ihlal etmiştir. Örneğin FBI ajanlarına, hukuka aykırı bir davranışın söz konusu olabileceğine dair herhangi bir emare olmaksızın siyasi ve dini faaliyetleri izleme yetkisi verilmesi tek başına büyük bir caydırıcı etkiye yol açmıştır. İzlendiğini bilen kişilerin konuşmaları,

⁷⁰⁴ **Stone**, “Free Speech and National Security”, p. 944-946; **Paul L. Murphy**, World War I and the Origin of Civil Liberties in the United States, W. W. Norton & Company, New York/London 1923, p. 74.

⁷⁰⁵ **Stone**, “Free Speech and National Security”, p. 948-949.

⁷⁰⁶ Bkz. **Stone**, “Civil Liberties v. National Security...”, p. 1325; **Caute**, The Great Fear..., p. 26-27; **Stone**, “Free Speech and National Security”, p. 949.

⁷⁰⁷ **Stone**, “Free Speech and National Security”, p. 949-950.

⁷⁰⁸ Bkz. **Caute**, The Great Fear..., p. 25.

gösterilere katılmaları, dilekçe imzalamaları, sosyal hayatta savaş karşıtı olduklarını gösterecek türden eylemlere dahil olmaları zor hale gelmiştir. Nitekim kişiler, konuşmamanın, düşüncelerini ifade etmemenin daha güvenli olacağına inanmışlardır⁷⁰⁹. Elbette kimileri hükümet kayıtlarında ve FBI dosyalarında isminin geçmesinden korkmamış olabilir. Ancak cesur olsun ya da olmasın herkesin korkusuzca düşüncesini açıklayabileceği bir ortam tesis etmenin, hukukun ve devletin varlık amaçlarından bir tanesi olduğunun akılda tutulması gerekir.

Son olarak Trump'ın ikinci kez başkanlık koltuğuna oturduktan sonra izlediği politikalardan kısaca söz etmek gerekir. Nitekim yaşananlar Amerika'da ifade hürriyetinin geleceği hakkında endişe verici boyuttadır. Örneğin Filistin'i destekleyen veya İsrail'i eleştiren öğrenciler ve akademisyenler baskıya maruz bırakılmakta, Hamas⁷¹⁰ yanlısı olarak suçlanmaktadır. Son günlerde uluslararası öğrenciler vizelerinin ve izinlerinin iptal edilmesi tehlikesiyle karşı karşıya kalırken pek çok kişi de sınır dışı edilmiştir⁷¹¹. Bu müdahaleler ve tehditler, akademik hürriyetler, kampüste ve kamu alanlarında ifade hürriyeti üzerinde caydırıcı etkiye yol açmaktadır. Demokratik ve hür bir ülkede yaşama, eğitim alma, kariyer yapma gibi hedeflere sahip kişiler, susmak ile terörist ilan edilmek arasında tercihe zorlanmaktadır⁷¹².

⁷⁰⁹ **Stone**, "Free Speech and National Security", p. 954. Kriz zamanlarında yetkilerin genişletilmesi ve yapısal değişiklikler her zaman krizler sona erdiğinde ortadan kalkmaz. Örneğin 11 Eylül Saldırılarından sonra alınan tedbirler buna örnek teşkil etmektedir. Nitekim Saldırıların ardından, ABD hükümetinin yeniden yapılanması, 2002 tarihli İç Güvenlik Kanunu uyarınca İç Güvenlik Bakanlığının kurulmasıyla mümkün olmuştur. Olağanüstü koşulların sonucu olarak alınan tedbirlerin olağan hukukun parçası olma tehlikesi, hürriyetler için büyük bir tehlike oluşturmaktadır. Bkz. **Gross**, "The Process of Balancing", p. 737. Bu nedenle, alınacak her tedbirin olağan dönemlerde de geçerli olabileceği riskini göz ardı etmemek, bireylerin hak ve hürriyetlerini kullanmaktan sakınmalarını gerektirecek tedbirleri millî güvenliğin gereği olsa bile tercih etmemek gerekir.

⁷¹⁰ Amerikan Dışişleri Bakanlığı Ekim 1997 tarihinde Hamas'ı yabancı terör örgütü olarak ilan etmiştir. Bkz. https://www.dni.gov/nctc/terrorist_groups/hamas.html, (E.T. 15.04.2025).

⁷¹¹ **Hanna Park**, "Trump's crackdown on university protests is casting a long shadow. Activists hope he's also providing a spark", 06.04.2025, <https://translate.google.com/?sl=en&tl=tr&text=At%20Columbia%20U>, (E.T. 13.04.2025); "A look at the people ensnared in Trump's campaign against pro-Palestinian activism at US colleges", 02.04.2025, <https://apnews.com/article/immigration-detainees-students-ozturk-khalil-78f544fb2c8b593c88a0c1f0e0ad9c5f>, (E.T. 13.04.2025); **Ana Faguy/Nomia Iqbal**, "Judge allows Columbia graduate Mahmoud Khalil's deportation", 11.04.2025, <https://www.bbc.com/news/articles/cwy0ngd11yzo>, (E.T. 13.04.2025).

⁷¹² Örneğin Tufts Üniversitesinde doktora öğrencisi olan Rümeysa Öztürk, 25 Martta Massachusetts'te, Hamas'ı desteklediği iddiasıyla Somerville'de sivil giyimli ICE (Göçmenlik ve Gümrük Muhafaza Dairesi-Immigration and Customs Enforcement) ajanları tarafından yakalanmış ve alıkonulmuştur. Bunun ardından Öztürk'ün avukatı 24 saat boyunca ona ulaşamamıştır. Öztürk'e karşı bir suçlama yapılmamış ve ihtiyacı olan tıbbi destek sağlanamamıştır. ABD Vermont Bölge Mahkemesi, Rümeysa Öztürk'ün ICE tarafından Anayasaya aykırı bir şekilde gözaltına alınmasına dair itirazın incelenmesine Vermont'ta devam etmesi ve

Sonuç olarak, Amerikan savaş tarihine ve milli güvenlikle ilgili önemli olayların yaşandığı dönemlere kısaca baktığımızda ifade hürriyetinin her geçen gün genişlediği bir gerçektir. Ama tüm gelişmelere rağmen ifade hürriyeti, sınırlamaların ilk hedefi olma özelliğini sürdürmektedir. Hassas ve güncel-politik değişimlere duyarlı bir hürriyet olan ifade hürriyetinin ilk hedef olarak sınırlandırıldığına, muhaliflerin ve hükümet politikasıyla ters düşenlerin baskıların hedefi haline gelmesine Trump’ın ikinci başkanlık döneminde de canlı tanık olmaktayız.

B. Milli Güvenlik Sebebiyle Sansür Uygulandığı Hallerde Uygulanan Ölçütler

Çağdaş ifade hürriyeti teorisinde ve Yüksek Mahkemenin benimsemiş olduğu doktrin ve ölçütlerde kural olarak sansür, yasak bir müdahale türü olarak sınıflandırılmaktadır⁷¹³. Buna karşın milli güvenlik söz konusu olduğunda ifade hürriyetinin genel ifade hürriyeti teorisinden ve doktrinlerinden ayrıldığı noktalardan bir tanesi istisnai hallerde sansüre izin verilmesidir. Bunun sebebi, özellikle savaş gibi olağanüstü koşullarda devletin gizli bilgilerinin, ordu belgelerinin ve savaş taktiklerinin ifşa edilmesi veya düşmanla paylaşılması ihtimalinin mevcudiyetidir. Bu ihtimaller düşünüldüğünde, pek çok hürriyete kıyasen ifade hürriyetinin “daha tehlikeli” bulunmasının sebebi anlaşılabilir. Ancak, söz konusu ihtimallerin varlığının sansürü haklı kılıp kılmadığı ayrı bir tartışma konusudur.

Çalışmanın bu kısmında, milli güvenliği tehdit eden ifadeler için uygulanan sansür konusunu ele alacağız. Sansürü ilk olarak ifadeyi düşünce henüz dış dünyaya, yani alıcıya ulaşmadan önce denetlemek ve gerekli görülmesi halinde engellemek, diğer bir ifadeyle “doğrudan (gerçek) sansür”ü inceleyeceğiz. Ardından devletin personelleriyle ya da diğer

hükümetin onu en geç 1 Mayıs’ta Vermont’taki bir tesise geri göndermesi gerektiğine karar vermiş; tarafların itiraz etmesine izin vermek için emrini dört gün ertelemiştir. Mahkeme ayrıca 9 Mayıs’ta kefalet duruşması ve 22 Mayıs’ta habeas dilekçesinin esasına ilişkin bir duruşma yapılmasına karar vermiştir. Bkz. “Court Rules Rumeysa Öztürk’s Lawsuit Should Move Forward in Vermont and Orders ICE to Transfer Her Back to New England”, 18.04.2025, <https://www.aclu.org/press-releases/court-rules-rumeysa-ozturks-lawsuit-should-move-forward-in-vermont-and-orders-ice-to-transfer-her-back-to-new-england>, (E.T. 19.04.2025); **Chloe Atkins**, “Judge orders detained Tufts student Rumeysa Öztürk to be transferred back to Vermont”, 19.04.2025, <https://www.nbcnews.com/news/us-news/tufts-student-rumeysa-ozturk-rcna201954>, (E.T. 19.04.2025). 9 Mayıs’ta yapılan duruşmanın ardından Öztürk’ün serbest bırakılmasına karar verilmiştir. <https://www.aclum.org/en/press-releases/rumeysa-ozturk-be-freed-detention-case-proceeds>, (E.T. 22.06.2025).

⁷¹³ Bu yönde değerlendirme ve açıklamalar için bkz. **Jacqueline G. Waldman**, “Prior Restraint and the Police: The First Amendment Right to Disseminate Recordings of Police Behavior”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2014, N. 1, Y. 2013, p. 319-320.

gerçek ya da tüzel kişilerle sözleşme yaparak ifadeyi, düşünce henüz dış dünyaya, yani alıcıya ulaşmadan önce denetlemesi ve engellemesi, diğer ifadeyle “dolaylı (görünüşte) sansür”ü ele alacağız. Birinci sansür türü genellikle basının hükümet tarafından engellenmeye çalışıldığı durumlarda ortaya çıkarken ikincisi devlet çalışanlarının, yüklenicilerin, lisans sahiplerinin ve gizli bilgilere erişimi olan diğer kişilerin gizli bilgileri ifşa etmesi ve yayımlamasını önlemek için sözleşme imzalanması halinde ortaya çıkar⁷¹⁴.

1. Doğrudan (Gerçek) Sansür ve Mahkemenin Denetimi

İfade hürriyetinin önceden sınırlandırılmasını (kısıtlanmasını), yani sansürü “*gün yüzüne çıkmadan önce ifadeye uygulanan hükümet yasağı*” olarak tanımlamak mümkündür⁷¹⁵. Milli güvenlik bakımından ele alındığında ise sansür, devlet sırları ile ilişkili kavram ve kurumlardan biridir⁷¹⁶. Yayının ve konuşmanın gerçekleşmeden engellenmesi anlamına gelen sansür, devlet sırlarının ifşa edilmesini önlemek için genellikle gazetecilik bağlamında ve nadiren ortaya çıkar⁷¹⁷. Bu ayrımda biz, bireylerin ve gazetecilerin ifadelerinin önceden sınırlandırılmasını doğrudan (gerçek) sansür (direct/real prior restraint) olarak ele alıyoruz. Çünkü, bu halde anayasal koruma altında bulunan ve demokratik bir toplumda varlığı zorunlu olan ifade hürriyeti tam anlamıyla ortadan kaldırılmaktadır. Oysa Anayasanın dilindeki mutlaklıkla yasaklandığı kesin olan “sansürdür”⁷¹⁸. Bu anlamıyla sansür, hür bireyler ve toplum için önemli bir konu halini almaktadır. Devlet veya hükümet sırları söz konusu olduğunda ise sansür daha tartışmalı hale gelmektedir.

Hükümet genellikle, kamuoyunda tartışmaya değer görülen ve toplumca öğrenilmek istenen politikaların, yürütülen süreçlerin ve faaliyetlerin bilgisine sahiptir.

⁷¹⁴ **Matthew Silverman**, “National Security and the First Amendment: A Judicial Role in Maximizing Public Access to Information”, Indiana Law Journal, Vol. 78, Iss. 3, Y. 2003, p. 1107.

⁷¹⁵ “Prior Restraint” için bkz. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/prior%20restraint>, (E.T. 09.06.2024).

⁷¹⁶ Diğer doktrin ise sansüre benzer olmakla birlikte farklı olan devlet sırları ayrıcalığı (the state secrets privilege) doktrindir ve sansür gibi devlet sırlarının korunmasıyla ilgilidir. Devlet sırları doktrininde devlet sırlarının korunması amacıyla hükümet, bu sırların açıklanmasını istemeyebilir veya hukuki uyuşmazlıklarda devlet sırlarının ortaya çıkmasına müsaade edilmez. Bir davada devlet sırlarının ifşa olması tehlikesi varsa dava reddedilebilir. Bkz. **Silverman**, “National Security and the First Amendment...”, p. 1107.

⁷¹⁷ **Silverman**, “National Security and the First Amendment...”, p. 1107.

⁷¹⁸ Douglas’ın benzer yöndeki görüşü için bkz. **New York Times Co. v. United States (Pentagon Papers Case)**, 403 U.S. 713 (1971), p. 720.

Diğer taraftan, halkın kendilerini yöneten kişilerin ne yaptığını bilmesi ve hükümetin yürüttüğü faaliyetleri denetleyebilmesi gerekir. Demokrasinin ve demokratik hesap verilebilirliğin önemi burada ortaya çıkmaktadır. Buna karşın hükümetler, sahip olduğu bilgileri sır olarak tutmayı tercih etmekte, demokratik olarak hesap vermek zorunda oldukları Amerikan halkından bu bilgileri gizlemek istemektedirler⁷¹⁹. Fakat bu bilgilerin paylaşılacak istenmemesinin sebebi her zaman milli güvenliği sağlamak değildir. Hükümetin bazı bilgileri Amerikan halkından bile gizli tutmak istemesinin sebepleri oldukça farklı olabilir. Gerçekten gizli bilgilerin ifşa edilmesinin milli güvenliğe zarar verebilecek olması, bilgilerin açıklanmamasındaki sebep olabilir. Ne var ki hükümet, kendi beceriksizliğini ve yanlış politikalarını saklamak, örtbas etmek için de bilgilerin ortaya çıkmasını istemez⁷²⁰. Hükümetin bilgileri gizlemesinin ve devlet sırrı olarak sınıflandırıp korumasının altında yatan gerçek sebebi bulmak ise çok zordur. Bu nedenle bir olgu olarak “devlet sırrı”nın varlığı bile ifade hürriyeti ve demokratik toplum açısından bazı riskler taşımaktadır⁷²¹.

Devlet sırrı olarak nitelendirilen bilgilerin değerleri de birbirinden farklıdır. Bazı bilgiler toplumca bilinmesi gereken bilgiler olabileceği gibi bazı bilgilerin toplumca bilinmesinin demokratik yönetim bakımından bir önemi olmayabilir. Benzer şekilde bilgilerin devlet sırrı olarak nitelendirilmesinin sebebinin gerçekten güvenlik endişeleri olduğu durumlarda da halkın bu bilgelere sahip olması demokratik toplum bakımından gerekli olabilir⁷²². Öyleyse “gerçek sansürde” çözülmesi gereken sorun, devlet sırrı söz konusu olduğunda sansürün haklı olup olmayacağı ve gizlenen bilginin toplumsal değerinin sansür uygulamasına etkisinin ne olacağıdır. Ayrıca devlet sırrının ne olduğuna, hangi bilgiler ortaya çıktığında milli güvenliğe zarar verileceğine kimin nasıl karar vereceği de diğer sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sansürün hangi hallerde yasak olup hangi hallerde caiz olacağına dair Yüksek Mahkemenin verdiği ilk cevaplardan birisi *Near v. Minnesota* kararında ortaya

⁷¹⁹ Stone, “Free Speech and National Security”, p. 957.

⁷²⁰ Stone, “Free Speech and National Security”, p. 957.

⁷²¹ Douglas’a göre, “Hükümetteki gizlilik temelde anti-demokratiktir ve bürokratik hataların devam etmesine neden olur”. Bkz. Douglas’ın ayrık gerekçesi, **New York Times Co. v. United States**, p. 724. Buna karşın pek çok demokratik devlet meşru gizlilik sebepleri kabul etmektedir. Bu sınırların kabul edilmesiyle birlikte kural, bilgi ve belgelerin açıklığı; istisna ise gizliliklidir. Bkz. **Ayhan Döner**, Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 69-77, 228.

⁷²² Stone, “Free Speech and National Security”, p. 957; şeffaflığın demokratik hesap verilebilirlik bakımından önemi için bkz. **Döner**, Şeffaf Devlet..., s. 63-68.

çıkılmaktadır⁷²³. Bu kararda Mahkeme ilk kez sansür doktrinini güçlü ve etkili bir şekilde dile getirmiştir. Ayrıca bu davada ilk kez sansür, bir kanunun Anayasaya aykırı görülmesine gerekçe olmuştur⁷²⁴. Davaya konu olayda sanık, Yahudi çetelerden oluşan bir örgütün şehrin yasadışı faaliyetlerini kontrol etmesini konu alan makaleleri düzenli olarak yayınlayan ve yerel kolluk kuvvetlerini çetelerden rüşvet almakla suçlayan Minneapolis merkezli The Saturday Press gazetesinin yayıncısıdır. Gazetede yapılan bu yayınların Minnesota kanununun mahkemelerce “kötü niyetli, skandal niteliğinde ve iftira niteliğindeki gazete, dergi veya diğer süreli yayınların” yasaklanmasına izin veren hükmünün kapsamına girdiğine karar verilmiştir. Minnesota Yüksek Mahkemesi, Anayasanın “skandal ve iftiraya yönelik” yayınlara koruma sağlamadığına ve Kanunun Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi ise bu kararı bozmuştur⁷²⁵. Kararda Mahkemeye göre, basın hürriyetinin kötü niyetlilerce istismar edilebileceği gerçektir. Fakat bu, siyasi iktidarın yetkilerini kötüye kullanmasını önlemek için basının sansüre karşı korunmasını ortadan kaldırmaz. Nitekim cesur basın, resmi görevlilerin görevini kötüye kullanmasıyla ve yolsuzlukla mücadelede önemli bir role sahiptir. Bu nedenle sansür yerine, koşulları mevcutsa sonradan müdahale daha uygundur⁷²⁶.

Mahkeme, sonuç olarak, sansürün kabul edilemeyeceğini, bunun Birinci Değişiklik için önemli bir tehdit olduğunu belirtmiştir. Aynı kararda, basının da sınırsız olmadığı vurgulanarak “savaşta olunduğunda” sansürün hangi hallerde mümkün olacağı sayılmış, milli güvenlik sebebiyle sansürün uygulandığı hallere ilişkin istisnalar tespit edilmiştir. Diğer bir deyişle Mahkeme, bir ölçüt ortaya koymuştur. Buna göre, (i) bir hükümetin askere alma hizmetinin fiilen engellenmesi; sevkiyatların yola çıkış tarihlerinin, birliklerin sayısının ve konumunun yayınlanması hükümet tarafından önlenemez⁷²⁷. Mahkeme, (ii) kamu güvenliğinin korunmasında şiddet eylemlerine

⁷²³ **Caine Caverly**, ““When the Enemy Drew Our Attention”: Reconsidering Prior Restraint in the Context of Dual Use Research of Concern”, William & Mary Bill of Rights Journal, Vol. 28, Iss. 1, Y. 2019, p. 176; **Near v. Minnesota**, 283 U.S. 697 (1931).

⁷²⁴ **Thomas I. Emerson**, “The Doctrine of Prior Restraint”, Law and Contemporary Problems, Vol. 20, N. 4, Y. 1955, p. 654.

⁷²⁵ **Caverly**, “When the Enemy Drew Our Attention...”, p. 176; **Near v. Minnesota**, p. 703-706, 722; **Waldman**, “Prior Restraint...”, p. 320-321.

⁷²⁶ **Near v. Minnesota**, p. 718-721.

⁷²⁷ **Caverly**, “When the Enemy Drew Our Attention...”, p. 177; **Near v. Minnesota**, p. 716; ayrıca bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1404; **Waldman**, “Prior Restraint...”, p. 322.

kışkırtmaya ve şiddet yoluyla hükümetin devrilmesine karşı da tedbir alınabileceğini kabul etmiştir. Olayda ise bunun gibi istisnaların olmadığı tespit edilmiş, istisnalar hariç, esas olarak “basın hürriyetinin” sansürden muafiyet anlamına geldiği yinelenmiştir⁷²⁸.

Açıkça görüldüğü gibi bu kararda sansür belli istisnai hallerde kabul edilmiştir. Fakat Emerson, kararla Anayasaya aykırı bulunan kuralın geleneksel-önceden denetim modeline uymadığını, çünkü burada yapılan müdahalenin makalenin yayınlandıktan sonra ihtiyati tedbir kararı ile sonradan yasaklandığını belirtmektedir. Yani kurala göre, yayıncı yayın yaptıktan sonra cezalandırılmaktadır. Buna karşın, kurulan sistem ceza almak istemeyen yayıncıların yayın yapmasını engelleyecek ve mahkemeleri de (ihtiyati tedbir yoluyla) sansürcü haline getirecek niteliktedir. Kısacası bu kararda Mahkeme, sansürü dar anlamda tanımlamamış, yapılan müdahaleleri “işleyiş ve etkisi (sonuçları)” bakımından değerlendirmiştir⁷²⁹.

Sansüre ilişkin en meşhur ve önemli kararlardan bir diğeri ise, New York Times Co. v. United States (Pentagon Papers Case) kararıdır⁷³⁰. Somut olayda, “Amerika’nın Vietnam Politikasına İlişkin Karar Alma Sürecinin Tarihi” başlıklı çalışmanın hem New York Times’a hem de Washington Post’a sızdırılması üzerine Pentagon Belgeleri olarak adlandırılan belgeler kısım kısım gazetelerde basılmıştır. Hükümet ise Anayasanın ülkenin güvenliğini korumak için harekete geçmesine izin verdiğini ileri sürerek çalışmanın yayınlanmasını önceden sınırlandırmaya çalışmıştır. Ancak bölge mahkemeleri hükümetin “önceden sınırlandırma ihtiyacını gösterme konusundaki sorumluluğunu (ağır yükünü-heavy burden)” yerine getirmediğini tespit ederek yayıncılara yasak getirmeye yönelik ihtiyati tedbir talebini reddetmiştir⁷³¹. Yüksek

⁷²⁸ **Near v. Minnesota**, p. 716-717; **Waldman**, “Prior Restraint...”, p. 321-322.

⁷²⁹ **Emerson**, “The Doctrine of Prior Restraint”, p. 654-655.

⁷³⁰ **Caverly**, “When the Enemy Drew Our Attention...”, p. 177; bkz. **New York Times Co. v. United States (Pentagon Papers Case)**; ayrıca bkz. **Stone**, “Free Speech and National Security”, p. 958; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1404.

⁷³¹ **Caverly**, “When the Enemy Drew Our Attention...”, p. 177-178; **New York Times Co. v. United States**, p. 714; ayrıca bkz. **Stone**, “Free Speech and National Security”, p. 958; **Alexander E. Blanchard**, “A False Choice: Prior Restraint and Subsequent Punishment in a Wikileaks World”, University of Florida Journal of Law & Public Policy, Vol. 24, Iss. 1, Y. 2013, p. 14-15; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1404. Pentagon Papers Case’e konu olan olaya benzer bir sızdırma olayı da WikiLeaks tarafından bazı belge ve bilgilerin sızdırılmasıdır. Bu sızdırmalara karşı ne gibi tedbirler alınacağına dair yapılan tartışma ve çözüm önerileri için ayrıca bkz. **Blanchard**, “A False Choice...”, p. 16-27. Ancak Wikileaks olayı, anayasal ölçütlerin Yüksek Mahkeme önünde sınanmasına olanak sağlamamıştır. Wikileaks’in Kurucu Julian Assange Haziran 2024’te, Amerikan Adalet Bakanlığı ile yapılan bir anlaşmanın gereği olarak İngiltere’de serbest bırakılmıştır. Milli güvenlik “bilgilerini hukuka aykırı olarak elde etme ve ifşa etme suçlamasını kabul etmesi” karşılığında Assange, daha önce hapis yattığı süreye mahkûm edilmiş ve

Mahkemeye göre ifadenin önceden sınırlandırılması, Mahkemenin önüne ağır bir sorumluluk taşıyarak gelir. Nitekim böyle bir müdahalenin anayasal olarak geçerli olabilmesi için hükümetin gerekçe göstermekteki sorumluluğu oldukça ağırdır⁷³². Çünkü sonradan yapılan sınırlandırmaya göre önceden yapılan sınırlandırma çok daha ağırdır ve bu nedenle önceden yapılacak sınırlandırmanın yapılabilmesi de ağır bir sorumluluktur. Somut olayda ise bu sorumluluk yerine getirilmemiştir.

Yüksek Mahkeme tarafından bölge mahkemelerinin kararları onanmış, önceden sınırlandırmanın “anayasal geçerliliğine karşı ağır bir karine”, diğer bir deyişle “anayasal olmadığına dair bir karine”nin ortaya çıktığı kabul edilmiştir. Karara katılan üyeler arasında görüş birliği olmadığından üyeler ayrık gerekçeler yazmıştır. Kararda çoğunlukça, önceden sınırlandırmayı haklı çıkarmak için hükümetin neyi göstermesi gerektiğine dair “kıstaslar” belirlenmemiş olsa da milli güvenliğe tehdit oluşturan bazı yayınların belli şartlar altında önceden sınırlandırılabilceği kimi üyelerce kabul edilmiştir⁷³³. Diğer bir ifadeyle *Near v. Minnesota* kararında belirlenen milli güvenlik istisnaları dikkate alınarak karar verilmemiş olsa da hakimlerin görüşleri sansüre ilişkin yaklaşımları ortaya koymaktadır⁷³⁴. Örneğin, Hâkim Stewart, hükümetin belgelerin bazıları açısından haklı olduğuna inandığını yazmasına rağmen belgelerden bazılarının açığa çıkmasının millete “doğrudan, anında ve onarılamaz bir zarar” verip vermeyeceğinin kesin olmadığını ifade etmiştir⁷³⁵. Dolayısıyla Stewart, hükümetin milli güvenliği korumak için ihtiyati tedbir isteme yetkisine sahip olduğuna, ancak somut olayda sansür için gerekli olan şartların hükümet tarafından yerine getirilemediğine ve talebin yeterince gerekçelendirilemediğine hükmetmiştir⁷³⁶.

Avustralya'ya dönmesine izin verilmiştir. Bkz. <https://www.britannica.com/biography/Julian-Assange>, (E.T. 26.10.2024); <https://edition.cnn.com/2024/10/01/europe/julian-assange-council-europe-address-intl/index.html>, (E.T. 26.10.2024).

⁷³² **New York Times Co. v. United States**, p. 714; ayrıca bkz. **Silverman**, “National Security and the First Amendment...”, p. 1107; **Chemersinsky**, Constitutional Law, p. 1404.

⁷³³ **Caverly**, “When the Enemy Drew Our Attention...”, p. 178-179; **New York Times Co. v. United States**, p. 720 vd; ayrıca bkz. **Chemersinsky**, Constitutional Law, p. 1404; üyelerin görüşlerinin değerlendirilmesi için bkz. **Silverman**, “National Security and the First Amendment...”, p. 1107-1108; **Chemersinsky**, Constitutional Law, p. 1404-1407; Hâkim Brennan’ın görüşleri için bkz. **Waldman**, “Prior Restraint...”, p. 323.

⁷³⁴ **Waldman**, “Prior Restraint...”, p. 322.

⁷³⁵ Stewart’ın ayrık gerekçesi, **New York Times Co. v. United States**, p. 727-730; ayrıca bkz. **Chemersinsky**, Constitutional Law, p. 1406.

⁷³⁶ **Chemersinsky**, Constitutional Law, p. 1406.

Hâkim Douglas'ın görüşü ise “ifade hürriyetinin mutlak bir hürriyet” olduğunu savunması yönüyle oldukça kıymetlidir. Douglas'a göre, Anayasanın dilindeki açıklık ve kesinlik hükümetin basını sınırlandırmasına engeldir. Yine ona göre, somut olayda gazetelerin yayınlamak istediği belgelerin yayınlanmasını yasaklayan bir kanun da mevcut değildir. Yürürlükteki kanunları inceleyen Douglas, kanunların sansüre izin vermediği, Kongrenin Anayasanın iradesine uygun kural koyduğu ve hükümetin de yürütme organı olmaktan kaynaklanan bir sansür yetkisine sahip olmadığı sonucuna varmıştır⁷³⁷. Benzer şekilde Hâkim Black'e göre de New York Times, Washington Post ve diğer gazeteler, cesur habercilikleri nedeniyle kınanmayı değil, Kurucu Babaların benimsediği amaca hizmet ettiği için takdir edilmeyi hak etmişlerdir. Ona göre somut olayda gazeteler, hükümetin elindeki Vietnam Savaşına ilişkin bilgileri açığa çıkararak tam da Kurucuların basından beklediği şeyi yapmışlardır⁷³⁸. Neticede milli güvenliğin korunması söz konusu olduğunda dahi Douglas ve Black, sansür yasağının mutlak olduğunu savunmaktadır⁷³⁹.

Yüksek Mahkemenin bu kararında açıkça kıstaslara yer verilmemiş olsa da karar ifade hürriyetinin korunması bakımından oldukça önemlidir. Sonraki on yıllarda kararın etkisinin sürdüğünü söylemek mümkündür. Nitekim Bush yönetiminde ifşa edilen bazı belgeler olmasına rağmen hükümetin ifşa nedeniyle New York Times'a dava açmamasında bu kararın etkili olduğu ileri sürülmektedir⁷⁴⁰. Neticede bu dava gibi bir

⁷³⁷ Bkz. Douglas'ın ayrık gerekçesi, **New York Times Co. v. United States**, p. 720-724; ayrıca bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1404-1405. Douglas'ın mutlakiyetçiliğinin aksi yönünde düşünen ve karara muhalefet eden Hâkim Blackmun'a göre, “Birinci Değişiklik, bütün Anayasanın yalnızca bir kısmıdır. Onun ikinci maddesi ise dış ilişkilerin yürütülmesi konusunda yürütme organına birincil yetki vermekte ve bu organa ülkenin güvenliğinin sorumluluğunu yüklemektedir. Bu bağlamda Blackmun, Anayasanın her hükmü önemli olduğundan diğer hükümlerin değerini düşürecek şekilde Birinci Değişiklik için sınırsız mutlakiyetçilik doktrinine katılamayacağını ifade etmiştir. Ayrıca Blackmun, Birinci Değişiklik mutlakiyetçiliğinin Yüksek Mahkemenin çoğunluğu tarafından da hiçbir zaman benimsenmediğini hatırlatmıştır. Bkz. Blackmun'un karşı oy gerekçesi, **New York Times Co. v. United States**, p. 759-763; Blackmun, kritik belgelerin yayınlanmasının sakıncaları hakkındaki endişeleri ve görüşü için ayrıca bkz. **New York Times Co. v. United States**, p. 762-763; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1406-1407.

⁷³⁸ Bkz. Black'ın ayrık gerekçesi, **New York Times Co. v. United States**, p. 717; **Waldman**, “Prior Restraint...”, p. 322-323.

⁷³⁹ Bkz. **Waldman**, “Prior Restraint...”, p. 322-323. **Chemerinsky**, İkinci Dünya Savaşı sırasında bir gazetenin Amerika'nın savaştaki stratejik avantajına zarar verecek şekilde yayın yapacak olması halinde mutlakiyetçi bir görüşe sahip olan Black ve Douglas'ın da bu bilginin yayınlanmasının durdurulması ve korunması için tedbir kararı verilmesine karşı çıkmayacakları yorumunu yapmıştır. Bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1405.

⁷⁴⁰ Bkz. **Stone**, “Free Speech and National Security”, p. 958; ayrıca bkz. **Silverman**, “National Security and the First Amendment...”, p. 1108.

davayla yıllardır karşılaşılmamış, benzer uyuşmazlıklar Yüksek Mahkeme önüne gelmeden çözülmüştür⁷⁴¹.

Doktrinde de eskiden beri Birinci Değişikliğin sansür yasağı getirdiğini savunanlar vardır. Örneğin, Blackstone’a göre basın hürriyeti hür bir toplum için temel bileşendir. Böyle bir toplumda herkesin düşüncelerini açıklama hürriyeti olduğundan önceden sınırlandırma yapılamaz. Ancak sansür teşkil etmeyen sınırlamaların yapılması mümkündür. Bu bağlamda Blackstone, ifade hürriyetinin mutlak olmadığını; ifadeleri uygunsuz, zararlı ve hukuka aykırı (improper, mischievous, or illegal) olan kişinin bunun sonuçlarına katlanması gerektiğini belirtmektedir⁷⁴². Emerson da ifade hürriyetinin kural, sınırlandırmanın istisna olduğunu kabul etmektedir. Bir sınırlandırma türü olarak sansür ise kamuoyunun takdir ve değerlendirme fırsatını önemli ölçüde azaltır, ayrımcılığa ve başkaca suiistimallere yol açabilir. İfade hürriyetine yönelik böyle müdahaleler, demokratik toplum üzerinde yıkıcı etkilere yol açar⁷⁴³.

Düşüncelerin henüz “fikirlerin pazaryerine” çıkmadan engellenmesine yönelik sınırlandırma rejimleri, bireylerin demokratik sürece katılmalarını engellediği gibi Emerson’ın belirttiği gibi sansürcülerin istismarına da yol açabilir. Bu bakımdan Blackstone’un benimsediği “yayın yapıldıktan sonra ceza verilmesi”, düşüncenin alıcıya ulaşmasının sağlanması bakımından daha uygun olabilir. Hukuki belirlilik bakımından konuya yaklaştığımızda ise önceden sınırlandırma bireylere daha fazla belirli ve kesin alan sağlayacağından bireylerin bir yaptırımla karşılaşmadan önceden neye izin verildiğini veya neyin yasak olduğunu öğrenmesi mümkündür⁷⁴⁴. Örneğin, basılacak bir kitap yasaklanmışsa yazar ve yayıncı hem ceza almaktan hem de kitabın basım ve dağıtım maliyetinden kurtulmuş olur. Bu sayede sonradan ortaya çıkacak zararların önüne

⁷⁴¹ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1407. Her ne kadar New York Times Co. v. United States, Amerika’da bilgilerin sızdırılması ve basın tarafından kullanılmasına ilişkin pek çok önemli hususu aydınlığa kavuştursa da United States v. Rosen kararı, devlet çalışanları dışındaki kişilerin Casusluk Kanununu ihlal ederek gizli bilgileri almaları ve bu bilgileri sözlü olarak ifşa etmeleri sebebiyle suçlanabileceklerinin ve yargılanabileceklerinin kabul edildiği ilk karar olmuştur. Bkz. **United States v. Rosen**, 445 F. Supp. 2d 602 (E.D. Va. 2006); **Robert D. Epstein**, “Balancing National Security and Free-Speech Rights: Why Congress Should Revise The Espionage Act”, CommLaw Conspectus, Vol. 15, Y. 2007, p. 498-499. New York Times Co. v. United States kararı basına sansür uygulanmasıyla ilgili olması bakımından bu tür davalardan farklıdır.

⁷⁴² Ayrıca bkz. **Feldman**, Free Expression & Democracy in America, p. 8; **Curtis**, Free Speech, s. 45; **Blanchard**, “A False Choice...”, p. 20; **Waldman**, “Prior Restraint...”, p. 318.

⁷⁴³ **Emerson**, “The Doctrine of Prior Restraint”, p. 658.

⁷⁴⁴ **Emerson**, “The Doctrine of Prior Restraint”, p. 659.

geçilmesi sağlanacaktır. Fakat, demokratik bir toplumda ister önceden ister sonradan denetim olsun ifade hürriyetinin korku ikliminde varlığının devam edebileceği söylenemez. Özellikle sansür, olumlu yanlarının olduğu ileri sürülmesine rağmen uzun vadede gelişmiş bir toplumun önündeki en büyük engellerden bir tanesidir⁷⁴⁵.

2. Dolaylı (Görünüştü) Sansür ve Mahkemenin Denetimi

Pentagon Belgelerine ilişkin verilen karar ve karara katılan hakimlerin yazdığı gerekçeler, milli güvenlik söz konusu olduğunda dahi sansürün çok kolay kabul edilebilecek bir müdahale türü olmadığını göstermiştir. Kararda basın Birinci Değişiklik güvencelerine sahip olduğu, demokratik bir toplumda tüm siyasi organların halka hesap vermesinin gerektiği ve hesap verilen halkın bilgiye erişmesindeki en temel araçlardan birinin basın olduğu kabul edilmiştir. Ancak Mahkeme, Birinci Değişiklik güvenceleri bakımından kişinin istediği bilgi ve düşüncüyü iletme hakkı ile bir bilgiye erişme hakkı arasında ayırım yapmıştır. Bu çerçevede istenilen bilgi ve düşünce serbestçe iletilebilirken kişi istediği her bilgiye erişemez. Dolayısıyla hükümetten de her bilginin açıklanmasını talep etme, Birinci Değişiklik tarafından korunan bir hak değildir⁷⁴⁶. Nitekim, yukarıda kamu alanı olmayan ve hükümet kontrolünde bulunan yerlerde ifadelere yapılan müdahaleleri incelerken de belirttiğimiz gibi hükümet kendi binalarını ve çalışanlarını kontrol etme, bu yerlere ilişkin sağlanan hizmetin niteliğine göre ve Birinci Değişikliğin gereklerine uygun olarak tedbirler alma ve düzenlemeler yapma yetkisine sahiptir⁷⁴⁷. Bu nedenle Mahkemeye göre talep edilen her bilginin hükümet tarafından kamuoyuyla paylaşılması zorunlu değildir. Sonuçta hükümet, bazı bilgileri gizli ya da sır olarak sınıflandırıp kamuoyuyla paylaşmayabilir.

Devlet sırlarının ifşa edilmesi konusunda bilgiyi saklamak isteyen hükümet, demokratik toplumda kendi kendini yönetim için bilgiyi elde etmek isteyen halk, yayını yapan basın ve genellikle bu bilgileri içeriden sızdıran çalışanlar, devlet sırlarının ifşa edilmesi durumlarında denklemin bilinmeyenleridir. İlk olarak hükümetin anayasal olarak her şeyi açıklaması gerekmez. İkinci olarak kimilerine göre belli şartlarda sansür

⁷⁴⁵ Sansür, cesaretini kaybetmiş, resmi doğruları takip etmeye istekli bireyleri ortaya çıkarırken yeni veya azınlık görüşlerin gün yüzüne çıkmasını önler. Bkz. **Emerson**, “The Doctrine of Prior Restraint”, p. 659. Fikirler ve medeniyet ise ancak marjinal görüşlerin açıklanabildiği yerlerde gelişir ve zenginleşir. Bu nedenledir ki ifade hürriyetinin gerçekten korunup korunmadığını anlamak için marjinal fikirlerin ifade edilebilirliğine bakmak gerekir. Bkz. **Yayla**, “İfade Hürriyeti Nedir, Ne Değildir?”, s. 140.

⁷⁴⁶ Ayrıca bkz. **Stone**, “Free Speech and National Security”, p. 959.

⁷⁴⁷ Ayrıca bkz. **Pell v. Procunier**, 417 U.S. 817 (1974).

mümkün olsa da basın, elde ettiği bilgileri açıklama hakkına sahiptir. Yine basın ve halk istediği bilgi ve düşünceyi açıklama hakkına sahipken hükümetten her bilgiyi alamaz. Denklemin bulunması en zor bilinmeyeni ise işçacı çalışanlardır. Çünkü bunlar birey olarak ifade hürriyetine sahipken bir çalışan olarak çalıştıkları kuruma sadakat yükümlülüğü taşırlar. Bu yükümlülüğün şartlarının ve sınırlarının nasıl belirleneceği burada konunun çözülmesini zorlaştırmaktadır. Örneğin, Pentagon Belgelerinin ifşa edilmesinde olduğu gibi, bir çalışan ya da sadakat yükümlülüğü olan bir kişi elindeki resmi belgeleri sızdırmışsa o kişiye ceza verilebilir mi yoksa bu kişiye karşı sadakat yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklanan zararları tazmin etmesi için tazminat davası mı açılmalı ya da hakkında disiplin işlemi mi yapılmalıdır?⁷⁴⁸

Pentagon Belgeleri kararından sonra hükümet, bilgilerin ifşa edilmesini önlemekte sansür ve sonradan denetim yollarını etkili bir şekilde kullanamayacağını anladığından gizli bilgilerin ifşa edilmesini önlemek için yeni yollar arayışına girmiştir. Bu çerçevede bilgiye eriştiğinde yayınlamaktan çekinmeyecek gazeteciler olduğunu gören hükümet, gazetecilerin bilgiye erişmesini engellemenin gerektiğini fark ederek ifşa olaylarında bilgi kaynağı olan çalışanların bilgiyi sızdırmasının önüne geçmek için yeni tedbirler almıştır. Gizlilik sözleşmeleri veya ifşa etmeme sözleşmeleri (secrecy or non-disclosure agreements), hükümetin bilgilerin açığa çıkmasını engellemek için kullandığı araçlar olmuştur⁷⁴⁹. Hükümetin çalışanlarıyla ya da iş birliği içerisinde olduğu kişilerle yapılan bu sözleşmeler, bilgilerin paylaşılmaması, açıklanmaması veya yayınlanmamasını kapsamaktadır. Sözleşmelerin hükümleri ise çeşitlilik arz edebilir. Örneğin, gizli bilginin yayın yoluyla veya başka yollarla bu bilgilere erişimi yasak olan kişilerle paylaşılması veya iş ilişkisi sona erse bile ilgili kurumun önceden onayı olmadan yayınlanması yasaklanabilir⁷⁵⁰.

Kamuda görev almak isteyen kişiler, bu sözleşme şartlarını ilk bakışta kendi rızalarıyla kabul etmektedir. Böylece istihdam edilme imkânı ve buna bağlı hak ve yetkileri elde ederler. Ne var ki, sözleşmede rızanın esas olması, Birinci Değişiklik hürriyetlerinden feragat edildiği gerçeğini değiştirmez. Özellikle farklı zamanlarda milyonu aşan sayıda insana bu sözleşmelerin imzalatıldığı düşünüldüğünde, ülkedeki

⁷⁴⁸ Ayrıca bkz. **Stone**, “Free Speech and National Security”, p. 959.

⁷⁴⁹ Ayrıca bkz. **Silverman**, “National Security and the First Amendment...”, p. 1109-1110

⁷⁵⁰ Ayrıca bkz. **Silverman**, “National Security and the First Amendment...”, p. 1110.

önemli sayıda kişinin sansüre maruz kaldığı kanaatine ulaşmak kaçınılmaz olmaktadır⁷⁵¹. Fakat bu durum, basılan gazetenin ya da kitabın yayımlanmadan önce denetlenmesi, yasaklanması ya da basıldıktan hemen sonra ihtiyati tedbir kararıyla yasaklanması ve toplatılması gibi değildir. Sonuçta ifade hürriyetini doğrudan ortadan kaldırmayan ve iradeye dayalı olan sözleşmeler niteliği itibariyle gerçek sansür oluşturmaz. Ancak kanaatimizce ortaya çıkardığı sonuçlar bakımından bu sözleşmelerin imzalatılmasını dolaylı (gerçek olmayan-indirect/ostensibly prior restraint) sansür olarak değerlendirmek gerekir⁷⁵². Çünkü bu sözleşmeler de düşünce açıklaması dış dünyaya yansımadan denetlenmekte ve hatta engellenebilmektedir. Diğer yandan hükümetin her işveren gibi çalışanlarının ya da iş birliği halinde olduğu kişilerin bazı bilgileri kullanmamasını veya açıklamamasını isteme hakkına sahip olduğu söylenebilir. Yine, hükümetin talepleri sözleşmeye dayalı olduğundan “akte vefa” ilişkisi de bu sözleşmeleri doğrudan sansürden farklı kılar. Başka bir deyişle sözleşme yapılmak suretiyle bilgilerin sızdırılmasının önlenmesinde “devlet gücünün üstünlük ve ayrıcalığı” değil, serbest iradeyle kurulan “sözleşme” taraflar arasında sadakat bağı kurar. Bu bakımdan dolaylı sansür, niteliği ve sonuçlarının dolaylı olması bakımından doğrudan sansürden ayrılmaktadır. Bu konuya Mahkeme, *Snepp v. United States* kararında açıklık getirmektedir. Karara konu olan uyuşmazlıkta eski bir CIA çalışanı Frank W. Snepp, CIA’de çalışmayı kabul ederken bir sözleşme imzalamıştır. İmzalanan bu sözleşmeyle CIA’in özel-ön onayı olmaksızın ne görev süresi boyunca ne de sonrasında, faaliyetlerine veya genel olarak istihbarat faaliyetlerine ilişkin herhangi bir bilgi veya materyali yayınlamayacağını beyan etmiştir. Fakat daha sonra Snepp, Güney Vietnam’daki belirli CIA faaliyetleri hakkındaki kitabını ön incelemeye göndermeden yayınlamıştır⁷⁵³.

Mahkemeye göre bu davadaki tartışmasız deliller dikkate alındığında bir CIA ajanının yayın öncesi inceleme için sunma yükümlülüğünü ihlal etmesi, yayınlanan bilgiler gizli olsun ya da olmasın CIA’in kanuni görevlerini yerine getirme becerisine zarar vermektedir. Kararla, bu tür sözleşmelerin Anayasaya aykırı olmadığı, yayınlanan

⁷⁵¹ Ayrıca bkz. **Silverman**, “National Security and the First Amendment...”, p. 1110.

⁷⁵² Benzer yönde bkz. **Silverman**, “National Security and the First Amendment...”, p. 1110.

⁷⁵³ **Snepp v. United States**, 444 U.S. 507 (1980), p. 507-508; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1407-1408. Davada Snepp, sözleşmeyi ihlal ettiği iddiasıyla aleyhine verilen kararlara itiraz etmiş; “CIA hakkındaki tüm yazılarını yayınlamadan önce incelenmek üzere CIA’e sunma sözünü” ihlal etmesine ilişkin öngörülen “cezai tazminatın” uygun olmadığını savunmuştur. Bkz. **Snepp v. United States**, p. 507-508; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1407-1408.

bilgiler gizli olmasa bile hayati derecede önemli milli menfaatlere (milli güvenliğe) zarar verebileceğinden yayınların sözleşmeye uygun olarak önceden onaya sunulması gerektiği kabul edilmiştir. Kararda ayrıca Snepp'in gizli olmayan bilgileri onay almadan yayınlamış olmasından dolayı elde ettiği kazancı hükümete ödemesi gerektiği onaylanmıştır⁷⁵⁴. Sonuç olarak karar, milli güvenliğin korunması için önceden sınırlandırmayı onaylamış ve Snepp'in kitabının içeriğinin milli güvenliğe zarar verdiğine dair herhangi bir kanıt olmadığı halde dahi hükümet taleplerini haklı görmüştür⁷⁵⁵.

Kanaatimizce Mahkeme çoğunluğu, bu davada eksik değerlendirme yapmıştır. İlk olarak bu sözleşmeler prensip olarak Anayasaya aykırı olmasa da şartların neler olduğu belli değildir. Sözleşmelerin, çalışanlara ağır yük yüklememesi, ifade hürriyeti başta olmak üzere diğer anayasal hak ve hürriyetlerin kullanılmasını belirsiz bir süre için zorlaştırmaması, yasaklanan bilgilerin gizlilik niteliğini haiz olması, sözleşmeye uyulmasının işveren olan hükümet menfaatinin kamu menfaatinden ve birey menfaatinden ağır basmaması, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ise uygulanacak ceza hükmünün makul ve hukuka uygun olması gibi hususların değerlendirilmediği görülmektedir. Kaldı ki somut olayda hükümet, bilgilerin gizli olmadığını teyit etmiş, Mahkeme bilgiler gizli olmasa da yapılan sözleşme gereğince CIA'in onayına sunulması gerektiği halde onaya sunulmadan yapılan yayından elde edilen gelirlerin hükümete ödenmesini onaylamıştır. Gizli olmayan bilgilerin dahi yayınlanmasının CIA'in onayına sunulması zorunluluğu, mevcut ve eski çalışanların süresiz bir şekilde ifade hürriyetini sınırlandırır ve neden olduğu sonuçlar bakımından kişilerin ifade hürriyeti üzerinde caydırıcı etkiye yol açar. Buna ilişkin, karara muhalefet eden Stevens'in tespiti oldukça önemlidir. Nitekim Snepp, sözleşmeye uygun olarak yayın yapılmadan önce kitabını ön incelemeye/onaya sunmuş olsaydı bile hükümet ön incelemesini ancak gizli bilgiler bakımından yapabilirdi⁷⁵⁶.

Söz konusu kararda sözleşmeye uygun davranılmaması nedeniyle Mahkeme, sözleşmenin işveren tarafı olan hükümetin gizli olsun ya da olmasın istemediği bilginin yayınlanamayacağına yönelik bir karar vermiş, üstelik sonuçları itibarıyla kişilerin

⁷⁵⁴ **Snepp v. United States**, p. 511-513; **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1407-1408.

⁷⁵⁵ Bkz. **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1408.

⁷⁵⁶ Stevens'in karşı oy gerekçesi, **Snepp v. United States**, p. 516-526.

caydırılmasına da göz yummuştur. Oysa kanaatimizce gizlilik sözleşmelerinin yapılması, hükümetin işveren-çalışan ilişkisi içerisinde kaldığı, üstünlük ve ayrıcalık kullanmayıp kişilere ağır yük yüklediği, sözleşmenin süresiz bir müdahale niteliğini almadığı, yürütülen iş ile sözleşmede gizli bilgi olarak sınıflandırılan bilgilerin uyumlu olduğu ve bilgilerin gizli şeklinde sınıflandırılmasında objektif olarak kamu menfaatinin bulunduğu bazı hallerde Anayasaya uygun olabilir. Aksi halde bu sözleşmeler sansür niteliğindedir. Hükümetin istemediği bilginin yayınlanmasını engelleme amacına hizmet eder ve suistimale oldukça açıktır. Neticede mümkün olduğu kadar fazla bilginin paylaşılması, milli güvenliğe zarar vermek yerine katkı sağlar. Toplumda yalnızca hassas bilginin hükümet tarafından gizlendiğine dair güven duygusunun oluşması mümkün hale gelir⁷⁵⁷. Bu çerçevede Stone da bir ölçüt (test-standart) olarak milli güvenliğe yönelik potansiyel zararın, bilginin açıklanmasının değerinden daha ağır basıp basmadığının belirlenmesini gerekli görmektedir. Buna göre kamuoyuna ifşa edilen bilginin değerinin milli güvenliğe verilen zarardan daha ağır basması halinde, Birinci Değişiklik gizli bilgileri ifşa eden kamu çalışanını da korur⁷⁵⁸.

Hükümetin işveren olarak sözleşme yaparak gizli bilgilerin ifşasını önleme yetkisi bile oldukça önemli ve geniş bir yetkidir⁷⁵⁹. Bu yönüyle yukarıda Douglas'ın belirttiği gibi hükümetteki gizlilik esas itibariyle anti-demokratiktir ve hataların devam etmesine neden olur. Dolayısıyla gizli bilginin varlığı bile demokratik toplum için risklidir⁷⁶⁰. Böyle bir kendi kendini yönetim, geleneksel Amerikan kurumlarını, özellikle demokrasiyi zayıflatır ve uzun vadede bu politikalar ülkeyi korumak yerine güvenlik için tehdit haline gelir⁷⁶¹. Ancak hükümetin bilgileri gizlemekte belli ölçüde menfaati olduğundan şeffaf ve demokratik toplumunun gereklerine uygun olarak gerçek sansür boyutuna ulaşmayan sözleşmelerin yapılmasının yerinde olduğunu belirtmek gerekir⁷⁶².

⁷⁵⁷ **Silverman**, "National Security and the First Amendment...", p. 1113.

⁷⁵⁸ Benzer yönde bkz. **Stone**, "Free Speech and National Security", p. 960.

⁷⁵⁹ **Stone**, "Free Speech and National Security", p. 961

⁷⁶⁰ Douglas'a göre, "*Hükümetteki gizlilik temelde anti-demokratiktir ve bürokratik hataların devam etmesine neden olur*". Bkz. Douglas'ın ayrık gerekçesi, **New York Times Co. v. United States**, p. 724.

⁷⁶¹ Ayrıca bkz. **Stone**, "Free Speech and National Security", p. 962

⁷⁶² Her şeyin sır olarak saklandığı ya da her şeyin sır olarak saklanabileceği siyasi bir ortamda sır olamayacağı savunulmaktadır. Nitekim Stewart'a göre, "... her şey sınıflandırıldığında (gizlendiğinde) hiçbir şey sınıflandırılmaz (gizlenmez) ve sistem, alaycı veya dikkatsizlerin göz ardı edeceği, kendini koruma veya kendini öne çıkarma niyetinde olanların manipüle edebileceği bir sistem haline gelir". Güvenliliğin korunduğunda gizliliğin gerçekten korunabileceğini belirten Stewart, ayrıca etkili bir iç güvenlik sisteminin ayırt edici özelliğinin mümkün olan en büyük oranda ifşaya izin vermek olacağını

C. Milli Güvenlik Bağlamında Mahkemenin Denetimine Genel Bir Örnek: Holder v. Humanitarian Law Project Kararı

1. Dava Hakkında Genel Bilgiler

Çalışmanın birinci bölümünde Amerika’da ifade hürriyetinin teorisini ve pratiğini Yüksek Mahkemenin kararları çerçevesinde incelemiştik. Bu çerçevede müdahale öngören kuralların taşınması gereken nitelikleri, yani muğlaklık ve aşırı genişlik doktrinleri ile denetim düzeylerini ve ifade türlerini çeşitli alt başlıklara ayırarak konuyu ifade hürriyetinin genel teorisi çerçevesinde ele almıştık. Bu başlıkta ise milli güvenlik sebebiyle ifade hürriyetinin sınırlandırıldığı bir durumda Mahkemenin bu doktrinleri ve ölçütleri nasıl uyguladığına yakından bakacağız. Birinci bölümde, bu konulara yeterince yer ayrıldığından, burada söz konusu doktrinler ve ölçütler ayrıca açıklanmayacaktır. Fakat doktrinleri ve ölçütleri milli güvenlik bağlamında somut bir uyuşmazlıkta ve nispeten yakın tarihli bir kararda görebilmek için Holder v. Humanitarian Law Project⁷⁶³ kararını inceleyeceğiz. Bu kararı seçmemizdeki diğer ve en önemli sebep ise kararın 11 Eylül Saldırılarından sonra ifade hürriyeti ve milli güvenlik çatışmasının konu olduğu ilk karar olmasıdır⁷⁶⁴.

Özetle karar, Kongrenin terörist faaliyetlerde bulunan bazı yabancı örgütlere “maddi destek veya kaynak” sağlanmasını yasaklaması ile “iki ABD vatandaşı ve altı yerel kuruluşun”, Türkiye’nin güneydoğusunda bağımsız bir Kürt devleti kurma

savunmaktadır. Bkz. Stewart’ın ayrık gerekçesi, **New York Times Co. v. United States**, p. 729-730; ayrıca bkz. **Silverman**, “National Security and the First Amendment...”, p. 1113. Ayrıca demokratik bir toplumda hesap verilebilirliğin sağlanması için de bilgiye erişimin sağlanması gerekir. Bunun hukuki yollarla yapılmaması halinde gizli bilgilerin sızdırılması karşılaşılan bir olgudur. Nitekim Bush yönetiminin gizliliğe çok fazla önem vermesi ve Kongrenin, basın ve kamuoyunun denetimini engelleme çabası nedeniyle demokratik yönetimin zarar gördüğü ifade edilmektedir. Benzer eleştiriler Obama yönetimine de yöneltilmektedir. Bkz. **Stone**, “Free Speech and National Security”, p. 961-962.

⁷⁶³ **Holder v. Humanitarian Law Project**, 561 U. S. ____ (2010).

⁷⁶⁴ **David Cole**, “The First Amendment’s Borders: The Place of Holder v. Humanitarian Law Project in First Amendment Doctrine”, *Harvard Law & Policy Review*, Vol. 6, Iss. 1, Y. 2012, p. 148. Kuşkusuz ki Dünya genelinde terörizmin artmasının pek çok olumsuz sonucu olmuştur. Bunlardan en büyüğü milli güvenliğin sağlanabilmesi için bireysel hürriyetlere baskının ve milli güvenlik-bireysel hürriyetler arasındaki çatışmanın artmasıdır. Karar, bu çatışmayı somut olarak gözler önüne seren önemli örneklerden biridir. Bkz. **Georgia Wralstad Ulmschneider/James M. Lutz**, “Terrorism Analysis and Holder v. Humanitarian Law Project: The Missing Element”, *Terrorism and Political Violence*, Y. 2017, p. 1. Tuley’e göre, teröre karşı mücadele başladığından beri ve PATRIOT Kanunundan sonra Amerikalıların pek çoğu hür olmak ve güvende olmak arasında tercih yapmak zorunda kalmıştır. Humanitarian Law Project davası ise bu durumu değiştirme imkânı sunmuştur. Ne var ki Mahkeme, bunu başaramamış, gönülleri rahatlatamamış ve bireyleri belirsizliğin ortasında bırakmıştır. Bkz. **Tuley**, “Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 580.

amacında olan PKK ve Sri Lanka’da bağımsız bir Tamil devleti kurma amacı olan LTTE’ye destek sağlamak istemesiyle ilgilidir. Amerika’da bir kuruluşu “yabancı terör örgütü” olarak tanımlama yetkisi Dışişleri Bakanına ait olup Dışişleri Bakanı, Hazine Bakanı ve Başsavcı ile istişarede bulunarak, terörist faaliyet veya terörizmle iştigal ettiğini ve “Birleşik Devletler milletlerini” veya Amerikan “milli güvenliğini tehdit ettiğini” belirlediği bir kuruluşu bu şekilde sınıflandırabilir. Olayda da yardım edilmek istenen örgütler, 1997 yılında terör örgütü olarak sınıflandırılmıştır⁷⁶⁵.

Davaya konu olayda terör örgütü olarak ilan edilen bu örgütlere hemen hemen her türlü yardım yasaklanmışken İnsani Hukuk Projesi, daha önceden Birleşmiş Milletlere dilekçe vererek siyasi sistemlerinde barışçıl faaliyetlere geri dönmenin bir yolunu arayan terörist gruplara tavsiye ve eğitim gibi yardımlar sağlamıştır⁷⁶⁶. Davacılar, bu tür yabancı örgütlere “maddi destek veya kaynak” sağlamayı yasaklayan kuralın⁷⁶⁷ Anayasaya çeşitli yönlerden aykırı olduğunu ve Anayasal hak ve hürriyetlerin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Konumuz itibarıyla baktığımızda ihlal edildiği iddia edilen hürriyetlerden bir tanesi de Birinci Değişiklikte güvence altına alınan ifade hürriyetidir⁷⁶⁸. Somut olaydaki iddiaları dikkate alan Mahkeme, kısaca konuyu muğlaklık, aşırı genişlik, müdahalenin türü ve uygulanacak denetimin düzeyi çerçevesinde değerlendirmiştir.

⁷⁶⁵ **Holder v. Humanitarian Law Project**, I; ayrıca bkz. **Yıldırım**, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 156; **Cole**, “The First Amendment’s Borders...”, p. 148; **Ulmschneider/Lutz**, “Terrorism Analysis and Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 1; **Tuley**, “Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 588-589.

⁷⁶⁶ **Ulmschneider/Lutz**, “Terrorism Analysis and Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 1; **Tuley**, “Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 589.

⁷⁶⁷ Maddi destek veya kaynaklar terimi, ilaç veya dini malzemeler hariç, para birimi veya parasal araçlar veya finansal menkul kıymetler, finansal hizmetler, konaklama, eğitim, uzman tavsiyesi veya yardımı, güvenli evler, sahte belge veya kimlik belirleme, iletişim ekipmanı, tesisler, silahlar, öldürücü maddeler, patlayıcılar, personel (kendisi de dahil olmak üzere bir veya daha fazla kişi) ve ulaşım dahil olmak üzere, maddi veya manevi herhangi bir mülk veya hizmet anlamına gelir. Bkz. **18 U.S.C. §2339**; **Holder v. Humanitarian Law Project**, I; ayrıca bkz. **Yıldırım**, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 156. Kongre, belirlenmiş yabancı terör örgütlerine maddi destek sağlamayı suç haline getiren 18 U.S.C. §2339A ve 18 U.S.C. § 2339B olmak üzere iki hüküm düzenlemiştir. İlkine göre terör suçlarına hazırlık veya bu suçları icrada kullanılacağı bilerek veya isteyerek maddi destek veya kaynak sağlamak suçtur. Diğerine göre, yabancı bir terör örgütüne bilerek maddi destek veya kaynak sağlamak; bunu yapmaya teşebbüs etmek veya bunu gerçekleştirmek için komplo kurmak suçtur. “Uzman tavsiyesi veya yardımı”nın yasaklanması ise 2001 yılında Vatanseverlik Kanunuyla eklenmiştir. Maddi destek hükmünün bu şekilde genişletilmesi, savcılara teröristlere karşı yeni bir silah sağlamış, federal savcılar kanunu terörizmle mücadelede önemli bir araç olarak kullanmışlardır. Bkz. **Brandon James Smith**, “Protecting Citizens And Their Speech: Balancing National Security and Free Speech When Prosecuting the Material Support of Terrorism”, *Loyola Law Review*, Vol, 59, Y. 2013, p. 91-93.

⁷⁶⁸ **Tuley**, “Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 589-590.

2. Muğlaklık ve Aşırı Genişlik Doktrinlerinin Uygulanması

Mahkeme, genel olarak ifade hürriyetine ilişkin davaları incelerken kuralın taşıması gereken nitelikleri haiz olmadığına dair iddia veya endişelerin bulunduğu hallerde öncelikle kuralın muğlak veya aşırı geniş olup olmadığını inceler. Somut davada da bu yapılmıştır. Bu çerçevede davaya konu kural, yürütme organına aşırı takdir yetkisi verdiği iddia edilmediğinden yalnızca muğlaklık incelemesine tabi tutulmuştur. Kuralın muğlak olup olmadığının sorgulanmasında kuralın “ortalama ya da sıradan zekaya sahip bir kişiye neyin yasak olduğu konusunda makul bir bildirim” sağlaması gerekir. Ayrıca kuralın keyfi ve eşitliğe aykırı uygulanmasına imkân verecek kadar belirsiz olması Anayasaya aykırılık oluşturur⁷⁶⁹. Karara konu olan ve muğlaklığı iddia edilen kelimeler ise eğitim, uzman tavsiyesi ve desteği, hizmet ve personel (training, expert advice or assistance, service and personnel) kelimeleridir⁷⁷⁰. Muğlak olduğu iddia edilen kelimelerin esasen “subjektif değerlendirme ve yargılara” hukukun kabul etmeyeceği ölçüde izin verdiğini söylemek oldukça zordur. Burada Mahkemenin tüm değerlendirmelerine yer vermeyecek olsak da olaya genel hatlarıyla baktığımızda, örneğin “PKK üyelerini, sorunları barışçıl bir şekilde çözüme kavuşturmak için insancıl hukuku ve uluslararası hukuku nasıl kullanacakları konusunda eğitmenin” veya “PKK üyelerine yardım için Birleşmiş Milletler gibi çeşitli temsilci kurumlara nasıl dilekçe vereceklerinin öğretilmesinin”, ortalama zekaya sahip herkes tarafından kanunda yasaklanan eğitim tanımına girdiğinin kabulü gerekir. Nitekim Kanun, eğitimi, “genel bilginin aksine, belirli bir beceriyi kazandırmak için tasarlanmış talimat veya öğretimin anlamına gelir” şeklinde tanımlamıştır⁷⁷¹. Olayda yürütülmek istenen faaliyetler de genel beceriler değil, “özel bazı becerilerin” PKK üyelerine kazandırılmasını kapsamaktadır⁷⁷². Başka bir örnek ise kuraldaki “personel” kelimesidir. Kanunda “personel” desteğinin

⁷⁶⁹ **Holder v. Humanitarian Law Project**, IV; **Ward v. Rock Against Racism**, p. 794.

⁷⁷⁰ **Holder v. Humanitarian Law Project**, IV; **Smith**, “Protecting Citizens And Their Speech...”, p. 98.

⁷⁷¹ **İstihbarat Reformu ve Terörizmi Önleme Kanunu (Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004 (IRTPA))**, §6603 (b), “the term ‘training’ means instruction or teaching designed to impart a specific skill, as opposed to general knowledge”. Ayrıca bkz. **Holder v. Humanitarian Law Project**, IV.

⁷⁷² **Holder v. Humanitarian Law Project**, IV; **Smith**, “Protecting Citizens And Their Speech...”, p. 97. “Mantıklı bir kişi, PKK’ya Birleşmiş Milletler nezdinde insani yardım için nasıl dilekçe verileceğini öğretmenin, kanunda belirtildiği gibi, “özel bilgi”den elde edilen tavsiyeleri içerdiğini kabul edecektir. Aslında davacıların kendileri, bu dava boyunca kendi önerdikleri faaliyetleri tanımlamak için “eğitim” ve “uzman tavsiyesi” terimlerini defalarca kullanmışlardır ve bu, ortak terimlerin davacıların davranışlarını kolayca ve doğal olarak kapsadığını ortaya koymuştur”. Bkz. **Holder v. Humanitarian Law Project**, IV.

sağlanması, bir kişiye bilerek “terör örgütünün yönlendirmesi veya kontrolü altında çalışmasının veya örgütün işleyişini organize etmesinin, yönetmesinin, denetlemesinin veya başka bir şekilde yönlendirmesinin” sağlanması olarak tanımlanmaktadır⁷⁷³. Dolayısıyla personel kelimesi de açık ve anlaşılır niteliktedir. Sonuç olarak Mahkeme, bu kelimelerin somut olay bakımından belirsizlik taşımadığını, Kanunun ilgili hükümlerinde verilen tanımların ortalama zekaya sahip kişiler bakımından yeterli ve makul bilgilendirme sağladığını ve kişilerin davranışını yönlendirme konusunda rehberlik yaptığını kabul etmiştir⁷⁷⁴.

3. Müdahalenin Türünün ve Denetim Düzeyinin Tespiti

Genel olarak ifade hürriyetine ilişkin davaları incelerken kuralın taşınması gereken nitelikleri haiz olmadığına dair iddiaların ya şüphelerin bulunduğu hallerde öncelikle kuralın muğlak veya aşırı geniş olup olmadığını incelendikten sonra Mahkeme, kuralın muğlak veya aşırı geniş olmadığına karar vermişse davada uygulanacak olan denetimin düzeyini belirler. Somut olayda da bu sırayı takip eden Mahkeme, kuralın muğlak olmadığına karar vermiş ve denetim düzeyini tespit etmiştir.

Öncelikle davacılar, “saf siyasi ifadelerin” sınırlandırıldığını iddia ederken hükümet ifadenin değil “davranışın” sınırlandırıldığını, ifade üzerinde ortaya çıkan sınırın ise rastlantısal olduğunu iddia etmiştir. Tarafların iddialarına bağlı olarak uygulanacak denetim düzeyi de doğal olarak farklılık arz etmektedir. Nitekim davacıların iddiası kabul edildiğinde “sıkı denetim” uygulanacakken hükümetin iddiası kabul edildiğinde “O’Brien ölçütünün” uygulanması gerekir⁷⁷⁵. Sonuç olarak müdahalenin “saf siyasi ifadeleri” mi yoksa “davranış” mı konu aldığının tespiti hayati öneme sahiptir. Mahkemeye göre ise bu davaya konu müdahale, içeriğe yöneliktir. Çünkü PKK ve LTTE ile ilgili getirilen sınırlar davacıların bu örgütlerle ilgili ne söyleyeceğine bağlı olarak düzenlenmiştir. Mahkemeye göre dava konusu kuralla, davacının konuşması yalnızca genel veya uzmanlık dışı bilgi aktarıyorsa sınırlandırılmazken, “belirli bir beceri” kazandırıyor ya da “uzmanlaşmış bilgi” niteliğinde olan tavsiyeleri iletiyorsa sınırlandırılmaktadır. Burada kuralla “davranışa” ilişkin bir düzenleme yapılmış olsa da

⁷⁷³ Bkz. **IRTPA**, §6603 (f); **Holder v. Humanitarian Law Project**, IV.

⁷⁷⁴ **Holder v. Humanitarian Law Project**, IV; ayrıca bkz. **Yıldırım**, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 157-158.

⁷⁷⁵ **Holder v. Humanitarian Law Project**, V-A; **Cole**, “The First Amendment’s Borders...”, p. 148.

her türlü davranış değil belli bir “içerikteki mesajın iletilmesine” yönelik davranış sınırlandırıldığından O’Brien ölçütü yerine sıkı denetimin uygulanması gerektiğine karar verilmiştir⁷⁷⁶.

Denetimde dikkate alınan olgular ve yapılan değerlendirmelere baktığımızda, “terörizmle mücadelenin acil bir hedef” olduğu, “yabancı terör örgütlerinin meşru faaliyetlerine verilen desteği terörizme verilen destekten ayırmanın mümkün olup olmadığı”, “görünüşte barışçıl yardımın zararlı etkilerinin olabileceği”, “yabancı terörist gruplara herhangi bir biçimde maddi destek sağlamanın Türkiye gibi müttefiklerle ilişkilere ve ülkeler arasında terör saldırılarını önlemeye yönelik işbirliği çabalarına etkileri” üzerinde durulmuştur⁷⁷⁷. Ayrıca Mahkemeye göre, kural yalnızca yabancı terör örgütüyle koordineli veya onun yönetimi altında sağlanan maddi desteği yasaklamaktadır. Bununla birlikte “bağımsız savunuculuk” ve yabancı terörist gruplara yönelik olmayan, onlarla birlikte koordine edilmeyen veya onlar tarafından kontrol edilmeyen herhangi bir faaliyetin yasaklanması kuralın kapsamında görülmemiştir⁷⁷⁸. Nihayet kararda çoğunlukça, müdahalenin sıkı denetimin gereklerini taşıdığı ve Anayasaya aykırı olmadığına karar verilmiştir⁷⁷⁹.

Mahkemenin müdahalenin sıkı denetimin gerekli kıldığı şartları taşıyıp taşımadığını belirlerken hatalı ve eksik bir inceleme yaptığı eleştirisi yapılmaktadır. Ayrıca Mahkemenin insan hakları savunuculuğu eğitiminin veya barışı ilerletme çabalarının terör örgütünü meşru hale getireceğine ve terör örgütüne üye olmayı arttıracığına dair iddiaları; diğer iddia edilen endişeleri onaylarken yeterli kanıt ya da

⁷⁷⁶ **Holder v. Humanitarian Law Project**, V-A; **Cole**, “The First Amendment’s Borders...”, p. 148; **Smith**, “Protecting Citizens And Their Speech...”, p. 100; **Tuley**, “Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 591-592.

⁷⁷⁷ **Holder v. Humanitarian Law Project**, V-B-C; ayrıca bkz. **Cole**, “The First Amendment’s Borders...”, p. 154-155; **Ulmschneider/Lutz**, “Terrorism Analysis and Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 2, 4. Bu kararda yapılan değerlendirmeler bir bütün olarak ele alındığında, Mahkemenin milli güvenliğin korunması bakımından yasama ve yürütme organlarına güvendiği, bu organların yerini almak anlamına gelecek tutumdan kaçındığı ve denetim yapmak yerine bu organların politikalarına uygun davranmaya çalıştığı söylenebilir. Bkz. **Holder v. Humanitarian Law Project**, V-B-C; **Tuley**, “Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 592.

⁷⁷⁸ **Holder v. Humanitarian Law Project**, V-B-C; ayrıca bkz. **Smith**, “Protecting Citizens And Their Speech...”, p. 100-101; **Tuley**, “Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 590.

⁷⁷⁹ **Cole**, “The First Amendment’s Borders...”, p. 148; **Ulmschneider/Lutz**, “Terrorism Analysis and Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 1; **Tuley**, “Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 591-592.

gerekçe göstermediği de savunulmaktadır⁷⁸⁰. Karara muhalif hâkim Breyer’a göre bazı eylemlerde bulunan kişiler hakkında ceza kovuşturması yapılabilmesi için soyut, genel ve farazi olmayan; somut deliller bulunmalı ve bunlar hükümet tarafından açıkça ortaya konulmalıdır. Ayrıca söz konusu faaliyetlerin milli güvenliğe zarar verdiği kabul edilse dahi hükümet tarafından “kuralın getirdiği yasağın/müdahalenin milli güvenliğin korunması” amacına nasıl hizmet ettiğinin açık bir şekilde gösterilmesi gerekir. Oysa olayda hükümet, faaliyetlerin yasaklanmaması halinde ne gibi zararların doğacağını somut verilerle gösterememiştir⁷⁸¹.

Kararı eleştirenlere göre içeriğe dayalı müdahale edilmesi halinde uygulanacak sıkı denetim, kanunun kolaylıkla aşabileceği bir denetim düzeyi değildir. Çünkü bu denetim, “acil, zorlayıcı”, hatta “ölümcül” nitelikteki öneme sahip olan bir menfaatin korunmak istenmesi halinde müdahaleye izin verir. Oysa Mahkeme burada, bu kadar önemi olan menfaatin ne olduğunu belirtmeye dahi ihtiyaç duymamış, açıkça siyasi organların iradesine saygı göstermiştir⁷⁸². Sonuç olarak Mahkeme, değerlendirmesini hukukilik yönünden çok yerindelik yönünden yapmıştır.

Karar, 11 Eylül Saldırılarından sonra ifade hürriyeti ve milli güvenlik çatışmasının konu olduğu ilk karar olması bakımından oldukça önemlidir. Bu nedenle Mahkemenin yeni bir yaklaşıma sahip olduğu ve sıkı denetimin siyasi organların iradesine saygılı bir türünün geliştirildiği endişesi ortaya çıkmaktadır. Çünkü karar milli güvenlik adına siyasi ifadeleri bastırmak için hükümetin yetkisini önemli ölçüde genişletmiştir. Diğer yandan önceki içtihatlarını açıkça geçersiz kıldığını dile getirmeyen Mahkeme, davanın somut ve özel koşulları altında kanunun sıkı denetimden nasıl geçebildiğini veya bu kararın sıkı denetimin daha saygılı halinin ifade hürriyeti ve milli güvenlik çatışmasına ilişkin

⁷⁸⁰ Benzer yönde bkz. **Cole**, “The First Amendment’s Borders...”, p. 154-155; **Tuley**, “Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 592.

⁷⁸¹ Breyer’in karşı oy gerekçesi, **Holder v. Humanitarian Law Project**, I-IV; ayrıca bkz. **Cole**, “The First Amendment’s Borders...”, p. 155-156; **Ulmschneider/Lutz**, “Terrorism Analysis and Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 3; **Tuley**, “Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 595. Terör örgütlerine yapılan yardımların onlara kendi ülkelerinde ve dünya kamuoyunda daha fazla meşruiyet kazandıracağından korkulmuştur. İnsani Hukuk Projesi gibi dış gruplardan gelebilecek destekten kaynaklanabilecek daha fazla tanınma ve meşruiyetin, bağış toplamayı daha kolay hale getirebileceği de diğer bir endişedir. Bkz. **Ulmschneider/Lutz**, “Terrorism Analysis and Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 11.

⁷⁸² **Cole**, “The First Amendment’s Borders...”, p. 148; **Ulmschneider/Lutz**, “Terrorism Analysis and Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 2-3.

davalarda uygulanacak yeni bir tür mü olduğunu ortaya koyabilmiş değildir⁷⁸³. Kısacası, karar 11 Eylül sonrasının yeni yaklaşımını mı yansıtıyor ve Brandenburg yaklaşımının da gerisinde mi kalıyor bilinmemektedir. Nitekim aşağıda ayrıntılı bir şekilde üzerinde duracağımız gibi Brandenburg yaklaşımı, tehlike ölçütüne yeni bir soluk getirmiştir. Buna göre Soğuk Savaş Döneminde bile Brandenburg, suç teşkil eden davranışları savunan konuşmaların yakın zamanda hukuka aykırı eyleme neden olması muhtemel değilse cezalandırılmayacağını açıkça ortaya koymuştur. Holder v. Humanitarian Law Project kararı ise uzun zaman sonra “ilk kez hiçbir suçu savunmayan konuşmaların suç sayılmasını” onaylamıştır⁷⁸⁴.

Nihayetinde kararın sonuçlarından bazılarını şu şekilde sıralayabiliriz: (i) Karar, Brandenburg yaklaşımından daha esnek bir “sıkı denetim” türünün habercisi olabilir. (ii) Yeni sıkı denetim korunmak istenen menfaatin “acil (zorlayıcı)” olması gereğini esneterek, daha müsamahakâr sıkı denetim (deferential strict scrutiny) yaklaşımı ortaya koymaktadır. Ancak Mahkemenin iddiasının aksine bu bir sıkı denetim değildir. (iii) Hükümetin onaylamadığı mesajları “bastırma isteği”, genel olarak ifadeler üzerindeki içeriğe dayalı yasakları haklı çıkarmak için yeterli olmuştur. Sonuçta içeriğe dayalı ayrımcılık yapılabilir hale gelmiştir⁷⁸⁵.

Kanaatimizce kararın sonuçlarının kesin bir içtihat değişikliği olduğunu söylemek oldukça zordur. Nitekim Mahkemenin sıkı denetimden taviz verdiğini ve içerik veya bakış açısı ayrımcılığını öngören kanunları daha esnek denetime tabii tutmaya başladığını söyleyemeyiz. Fakat, buna rağmen Holder v. Humanitarian Law Project kararı neden olduğu belirsizlik ve ifade hürriyetinin sınırlandırılmasının kolaylaştırılması ihtimali sebebiyle dikkatli olunması gereğini göstermektedir⁷⁸⁶.

⁷⁸³ **Cole**, “The First Amendment’s Borders...”, p. 148-150, 156.

⁷⁸⁴ **Cole**, “The First Amendment’s Borders...”, p. 156-158.

⁷⁸⁵ Bkz. **Cole**, “The First Amendment’s Borders...”, p. 156-162; kararın sonuçları hakkında ayrıca bkz. **Tuley**, “Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 593.

⁷⁸⁶ Karardan sonra başka federal mahkemeler de benzer yönde kararlar vermiştir. Örneğin Tuley’in tespitine göre **Weiss v. National Westminster Bank PLC** (768 F.3d 202 (2d Cir. 2014)) kararı, İnsani Hukuk Projesindeki hükmün daha fazla duruma uygulanmasına izin veren ve ifade hürriyeti üzerinde caydırıcı etkiye yol açacak olan bir karardır. Buna karşılık yazar, **Al Haramain Islamic Foundation, Inc. v. United States Department of the Treasury** (686 F.3d 965 (9th Cir. 2012)) kararında yapılan yorumu, Holder v. Humanitarian Law Project kararının yol açtığı sakıncaların giderilmesi için olumlu bir adım olarak değerlendirmiştir. Kararlar için bkz. **Tuley**, “Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 598-600.

III. Mahkeme Tarafından Uygulanan Diğer Ölçütler

Korunmak istenen menfaat milli güvenlik olduğunda ifade hürriyeti sınırlandırılabilir. Sınırlandırılan ifadeler korunan ifadeler ise yukarıda incelendiği gibi belirlenen ölçüt ve doktrinler geçerli olmaktadır. Ancak Mahkemenin yararlandığı ölçüt ve doktrinler bunlardan ibaret değildir. Mahkeme, korunan ve korunmayan ifadelere yapılan müdahaleleri denetlerken farklı ölçütler veya araçlar kullanmaktadır. Açık ve mevcut tehlike ölçütü, dengeleme ölçütü ve ifade hürriyetine milli güvenlik sebebiyle müdahale edilmesine karşı olan mutlakçılık yaklaşımı da Mahkemenin kararlarının oluşmasında etkili olan ölçüt ya da yaklaşımlardandır.

A. Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütü (The Clear and Present Danger Test)

Amerikan Yüksek Mahkemesi, hiçbir değere sahip olmayan ya da çok az değere sahip olan ifadelere yapılan müdahaleleri denetlerken genel ifade hürriyeti teorisinden yararlanmaz. Mahkeme, bu tür korunmayan veya az korunan ifadelerin niteliğine göre ölçütler geliştirmiş ve uygulamıştır. Söz konusu ifadelere yönelik genel açıklamalara çalışmanın Birinci Bölümünde yer vermiştik. Milli güvenlik bağlamında ele aldığımız hukuka aykırı eylemlere teşvik eden konuşmalar da korunmayan ifade türlerinden bir tanesidir. Bu bağlamda savaş zamanında orduya katılmamaya, ordunun faaliyetlerine engel olmaya ve hükümetin devrilmesine teşvik etmek gibi milli güvenlik için tehlike oluşturan konuşmalara yönelik müdahalelere Mahkeme “açık ve mevcut tehlike ölçütü”nü uygulamaktadır. Ölçüt, konuşmanın yol açtığı tehlikenin niteliğine ve müdahalenin haklı olup olmadığına karar vermeye olanak sağlar. Fakat Mahkeme, milli güvenlik sebebiyle yapılan her müdahalede açık ve mevcut tehlike ölçütünü doğrudan uygulamamıştır. Korunan ifadeler kapsamında örneğin, Holder v. Humanitarian Law Project kararında, genel ifade hürriyeti doktrinlerini ve ölçütlerini benimsemiş; yani, kuralın aşırı geniş ve muğlak olup olmadığını incelemiş ve müdahalenin içeriğe dayandığını belirlediği için sıkı denetim uygulamıştır. Bununla birlikte modern dönem ölçütü olan ve birinci bölümde ele alınan üç düzeyli denetimi uyguladığı hallerde de “tehlikenin varlığını ve kamusal menfaatin korunmasını” müdahalenin haklı olup olmadığını belirlemede bir kıstas olarak kullanmıştır.

Açık ve mevcut tehlike ölçütü ise özellikle savaş koşullarına bağlı olarak ortaya çıkan ve ifade hürriyetine ilişkin ilk önemli kararlarda kullanılan bir ölçüt olması

bakımından önemlidir. Üç düzeyli denetimle karşılaştırıldığında ölçütün istisnai olarak ortaya çıktığını söylemek gerekir. Bu bakımdan korunmayan ifadeler ve olağanüstü koşullar bağlamında gelişen ölçüt, bağımsız ve esnek bir ölçütken sıkı bir ölçüte dönüşmeye başlamış, zaman içerisinde farklı ölçüt ve denetim düzeylerinin unsuru haline gelmiştir. Bu noktada modern ölçütlerle açık ve mevcut tehlike ölçütü arasındaki bağ oldukça önemlidir.

Ölçütün önemine istinaden biz de çalışmanın bu kısmında ilk olarak korunmayan ifade türlerine milli güvenlik sebebiyle yapılan müdahalelerin Anayasaya uygunluğunu denetlemek için geliştirilen açık ve mevcut tehlike ölçütüne ve ölçütün geçirdiği evrelere yer vereceğiz. Açık ve mevcut tehlike ölçütüne ilişkin yaklaşımlarda ifade hürriyetine sağlanan “koruma” ile “tehlike”ye yüklenen anlamlar farklı olsa da kanaatimizce müdahalenin haklılığının belirlenmesinde “tehlike”nin esas alınması bakımından tüm yaklaşımlar aynı esasa dayanır. Bu sebeple 1919-1969 yılları arasında çeşitli kararlarda ifadenin neden olduğu tehlikeleri ele alan farklı yaklaşımlara rağmen bunlar esas olarak ifadeye bağlı olarak ortaya çıkan tehlikelere göre müdahalenin haklılığını belirlediği için çalışmamızda bu yaklaşımları, açık ve mevcut tehlike ölçütünün görünümü olarak inceleyeceğiz⁷⁸⁷. Bu çerçevede konunun bağlamına göre bazen “tehlike ölçütü” ya da tehlike ölçütünün bir görünümü olarak geniş anlamda “açık ve mevcut tehlike ölçütü”; bazen dar anlamda, yani Holmes’un uygulamaya başladığı ölçütü ifade etmek için açık ve mevcut tehlike ölçütü kavramını kullanacağız. Nihayet, ölçütün uygulanmasında ortaya çıkan kimi sorunları ve 21. yüzyılda yaşanan gelişmeler ışığında ölçütün görünümünü ele alacağız.

1. Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütünün Ortaya Çıkışı

a. Genel Olarak Ölçütün Tarihi Arka Planı

Açık ve mevcut tehlike ölçütü, Amerikan hukuk tarihindeki en ünlü doktrinel buluşlardan bir tanesidir. Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilen ölçüt, hükümeti

⁷⁸⁷ Best’e göre: Doğrudan-tahrik ölçütü, “*sözcüklerin iletişimsel anlamının oluşturduğu amacı kullanarak konuşma ile zarar arasındaki doğrudan bağlantı*” ölçer. Açık ve mevcut tehlike ölçütü ise “*konuşma ile zarar arasındaki bağlantının doğrudan*” olup olmadığını ve “*zararın konuşmadan ne kadar sonra ortaya çıkacağını*” ölçerek belirler. Bu iki ölçüt hukukta zaman zaman bir araya getirilmiş olsa da, bunların nihai sentezleri ifadenin sınırlandırılabilmesi için hem “*niyet*” hem de “*yakınlığı*” dikkate alan *Brandenburg v. Ohio*’da gerçekleştirilmiştir. Bkz. **James Connor Best**, “Clear and Present Danger: Brandenburg Test after September 11, 2001”, Louisiana State University Master’s Theses (1639), Y. 2007, p. 9.

eleştiren ifadeler ile şiddeti ve diğer hukuka aykırı eylemleri yazılı veya sözlü olarak savunan ifadeleri cezalandırma yetkisinin anayasal sınırlarını tanımlamaktır⁷⁸⁸. Yirminci yüzyılda ölçütün ortaya çıkmasının arka planında tarihi tecrübelerin ve hukuk geleneğinin etkili olduğu söylenebilir. Özellikle ölçütün uygulandığı davalara bakıldığında bunların çoğu, İngiliz hukukunda (Common Law) karşılaşılan “kışkırtıcı karalama” (seditious libel) davalarına çok benzerdir. Ayrıca Birinci Değişikliğin kabulünün hemen ardından yürürlüğe giren 1798 tarihli İhanet Kanunu da (Sedition Act of 1798) “kışkırtıcı karalama karşıtı” (anti-seditious libel) düzenleme olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan Amerikan hukuk tarihine bakıldığında kışkırtıcı karalamaya karşı çıkarılan kanunlarla ilgili pek çok davaya rastlamak mümkündür. Sonuç olarak Birinci Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında ortaya çıkan ve yargı kararlarında yer almış davalar, gerek İngiliz atalarına gerek kuruluş dönemine dayanan, geçmişteki “kışkırtıcı karalama” kavramıyla ilgilidir⁷⁸⁹. Bu nedenle ilk olarak kışkırtıcı karalamanın Ortak Hukuk ve İhanet Kanunu bakımından ele alınması gerekir.

Kışkırtıcı karalama karşıtı düzenlemelere bakacak olursak, Ortak Hukuk tarafından belirlenen suçlar olduğu gibi 1798 tarihli İhanet Kanunuyla da çeşitli suçlar düzenlenmiştir⁷⁹⁰. Örneğin, kişiler hukuka aykırı eylemi teşvik ederek kanunu ihlal edebilir. Bu nedenle İngiltere’de Ortak Hukuk, “majestelerinin tebaasını, Kilise veya Devletteki herhangi bir konuyu hukuki yolların dışındaki bir yolla değiştirme girişiminde bulunmaya teşvik etmeyi” yasaklamıştır. İhanet Kanunu da, “bir kanuna karşı çıkmak ve direnmek için hukuka aykırı olarak harekete geçilmesini kışkırtmayı yasaklamıştır”⁷⁹¹. Fakat “salt hükümet eleştirileri” veya “halk arasında hükümet karşıtı duyguların yayılması” yasaklanmamıştır. Yasaklanan ifadeler, sosyal ve siyasi değişimler için “hukuka aykırı iş birliği” (unlawful combinations) ve “hukuka aykırı yolların” (unlawful means) kullanılmasının teşvik edilmesidir⁷⁹².

⁷⁸⁸ **David G. Barnum**, “The Clear and Present Danger Test in Anglo-American and European Law”, San Diego International Law Journal, Vol. 7, Y. 2006, p. 263-264; ayrıca bkz. **Özsoy**, “...Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, s. 35.

⁷⁸⁹ **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 264-266.

⁷⁹⁰ **Stephen**, A History of the Criminal Law..., p. 298-299.

⁷⁹¹ **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 266; Common Law’daki suçlar için bkz. **Stephen**, A History of the Criminal Law..., p. 298-299. Bu bağlamda görülmektedir ki, suç olarak kışkırtıcı karalamanın temel bileşenleri, konuşmacının niyeti ve kelimelerin eğilimi (amacı ve anlamı)’dır. Bkz. **James Morton Smith**, Freedom’s Fetters: The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties, 2. Ed. Cornell University Press, New York 1963, p. 421.

⁷⁹² **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 266.

Gerek Ortak Hukuk gerek İhanet Kanununun getirdiği diğer yasaklar ifade hürriyeti bakımından tehlikeli sonuçlara yol açmıştır. İlk olarak Ortak Hukuk'ta, halk arasında “memnuniyetsizlik ve sistemden rahatsızlığı” (discontent and disaffection) veya “farklı sınıflar arasında kötü niyet ve düşmanlık duygularını” teşvik etmeyi amaçlayan ifadeler yasaklanmıştır. İkinci olarak, İhanet Kanunu, hükümeti veya liderleri “aşağılamayı veya itibarsızlaştırmayı” (contempt or disrepute) veya onlara karşı “*Amerika Birleşik Devletleri'nin iyi insanlarında nefret uyandırmayı*” yasaklamıştır. Halkın hoşnutsuzluğu, hükümet karşıtı şiddete yol açabileceği gibi artan hoşnutsuzluk, hükümete yönelik eleştirilerin de sonucudur. Kısıktıcı karalamanın, memnuniyetsizlik ve sistemden rahatsızlık oluşturmak olarak tanımlanması, şiddet ya da diğer ikincil hukuka aykırı sonuçların varlığına gerek kalmadan hükümet karşıtı görüşlerin cezalandırılmasının önünü açmıştır⁷⁹³.

18. yüzyıldan Birinci Dünya Savaşına girilmesine kadarki süreçte de Birinci Değişiklik doktrininde, eyalet düzeyinde “kısıktıcı karalama” karşıtı uygulamaların dışında çok fazla gelişme olmamıştır. Buna ilişkin ortaya çıkan davalar “*kötü eğilim ölçütü*” (bad tendency) ile karara bağlanmıştır. Yani, 20. yüzyılın henüz başında çeşitli eyaletler, “kötü etkilerinin olmasını veya zarar verme eğiliminde olmasını” ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için yeterli kabul etmiş ve bu konuda kendilerini “geniş yetki”lere sahip görmüştür⁷⁹⁴.

Fakat, 1917 yılına gelindiğinde bu tür uyuşmazlıkların karara bağlanmasında yeni bir ölçüt ortaya çıkmıştır. Casusluk Kanununun ihlaliyle ilgili Masses Publishing Co. v. Patten⁷⁹⁵ davasında verilen kararda Amerika Birleşik Devletleri New York Güney Bölgesi Mahkemesi (United States District Court for the Southern District of New York), “kötü eğilim ölçütünü” uygulamamış, kararı yazan hâkimin isminden dolayı Hand ölçütü olarak bilinen “doğrudan tahrik” ölçütünü uygulamıştır. Bu ölçütle, ifadenin amacına odaklanılmış, ifadenin doğrudan zarar üretme amacı ve amaç ile olası zarar arasında bağlantı olup olmadığı araştırılmıştır. Sonuç olarak somut olayda, bu ölçüte göre dolaylı olarak kısıktıcı bir eğilimde olsa bile, doğrudan hukuka aykırı eylemleri savunmadığı

⁷⁹³ **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 266. Amerikan Anayasası ile İngiliz hukuku ve geleneğinin ifade hürriyetine yaklaşımı çerçevesinde yapılan değerlendirme için bkz. **Smith**, Freedom's Fetters..., p. 418-433.

⁷⁹⁴ **Best**, “Clear and present danger...”, p. 11.

⁷⁹⁵ Bkz. **Masses Publishing Co. v. Patten (S.D.N.Y) (1917)**.

için ifadenin sınırlandırılmayacağına karar verilmiştir. Fakat, Temyiz Mahkemesinin İkinci Dairesi (The Second Circuit Court of Appeals) kararı bozmuş ve kötü eğilim ölçütünü uygulamıştır⁷⁹⁶.

Hand ölçütü, daha sonra Hâkim Hand tarafından uygulanmış, Birinci Değişiklik davalarında az ya da çok etkili olmuştur. Bu çerçevede Hand ölçütünün “hükümeti devirmek” gibi gelecekte gerçekleşecek komplolara ilişkin davalarda etkili olduğu ileri sürülmektedir. Buna karşılık, yayın faaliyetlerinin yürütülmesi ve belli ideolojilerin savunulması gibi hallerde ifadenin yakın etkilerini dikkate alan açık ve mevcut tehlike ölçütü olarak bilinen tehlike ölçütünün uygulandığı da söylenmektedir. Sonuçta kimi yazarlar, bu iki ölçütün uygulanmasında ifadenin niteliğine göre tercihte bulunulduğunu savunmaktadır⁷⁹⁷. Ancak bunlar arasında ifadenin niteliği ve unsurları bakımından bazı farklar⁷⁹⁸ olsa da açık ve mevcut tehlike ölçütü bir çatı kavram ya da ölçüt olarak kabul edilmelidir. Hand ölçütü ve bundan sonra ortaya çıkan açık ve mevcut tehlike ölçütü, gelişim ve dönüşümünü diğer ölçüt ve yaklaşımlarla etkileşim içine girerek sürdürmüştür. Holmes’un Hand’den ne kadar etkilendiği tam olarak tespit edilebilecek bir konu değilse de Hand ölçütü geçmişten gelen birikimlerin bir yansıması olduğu gibi açık ve mevcut tehlike ölçütünün de Hand ölçütünden etkilenmiş olduğu söylenebilir⁷⁹⁹.

b. Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütünün Ortaya Çıkması ve İlk Örnekleri

Açık ve mevcut tehlike ölçütü ilk kez hükümetin zarara neden olabilecek ifadeleri ne zaman cezalandırabileceğini tespit etmek için Yüksek Mahkeme hâkimi Oliver Wendel Holmes tarafından kullanılmıştır. 1917 tarihli Casusluk Kanununun hükümet tarafından sert bir şekilde uygulanmasına karşılık ortaya çıkan⁸⁰⁰ ölçütün kullanıldığı ilk

⁷⁹⁶ **Best**, “Clear and present danger...”, p. 12-13; **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 269-270.

⁷⁹⁷ **Best**, “Clear and present danger...”, p. 13-26. Krotoszynski Jr.’e göre de kriz zamanlarında Hand ölçütünün uygulanması yönünde bir eğilim vardır. Bkz. **Ronald J. Krotoszynski Jr.**, “The Clear and Present Dangers of the Clear and Present Danger Test: Schenck and Abrams Revisited”, Southern Methodist University (SMU) Law Review, Vol. 72, Iss. 3, Y. 2019, p. 417, fn. 8.

⁷⁹⁸ Bu yönde bkz. **Best**, “Clear and present danger...”, p. 9.

⁷⁹⁹ Benzer yönde değerlendirmeler ile açık ve mevcut tehlike ölçütünün köklerine dair görüşler için bkz. **Robert S. Lancaster**, “Judge Hand’s Views on the Free Speech Problem”, Vanderbilt Law Review, Vol. 10, Iss. 2, Y. 1957, p. 308-312.

⁸⁰⁰ **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 271. Redish ve Fisher’e göre açık ve mevcut tehlike ölçütü hukuka aykırı eylemleri savunan ifadeler bakımından önemli bir koruma sağlamıştır. Fakat, uygulamada bu ölçüt hükümet tarafından suistimal edilen bir test halini almıştır. Bkz. **Martin H. Redish/Matthew Fisher**, “Terrorizing Advocacy and the First Amendment: Free Expression and the Fallacy of Mutual Exclusivity”, Fordham Law Review, Vol. 86, Y. 2017, p. 571. Birinci Bölümde hukuki düzenlemelere ilişkin yaptığımız değerlendirmelerde de Kanunun hürriyetler için ne kadar büyük sorunlara

karar ise 1919 yılında verilen Schenck v. United States kararıdır. Kararda Holmes'un "kötü eğilime" (a bad tendency) sahip olması halinde ifadenin suç sayılabileceğini savunduğu ileri sürülmektedir⁸⁰¹. Benzer şekilde Holmes'un ortaya koyduğu ölçütü, hükümetin ifadeyi "doğal ve makul sonuçları" veya "hukuka aykırı eylem üretme kötü eğilimi" temelinde cezalandırmasına izin veren yaklaşımlara göre önemli bir gelişme olarak görenler de vardır⁸⁰². Sonuçta Schenck kararında konuşmacının hukuka aykırı bir olaya yol açma niyetinde olması ve konuşmasının bu olayın meydana gelmesine yönelik açık ve mevcut bir tehlike oluşturması halinde kişinin cezalandırılabilmesi kabul edilmiştir⁸⁰³.

Ölçütün ortaya çıkmasıyla en meşhur kararlardan birisi haline gelen bu kararda olaylar ve suçlamalar şu şekilde özetlenebilir: (i) Casusluk Kanununu ihlal etmek için komplo kurmak, Amerika'nın askerî ve deniz kuvvetlerinde itaatsizlik oluşturmak veya oluşturmaya çalışmak; Alman İmparatorluğu ile savaş halinde olduğu sırada Amerika'nın askere alma ve kayıt hizmetini engellemek. Bu çerçevede sanığın, Kanun uyarınca askerlik hizmetine çağrılan ve kabul edilenlerin, itaatsizlik etmesine ve bazı askeri hizmetlerin engellenmesine neden olmak üzere hazırlandığı ileri sürülen bir belgeyi basmak ve dağıtmak için "kasıtlı olarak komplo kurduğu" iddia edilmektedir. (ii) Amerika'ya karşı bir suç işlemek için komplo kurmak ve hukuka aykırı olarak posta göndermek. Yine buna ilişkin iddialardan biri Kanuna göre postalanması yasaklanan konularda bazı belgelerin postalanmasıyla ilgilidir⁸⁰⁴.

yol açtığından söz etmiştik. Kanunun Amerikalıların hürriyetlerini sınırlandırmak için kabul edilmediği, ancak milli güvenliği koruma amacının olduğu tarihi veriler ışığında ileri sürülebilse de Kanun, muğlaklığı, aşırı genişliği, caydırıcı etkisi ve muhalefet üzerinde yol açtığı baskı sebebiyle kötü bir üne sahiptir. Ayrıca bkz. **Epstein**, "Balancing National Security and Free-Speech Rights...", p. 483-484.

⁸⁰¹ **Krotoszynski Jr.**, "The Clear and Present Dangers...", p. 415-420. Ruhi, kötü eğilim ölçütü ile açık ve mevcut tehlike ölçütünü farklı ölçütler olarak açıklamış, Mahkemenin Casusluk Kanununun ihlal edilmesiyle ilgili verdiği ilk karar olan Schenck kararını "kötü eğilim ölçütünün" uygulanması yönüyle ele almıştır. Bkz. **Ruhi**, "ABD'de Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü...", s. 10-16.

⁸⁰² **Barnum**, "The Clear and Present Danger Test...", p. 272. Casusluk Kanununa göre hükümetin ifade hürriyetini nasıl sınırlandırabileceğini ilk kez ortaya koyan ölçüt açık ve mevcut tehlike ölçütüdür. Bkz. **Harr/Hess**, Constitutional Law..., p. 130.

⁸⁰³ **Leslie Kendrick**, "On 'Clear and Present Danger'", Notre Dame Law Review, Vol. 94, Iss. 4, Y. 2019, p. 1656; ayrıca bkz. **David R. Dow**, "The Moral Failure of the Clear and Present Danger Test", William & Mary Bill of Rights Journal, Vol. 6, Iss. 3, Y. 1998, p. 736; **Arslan**, "ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü", s. 30. Sosyalist Partinin genel sekreteri olan Charles T. Schenck Casusluk Kanununa karşı Anayasaya aykırılık iddiasını ileri süren ilk kişi olmuştur. Bkz. **Epstein**, "Balancing National Security and Free-Speech Rights...", p. 487.

⁸⁰⁴ **Schenck v. United States**, 249 U.S. 47 (1919), p. 48-50; ayrıca bkz. **Epstein**, "Balancing National Security and Free-Speech Rights...", p. 487. Schenck v. United States kararından günler sonra karara bağlanan Debs v. United States kararında da sanık hakkında benzer suçlamalar yapılmıştır. Somut olayda,

Kısacası dava, Birinci Dünya Savaşı sırasında zorunlu askerlik uygulamasına karşı olan broşürler hazırlayan ve dağıtan bir grup sosyalistle ilgilidir⁸⁰⁵. Sosyalist Partinin genel sekreteri ve belgelerin gönderildiği Sosyalist Genel Merkezden sorumlu Schenck, suç teşkil eden 15.000 broşürün basımıyla bizzat ilgilenmiştir⁸⁰⁶. Schenck'in bu eyleminin askeri personel alımını engellemek olduğu ve bu engellemenin daha büyük bir komploya dönüştüğü iddia edilmiştir⁸⁰⁷.

Kararda, öncelikle dikkat çekici olan husus olağan zaman ve şartlarla, savaş gibi olağan dışı zaman ve şartlar arasında ayrıma gidilmiş olmasıdır. Normal şartlarda dile getirilebilecek ifadelerin, diğer bir deyişle açıklanabilecek düşüncelerin savaş koşullarında ifade edilmesine müsaade edilemeyeceği benimsenmiştir. Bu bakımdan karar her eylemin niteliğinin “koşullara” (circumstance) bağlı olduğunu ortaya koymaktadır. Çok meşhur olan tiyatro örneği de Holmes tarafından bu kararda kullanılmıştır. Holmes’a göre, *“ifade hürriyetinin en geniş korunan hali dahi, tiyatroda gerçeğe aykırı olarak “yangın var!” diye bağırarak ve paniğe neden olan bir adamı korumaz”*⁸⁰⁸. Dolayısıyla her bir ifade için ilk olarak bakılması gereken şey, içerisinde

sanığın Amerika'nın askeri ve deniz kuvvetlerinde itaatsizlik, sadakatsizlik, isyan ve görev reddine neden olduğu, kişileri kışkırttığı, kışkırtmaya çalıştığı ve bunu gerçekleştirmek için toplum önünde konuşma yaptığı iddia edilmiştir. Ayrıca, sanığın Amerika'nın asker alma ve kayıt hizmetini engellediği, engellemeye çalıştığı ve bu amaçla ve niyetle yine belirtilen aynı konuşmayı yaptığı ileri sürülmüştür. Bkz. **Debs v. United States**, 249 U.S. 211 (1919), p. 212.

⁸⁰⁵ **Krotoszynski Jr.**, “The Clear and Present Dangers...”, p. 421-422

⁸⁰⁶ **Schenck v. United States**, p. 48-50. Ele geçirilen belgelerin ilk yüzünde On Üçüncü Değişikliğin birinci bölümüne yer verilmiş, bunda somutlaştırılan fikrin Askerlik Kanunu tarafından ihlal edildiği ve askere alınan bir mahkûmdan pek de iyi olmadığı yazılmıştır. Askere almanın en kötü haliyle despotluk olduğunu ve Wall Street'in seçilmiş azınlığının çıkarları doğrultusunda insanlığa karşı korkunç bir haksızlık olduğunu ima eden broşür, “Korkutmaya boyun eğmeyin” çağırısını dilekçe gibi barışçıl yollara davetle birlikte içeriyordu. Daha sonra basılan “Haklarınızı Savunun” başlığına sahip sayfada “Askerlik hizmetine karşı muhalefet etme hakkının” savunulması gerektiği yazıyordu. Ayrıca “Haklarınızı savunmaz ve desteklemezseniz, tüm vatandaşların ve Amerika sakinlerinin koruması gereken hakları reddetmeye veya küçümsemeye yardımcı oluyorsunuz” uyarısına yer verilmişti. Bkz. **Schenck v. United States**, p. 50-51; **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 271-272. Benzer şekilde, Debs kararına konu olayda sanığın yaptığı konuşmada itaatsizliğe neden olma ve görevi reddetme girişiminden ve askerlik hizmetini engellemekten mahkûm edilenler övülmüş, efendi sınıfının her zaman savaş ilan ettiği ve tebaa sınıfının her zaman savaştan taraf olduğu ifade edilmiştir. Sanık, tebaa sınıfının kazanacak hiçbir şeyi olmasa da hayatları dahil kaybedecek çok şeyi olduğunu, ancak işçi sınıfının savaşa ve barışa karar verirken hiçbir zaman söz sahibi olmadığını söylemiştir. Bkz. **Debs v. United States**, p. 212-214.

⁸⁰⁷ **Krotoszynski Jr.**, “The Clear and Present Dangers...”, p. 421-422

⁸⁰⁸ **Schenck v. United States**, p. 52; **Dow**, “The Moral Failure...”, p. 736; ayrıca bkz. **Epstein**, “Balancing National Security and Free-Speech Rights...”, p. 487; **Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, s. 30; **Harr/Hess**, Constitutional Law..., p. 130. Epstein, Holmes tarafından uygulanan ölçütü “açık ve mevcut tehlike dengeleme ölçütü” (clear and present danger balancing test) olarak ifade etmiştir. Bkz. **Epstein**, “Balancing National Security and Free-Speech Rights...”, p. 487. Biz bu kullanıma katılmıyoruz. Dengeleme başlığı altında bu hususa ilişkin ayrıca değerlendirmeler yaptığımız için burada tartışmaya yer vermeyeceğiz.

bulunulan koşullardır. Bu koşullar içerisinde cevaplanması gereken soru ise ifadenin Kongrenin önleme hakkına sahip olduğu maddi kötülükleri ortaya çıkaracak açık ve mevcut bir tehlike oluşturup oluşturmadığıdır. Mahkemeye göre savaş halinde olunması barış halinden farklı sonuçları beraberinde getirir. Barış halinde söylenebilecek pek çok söz, savaş halinde savaş için gösterilen çabaları engeller. Neticede bu sözlere tahammül edilemez ve mahkemeler bu çabaları engelleyen sözlerin anayasal haklarla korunduğunu kabul edemez⁸⁰⁹. Ne var ki açık ve mevcut tehlike ölçütünün ilk kez uygulandığı Schenck kararında, ölçütün tam olarak ne anlama geldiği, ifadenin ne zaman açık ve mevcut bir tehlikeye yol açtığı açıkça ortaya konulmamıştır. Ayrıca kararda, ifadenin “hukuka aykırı bir olaya yol açma niyetinde olması” ve bu niyetle sarf edilen sözlerin “açık ve mevcut bir tehlike” oluşturması halinde ifadenin yasaklanabileceği kabul edilmiştir. Fakat burada bir suç eyleminin gerçekleşmiş olması gerekli görülmemiştir⁸¹⁰.

Schenck kararından günler sonra Debs kararında⁸¹¹ ölçüt tekrar uygulanmıştır. Fakat daha sonra ölçütün mimarı olan Holmes’un görüşleri Schenck kararı ile Abrams kararı arasındaki sürede değişmiştir. Buna ilişkin Profesör Zechariah Chafee, Jr.’ın teşvikiyle⁸¹² Hâkim Holmes, açık ve mevcut tehlike ölçütünü, korunan ifade ile korunmayan (yıkıcı savunuculuk/subversive advocacy) ifadeyi birbirinden ayıran bir ölçüt haline getirmiştir⁸¹³.

Öncelikle Abrams kararına konu olaydaki suçlamalar da Schenck’te olduğu gibi Casusluk Kanununun ihlaliyle ilgilidir⁸¹⁴. Abrams, suç teşkil eden eylemler ve sanıklarca

⁸⁰⁹ **Schenck v. United States**, p. 52-53; **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 272; **Dow**, “The Moral Failure...”, p. 736; **Marcus Raskin/Robert Spero**, *The Four Freedoms Under Siege-The Clear and Present Danger from Our National Security State*, Praeger Publishers, Westport 2007, p. 53. “Bağlam”ı verdiği önem, Holmes’un ölçütünü Hand ölçütünden ayıran bir yeniliktir. Diğer bir ifadeyle Holmes’un ölçütü, Hand ölçütündeki gibi sadece kullanılan kelimelerin anlamına değil, aynı zamanda koşullara önem vermiştir. Bkz. **Schwartz**, “Holmes versus Hand...”, p. 214.

⁸¹⁰ **Schenck v. United States**, p. 52; **Kendrick**, “On “Clear and Present Danger””, p. 1655-1656.

⁸¹¹ Bkz. **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 273; **Debs v. United States**, 249 U.S. 211 (1919).

⁸¹² Chafee, Holmes’un ölçütünü siyasi ifadeleri yeterince korumadığı için eleştirmiştir. Chafee’a göre, hükümet ancak etkili bir şekilde sorgulanırsa savaş, başka amaçlara saptırılmaz ve haklı amaçlara ulaşılınca sonlanır. Bu sayede gereksiz fedakarlıklarda bulunularak yürütülmez. Yalnızca savaş destekleyenlere eleştiri hakkı tanımak ise büyük bir hatadır. Bkz. **Chafee**, “Freedom of Speech in War Time”, p. 958; **Krotoszynski Jr.**, “The Clear and Present Dangers...”, p. 425-426.

⁸¹³ **Kendrick**, “On “Clear and Present Danger””, p. 1656; Holmes’un görüşünün değiştiğine dair ayrıca bkz. **Krotoszynski Jr.**, “The Clear and Present Dangers...”, p. 416.

⁸¹⁴ İlgili davada sanıklara yöneltilen suçlamalar Casusluk Kanununun ihlalidir. Buna göre sanıklara dört suçlama yapılmıştır. Suçlamalardan ilki, Amerika Birleşik Devletleri Hükümetinin biçimi hakkında sadakatsiz, küfürlü ve aşağılayıcı dil kullanılması; ikincisi, Amerika Birleşik Devletleri hükümetinin biçimini aşağılama, hor görme, hakaret ve itibarsızlaştırmayı amaçlayan dil kullanılması; üçüncüsü, söz

ihlal edildiği iddia edilen Kanun bakımından Schenck davasına çok benzemektedir⁸¹⁵. Kararda çoğunluğa göre, broşürlerde kullanılan dil yalnızca Rus Devrimini desteklemekle kalmamaktadır. Bu dil aynı zamanda Amerika'nın savaşta başarısız olmasını ve yenilmesini hedeflemektedir. Nitekim broşürlerdeki çağrının karşılık bulması ve başarılı olması halinde ordunun ihtiyaç duyduğu mühimmat üretilmeyecek, savaşta başarıyı sağlayacak araçların ordunun eline geçmesi önlenecektir. Ayrıca söz konusu ifadeler, savaş halindeki devlete karşı direnişi kışkırtma ve destekleme amacına sahiptir⁸¹⁶. Sonuç olarak ölçüt, bazı fikirlerin savunulmasını ve başkalarının bu fikirlere ikna edilebilecek olmasını hükümetin yasaklamasına izin vermiştir⁸¹⁷.

Holmes ise çoğunluğun görüşüne karşı çıkmıştır. Holmes'a göre, kullanılan ifadelerden savaşın yürütülmesi için gerekli olan mühimmatın üretilmesinin sınırlandırılmak istendiği anlaşılabılır. Ancak bu ifadelerin suç olabilmesi için savaşın yürütülmesinin zayıflatılması ve engellenmesi amacıyla yapılması gerekir. Oysa somut olayda bu niyetle hareket edildiğini ispatlayan bir delil yoktur⁸¹⁸. Muhalefet gerekçesinde Holmes, Schenck'te uyguladığı açık ve mevcut tehlikenin varlığı halinde ifade hürriyetinin sınırlandırılabilceği düşüncesini yinelemiş, hangi durumlarda açık ve mevcut bir tehlikenin olacağını belirlemeye çalışmış ve bu halleri istisna olarak kabul etmiştir. Nitekim ona göre açık ve mevcut tehlike olmadıkça Kongre, ifade hürriyetini

konusu savaşta Amerika Birleşik Devletleri'ne karşı direnişi kışkırtmayı ve desteklemeyi amaçlayan dil kullanılması ve nihayet sonuncusu sanıkların Amerika Birleşik Devletleri'nin Alman İmparatorluğuyla savaş halinde olduğu sırada, hukuka aykırı ve kasıtlı olarak, söz, yazı, baskı ve yayın yoluyla, savaşın yürütülmesi için gerekli ve elzem olan şeylerin ve ürünlerin, yani mühimmatın üretiminin kısıtlanmasını teşvik etmek, kışkırtmak ve savunmak için komplo kurmalarıdır. Olayda Abrams 27 Temmuz 1918'de genelgelerin basıldığı matbaa ekipmanını satın almış ve gece işin yapıldığı bir bodrum odasına kurmuştur. Basılan bu belgeler dağıtılmıştır. Bkz. **Abrams v. United States**, 250 U.S. 616 (1919), p. 616-618; ayrıca bkz. **Epstein**, "Balancing National Security and Free-Speech Rights...", p. 488-489.

⁸¹⁵ Basılan broşürlerdeki ifadelerden bazıları şu şekildedir: "*Rus Devrimi haykırıyor: Dünya İşçileri! Uyanın! Ayağa kalkın! Sizin ve benim düşmanımızı yere serin!*"; "*Evet! Arkadaşlar, dünya işçilerinin tek bir düşmanı vardır ve o da KAPİTALİZMDİR*"; "*Uyanın! Uyanın! Dünya İşçileri!*"; "*İşçiler, Rus göçmenler, Hükümetimizin dürüstlüğüne en ufak bir inancı olan sizler, şimdi tüm güveninizi savaşa çağırın sahte, ikiyüzlü, askeri propagandanın yüzüne tükürmelisiniz*". Bkz. **Abrams v. United States**, p. 620.

⁸¹⁶ **Abrams v. United States**, p. 623-624; ayrıca bkz. **Epstein**, "Balancing National Security and Free-Speech Rights...", p. 488-489.

⁸¹⁷ **Kendrick**, "On 'Clear and Present Danger'", p. 1664.

⁸¹⁸ **Abrams v. United States**, p. 626-627; **İsmail Yüksel**, "Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi İçtihatlarında Nefret Söylemi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, Y. 2019, s. 442.

sınırlandıramaz. Ayrıca, Kongrenin ülkede değişiklik yapmaya yönelik girişimleri engelleme yetkisi yoktur⁸¹⁹.

Schenck'te broşürlerin basılıp dağıtılmasını açık ve mevcut bir tehlikeye sebep olarak gören Holmes, Abrams kararında “*bilinmeyen bir adamın aptalca bir bildiriyi gizlice yayınlamasının*” askeri çabaları engelleyeceği fikrinin ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır. Ayrıca Holmes, broşürün dili üzerinde detaylı bir inceleme yapmış, niyetin kanıtlanmadığı veya gerçekten böyle bir niyetin olmadığı ve devlete karşı direnişe dair hiçbir ipucunun bulunmadığı kanaatine ulaşmıştır⁸²⁰. Holmes'un iki kararda da kullandığı “açık ve mevcut tehlike” kavramı aynı olsa da uyguladığı ölçütlerin aynı olmadığı görülmektedir. Nitekim Abrams'ta zararın niteliği hem çok ciddi hem de neredeyse kesin olmalı ve ülkeyi kurtarmak için acil müdahale edilmesi gerekmektedir. Schenck'te ise ifadenin yalnızca kötü bir eğilime sahip olması yeterlidir. Kanaatimizce Abrams'ta benimsenen ölçüt, Schenck'te de uygulanmış olsaydı sonuç başka türlü olurdu. Sonuç olarak Abrams'ta, ifadede kullanılan kelimeler “ne kadar kötü ve zararlı görülebilse” de ifadelerin zarara yol açıp açmadığı bilinemezse ifade hürriyeti sınırlandırılmaz. Diğer bir ifadeyle Birinci Değişiklik bu ifadeleri korur⁸²¹.

⁸¹⁹ Holmes'un karşı oy gerekçesi, **Abrams v. United States**, p. 628; **Yüksel**, “Amerika Birleşik Devletleri...”, s. 442. Holmes gerekçesinde açık ve mevcut tehlike halinde ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi görüşünü sürdürmüştür. Bir kişinin başkasını cinayete ikna etmesi halinde cezalandırılabilmesi gibi bazı ifadelerin de cezalandırılabilmesini yinelemiştir: “*Schenck davalarında bu Mahkeme önünde olan hukuki soruların doğru bir şekilde karara bağlandığından şüphe etmek için hiçbir neden görmedim. Cinayete ikna etmeyi cezalandırmayı haklı çıkaracak aynı mantıkla, Birleşik Devletler'in anayasal olarak önlemeye çalışabileceği belirli maddi kötülükleri derhal ortaya çıkaracak açık ve mevcut bir tehlike üreten veya üretmesi amaçlanan konuşmayı cezalandırabileceğinden bir an bile şüphem yok. Güç, şüphesiz savaş zamanında barış zamanından daha fazladır, çünkü savaş, diğer zamanlarda var olmayan tehlikeler yaratır*”. Bkz. Holmes'un karşı oy gerekçesi, **Abrams v. United States**, p. 627-628; **Kendrick**, “On “Clear and Present Danger”, p. 1666.

⁸²⁰ Holmes'un karşı oy gerekçesi ve görüşleri için bkz. **Abrams v. United States**, p. 628; **Kendrick**, “On “Clear and Present Danger””, p. 1653-1654; ayrıca bkz. **Epstein**, “Balancing National Security and Free-Speech Rights...”, p. 488-489; **Yüksel**, “Amerika Birleşik Devletleri...”, s. 442. Holmes karşı oy gerekçesinde “fikirlere pazaryeri” düşüncesine dikkat çekmiş ve gerçeğin en iyi ölçütünün bir düşüncenin rekabet içerisinde kendini kabul ettirme gücü olduğunu hatırlatmıştır. Bkz. Holmes'un karşı oy gerekçesi, **Abrams v. United States**, p. 630; ayrıca bkz. **Krotoszynski Jr.**, “The Clear and Present Dangers...”, p. 423.

⁸²¹ Bkz. **Krotoszynski Jr.**, “The Clear and Present Dangers...”, p. 423. Abrams'a benzer kararlar ve muhalif görüşler için ayrıca bkz. **Schaefer v. United States**, 251 U.S. 466 (1920); **Pierce v. United States**, 252 U.S. 239 (1920); kararlara ilişkin ayrıca bkz. **Epstein**, “Balancing National Security and Free-Speech Rights...”, p. 490-492.

2. Makullük Yaklaşımı (The Reasonableness Approach): Gitlow ve Whitney Kararları Işığında Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütünün Orta Düzey Koruması

Amerika’da 1920 ile 1930 yılları arasında hükümeti ve endüstriyel yapıyı zorla veya şiddet kullanarak devirmeyi savunan fiilleri suç sayan kanunlar yürürlüğe girmiştir. Bu kanunlara dayanılarak yapılan müdahalelere ilişkin Mahkeme, açık ve mevcut tehlike ölçütüne doğrudan atıf yapmadan “kanunların ve yargısal sürecin makul olduğuna kanaat getirerek” müdahalelerin ihlal oluşturmadığına karar vermiştir. Birinci Değişikliğin On Dördüncü Değişiklikle birlikte değerlendirilip eyaletler içinde de uygulandığı ilk karar olan Gitlow v. New York kararında bu yaklaşım benimsenmiştir⁸²². Bu dönemde açık ve mevcut tehlike ölçütünün gelişmesi bakımından muhalif hakimlerin karşı oy gerekçeleri ayrıca önem ifade etmektedir⁸²³.

Holmes her ne kadar açık ve mevcut tehlike ölçütüne ilişkin ilk kararlarda benimsediği yaklaşımını değiştirmiş ve ölçütün uygulandığı sonraki kararlara muhalefet etmiş olsa da Mahkeme bu ölçütü uygulamaya devam etmiş, ifade hürriyetine yapılan müdahaleleri ölçüte göre denetleyerek Anayasaya uygun bulmuştur. Abrams kararından sonra Gitlow kararında Mahkeme, kapitalizmin yanı sıra ılımlı sosyalizmi bile kınayan, “parlamentoya dayalı burjuva devletin yok edilmesini” ve “parlamentoya dayalı devleti yıktıktan sonra yerine proletaryanın devrimci diktatörlüğüyle Komünist Sosyalizm sistemini kurma amacıyla militan ve devrimci bir Sosyalizmle Komünist Devrimi gerçekleştirmenin gerekliliğini” savunan Manifestoyu dağıtan sanığın örgütlü hükümetin “kuvvet ve şiddetle devrilmesi gerektiğini” savunmayı yasaklayan New York Kanununa dayanan mahkûmiyetini onaylamıştır⁸²⁴.

Mahkeme gerekçesinde, Kanunun “soyut akademik” tartışmaları mı yoksa “somut suça teşviği” mi yasakladığını tartışmaktadır. Ne var ki bu ikisi arasındaki sınır ortaya

⁸²² Chemerinsky, Constitutional Law, p. 1447; döneme ilişkin ayrıca bkz. Stephen A. Siegel, “The Death and Rebirth of the Clear and Present Danger Test”, Transformations in American Legal History: Essays in Honor Professor Morton J. Horwitz, Alfred Brophy/Daniel Hamilton (Ed.), Harvard University Press, Cambridge 2008, p. 212-214.

⁸²³ Siegel, “The Death and Rebirth...”, p. 213.

⁸²⁴ Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925), p. 657-659. Sosyalist Parti’nin Sol Kanat Bölümünün üyesi olan sanık hakkındaki “ilk suçlama, Sol Kanat Manifestosu başlıklı belirli yazılarla sanığın, hükümeti zorla, şiddetle ve hukuka aykırı yollarla devirme ve altüst etme görevini, gerekliliğini ve uygunluğunu savunduğu, öğütlediği ve öğrettiği; ikinci suçlama ise, hükümetin zorla, şiddetle ve hukuka aykırı yollarla devrilebileceği doktrinini savunan, öğütleyen ve öğreten, ilk suçlamada belirtilen yazıları içeren Devrimci Çağ adlı bir gazeteyi bastığı, yayınladığı ve bilerek dağıttığı” şeklindedir. Bkz. Gitlow v. New York, p. 655; Yıldırım, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 139-140.

konulmamıştır. Gerekçede, somut bir eyleme teşvik niteliği olmayan soyut doktrinel ve akademik tartışmaların dile getirilmesinin yasaklanmadığı kabul edilmiştir⁸²⁵. Ayrıca Kanunun anayasal ve hukuki yollarla hükümet biçimindeki değişikliklerin savunulmasını sınırlandırmadığı, fakat hukuka aykırı yollarla örgütlü hükümetin devrilmesini savunan, tavsiye eden ve öğreten ifadeleri yasakladığı sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla Kanunun yasakladığı ifadeler, “soyut düşünceleri” içerenler değil, “eyleme teşvik” eden ifadelerdir. Diğer bir deyişle hükümetin devrilmesine ilişkin soyut bir doktrin yasaklanmamış, bu amacın gerçekleştirilmesi için eylemin savunulması yasaklanmıştır⁸²⁶.

Mahkeme bu kararında korunmayan ifadeler doktrinini açıkça dile getirmemişse de doktrinden yararlanmaktadır. Nitekim ilk olarak kişilerin sorumlu tutulmadan sınırsız bir şekilde ifade hürriyetini kullanamayacağını ve anayasal güvencenin bu hürriyeti kötüye kullananların cezalandırılmasını önlemeyeceği ilkesini hatırlatmıştır⁸²⁷. Ayrıca bir eyaletin, polis gücünü kullanırken, “kamu refahına aykırı ifadelerle bu hürriyeti kötüye kullananları”, “kamu ahlakını bozmaya”, “suça teşvik etmeye” veya “kamu huzurunu bozmaya” yönelik ifadeler kullananları cezalandırabileceğinin tartışmaya açık olmadığı kabul edilmiştir⁸²⁸. Kategorik olarak “hukuka aykırı eylemlerin teşvik edilmesi” de korunmayan ifadeler arasında görülmüş, bir bakıma bu, ifade hürriyeti kapsamında hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir. Fakat, Mahkeme soyut olarak bir düşüncenin savunulması ve ifade edilmesi ile eyleme geçme arasındaki farkı ortaya koyma ihtiyacı hissetmeden hükümeti devirmeye, tehlikeye atmaya veya hükümetin görevlerini yerine getirmesini engellemeye yönelik yayınların korunmayacağını savunmuştur. Bu tür makaleleri yayınlayanların cezalandırılması devletin istikrarı için hayati önemde görülmüştür. Ayrıca temsili ve anayasal hükümet biçiminin şiddet veya

⁸²⁵ **Gitlow v. New York**, p. 664-665; **Yıldırım**, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 140-141; **Yüksel**, “Amerika Birleşik Devletleri...”, s. 442.

⁸²⁶ **Gitlow v. New York**, p. 664-665. Mahkemeye göre Manifesto, açıkça, soyut bir doktrinin ifadesi değildir. Endüstriyel kargaşaların ve devrimci kitle grevlerinin ekonomik sistemde kaçınılmaz bir evrim sürecine kendiliğinden yol açacağı yönündeki basit bir öngörü olduğu da söylenemez. Endüstriyel kargaşaları giderek körükleyecek, siyasi kitle grevleri ve devrimci kitle eylemleriyle parlamento ya dayalı hükümeti devirecek ve yok edecek kitle eylemini hararetli bir dille savunmakta ve teşvik etmektedir. Bkz. **Gitlow v. New York**, p. 665; **Yıldırım**, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 141.

⁸²⁷ **Gitlow v. New York**, p. 666; **Yıldırım**, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 141.

⁸²⁸ **Gitlow v. New York**, p. 667; benzer yönde bkz. **Whitney v. California**, 274 U.S. 357 (1927), p. 371-372.

diğer hukuka aykırı yollarla devrilmesini açıkça savunmanın cezalandırılabilceğı belirtilmiştir⁸²⁹.

Sonuç olarak, barışın ihlal edilmesi ve devrim tehdidinde bulunan ifadelerin “acil, gerçek ve önemli bir tehlike” oluşturduğu kabul edilmiştir. Böylece devletin, her bir ifadeden kaynaklanan tehlikenin derecesinin hassas bir şekilde belirleyemeyeceğı kabul edilerek hükümete ve yargı organlarına “sınırsız takdir yetkisi” tanınmış, soyut olarak ifade edilen düşüncelerin “ileride kapsamlı ve yıkıcı” bir yangını başlatabileceğı savunulmuştur⁸³⁰. Gitlow kararını önemli kılan husus, ifadelerin somut olarak belirli ve derhal ortaya çıkacak bir eylemi ya da şiddeti veya hukuka aykırı eylemleri savunmasının; bu tür eylemleri kışkırtmasının ve belirli bir kişiye hitaben söylenmesi gerekli görülmeden soyut olarak bir görüşün savunulmasının yasaklanabilir olduğunun kabul edilmesidir⁸³¹.

Bundan kısa bir süre sonra Whitney kararında da bu yaklaşımını sürdüren Mahkeme, ifade hürriyetinin kişilere sınırsız ve sorumlulukları ortadan kaldıran bir güvence sunmadığını; hürriyetin kötüye kullanılması halinde kişilerin cezalandırılabilceğini yinelemiş ve kategorik yaklaşımını sürdürmüştür⁸³². Olayda Kaliforniya Suç Sendikacılığı Kanunu (California Criminal Syndicalism Act), “endüstriyel veya politik değişiklikleri gerçekleştirmenin bir yolu olarak suçları, kanuna aykırı güç, şiddet veya terör eylemlerini savunmak, öğretmek veya yardım ve yataklık etmek için bir derneğin üyesi olmayı veya bir derneğin örgütlenmesine yardımcı olmayı” yasaklamıştır. Kanunun Anayasaya aykırı olmadığına karar veren Mahkeme, bu tür ifadelerin hakkın kötüye kullanılması olacağını ve devletin güvenliğinin tehlikeye atılmasına neden olabileceğini savunmuştur⁸³³. Ancak ne Gitlow’da ne de Whitney’de

⁸²⁹ **Gitlow v. New York**, p. 667-668; benzer yönde bkz. **Whitney v. California**, p. 371-372. Mahkeme, davanın “devletin öncelikle kamu güvenliği ve refahı yararına gerekli düzenlemelerin karar vericisi olduğu” ilkesi ışığında ve polis mevzuatının “yalnızca kamu yararı için Devlete verilen yetkiyi kullanırken keyfi veya mantıksız girişimlerde bulunulduğu takdirde anayasaya aykırı ilan edilebileceğı” ilkesi ışığında ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Gitlow v. New York**, p. 668-669.

⁸³⁰ **Gitlow v. New York**, p. 669. Ayrıca Mahkeme, ifade veya basın hürriyetini ihlal ettiği ve devletin polis gücünün keyfi veya mantıksız bir kullanımının olduğu sonucuna varılamayacağı kanaatiyle Kanunun Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Bkz. **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 274; **Gitlow v. New York**, p. 669-670.

⁸³¹ **Gitlow v. New York**, p. 671-672.

⁸³² **Whitney v. California**, p. 371-372; **Redish/Fisher**, “Terrorizing Advocacy and the First Amendment...”, p. 571.

⁸³³ **Whitney v. California**, p. 371-372; **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 275; **Yıldırım**, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 145.

Mahkeme, neden olunan tehlikenin “açık ve mevcut” olması gereği üzerinde durmamıştır. Mahkeme için bu davalarda tehlikenin açık ve mevcut olması önemli değildir. Her iki davada da “radikal siyasi görüşlerin” savunulması dahi tek başına yeterli bir kötülük olarak kabul edilmektedir⁸³⁴.

Gitlow kararına muhalefet eden Holmes’a göre, kendisinin açık ve mevcut tehlike ölçütüne yaklaşımının bu davada benimsenmesi halinde “*sanığın görüşlerini paylaşan küçük bir azınlık tarafından hükümeti zorla devirme girişimi oluşturacak kadar mevcut bir tehlike oluşturmadığı*” sonucuna ulaşılmalıdır. Her ne kadar Manifestonun bir teoriden daha fazlasını içerdiği ve eylemi gerçekleştirmeye teşvik ettiği belli olsa da her fikrin “teşvik” içerdiğinin kabul edilmesi gerekir⁸³⁵. Whitney kararında ise Holmes’un katıldığı Hâkim Brandeis’e göre ifadenin (toplantı hürriyeti gibi Birinci Değişiklik hürriyetlerinin) yasaklanabilmesi için “ciddi bir yaralanma/zarar korkusunun” olması yeterli değildir. Nitekim yalnızca korkunun varlığı çok daha büyük kötülüklere yol açabilir. Örneğin cadılara karşı duyulan korku, geçmişte kadınlardan korkulmasına ve kadınların yakılmasına neden olmuştur. Bu nedenle geçmişten dersler çıkaran Brandeis’e göre, ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için “ciddi bir kötülüğün ortaya çıkacak olması,” “bu kötülüğün olacağına dair korkunun makul (reasonable) bir nedene dayanması” ve “korkulan tehlikenin de yakın olduğunun yine makul (reasonable) bir nedene dayanması” gerekir⁸³⁶.

Her iki kararda da hem Holmes hem de Brandeis ifade hürriyetinin mutlak olmadığı konusunda Mahkeme çoğunluğuyla hem fıkirdir. Önerilen belirli sınırlandırmanın devleti yakın ve ciddi bir siyasi, ekonomik veya ahlaki zarardan korumak için meşru olabileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu hakimlerce de kategorik yaklaşım sürdürülmüştür⁸³⁷. Diğer yandan muhalif hakimlerce Holmes’un ölçütünün belirli bir konuşmanın eyleme dönüşebileceği yönündeki temel önermesine itiraz edilmemiştir⁸³⁸. Ancak Brandeis’e göre Mahkeme henüz bir tehlikenin ne zaman

⁸³⁴ **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 275; benzer yönde bkz. **Yıldırım**, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 145-146.

⁸³⁵ Holmes’un karşı oy gerekçesi, **Gitlow v. New York**, p. 672-673; ayrıca bkz. **Yüksel**, “Amerika Birleşik Devletleri...”, s. 442-443.

⁸³⁶ Brandeis’in ayrık gerekçesi, **Whitney v. California**, p. 375-376; ayrıca bkz. **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 275-276; **Redish/Fisher**, “Terrorizing Advocacy and the First Amendment...”, p. 571-572.

⁸³⁷ Bkz. Brandeis’in ayrık gerekçesi, **Whitney v. California**, p. 374-377.

⁸³⁸ Bkz. **Dow**, “The Moral Failure...”, p. 737.

açık ve mevcut olduğunu ve kötülüğün derecesini belirleyecek standardı tespit etmemiştir⁸³⁹.

3. Risk Formülü Yaklaşımı (The Risk Formula Approach): Dennis ve Yates Kararları Işığında Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütünün Yeni Görünümü Olarak İfade Hürriyetinin Çok Az Korunması

1940 ile 1950 yılları arasında ifade hürriyetine ilişkin müdahalelerin temel sebebi komünizmle mücadeledir. Bu dönemde Dennis kararı, hükümetin devrilmesi gibi büyük bir “risk” olduğunda tehlikenin açık ya da mevcut olmasına bakılmadan ifadenin sınırlandırılabilceğini kabul eder. Bu bakımdan kullanılan ölçütün, açık ve mevcut tehlike ölçütünün bir türü olup olmadığı tartışılabilir⁸⁴⁰. Fakat kanaatimizce risk formülü yaklaşımı, temel mantığı itibariyle açık ve mevcut tehlike ölçütüyle uyumludur ve onun zayıf-koruma versiyonunu oluşturur. Nitekim, ifadenin neden olduğu “risk”, soyut ve belirsiz gelecekte ortaya çıkabilecek zararlarla ilgilidir⁸⁴¹. Biz de çalışmanın bu başlığında söz konusu dönemde açık ve mevcut tehlike ölçütüne ilişkin gelişmeleri ve ölçütün risk formülü yaklaşımı içerisindeki görünümünü ele alacağız.

İlk kez Holmes tarafından uygulanan açık ve mevcut tehlike ölçütü, Mahkemenin uygulaması bakımından yine Holmes tarafından eleştirilmiştir. Fakat belirsizliklere neden olup muhalefete karşı baskının aracı haline gelse de ölçütün uygulanması sürdürülmüştür. Eksiklerinin ve taşıdığı belirsizliklerin giderilmesi gerektiğinin farkına varan Mahkeme, Dennis kararıyla ölçütün geliştirilmiş halini ortaya koymaktadır⁸⁴².

Dennis kararına konu olan olayda Smith Kanununun hükümete karşı komplo kurma hükümlerinin (conspiracy provisions) ihlal edildiği iddia edilmektedir⁸⁴³. İddiaları

⁸³⁹ Brandeis’in ayrık gerekçesi, **Whitney v. California**, p. 374-377

⁸⁴⁰ **Chemerinsky**, Constitutional Law, p. 1447; döneme ilişkin ayrıca bkz. **Siegel**, “The Death and Rebirth...”, p. 214-217.

⁸⁴¹ Ayrıca bkz. **Redish/Fisher**, “Terrorizing Advocacy and the First Amendment...”, p. 572.

⁸⁴² **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 276. Mahkemenin bu davada uyguladığı ölçütün, tehlike ölçütünün bir görünümü olan ve Hâkim Hand tarafından önerilen ölçüt (Hand ölçütü) olduğuna dair bkz. **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 277.

⁸⁴³ Olayda Smith Kanununun 2. ve 3. maddelerinin ihlal edildiği iddia edilmektedir. Sanıklara yöneltilen suçlamalar ise şu şekildedir: (i) Komünist Parti olarak, Amerika Birleşik Devletleri Hükümetini kuvvet ve şiddetle devirmeyi ve yok etmeyi öğreten ve savunan kişilerden oluşan bir topluluk, grup ve meclis örgütlemek; (ii) bilerek ve isteyerek Amerika Birleşik Devletleri Hükümetini kuvvet ve şiddetle devirmenin ve yok etmenin görev ve gerekliliğini savunmak ve öğretmek için bilerek ve isteyerek komplo kurmaktır. Bkz. **Dennis v. United States**, 341 U.S. 494 (1951), p. 495-497; ayrıca bkz. **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 276.

ve Kanunun ilgili hükümlerini inceleyen Mahkeme öncelikle Kanunun “teorik tartışmaları” yasaklamadığını, bilinçli bir şekilde hükümeti zorla ve şiddetle devirmeyi “savunmayı” (advocacy) ve bunun için “örgütlenmeyi” yasakladığını tespit etmiştir. Mahkemeye göre böyle bir durumda Kongre, hükümeti güçle ve şiddetle devirmeyi amaçlayan eylemleri yasaklama yetkisine sahiptir⁸⁴⁴. Ancak Kongrenin bu konuda yetkisinin olması, Birinci Değişikliğe uyulması gereğini ortadan kaldırmaz. Diğer yandan yasaklanabilir eylemler olsa da olayda ifade hürriyeti kapsamında olan eylemler de vardır. Bu nedenlerle Birinci Değişiklik gereklerinin sağlanması için oldukça hassas olunması zorunluluğu belirtilmiştir⁸⁴⁵.

Dennis kararı çerçevesinde Birinci Değişiklik gerekleri tespit edilirken sınırlandırmanın belli şartları taşıması gerekir. Bu nitelikleri üç grupta ele almak mümkündür. Birincisi, ifadenin “cezalandırılmayı gerektirecek kadar ağır”, dolayısıyla korunmayan ifade olması gerekir. Bu yaklaşım korunmayan ifadelerin, kıymet ve ağırlık olarak korunmaya değecek bir nitelikte olmadığı esasına dayanmaktadır⁸⁴⁶. İkincisi, korunmayan ifade, “açık ve mevcut bir tehlike” oluşturmuşsa sınırlandırılmalıdır. Sonuncusu, korunan değer, ifade hürriyetinin sınırlandırılmasını gerektirecek önemde olup olmadığının tespiti. Korunmak istenen değer bu denli önemli olmaması durumunda Mahkeme, mahkûmiyet kararlarını bozmaktadır. Dolayısıyla, ifadeler “çok önemsiz” (too insubstantial) menfaatler için sınırlandırılmamalıdır⁸⁴⁷. Tüm bu şartlar, iddia edilen suçla ifade arasındaki illiyetin iyi bir şekilde delillendirilmesini gerektirir. Nitekim, ölçütün uygulandığı kararlarda Holmes gibi muhalif olan üyeler dahi ifadenin açık ve mevcut bir tehlike oluşturup oluşturmadığının yeterince delillendirilmemesi ve

⁸⁴⁴ **Dennis v. United States**, p. 499-502; ayrıca bkz. **Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, s. 31. Mahkeme kararına hâkim olan görüşe göre Kanunun amacı, mevcut hükümeti barışçıl, kanuni ve anayasal yollarla değiştirmekten değil; şiddet, devrim ve terörizm yoluyla değiştirmekten korumaktır. Böyle bir suçlama, kanuni dille tamamen uyumludur ve bu kelimelere yüklenecek anlamı göstermektedir. Buna göre Kanunla Kongre, siyasi teorilerin özgürce tartışılmasını ortadan kaldırmayı, Amerikalıların hükümet yaptırım korkusu olmadan fikirleri tartışma ve değerlendirme geleneksel haklarını yok etmeyi amaçlamamıştır. Somut olaydaki müdahale ise kişilerin içinde bulunduğu faaliyet türüyle ilgilidir. Bkz. **Dennis v. United States**, p. 501-502.

⁸⁴⁵ **Dennis v. United States**, p. 502-503.

⁸⁴⁶ **Dennis v. United States**, p. 502-503. Mahkemeye göre Birinci Değişikliğin temelini, ifadenin ifadeyi (konuşmanın konuşmayı) çürütebileceği, propagandanın propagandaya cevap verebileceği, fikirlerin serbestçe tartışılmasının da hükümet politikalarına olumlu katkısının olacağı kabul edilmelidir. Buna karşın ifade hürriyeti sınırsız ve şartsız bir hak değildir. Mahkeme de “ifadenin toplumsal değerinin zaman zaman diğer değerlere ve hususlara tabi tutulmasının” kabul edilmesi gerektiğini hatırlatmıştır. Bkz. **Dennis v. United States**, p. 503.

⁸⁴⁷ **Dennis v. United States**, p. 504-506, 508. Diğer ifadeyle kötülüğün belli bir ağırlığa, yani yoğunluğa ulaşması gerekir. Bkz. **Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, s. 31.

sınırlandırmaya esas teşkil eden “makul neden”in gösterilmemesi gerekçesiyle karara itiraz etmiştir. Dolayısıyla ölçüte karşı ilkesel bir itirazları olmasa da muhalif hakimler de iddia edilen türde bir tehlikenin varlığını gösterecek delillerin olmadığını ileri sürmüştür⁸⁴⁸.

Belirlediğimiz gerekler çerçevesinde Mahkeme, Dennis davasına konu olaya ilişkin tespitte bulunmuştur. Buna göre, (i) hükümetin zorla ve şiddet kullanarak devrilmesinin savunulması ve bu amaçla örgütlenilmesi korunmaya değer değildir. (ii) Hükümetin zorla ve şiddet kullanarak devrilmesi girişiminin engellenmesi, hükümetin konuşmayı sınırlaması için yeterince önemli bir menfaattir. (iii) Hükümetin harekete geçmeden önce darbenin gerçekleştirilmek üzere olduğu, planların yapıldığı ve harekete geçmek için hazır olunduğu zamana kadar beklemesi gerekmez. Dolayısıyla “eylemin” mevcut olması yerine “riskin” mevcut olması yeterlidir. Hükümet, kendisini devirmeyi amaçlayan bir grubun üyelerini telkin etmeye ve liderlerin koşulların izin verdiğini hissettiğinde greve gidilmesini sağlamaya çalıştığının farkındaysa, burada “açık ve mevcut bir tehlike” var demektir ve hükümetin harekete geçmesi gerekir⁸⁴⁹. Mahkemeye göre bir girişimin başarıya ulaşmayacak olmasının, hükümetin olası bir devrimi ya da isyanı bastırabilecek güce sahip olmamasının; isyana kalkışacak kişilerin sayısının azlığının ve zayıflığının da bir önemi yoktur. Nitekim hükümeti devirmeye yönelik herhangi bir girişim kötülük olarak tek başına yeterlidir⁸⁵⁰. Sonuç olarak benimsenen ölçüt, hukuka aykırılıklara sebep olma olasılığı çok düşük olsa bile “savunuculuk” yapmış olması sebebiyle Komünist Partinin anayasal haklarını elinden almıştır⁸⁵¹. Diğer bir ifadeyle hukuka aykırılığın ortaya çıkma “riski”nin varlığı, gerçekleşme olasılığından

⁸⁴⁸ **Dennis v. United States**, p. 504-506; **Yıldırım**, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 150. Schenck v. United States davasından önce ifade hürriyetini içeren önemli bir dava karara bağlanmamıştır. Bu davada Mahkemenin karşı karşıya kaldığı soru, “delilin mahkumiyeti desteklemek için yeterli olup olmadığı” olmuştur. Oybirliğiyle verilen kararda Kongrenin önleme yetkisine sahip olduğu maddi kötülükleri ortaya çıkaracak açık ve mevcut bir tehlike oluşturacak nitelikte olup olmadığının belirlenmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Dennis kararında Mahkeme, Schenck kararına atıf yaparak delillerin önemini bir kez daha hatırlatmıştır. Bkz. **Dennis v. United States**, p. 503-504.

⁸⁴⁹ **Dennis v. United States**, p. 509; ayrıca bkz. **Yıldırım**, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 149-151. Herr ve Hess, kararda uygulanan ölçütün “açık ve muhtemel tehlike” (**clear and probable danger**) ölçütü olarak da anıldığını belirtmektedir. Bkz. **Harr/Hess**, Constitutional Law..., p. 131.

⁸⁵⁰ **Dennis v. United States**, p. 509-510; ayrıca bkz. **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 276-277; **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 326-327.

⁸⁵¹ **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 277. Kararda sanıkların bu yönde eyleminin olmadığı değerlendirilmeden yalnızca komünist düşüncesinin hükümeti devirmeyi içerdiği hususu üzerinde durulmuştur. Bkz. **Özsoy**, “...Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, s. 36.

bağımsız olarak Komünist Partiyi hedef haline getirmiş ve Parti üyelerinin ifade hürriyeti ve örgütlenme hürriyeti gibi pek çok hakkı ihlal edilmiştir⁸⁵².

Dennis davasında ihya edilen ve kısmen yeniden formüle edilen ölçüt, Yates kararıyla beraber ifade hürriyetinin daha fazla korunabileceği bir şekle bürünmüştür. Kararda Mahkeme, hükümetin Komünist Parti üzerinde baskı kurmak için çıkardığı Smith Kanunu üzerinde daha sıkı bir denetim yapmıştır⁸⁵³. Olayda davalılar, (i) Birleşik Devletler Hükümetini kuvvet ve şiddet kullanarak devirme görevini ve gerekliliğini savunmak ve öğretmek; (ii) Birleşik Devletler Komünist Partisi olarak, bunu savunan ve öğreten kişilerden oluşan bir topluluk örgütlemek; ve koşulların izin verdiği ölçüde hızla hükümeti kuvvet ve şiddet kullanarak devirmeyi amaçlamak iddialarıyla yargılanmış ve mahkûm edilmişlerdir⁸⁵⁴.

Mahkeme, Yates kararında Kanunun anlamını, Kongrenin kanun yapmaktaki amacını, önceki emsal Dennis ve Gitlow kararlarını incelemiş ve yorumlamıştır⁸⁵⁵. Nihayet Smith Kanununun, soyut bir ilke olarak zorla devirmeyi savunmayı ve öğretmeyi yasaklamadığına karar vermiştir. Nitekim Smith Kanunu ve ilgili Kanun tasarılarına ilişkin kayıtlar, Kongrenin soyut doktrinin savunulması veya öğretilmesi ile eylemin savunulması veya öğretilmesi arasında ayırım yapıldığını göstermektedir. Kanun, hükümetin zorla devrilmesi için somut eylemin savunulması ve öğretilmesini hedef almaktadır⁸⁵⁶. Diğer bir ifadeyle yasaklanan “fikir savunuculuğu” (advocacy of ideas) değil, “eylem savunuculuğu”dur (advocacy of action) ve soyut bir doktrin olarak “zorla devirme savunuculuğu” (advocacy of forcible overthrow) ile bu amaçla “eylem savunuculuğu” arasında ayırım yapılması gerekir⁸⁵⁷. Eylem savunuculuğunu diğerinden

⁸⁵² Bu yaklaşım, Hâkim Brandeis tarafından savunulan açık ve mevcut tehlike ölçütünü reddetmiş, uzak gelecekte gerçekleşebilecek bir hukuka aykırı eylemin savunulmasını bile sınırlandırılabilir hale getirmiştir. Bkz. **Redish/Fisher**, “Terrorizing Advocacy and the First Amendment...”, p. 572.

⁸⁵³ **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 277-278.

⁸⁵⁴ Sanıklar hakkındaki suçlama, Partinin komplosunu 1940 yılından 1951 yılına kadar sürdürdüğü, komployu gerçekleştirirken sanıkların ve suç ortaklarının yasadışı amaçlarını bilerek Komünist Partinin üyeleri ve görevlileri olacakları ve politikalarını ve faaliyetlerini yürütmeye liderlik üstlenecekleri; Kaliforniya’da ve başka yerlerde Partinin örgütlü birimleri oluşturacakları; “Daily Worker” ve diğer Parti organlarında yasaklanmış savunuculuk ve öğretimle ilgili makaleler yazıp yayınlacakları; Parti üyelerinin bu tür savunuculuk ve öğretim konusunda eğitilmesi için okullar açacakları ve özellikle ülkenin kilit endüstrilerinde çalışan kişiler arasından yeni Parti üyeleri toplayacakları yönündedir. Bkz. **Yates v. United States**, 354 U.S. 298 (1957), p. 300-302.

⁸⁵⁵ **Yates v. United States**, p. 303-327.

⁸⁵⁶ **Yates v. United States**, p. 318-320, 325; ayrıca bkz. **Yıldırım**, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 154.

⁸⁵⁷ **Yates v. United States**, p. 320-321; **Dow**, “The Moral Failure...”, p. 738; ayrıca bkz. **Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, s. 32; **Yıldırım**, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 154. Yates

temel farkı, savunuculuğun hitap ettiği kişilerin, *sadece bir şeye inanmak yerine şimdi veya gelecekte bir şeyler yapmaya teşvik edilmesi*, yani hukuka aykırı eylemi gerçekleştirmek üzere kışkırtılması⁸⁵⁸ gerektiğidir. Dolayısıyla konuşmanın içeriği, savunuculuğun türüne göre farklı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, “fikir savunuculuğu” kötü niyetli soyut doktrinlerin savunulması veya öğretilmesini kapsar. Bu tür bir savunuculuğun yasaklanması halinde savunulan düşüncenin kötü olması, ifadenin sınırlandırılmasında tek başına yeterlidir. Oysa eylem savunuculuğunda insanları harekete geçirmeye teşvik etmeye yönelik bir çaba vardır. Eylem savunuculuğunun yasaklanması halinde kişilerin hukuka aykırı belli eylemleri gerçekleştirmesine yönelik girişimleri ve çabaları söz konusudur⁸⁵⁹. Diğer bir ifadeyle ortaya çıkan risk eylem savunuculuğunda daha büyüktür.

Eylem savunuculuğunda düşünce açıklaması olmayan, hukuka aykırı eylemin yapılmasına dair ikna, talimat, zorlama gibi tutum ve davranışlar da mevcut olabilmektedir. Bu ayrım intihar örneğiyle somutlaştırılabilir. İntiharın ahlaki ve övülen bir davranış olduğunun savunulması ile somut şartlar altında intihar etmesi için belli bir kişinin zorlanması, teşvik edilmesi, ikna edilmesi farklı şeylerdir. Dolayısıyla, kanunun sadece eylem savunuculuğunu yasaklaması halinde açıklanan düşüncenin içeriği ve ifade sahibinin görüşlerinin kötülüğü, savunulan düşüncenin hükümeti zorla devirmek olması ve hükümeti devirmenin gerçekleştirilmek istenen bir amaç olması önemli değildir. Açıklanan düşüncelerin bu içeriğine rağmen ifade hürriyeti sınırlandırılmaz⁸⁶⁰.

Yates kararında Mahkeme, Dennis’teki ilkeleri ve görüşünü de hatırlatmış⁸⁶¹; bu karardaki ilkelerin alt derece mahkemelerince yanlış anlaşıldığını belirtmiştir. Oysa

kararında Harlan’a göre “Dennis kararı gelecekte hükümetin zorla devrilmesini savunmak için bir komplo kurmaya değil, şimdiki zamanda hükümetin zorla devrilmesini savunmak için bir komplo kurmaya dayanıyordu. Harlan için bu ikisi arasındaki temel fark, bir şeyi yapmayı savunmak ile bir şeye inanmayı savunmak arasında yatmaktadır. Bkz. **Yates v. United States**, p. 324; **Dow**, “The Moral Failure...”, p. 738.

⁸⁵⁸ **Yates v. United States**, p. 325; **Dow**, “The Moral Failure...”, p. 738.

⁸⁵⁹ Değerlendirmeler için bkz. **Yates v. United States**, p. 326-327; benzer yönde bkz. **Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, s. 32.

⁸⁶⁰ Bkz. **Yates v. United States**, p. 329-330; **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 277-278; **Yıldırım**, İfade ve Basın Özgürlüğü..., s. 154-155. Karar, mahkûmiyet için bir partiye üye olmayı yeterli görmemektedir. Bkz. **Özsoy**, “...Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, s. 37.

⁸⁶¹ Kararda Dennis kararına ilişkin atıflarda bulunulmuş, mevcut dava ile çeşitli karşılaştırmalar yapılmıştır. Örneğin Mahkeme, Dennis’teki “*Darbe gerçekleştirilmek üzereyken, planlar yapılmışken ve işaret beklenirken Hükümetin elini tutmaya gerek olmadığı, Hükümet kendisini devirmeyi amaçlayan bir grubun üyelerini eğitmeye ve liderlerin koşulların uygun olduğunu düşündüklerinde greve gidecekleri bir yola sokmaya çalıştığının farkındaysa, Hükümetin harekete geçmesi*” gerekeceği görüşünü hatırlatmıştır. Bkz. **Yates v. United States**, p. 321-325.

Dennis’te hayal boyutunda kalan bazı “soyut savunuculuk”lar dahi cezalandırılmıştır. Bu yönüyle Yates kararını veren Mahkemenin, “Dennis kararının mahkemeler tarafından yanlış anlaşıldığı görüşü” eleştirilmeye değerdir. Kanaatimizce Yates kararını veren Mahkeme, Dennis kararını yanlış veya yeniden değerlendirmiştir. Nitekim kararın “soyut ve akademik tartışmalar” ile “eylemde bulunma” arasında kalan pek çok ifadeyi de sınırlandırılabilir hale getirdiğini görmezden gelmiştir. Çünkü genel değerlendirmeler yapılsa da, Mahkemenin verdiği benzer tüm kararlarına bakıldığında ve açık ve mevcut tehlike ölçütünün geçirdiği evreler incelediğinde, Mahkeme ve hükümet, dilediği davranışı ve düşünce açıklamasını “açık ve mevcut tehlike” olarak değerlendirebilmektedir. Benzer şekilde Mahkeme, önceki kararlarının yanlış anlaşıldığından bahisle mevcut davada açık ve mevcut tehlikenin olmadığını, somut olaydaki ifadelerin soyut savunuculuk olduğunu kabul etmektedir. Bu ise istikrarlı bir içtihat ve ölçüt oluşmasını engellemiş, açık ve mevcut tehlikenin ne olduğunun tanımlanmasını imkânsız hale getirmiştir.

Sonuçta Holmes da ölçütü ilk kez uygularken yeterince delillendirme ve gerekçelendirme yapmadan karar vermiştir. Sonraki kararlarda ise delillendirme ve gerekçelendirmenin önemi vurgulanmış; soyut ve akademik tartışmalar ile eyleme varan ifadeler arasında ayırım yapılmaya çalışılmıştır.

4. Brandenburg Yaklaşımı (The Brandenburg Test)

a. Brandenburg’a Giden Yolda Bazı Gelişmeler

Schenck kararından Brandenburg kararına gelinceye değin açık ve mevcut tehlike ölçütü gerek çoğunluk gerekçesinde gerek muhalif hakimlerin karşı oy gerekçesinde farklı şekilde yer bulmuştur. Ancak ifade hürriyetinin korunmasında ne bu ölçüt istikrarlı bir şekilde uygulanabilmiş ne de Mahkeme kararlarında ifade hürriyeti gerektiği korumayı görmüştür. 1960’lı yıllara gelindiğinde ise ifade hürriyetinin korunmasına dair bir eğilim başlamıştır⁸⁶². 1969 yılında verilen Brandenburg kararıyla ifade hürriyetini en çok koruyan ve açık ve mevcut tehlike ölçütünün hükümetin politikalarına saygılı olan yaklaşımlarının aksine ifade hürriyetine saygılı olan bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Bu

⁸⁶² Bkz. **Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, s. 32. 1960’lı yıllarda yaşanan gelişmeler için ayrıca bkz. **Siegel**, “The Death and Rebirth...”, p. 220-225.

nedenle, tüm eksikliklerine rağmen Brandenburg yaklaşımının, ifade hürriyeti doktrininde eşsiz bir önemi olduğu söylenebilir.

Birinci Dünya Savaşı yıllarından kalma korkularla ilk olarak Schenck ve Debs kararlarıyla başlayan daha sonra milli güvenlik endişelerinin giderek arttığı dönemlerde farklı görünümleriyle uygulanan açık ve mevcut tehlike ölçütüyle beraber ifade hürriyeti doktrini de gelişmiştir. Çeşitli kararlarda gerek çoğunluğun gerek muhalefetin ifade hürriyetinin korunmasına dair çok önemli katkılar sunduğu ileri sürülmektedir⁸⁶³. Brandenburg yaklaşımı da bu süreç içerisinde, açık ve mevcut tehlike ölçütünün dönüşümüne bağlı olarak, diğer bir ifadeyle kökleri oraya dayanan bir yaklaşım olarak Schenck'ten elli yıl sonra ortaya çıkmıştır⁸⁶⁴. Brandenburg yaklaşımının ortaya çıktığı bu sürece kısaca yer vermenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Birinci Dünya Savaşı döneminde milli güvenlik endişelerinin zirveye ulaşması ve toplumun korkuya kapılmasının hükümete sağladığı destek, ifade hürriyetinin bastırılmasını ve siyasi muhalefetin susturulmasını kolaylaştırmıştır. Göçmenler, azınlıklar, saldırgan fikirleri savunan kişiler baskıya en çok maruz kalanlar olmuştur. Fakat bu dönemde davaların konusu, milli güvenliği en çok tehdit eden, hükümetin savaş çabalarına karşı “gerçek” ve “fiziksel” engellenmeler veya “casusluk” değildir. Açılan davaların ve mahkumiyetlerin önemli bir kısmı savaşın eleştirilmesiyle ilgilidir⁸⁶⁵. Birinci Dünya Savaşından sonra da milli güvenlik endişeleri sona ermemiştir. Takip eden yıllarda, İkinci Dünya Savaşı ve soğuk savaş döneminde ifade hürriyeti ve muhalefet üzerinde baskılar sürmüştür. Bu dönemde savaş karşıtlığından ziyade komünizm korkusu (histerisi) daha yoğundur. Hükümetin “yıkılmasına yönelik düşüncelerin” savunulması, buna ilişkin örgütlenmeler, güvenliği bozmaya yönelik hukuka aykırı düşünce ya da eylemlerin savunulması tek mücadele hedefi olmuştur. Birinci Değişiklik, özellikle ifade hürriyeti çerçevesinde yapılan tartışmalar ve Mahkemenin kararları buna ilişkindir⁸⁶⁶. Bu dönemde Gitlow ve Whitney kararları, açık ve mevcut tehlike ölçütünün uygulanması ve ifade hürriyeti için önemlidir. Bu kararlarla açık ve mevcut tehlike ölçütüne açıkça atıf yapılmamış, bir çeşit “makullük” denetimi yapılarak karar verilmiştir. Fakat aynı dönem

⁸⁶³ L. A. Powe, Jr., “Brandenburg: Then and Now”, Texas Tech Law Review, Vol. 44, Y. 2011, p. 69-70.

⁸⁶⁴ Christina E. Wells, “Assumptions about Terrorism and the Brandenburg Incitement Test”, University of Missouri School of Law Scholarship Repository, Vol. 85, Iss. 1, Y. 2019, p. 115.

⁸⁶⁵ Wells, “Assumptions about Terrorism...”, p. 116.

⁸⁶⁶ Ayrıca bkz. Wells, “Assumptions about Terrorism...”, p. 118-124.

içerisinde bu kararlar benimsenen ilkelerin kabul edilmediği Dennis, açık ve mevcut tehlike ölçütü için yeni bir başlangıç olarak görülebilir⁸⁶⁷. Ne var ki bu karardaki ölçüt, ifade hürriyetine yeterli güvence sağlamamıştır. Yaklaşım, bu haliyle hukuka aykırılıklara sebep olma olasılığı çok düşük olan ifadeleri de yasaklanabilir hale getirmiş, görünüşte kötülüğü yeterli bulmuştur⁸⁶⁸.

Bu bakımdan 1969'da Mahkeme'nin açık ve mevcut tehlike testini yeniden ele aldığı *Brandenburg v. Ohio* davası oldukça önemlidir⁸⁶⁹. Kararda ortaya konulan yaklaşımın, yani *Brandenburg*'un, ifade hürriyetinin yeterince korunmamasına, oldukça esnek ve belirsiz bir ölçüt olan açık ve mevcut tehlike ölçütüne cevap olarak ortaya çıktığı ileri sürülmektedir⁸⁷⁰.

b. İfade Hürriyeti İçin Yeni Bir Dönem: Brandenburg Yaklaşımı

(1) *Brandenburg Kararına Konu Olay*

Brandenburg kararı, Ku Klux Klan⁸⁷¹'nin eylemleriyle ilgilidir. Davaya konu olan olayda grubun lideri Ohio'da gerçekleştirilen bir mitingde⁸⁷² yaptığı konuşmada siyahileri ve Yahudileri aşağılayan sözler kullanmıştır. Aynı mitingde davacı lider Klan kıyafetiyle yaptığı konuşmada, "*Biz intikamcı bir örgüt değiliz, ancak Başkanımız, Kongremiz, Yüksek Mahkememiz beyaz ırkı bastırmaya devam ederse, bir intikam*

⁸⁶⁷ Ayrıca bkz. **Wells**, "Assumptions about Terrorism...", p. 118-124.

⁸⁶⁸ Ayrıca bkz. **Barnum**, "The Clear and Present Danger Test...", p. 277.

⁸⁶⁹ **Wells**, "Assumptions about Terrorism...", p. 124. *Brandenburg*'un, Mahkemenin hukuka aykırı eylemin savunulmasının anayasal statüsünü ele aldığı elli yıllık sürecin doruk noktasını temsil ettiği kabul edilmektedir. Bkz. **Barnum**, "The Clear and Present Danger Test...", p. 279.

⁸⁷⁰ **Wells**, "Assumptions about Terrorism...", p. 112-113. Savaş ve terörle mücadele gibi olağanüstü hallerde ortaya çıkabilecek siyasi baskılara izin verilmemesi yaklaşımının amacıyla daha uyumludur. Bkz. **Wells**, "Assumptions about Terrorism...", p. 112-113.

⁸⁷¹ Ku Klux Klan (KKK), beyazların üstün olduğu inancına sahip olan ve bu çerçevede belirledikleri hedeflere ulaşmak için şiddeti ve terörü kullanmasıyla tanınan "nefret" temeline dayalı bir örgüttür. Amerika tarihinde çeşitli dönemlerde ortaya çıkmış, eylemlerde bulunmuştur. Bugün dahi varlığını sürdürmektedir. Bkz. <https://www.britannica.com/topic/Ku-Klux-Klan>, (E.T. 31.08.2024).

⁸⁷² Olaya ilişkin kayıtlar, davacı olarak yargılanan bir kişinin, Cincinnati televizyon istasyonundaki bir spiker-muhabirle telefonla konuştuğunu ve onu Hamilton County'deki bir çiftlikte düzenlenecek Ku Klux Klan mitingine davet ettiğini göstermektedir. Davet üzerine muhabir ve bir kameraman toplantıya katılmış ve mitingte yaşananları kayda (filme) almıştır. Filmlerin bazı bölümleri daha sonra yerel istasyonda ve ulusal bir ağda yayınlanmıştır. Eyalet, filmde görünen bazı şeyleri delil olarak sunmuştur. Bunlar arasında bir tabanca, bir tüfek, bir av tüfeği, mühimmat, bir İncil ve filmlerde konuşmacının taktığı kırmızı bir başlık vardır. Kaydedilen bir filmde (videoda), *bazıları ateşli silah taşıyan başlık giymiş 12 kişi* vardır. Bu kişiler *büyük bir tahta haç yakmış* ve bu haçın etrafında toplanmışlardır. Bkz. **Brandenburg v. Ohio**, 395 U.S. 444 (1969), p. 445.

alınması gerekebilir. 4 Temmuz'da dört yüz bin kişilik bir grupla Kongreye yürüyoruz.” demiştir⁸⁷³.

Yapılan mitingde gerçekleştirilen eylem ve sözler dikkate alındığında davacı, “endüstriyel veya politik reformu gerçekleştirmenin bir yolu olarak suç, sabotaj, şiddet veya hukuka aykırı terörizm yöntemlerinin görev olduğunu, gerekliliğini veya uygunluğunu savunmak ve suç sendikacılığının doktrinlerini öğretmek veya savunmak için oluşturulmuş herhangi bir topluluk, grup veya toplum kesimiyle gönüllü olarak bir araya gelmekten” mahkûm edilmiştir⁸⁷⁴.

(2) Brandenburg Yaklaşımının Uygulanması ve Getirdikleri

Kanunun Anayasaya uygunluğunu denetlerken Mahkeme, “kuvvet ve şiddete başvurma ahlaki uygunluğu veya ahlaki gerekliliği hakkında soyut bir öğretiyi” ile “bir grubu şiddet eylemine hazırlamak ve onu bu eyleme zorlamak” arasında ayırım yapmıştır. Eğer bir kanun bu ikisi arasında ayırım yapmıyorsa ve ikisini de yasaklıyorsa, bu Kanun Birinci ve On Dördüncü Değişiklikleri ihlal etmektedir. Ayrımına göre “şiddet eylemine hazırlama ve bu eyleme zorlama” sebebiyle yapılan sınırlandırmanın da, ifadenin “yakın zaman içerisinde gerçekleşecek kanunsuz bir eyleme teşvik etmesi ya da eyleme yol açma”sı halinde yapılması gerekir⁸⁷⁵. Olayda “yalnızca savunuculuğu ve yalnızca açıklanan eylem türünü savunmak için başkalarıyla bir araya gelmeyi” cezalandıran Kanun, ölçütün gereklerini yerine getiremediği için Anayasaya aykırı bulunmuştur⁸⁷⁶.

⁸⁷³ **Brandenburg v. Ohio**, p. 446-447; ayrıca bkz. **Wells**, “Assumptions about Terrorism...”, p. 124-125; **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 278; **Krotoszynski Jr.**, “The Clear and Present Dangers...”, p. 428; **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 61.

⁸⁷⁴ Davacı Ohio Suç Sendikacılığı Kanunu (**Ohio Rev. Code Ann.** § 2923.13)’a aykırı davranmak ve suç işlemekten mahkûm edilmiştir. Bkz. **Brandenburg v. Ohio**, p. 444-445; ayrıca bkz. **Wells**, “Assumptions about Terrorism...”, p. 125; **Krotoszynski Jr.**, “The Clear and Present Dangers...”, p. 428-429. Davacının ihlal ettiği kural, Whitney ve Dennis kararlarına konu olan kurallara çok benzemektedir. Bkz. **Brandenburg v. Ohio**, p. 447; **Powe, Jr.**, “Brandenburg...”, p. 70; ayrıca bkz. **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 278-279. Birinci Dünya Savaşından kalma Ohio Kanununa çok benzeyen Kanun, Whitney kararında Anayasaya aykırı bulunmamıştır. Bkz. **Powe, Jr.**, “Brandenburg...”, p. 70; **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 278-279. Hatta 1917’den 1920’ye kadar çok sayıda eyalet ve bölge tarafından buna benzer kanunların kabul edildiğini hatırlatan Mahkeme, daha önce verilen kararlarla benimsendiği gibi bu kanunların ifade ve basın hürriyetinin anayasal teminatlarını, bu tür bir savunuculuğun yakın gelecekte kanunsuz bir eylemi kışkırtmaya veya üretmeye yönelik olmaması ve böyle bir eylemi kışkırtma veya üretme olasılığının bulunmaması halinde sınırlandıramayacağını hatırlatmıştır. Bkz. **Brandenburg v. Ohio**, p. 447.

⁸⁷⁵ **Brandenburg v. Ohio**, p. 448-449; ayrıca bkz. **Wells**, “Assumptions about Terrorism...”, p. 125; **Powe, Jr.**, “Brandenburg...”, p. 70; **Kendrick**, “On “Clear and Present Danger””, p. 1658; **Krotoszynski Jr.**, “The Clear and Present Dangers...”, p. 429; **Redish/Fisher**, “Terrorizing Advocacy and the First Amendment...”, p. 572; **Kanovitz**, Constitutional Law, p. 61.

⁸⁷⁶ **Brandenburg v. Ohio**, p. 449; **Wells**, “Assumptions about Terrorism...”, p. 125.

Ohio Kanunu, Whitney’de Anayasaya aykırı görülmeyen Kanuna çok benzese de bu davada Anayasaya aykırı bulunmuştur. Mahkemenin bu kararı Whitney kararının açıkça nakzedilmesidir⁸⁷⁷.

Brandenburg yaklaşımı, kural olarak hükümet yetkililerinin hukuka aykırı faaliyetlerin savunulmasına müdahale etmesini yasaklar. Yalnızca “doğrudan” ve “yakın gelecekte” gerçekleşebilecek hukuka aykırı bir faaliyeti kışkırtması halinde, yani ifadeyle yakın gelecekte gerçekleşebilecek “hukuka aykırılığın teşvik edilmesi ve ortaya çıkmasının amaçlanması” ile “hukuka aykırı eylemin gerçekleşmesinin “muhtemel” olması halinde kişi cezalandırılabilir. Dolayısıyla güvenliğin korunması için ifade hürriyetinin sınırlandırılması ancak böyle bir ihtimal söz konusu olduğunda mümkündür. Brandenburg yaklaşımına göre hükümet yetkilileri tarafından hoşlanılmayan, iğrenç görülen ve hatta korkuya yol açan ifadeler bile “doğrudanlık” ve “yakınlık” olmadan sınırlandırılmaz⁸⁷⁸. Mahkemenin bu tespiti, ifade hürriyetinin ne zaman sınırlandırılabilirliğini ve cezalandırmanın koşullarının neler olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Bu sayede, şimdiye kadar ki belirsizlik belli ölçüde giderilmiştir⁸⁷⁹.

Brandenburg yaklaşımının gerekleri dikkate alındığında “tehlike ölçütü”nün ifade hürriyetini en çok koruyan görünümü olduğunu söylemek gerekir⁸⁸⁰. Bu yaklaşıma göre hükümetin “siyasi savunuculuğu” sınırlandırması ve ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için gereken şartları sağlayabilmesi “zor” hale gelmiştir. Bir kanunun ve müdahalenin Anayasaya uygun olabilmesi için daha önceki açık ve mevcut tehlike yaklaşımlarından önemli bir değişiklik getiren yaklaşım, Holmes ve Brandeis’in yukarıda da verdiğimiz karşı oy gerekçeleriyle ortaya konulan “açık ve mevcut tehlike” geleneğine dayanmaktadır⁸⁸¹. Buna karşın, Brandenburg’ta Abrams’taki karşı oy

⁸⁷⁷ Powe, Jr., “Brandenburg...”, p. 70.

⁸⁷⁸ Wells, “Assumptions about Terrorism...”, p. 111; Krotoszynski Jr., “The Clear and Present Dangers...”, p. 429; ayrıca bkz. Harr/Hess, Constitutional Law..., p. 131. “... ifade hürriyeti ve basın hürriyetinin anayasal güvenceleri bir devletin, kanunun ihlali veya güç kullanımının savunulmasını engellemesine veya yasaklamasına izin vermediği ilkesini oluşturmaktadır; fakat bu tür savunuculuğun “yakın gelecekte hukuka aykırı bir eylemin teşvik edilmesine veya gerçekleştirilmesine yönelik” olması ve böyle bir eylemin “teşvik edilmesi veya gerçekleşmesinin muhtemel” olması halleri hariçtir.” Bkz. Brandenburg v. Ohio, p. 447.

⁸⁷⁹ Bkz. Barnum, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 278. Brandenburg’a kadar ki kararların bu yönde değerlendirilmesi için ayrıca bkz. Barnum, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 278.

⁸⁸⁰ Herr ve Hess, burada yeni bir ölçütün benimsendiğini belirtmektedir. Bu ölçüt yakın (derhal) hukuksuz eylem ölçütüdür (imminent lawless action test). Bkz. Harr/Hess, Constitutional Law..., p. 131.

⁸⁸¹ Bkz. Wells, “Assumptions about Terrorism...”, p. 126. Kendrick’e göre, bu geliştirilen yeni standartla Mahkeme, açık ve mevcut tehlike ölçütünün temel ilkelerini muhafaza etmiştir. Yakın bağlamında

gerekçesinde aranan “zararın niteliği hem çok ciddi hem de neredeyse kesin olmalı ve ülkeyi kurtarmak için acil müdahalenin gerekmesi” unsurları dikkate alınmamıştır. Mahkeme, yeni nesil tehlike yaklaşımında, Holmes’un “aciliyet” gereğini göz ardı etmiş, yalnızca “yakınlıkla” yetinmiştir⁸⁸². Bu gerekçelerde de sıklıkla üzerinde durulduğu gibi bir konuşmacının zarara yol açmayı amaçladığının ve bu zararın yakın ve muhtemel olduğunun kanıtlanması gerekir. Basit bir korku, şüphe ya da kuruntu yeterli değildir. Diğer bir deyişle ifade hürriyetinin sınırlandırılmasında niyet, yakın zarar ve gerçekleşmenin muhtemel, yani gerçek olması unsurlarının bulunması ve ispatlanması gerekir⁸⁸³. Sonuç olarak ifade ne kadar ikna edici olursa olsun, ifadenin sonuçlarını ya da olası etkilerini dikkate almayan müdahaleler bu denetimi başarıyla geçemez⁸⁸⁴.

Brandenburg yaklaşımı, açık ve mevcut tehlike ölçütünün ifade hürriyetini en çok koruyan hali olarak ölçüte ilişkin diğer yaklaşımlarla uyumlu değildir. Yalnızca “derhal (ani) harekete geçmeyi teşvik eden ifadelerin yasaklanmasına” izin vermesi yönüyle Brandenburg yaklaşımı, mahkumiyetlerin onaylandığı ve kanunların Anayasaya aykırı görülmediği önceki kararların hatalı olduğunu göstermektedir. Fakat Mahkeme Brandenburg kararında, Dennis kararından olumlu bir şekilde bahsetmiştir. Bu durum kararın eksik yönü (olumsuz) olarak görülmektedir⁸⁸⁵. Brandenburg yaklaşımı da açık ve mevcut tehlike ölçütünün temel ilkelerine dayalıdır. Aynı zamanda yeni yaklaşım,

oluşturduğu risk, ifadenin ne zaman düzenlenebileceğine karar verirken dikkate alınması gereken bir unsur olarak muhafaza edilmiştir. Bkz. **Kendrick**, “On “Clear and Present Danger””, p. 1658.

⁸⁸² **Harry Kalven, Jr.**, *A Worthy Tradition*, Jamie Kalven (Ed.), Harper & Row, New York 1988, p. 233-234.

⁸⁸³ Bkz. **Wells**, “Assumptions about Terrorism...”, p. 126; **Krotoszynski Jr.**, “The Clear and Present Dangers...”, p. 429.

⁸⁸⁴ **Kendrick**, “On “Clear and Present Danger””, p. 1658-1659.

⁸⁸⁵ Bkz. **Powe, Jr.**, “Brandenburg...”, p. 71. Kalven’in Brandenburg yaklaşımı ile önceki kararlarda uygulanan ölçüte ilişkin değerlendirmeleri, grup konuşması ve bireysel konuşma arasında yaptığı ayırım için bkz. **Kalven, Jr.**, *A Worthy Tradition*, p. 231-234. Mahkemenin Dennis kararına atfı için bkz. **Brandenburg v. Ohio**, p. 447. Hâkim Black Mahkemenin Dennis’e yalnızca atfı yaptığını, yapılan atfın Dennis’teki ölçütün onaylandığı veya benimsendiğini göstermediği yorumunu yapmıştır. Bkz. Black’in ayrık gerekçesi, **Brandenburg v. Ohio**, p. 450. Brandenburg yaklaşımına göre “derhal (ani) harekete geçmeyi teşvik eden ifadeler” sınırlandırılabilir olsa da Mahkemenin Dennis kararına karşı olumlu bir tutumda olmasının Amerikan hukukunda gelecekte gerçekleşecek eylemlere kışkırtmanın sınırlandırılabilirliğine dair belirsizliklere yol açtığı yorumu yapılmaktadır. Diğer yandan Brandenburg kararı dahi hangi ifadelerin kışkırtma sayılacağını yeterince ele almamıştır. Bu karardan sonra da doğrudan eylemde bulunacak kişilere emir verilmesi ile basit ifadelerle beyanda ya da çağrıda bulunulması arasındaki yelpazenin belirsizliği devam etmektedir. Bu nedenle hükümetin eyleme geçme ihtimali yüksek bazı ifadeleri dahi sınırlandıramayacağı ileri sürülmektedir. Eleştiri ve eksiklikler için bkz. **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 279-280.

düşünceler eyleme geçmemiş bile olsa bazı ifadelerin belli şartlar altında, sınırlandırılabilir olduğunu hala kabul etmektedir⁸⁸⁶.

Brandenburg yaklaşımı 1969'da uygulanmasından sonraki kırk yıl içinde yalnızca birkaç defa uygulanmıştır⁸⁸⁷. Dolayısıyla Brandenburg'u ilgilendiren çok az dava Mahkemenin önüne gelmiştir. Bunun çeşitli sebepleri olduğu iddia edilebilir. Ancak en makul sebeplerden bir tanesi gerek hükümetin gerek alt derece mahkemelerinin Brandenburg'a uygun hareket etmesi, ayrıca Brandenburg yaklaşımını geçemeyecek olması sebebiyle savcıların dava açmaktan kaçınması sebebiyle Yüksek Mahkemenin önüne bu türden uyuşmazlıkların gelmesinin önlenmiş olmasıdır. Diğer bir sebep ise ifade hürriyetinin Brandenburg'a konu olacak şekilde sınırlandırılmasını gerektirecek şartların ortadan kalkmış olması da olabilir⁸⁸⁸. Nitekim hatırlanacağı üzere Soğuk Savaşın bitmesiyle 11 Eylül Saldırıları arasındaki süreç ifade hürriyetinin en parlak dönemlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

5. Schenck'ten Brandenburg'a Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütü: Ölçütün Uygulanmasındaki Sorunlar

Brandenburg yaklaşımına değin açık ve mevcut tehlike ölçütü genel olarak soyut ve muğlak yapısıyla felsefi, siyasi ve dini bir ideolojinin ve inancın savunulmasını; buna bağlı olarak belli görüşlerin ifade edilmesini veya bir gruba ya da siyasi partiye üye olmayı yasaklamaya olanak sağlamaktadır⁸⁸⁹. Kısacası ölçüt, Birinci Değişiklik tarafından korunan ifadelerin Kongre tarafından sınırlandırılmasına izin vermektedir. Ölçütün, yalnızca "yakın bir kötülük tehlikesi"nin mevcut olması halinde ifade hürriyetinin sınırlandırılabilceği savunmasının, Mahkeme kararları dikkate alındığında büyük ölçüde yanılgıdan ibaret kaldığı görülmektedir. "*Düşüncenin kendisini piyasa rekabetinde kabul ettirme gücü*", olduğunu Abrams'taki karşı oy gerekçesinde hatırlatan Holmes da, aynı gerekçede "*Kongrenin ifadeye bir sınır koymasını gerektiren tek şey,*

⁸⁸⁶ Dow, "The Moral Failure...", p. 738; benzer yönde bkz. Kendrick, "On "Clear and Present Danger", p. 1658.

⁸⁸⁷ Bkz. Hess v. Indiana, 414 U.S. 105, (1973); NAACP v. Claiborne Hardware Co., 458 U.S. 886 (1982). Hess v. Indiana kararında Mahkeme, polisin kalabalığın caddeden kaldırıma geçmesini sağlamaya çalışırken "Daha sonra sokağı alırsız!" diye bağırdığı için savaş karşıtı bir göstericinin mahkûm edilmesi Anayasa aykırı bulunmuştur. Çünkü derhâl gerçekleşecek hukuka aykırı eylem çağrısında bulunulmamıştır. Dile getirilen eylem gelecekte belirsiz bir zamanda gerçekleşecek türdendir. Bkz. Kanovitz, Constitutional Law, p. 61.

⁸⁸⁸ Ayrıca bkz. Powe, Jr., "Brandenburg...", p. 77.

⁸⁸⁹ Benzer yönde bkz. Arslan, Anayasa Teorisi, s. 215.

yakın bir kötülük tehlikesi veya bunu gerçekleştirme niyeti”dir demek suretiyle soyut savunuculuğu dahi yasaklamaya olanak veren ölçütü savunma çelişkisine düşmüştür⁸⁹⁰.

Fikirlerin pazaryeri veya serbest dolaşımı düşüncesi, bireylerin alternatif fikirler arasından dilediğini seçebilmesini ve buna bağlı olarak kendi yaşam tarzını gerçekleştirebilmesini sağlar. Açık ve mevcut tehlike ölçütü ise şartları tam olarak belirlenmemiş bazı bağlamlarda fikirlerin serbest dolaşımını reddetmekte, kişilerin kendi kararlarını verebilmesine engel olmaktadır⁸⁹¹. Ölçütün uygulandığı ilk karar olan Schenck’te Holmes, kararda askere alınacak olan kişilere broşür gönderilmesinden başka bir gerekçeden ve delilden bahsetmemiştir. Diğer bir ifadeyle basılı bazı belgelerin dağıtılmış olmasının askere alımları nasıl ve ne ölçüde etkilediğine, başka bir ifadeyle broşürlerin “açık ve mevcut tehlike”ye sebep olduğuna dair bir delile yer vermemiştir. Nitekim bu tür bir broşürün dağıtılması, kişinin askere alınmaya karşı gelmesinden askere almaların durma noktasına gelmesine varıncaya değin geniş bazı tehlikelere yol açabilir. Bu sonuçlardan da bazıları savaşta olan devletin elde etmek istediği askeri başarılar üzerinde önemli olumsuzluklara yol açabilir. Ancak bu broşürler ister askere alımları azaltacak ister durduracak olsun, kararda yol açılan tehlikenin ne olduğu, tehlikenin boyutu ve mevcudiyeti belirsizdir. Örneğin, askere alımlar belli bir dönem için durma noktasına gelmiş bile olsa bu askeri başarı üzerinde olumsuz etki etmeyebilir. Dolayısıyla hiçbir somut veri olmadan düşünce açıklamasının “açık ve mevcut tehlike” oluşturduğu gerekçesiyle yasaklanması, yargısal tahminlerle veya varsayımlarla karar verilmesi anlamına gelir⁸⁹². Diğer yandan Holmes, sonradan ifade hürriyetinin korunmasına yönelik görüşünü değiştirmişse de ölçütün ifade hürriyeti ve dolayısıyla muhalefet

⁸⁹⁰ **Abrams v. United States**, p. 628-630; ayrıca bkz. **Kendrick**, “On “Clear and Present Danger””, p. 1653, 1665; Holmes’un görüşleri için ayrıca bkz. **Krotoszynski Jr.**, “The Clear and Present Dangers...”, p. 422-423. Holmes’un görüşlerindeki farklılık için bkz. **John Rawls**, *Siyasal Liberalizm*, Mehmet Fevzi Bilgin (Çev.), 2. Bs. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2019, s. 376-377.

⁸⁹¹ **Kendrick**, “On “Clear and Present Danger””, p. 1644; **Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, s. 32.

⁸⁹² **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 272. Örneğin Rawls, aşırı esnek ve kapsamlı sebeplerle ve menfaatler için ifade hürriyetinin sınırlandırılmasının sakıncalı olduğunu savunmaktadır. Siyasi ifade hürriyeti ve diğer temel hürriyetlere öncelik tanıyan anayasal doktrinin, ancak “demokratik kurumlar etkin olarak çalışmadığı veya kendisini koruyamadığı bir krizi öngörmesi” gerekir. Yani ülkenin savaşta olması ya da olağanüstü halde olması yeterli olmayıp bundan daha fazlası gerekir. İktidar sahiplerinin ciddi bir tehlike olduğu gerekçesiyle tedbir aldığı söylemesi de yeterli görülemez. Rawls’un açık ve mevcut tehlike ölçütüne dair değerlendirmeleri ve gerekli gördüğü şartlar için bkz. **Rawls**, *Siyasal Liberalizm*, s. 374-382.

üzerindeki etkileri pek olumlu olmamıştır. Ölçütün kurucusu, neden olduğu zararı telafi edememiştir⁸⁹³.

Belirsiz sayıda ihtimalden bazı sonuçların esas alınarak düşünce açıklamasının yasaklanmasında Holmes'un da açıkça belirttiği gibi kullanılan kelimelerin anlamının yanı sıra ifadenin bağlamı da önem arz etmektedir. Nitekim bir ifadenin anlamı, hukuka aykırılığa teşvik etmese bile içerisinde bulunan koşullar hukuka aykırı eylemlere doğrudan olmasa da dolaylı olarak teşvik edebilir. Bu durumda ifadenin sınırlandırılması mümkün hale gelir⁸⁹⁴. Fakat Holmes bu konuda ifade hürriyetinin yol açtığı “kötü eğilimlerin”, neden bütün bağlamlarda reddedilmesi gerektiğini açıklamamış ve gerekçelendirmemiştir⁸⁹⁵. Sonuçta bazı koşullar altında hemen her muhalif görüşün açık ve mevcut tehlike oluşturduğu iddia edilebilir.

Ölçütün ifade hürriyetini savunmasız bırakmasının ve muhalif görüşlere baskı uygulanmasının aracı olmasının yanı sıra istikrarlı ve belirli bir içerik ve yöntemi ihtiva etmemesi de ayrı bir sorun oluşturmaktadır. İlk olarak, hakimlerin tehlikenin niteliğini belirleyebilme bilgi ve yeteneğine sahip olduğunu söylemek zordur. Özellikle milli güvenliğin darbe, iç karışıklık, terörist saldırı ya da savaş gibi tehditlerle karşı karşıya olduğu dönemlerde hakimlerin tehlike karşısında korkmaları ve baskı altında kalmaları kaçınılmazdır. Bu şartlar altında ölçütün istikrarlı bir şekilde uygulanması zordur. Diğer yandan bu tür şartlar altında korku ve baskının etkisiyle ölçüt manipülasyona açıktır. Neticede ölçüt, “koşullara çok fazla bağlı olduğu”, bu nedenle “hakimlere çok fazla takdir yetkisi verdiği” ve “konuşmacılara faaliyetlerinin hukukiliği konusunda gereken şekilde bilgi vermediği” için eleştirilmiştir. Bu özelliklerinden dolayı açık ve mevcut tehlike ölçütü bazen olaysal (geçici-ad hoc) dengelemeye benzetilmiş ve ölçütün benzer başka sorunlara yol açtığı iddia edilmiştir⁸⁹⁶.

Ölçüte ilişkin diğer bir eleştiri ise ölçütün “konuşma” ile “eylemde bulunma” arasındaki farkı ortadan kaldırıyor olmasıdır. Düşünce eyleme geçmeyi ya da geçirmeyi savunsa bile savunma (konuşma) ile eyleme geçmek (eylemek) aynı şeyler değildir⁸⁹⁷.

⁸⁹³ Benzer yönde ayrıca bkz. **Krotoszynski Jr.**, “The Clear and Present Dangers...”, p. 424-425; **Kanovitz**, *Constitutional Law*, p. 60.

⁸⁹⁴ **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 272; benzer yönde bkz. **Kendrick**, “On “Clear and Present Danger””, p. 1663.

⁸⁹⁵ **Kendrick**, “On “Clear and Present Danger””, p. 1665.

⁸⁹⁶ **Kendrick**, “On “Clear and Present Danger””, p. 1660.

⁸⁹⁷ **Dow**, “The Moral Failure...”, p. 734, 737.

Buna karşın ölçüt, bazı ifadeleri eylem gibi değerlendirmiş ve cezalandırılabilir olarak nitelmiştir. Örneğin, Schenck'te bir suç eylemi ortaya çıkmadan savaş gibi bazı hallerde ifadenin yasaklanabileceği⁸⁹⁸; Abrams'ta kullanılan dilin Amerika'nın savaşta başarısız olmasını, yenilmesini hedeflemesi; ifadelerin savaşın yürütülmesinin zayıflatılması ve engellenmesi amacına sahip olması sebebiyle sınırlandırılabilirliği kabul edilmiştir⁸⁹⁹. Öte yandan Gitlow ve Whitney'de ise "radikal siyasi görüşlerin" savunulması tek başına yeterli bir kötülük olarak kabul edilmiştir⁹⁰⁰. Örnek kararlara bakıldığında ne tam olarak ispatlanabilmiş ve gerçekleşmiş suç eylemi vardır ne de bu kararlarda bir düşüncenin savunulmasının somut olarak nasıl tehlikeli olabileceği ortaya konulmuştur. Diğer yandan her kötü düşünce ya da ifade, kötü bir eyleme yol açmaz. Ancak ifadenin eylemden ayırt edilmeyip işlenen bir suçun kaynağı ya da sebebi olarak kabul edilmesi suçun ifade sahibine de atfedilmesine olanak sağlar⁹⁰¹.

Benzer şekilde Schauer de açık ve mevcut tehlike ölçütünün faydalarının olduğunu kabul etmektedir. Olağanüstü hal gibi durumlarda serbestçe demokratik tartışma yapmanın koşullarının bulunmadığını belirtmektedir. Çünkü bu gibi hallerde söylentiler gerçek kabul edilir ve içerisinde bulunan durumun yol açtığı öfke rasyonel tartışmanın önüne geçer. Bu nedenle yazara göre, acil bir durumda tartışmanın koşulları ortadan kalktığında açık ve mevcut tehlike ölçütü faydalıdır ve ifade hürriyetinin sınırlandırılması mümkündür. Ayrıca milletin yok edilmesi ve köleleştirilmesi gibi büyük bir tehlike olmasının her zaman ifade hürriyeti karşısında ağır basacak bir menfaat olduğu iddia edilebilir⁹⁰².

Birinci Değişiklik, konuşmak ve eylemde bulunmak arasında ayırım yaparak ifade hürriyetini koruma altına almıştır. Değişikliğin güvencesinin zorunlu sonucuna göre eylemler cezalandırılabilirken düşünce açıklaması olarak ifadeler cezalandırılmaz⁹⁰³. Ancak bu, düşünce açıklaması olmayan konuşmaların sınırlandırılmayacağı anlamına da

⁸⁹⁸ Bkz. **Barnum**, "The Clear and Present Danger Test...", p. 273; **Schenck v. United States**, p. 48-50.

⁸⁹⁹ **Abrams v. United States**, p. 623-624.

⁹⁰⁰ **Barnum**, "The Clear and Present Danger Test...", p. 275.

⁹⁰¹ **Dow**, "The Moral Failure...", p. 735, 737.

⁹⁰² **Schauer**, İfade Özgürlüğü..., s. 268-269. Birinci Değişikliğin ifade hürriyetini koruyan diline karşın ölçütün sebep olduğu belirsizlik, fikirlerin de demokrasiye zarar verebileceği düşüncesine dayanmaktadır. Düşünce açıklamasının demokrasiye verebileceği zararlar hakkında bkz. **Schauer**, İfade Özgürlüğü..., s. 258-259. Yazarın hukuka aykırı eylemlerin kışkırtılması, devletin sınırlandırmaya ilişkin hakkı ve milli güvenlik konusundaki değerlendirmeleri için bkz. **Schauer**, İfade Özgürlüğü..., s. 257-270.

⁹⁰³ **Dow**, "The Moral Failure...", p. 743-744.

gelmez. Konuşmacının, emir vermesi veya dinleyicinin iradesine üstün gelerek onu yönlendirmesi ve hukuka aykırı eylemi gerçekleştirmesini sağlaması halinde konuşma düşünce açıklaması oluşturmaz. Örneğin, kişinin korumasına birisine vurmasını söylemesi emir oluştururken düşünce açıklaması oluşturmaz. Benzer şekilde para karşılığında birinin öldürülmesini isteyen kişi, tetikçinin iradesine karşı teklif ettiği para ile üstün gelebilir⁹⁰⁴. Böyle bir durumda da yine teklif yapılması, istekte bulunulması veya pazarlık yapılması gibi konuşmalar düşünce açıklaması teşkil etmez.

Brandenburg kararının verilmesiyle ise ölçütte birtakım değişiklikler yapılmıştır. Kararda benimsenen yaklaşımla Mahkeme, yukarıda da üzerinde durulduğu gibi, ifadenin sınırlandırılabilmesi için “kuvvet ve şiddete başvurma ahlaki uygunluğu veya ahlaki gerekliliği hakkında soyut bir öğreti” ile “bir grubu şiddet eylemine hazırlamak ve onu bu eyleme zorlamak” arasında ayırım yapılması gerektiğini savunmuş⁹⁰⁵; ifade hürriyetinin ne zaman sınırlandırılabileceğini ve cezalandırmanın koşullarının neler olduğunu açıkça ortaya koyarak ölçütün belirsizliklerini belli ölçüde giderebilmiştir⁹⁰⁶. Ancak buna rağmen açık ve mevcut tehlike ölçütünün modern hali olan Brandenburg’a göre, “henüz eyleme geçmemiş olsa bile ani bir eylemi ya da gelecekte gerçekleşmesi muhtemel olan eylemi kısıktığı” için ifade hürriyeti sınırlandırılabilir. Sonuç olarak Brandenburg da ifade (konuşma) ve eylem (yapma) arasında yeterince iyi bir ayırım içermemektedir. Diğer bir deyişle, yapılan bir konuşma üzerine dinleyicinin etkilenip hukuka aykırı eylemi gerçekleştirmesi konusunda, ifade-eylem arasında keskin bir ayırım yapılmamıştır. Bu nedenle Brandenburg yaklaşımı da suistimale varacak yorumları ve uygulamaları bütünüyle ortadan kaldıracak bir öngörülebilirlik sağlayamamıştır⁹⁰⁷.

⁹⁰⁴ **Dow**, “The Moral Failure...”, p. 748-749. Örneğin bir köpek sahibi, köpeğine “öldür” ya da “saldır” talimatı verdiğinde bir düşünce açıklaması yapmamaktadır. Onun talimatı konuşmadır, ifadedir veya iletişimdir. Fakat, ifade hürriyeti bakımından bir düşünce açıklaması niteliğini haiz değildir. Bkz. **Sadurski**, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, s. 75. Schauer de düşünce açıklaması oluşturmayan bazı örnekler vermektedir. Ona göre sözleşmenin ihlal edilmesi, sahte garanti (güvence) verme, tehdit gibi konuşma ya da davranışlar, değersiz oldukları için değil, düşünce açıklaması oluşturmadığı için korunmaz. Bu tür konuşmaların oluşturduğu zarar bazen ifade hürriyeti kapsamında olan ve korunan konuşmalardan daha azdır. Ancak onların ifade hürriyeti olarak korunmamasının sebebi neden oldukları zarar değildir. Bkz. **Frederick Schauer**, “Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 34, Iss. 2, Y. 1981, p. 270-271; **Sadurski**, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, s. 74.

⁹⁰⁵ **Brandenburg v. Ohio**, p. 448-449; ayrıca bkz. **Wells**, “Assumptions about Terrorism...”, p. 125; **Powe, Jr.**, “Brandenburg...”, p. 70; **Kendrick**, “On “Clear and Present Danger””, p. 1658; **Krotoszynski Jr.**, “The Clear and Present Dangers...”, p. 429.

⁹⁰⁶ Bkz. **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 278. Brandenburg’a kadar ki kararların bu yönde değerlendirilmesi için ayrıca bkz. **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 278.

⁹⁰⁷ Tartışmalar için ayrıca bkz. **Thomas Healy**, “Brandenburg in a Time of Terror”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 84, Iss. 2, Y. 2009, p. 689-697.

Örneğin, bir kişinin konuşması eyleme dönüşmemiş, hiç kimse bu ifadeler etkisinde kalmamış ve Brandenburg sıkı şartlar öngörüyor olsa bile ifade hürriyeti sınırlandırılabilir hale gelmektedir. Diğer bir deyişle bu yaklaşım da eyleme dönüşmemiş bir konuşmanın savunulan düşüncelerin belki de hayata hiç geçmeyecek olmasına rağmen müdahaleye konu olmasına izin verebilir. Dolayısıyla açık ve mevcut tehlike ölçütünün tüm görünümünde olduğu gibi Brandenburg, konuşma sebebiyle cezalandırmada sadece eylemin değil, düşünce açıklamasının da yasaklanabilir olmasıyla uyumludur⁹⁰⁸. Ölçütün temel felsefesini oluşturan bu durum, en büyük eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır ve kanaatimizce güvenlik eksenli yaklaşımların yol açacağı suistimallere ve siyasi ifadelerin üstün değerine uygun düşmemektedir.

Nihayet, 21. yüzyılda dahi açık ve mevcut tehlike, suistimale açık tabiatıyla siyasi iktidarların sıkça yararlandığı bir doktrin olarak varlığını sürdürmektedir. Milli güvenliği bireylerin, özellikle azınlık ve muhalif kesimin hürriyetini ortadan kaldırmak için bir sebep olarak kullanan siyasi iktidar, milli güvenliğe yönelik tehlikelerin, özellikle terör çağının kendine has koşullarında açık ve mevcut olduğunu kolaylıkla ortaya atabilmektedir⁹⁰⁹.

6. 21. Yüzyıl’da Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütü

Amerika’da ifade hürriyeti ve milli güvenlik ilişkisi, şimdiye kadar yaptığımız tespitlere göre bir histeriye dayanmaktadır. Korku ve endişe, özellikle siyasetçilerde ihtiyatlı olmaktan öteye geçebilmektedir. Bu yalnızca askeri ve siyasi alanlarda değil, ekonomi gibi başka alanlarda da kendisini göstermekte, devletler arası rekabette rakip veya tehdit olarak görülen iki devletin ekonomik ilişkilerinin artması da ciddi tehditler arasına girmektedir⁹¹⁰. Fakat söz konusu tehditlerin ciddiliğinin hürriyetlerin sınırlandırılmasına dayanak olup olmayacağı ve onların nasıl ortadan kaldırılabilirliği

⁹⁰⁸ Tartışmalar için ayrıca bkz. **Healy**, “Brandenburg in a Time of Terror”, p. 689-697. Açık ve mevcut tehlike ölçütünün tüm yaklaşımlarının eyleme geçilmemiş olsa da ifade hürriyetinin sınırlandırılmasıyla uyumlu olduğunu dile getirmiştik. Bu, ifade hürriyetinin korunmasında eksikliklere yol açmıştır ve yaklaşımlar sürdürüldükçe de yol açacaktır. Örneğin, soyut olarak devletin üniter yapının değiştirilmesi gerektiğini savunan bir siyasetçi ya da akademisyen bu ölçüte göre cezalandırılabilir. Çünkü bu düşünce bugün değilse bile çok yakın gelecekte kitleleri etkileyebilecek, hızlı bir şekilde üniter devlet yapısına dayalı milli güvenlik üzerinde tehlike oluşturabilecektir.

⁹⁰⁹ Benzer yönde bkz. **Raskin/Spero**, *The Four Freedoms Under Siege...*, p. 53-54. Şüphesiz ki devletler, çoğunlukla ve resmi doğrularla uyumlu olmayan düşünceleri her zaman marjinal veya aykırı bulup sınırlandırma eğilimindedir. Bkz. **Yayla**, “İfade Hürriyeti Nedir, Ne Değildir?”, s. 140.

⁹¹⁰ Benzer şekilde bkz. **Raskin/Spero**, *The Four Freedoms Under Siege...*, p. 54-55.

sorularının cevaplanması milli güvenlik söz konusu olduğunda ayrıca zorlaşmaktadır. Bu tehlikelerin niteliğinin belirlenmesinde siyasetçilerin “açık ve mevcut tehlike” ölçütünden yararlandığını söylemek mümkündür. 11 Eylül Saldırılarının neden olduğu dehşet, toplumu siyasi iktidarın arkasından gitmeye hazır hale getirmişken siyasi iktidara da karar ve eylemlerini kolaylıkla meşrulaştırabileceği bir zemin sunmuştur. Çalışmanın bu kısmında, ilk olarak söylemin ne kadar kullanıldığını gösterip riskleri üzerinde kısaca duracağız.

11 Eylül Saldırıları 21. yüzyılda hürriyetler üzerindeki etkisi ve Irak’ın İşgaline yol açması bakımından önemli sonuçlara sahip olsa da bu yüzyılda yaşanan başka gelişmeler de hürriyetler bakımından önemli etkilere yol açmıştır. İçerisinde bulunduğumuz çağı “terör çağı” olarak adlandırdığımızda, pek çok gelişme ve olayın hürriyetlere ve özellikle ifade hürriyetine etki ettiğini belirtmek gerekir. Terör çağında terörün savunulması, internet ve sosyal medyanın terörün desteklenmesi için araç haline gelmesinin yanı sıra yabancı devlet menşeli bazı akıllı telefon uygulamalarının çeşitli yönlerden milli güvenlik için tehdit olarak görülmesi de çağın sorunları arasında yerini almaktadır. Çalışmanın bu kısmında ikinci olarak, terör çağında bazı ifadelerin Brandenburg’un ve sıkı denetimin sağladığı güvencelerden yararlanmaması gerektiği iddiaları ile güncel bir örnek olması adına gündemi meşgul eden TikTok uygulamasının milli güvenlik için tehdit olduğuna dair tartışmalara yer vereceğiz.

a. 11 Eylül Saldırılarının Ardından Irak’ın İşgalinde Politik Bir Söylem Olarak Açık ve Mevcut Tehlike

11 Eylül Saldırılarından sonra Amerikan hükümetinin, özellikle de Başkan Bush’un kararlarındaki en önemli gerekçe açık ve mevcut tehlikenin varlığı olmuştur. Bu dönemde terörle mücadelede ve Irak’ın işgalinde bu söylemle, diğer bir deyişle doktrinle yoğun bir şekilde karşılaşmak mümkündür⁹¹¹. Saldırıların ardından Bush, Vatanseverlik Kanununu imzalarken, Kanunun istihbarat ve kolluk kuvvetlerine mevcut bir tehlikeyle mücadele etmek için önemli yeni araçlar sağlayacağını söylemiştir⁹¹². Benzer şekilde Bush’un 12 Eylül 2002 günü New York’ta Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda yaptığı

⁹¹¹ Örnekler için bkz. **Raskin/Spero**, *The Four Freedoms Under Siege...*, p. 56-59.

⁹¹² Bush, “İmzamları birlikte bu kanun, istihbarat ve kolluk kuvvetlerine “mevcut tehlikeyle” mücadele için önemli yeni araçlar sağlayacak” demiştir. Bkz. <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/10/images/20011026-5.html>, (E.T. 06.09.2024); <https://www.hsdl.org/c/timeline/usa-patriot-act/>, (E.T. 06.09.2024).

konuşmada tekrar tekrar Irak ve Saddam Hüseyin'in oluşturduğu tehlikeler vurgulanmış⁹¹³, kullanılan ifadelerle alınan tüm kararlar ve sonrası için tehlike doktrini gerekçe olarak sunulmuştur. Bush, bu sayede kararları, Saldırıların da yol açtığı korku ve endişeyle meşrulaştırabilmeyi amaçlamıştır.

Yine benzer şekilde dönemin yetkilileri de sık sık bazı kişilerin, örgütlerin ya da şeylerin “açık ve mevcut tehlike” olduğu gerekçesine dayanmıştır⁹¹⁴. Örneğin Başsavcı Ashcroft, Temsilciler Meclisi Yargı Komitesinde (Committee on the Judiciary House of Representatives), 11 Eylül'de Amerika Birleşik Devletleri'ni ve medeni dünyayı karartan tehlikenin o gün işlenen vahşetle ortadan kalkmadığını, terör örgütlerinin saldırıya geçmeden önce tespit edilmesi, dağıtılması, engellenmesi ve cezalandırılması için kolluk kuvvetlerine gerekli araçların sağlanması gerektiğini dile getirmiştir. Ashcroft ayrıca, terörizmin bugün Amerikalılar için *açık ve mevcut bir tehlike* olduğunu da eklemiştir. Çünkü ona göre FBI'ın elindeki istihbarat bilgileri, yeni terör saldırılarının olası olduğunu göstermektedir⁹¹⁵.

Sonuç olarak, açık ve mevcut tehlike, terörle mücadelede siyasi iktidarın gerek ulusal gerek uluslararası kamuoyuna karşı sunduğu bir gerekçe halini almıştır. Bu sayede, 11 Eylül Saldırılarının yol açtığı taze etkiyle, açık ve mevcut bir tehlikenin olduğu kolaylıkla ileri sürülebilmiş, ifade hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti, örgütlenme hürriyeti ve seyahat hürriyeti gibi hürriyetlerin sınırlandırılmasında; işgal ve sınır ötesi askeri operasyonların yapılmasında, bununla paralel olarak kamuoyunun manipüle edilmesinde ve gerçek bilgiye erişimin engellenmesinde; ve kolluk kuvvetlerine aşırı geniş yetkiler verilmesinde gerekçe bulmak oldukça kolay olmuştur. Oysa birinci bölümde milli güvenlik konusunu incelerken de belirttiğimiz gibi milli güvenlik tehditleri, terör çağında

⁹¹³ “Tek bir yerde, tek bir rejimde, tüm bu tehlikeleri en ölümcül ve saldırgan biçimlerinde buluyoruz...”; “Saddam Hüseyin durdurulmak yerine yatırılırsaydı, o, dünyanın barışını ve istikrarı tehlikeye atardı”; “Tarih, mantık ve gerçekler tek bir sonuca varıyor: Saddam Hüseyin'in rejimi ciddi ve giderek artan bir tehlikedir... Bu rejimin iyi niyetli olduğunu varsaymak, milyonlarca insanın hayatını ve dünya barışını pervasız bir kumarla riske atmaktır. Ve bu almamamız gereken bir risktir”; “Sorumluluklarımızı yerine getirirsek, bu tehlikenin üstesinden gelirse, çok farklı bir geleceğe ulaşabiliriz. Irak halkı esaretten kurtulabilir”. Bkz. President's Remarks at the United Nations General Assembly, <https://georgewebush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/09/20020912-1.html>, (E.T. 06.09.2024).

⁹¹⁴ Ashcroft: Al Qaeda intends to attack U.S., <https://edition.cnn.com/2004/US/05/26/terror.threat/>, (E.T. 06.09.2024); Administration's Draft Anti-Terrorism Act of 2001, https://commdocs.house.gov/committees/judiciary/hju75288.000/hju75288_of.htm, (E.T. 06.09.2024); **Raskin/Spero**, The Four Freedoms Under Siege..., p. 56, 59.

⁹¹⁵ Bkz. Administration's Draft Anti-Terrorism Act of 2001, https://commdocs.house.gov/committees/judiciary/hju75288.000/hju75288_of.htm, (E.T. 06.09.2024).

son bulmayacaktır. Yeni dönem, başlayıp sona eren eski-geleneksel türdeki savaşların aksine devam eden düzensiz savaşların yaşandığı bir dönemdir. Dolayısıyla yeni dönemin koşulları, tehlikelerin varlığına ilişkin iddiaların ve devam eden terörizm tehditlerinin somut kişi ve olaylar ölçeğinde sorgulanmasını önlemektedir. Bu durumda ise hürriyetler kolaylıkla siyasi hedeflerin ve çıkar gruplarının menfaatlerine feda edilebilmektedir⁹¹⁶.

b. Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütünün Bugünü ve Milli Güvenliğe Tehdit Olarak Görülen TikTok Uygulamasına Yönelik Yaptırımlar

(1) İfade Hürriyeti Güvencelerinin Esnetilmesi ve İfade Hürriyetine Yeni İstisnaların Eklenmesi Talepleri

İfade hürriyeti ve siyasi muhalefet, özellikle Birinci Dünya Savaşı, İkinci Dünya Savaşı ve Soğuk Savaşın yol açtığı histeri sebebiyle ciddi baskılara maruz kalmıştır. Savaş karşıtlığı ve hükümetin devrilmesi gibi ilk bakışta şiddete ve hukuka aykırılıklara teşvik olarak değerlendirilebilecek görüşler ifade hürriyetine ilişkin ilke ve doktrinlerin, dolayısıyla ölçütlerin belirlenmesine yol açan faktörler olmuştur. Brandenburg kararı ve sıkı denetimin ifade hürriyetinin korunmasına katkıları ise bu olumsuzlukları belli ölçüde azaltmıştır. Fakat terör çağında, 11 Eylül Saldırıları'nın etkisi, El-Kaide, IŞİD gibi terör örgütlerinin etkilerinin her geçen gün artması; sosyal medyanın ve internetin hızla gelişerek yayılması ve terör örgütlerinin bu araçları kullanarak propaganda yapabilmesi gibi milli güvenlik için tehlike oluşturan sonuçların ortaya çıkması; milli güvenlik bakımından hassas verilerin korunması ve siber saldırıların önlenmesi gibi yapay zeka teknolojisinin gelişmesine dayalı yeni endişe ve ihtiyaçların ortaya çıkmasına yol açmıştır.

21. yüzyılın ilk çeyreğini tamamlamak üzere olduğumuz günlerde Amerikan hukuk doktrininde Brandenburg'un gereklerinin, yeni gelişmeler ışığında güncellenmesi ve terörün savunulmasının bu yaklaşıma bir istisna olması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu taleplerin yerine getirilmesi ise ifade hürriyetinde geriye gitmek anlamına gelir. Nitekim Amerikan ifade hürriyeti tarihine bakıldığında, milli güvenlik tehlikelerinin siyasi muhalefeti susturmak için nasıl etkili bir silah olduğu görülebilir⁹¹⁷. Biz de

⁹¹⁶ Milli güvenliğe ilişkin tehlikeler her zaman mevcuttur. Ancak her zaman açık değildir. Bu konuda ayrıca bkz. **Raskin/Spero**, *The Four Freedoms Under Siege...*, p. 60-62.

⁹¹⁷ Bkz. **Wells**, "Assumptions about Terrorism...", p. 111-112.

çalışmanın bu kısmında sosyal medya ve internetin terörün desteklenmesi ve savunulmasını kolaylaştırması gibi yaşanan gelişmeler sebebiyle ifade hürriyetine yeni istisna kategorilerinin eklenmesi ve Brandenburg'un gereklerinin esnetilmesi taleplerine yer vereceğiz. Bu bağlamda taleplerin yerine getirilmesi halinde ortaya çıkacak riskleri de kısaca tartışarak ifade hürriyetinin önemini işaret edeceğiz.

Brandenburg yaklaşımı ile hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadelerin sınırlandırılması sıkı şartlara bağlanmıştır. Ne var ki, 21. yüzyılın başlarından itibaren yaşanan gelişmeler, ölçütün hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadelerin sınırlandırılmasının Anayasaya uygun olabilmesi için aradığı şartların eleştirilmesine ve sorgulanmasına yol açmıştır. Çünkü ifade hürriyetini içeriğe dayalı olarak sınırlandıran kanunların “sıkı denetimi” geçmesi çok zordur⁹¹⁸ ve benzer şekilde terörün yalnızca ifadelerle savunulmasını yasaklayan kanunlar “Brandenburg” yaklaşımından başarıyla geçemezler⁹¹⁹. Bu nedenle öncelikle 11 Eylül Saldırılarından itibaren küresel ve yerel terörizmin yükselişine karşı bir tedbir olarak; ayrıca sosyal medya aracılığıyla hızlı ve etkili iletişim teknolojilerinin yaygınlaşmasına bağlı olarak Brandenburg yaklaşımının gereklerinin esnetilmesi talep edilmektedir⁹²⁰. Örneğin maliyet-fayda dengelemesinin yapılması önerisinde bulunan Sunstein, açık ve mevcut tehlike ölçütünün terör örgütleriyle mücadelede yeterli bir ölçüt olmadığını savunmaktadır. Yazar bunu çeşitli varsayımsal örnekler üzerinden ele almaktadır. Terörizmi teşvik eden bir konuşmanın başarılı saldırılar şeklinde ciddi zararlar üretme olasılığının yüksek olduğu ve birkaç yıl içinde iki bin kişinin öleceğinin öngörüldüğü bir durumda yapılacak müdahale açık ve mevcut tehlike ölçütünün gereklerini yerine getiremez. Çünkü bu örnekte tehlike yakın değildir. Konuşmanın “yarın” zarar verme olasılığının beşte bir olduğu başka bir örnekte, zararın meydana gelmesi halinde iki bin kişi ölecek olsa bile yapılacak müdahale açık ve

⁹¹⁸ **David S. Han**, “Terrorist Advocacy and Exceptional Circumstances”, Fordham Law Review, Vol. 86, Iss. 2, Y. 2017, p. 492-493.

⁹¹⁹ **Kathleen Ann Ruane**, “The Advocacy of Terrorism on the Internet: Freedom of Speech Issues and the Material Support Statutes”, Congressional Research Service, 08.09.2016, p. 9-10; ayrıca bkz. **Redish/Fisher**, “Terrorizing Advocacy and the First Amendment...”, p. 566. Birinci Değişikliğin mevcut doktrinlerini eleştirenlere karşılık terör çağında da ifade hürriyeti doktrinlerinin uygulanmaya devam etmesi gerektiğini savunan yazarlar vardır. Dolayısıyla günümüz gelişmeleri temelde ifade hürriyeti yaklaşımlarında ikiliğe yol açmıştır. Bkz. **Redish/Fisher**, “Terrorizing Advocacy and the First Amendment...”, p. 566.

⁹²⁰ Bkz. **Alan K. Chen**, “Free Speech and the Confluence of National Security and Internet Exceptionalism”, Fordham Law Review, Vol. 86, Iss. 2, Y. 2017, p. 379-380; **Wells**, “Assumptions about Terrorism...”, p. 127-128; ayrıca bkz. **Ruane**, “The Advocacy of Terrorism on the Internet...”, p. 11-12.

mevcut tehlike ölçütünün gereklerini yerine getiremez. Çünkü bu örnekte tehlike yakın olsa da tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği oldukça belirsiz ve şüphelidir, yani tehlike açık değildir. Sonuçta bu gibi hallerde ölçüt yetersiz kalmaktadır⁹²¹. Diğer yandan bugün, Komünist Partiden daha iyi organize olmuş, hükümetin şiddetle ve zorla devrilmesini savunan dini gruplar ortaya çıkmıştır. İçerisinde bulunan bu koşulların Brandenburg'un ortaya çıktığı koşullardan daha acil olduğu da gerekçe olarak ileri sürülmektedir⁹²².

Söz konusu talepler, internet ve sosyal medya aracılığıyla terör örgütlerinin kişileri “işe almasının”, “kendi düşmanlarına karşı savaşılmaya davet etmesinin” veya “terör örgütlerinin ideolojilerini kolayca yayabilmesinin” bir sonucudur. Örneğin, IŞİD'in internet üzerinden başka ülkelerde yaşayanları işe alması ve bu sayede savaşçı toplamasının kolaylaşması, aynı zamanda ileriye yönelik başka zararlı sonuçları da beraberinde getirmektedir. Nitekim başka ülkelerden gelen ve savaşçı olarak işe alınan bu kişiler savaştan sonra ülkelere döndüklerinde veya iade edildiklerinde, örgütle bağlarını sürdürerek hücre yapılanmaları kurabilir, bulundukları ülkelerin milli güvenlikleri için ciddi tehditler oluşturabilir⁹²³. Bu tehditler dikkate alındığında Tsisis'e göre, Brandenburg yaklaşımı, yakın tehlike oluşturan ifadeler bakımından hala geçerlidir. Fakat internette terörizmin kısıktılmasıyla mücadele edilmesinde bir ölçüt olarak kullanılabilir de bu ölçütün terörle mücadele edilmesindeki katkısı sınırlıdır⁹²⁴.

⁹²¹ **Cass R. Sunstein**, “Does the Clear and Present Danger Test Survive Cost-Benefit Analysis?”, *Cornell Law Review*, Vol. 104, Iss. 7, Y. 2019, p. 1781; Sunstein'in önerisi için ayrıca bkz. **Redish/Fisher**, “Terrorizing Advocacy and the First Amendment...”, p. 569. Redish ve Fisher'in de belirttiği gibi bazı yazarlar Yüksek Mahkemenin hukuka aykırı savunuculuğu korumasının güvenliğe gereksiz risk oluşturduğunu savunmaktadır. Bu yazarlardan birisi de Sunstein'dir. Diğer taraftan Brandenburg ölçütüne güvenilmesi gerektiğini ve sakıncalı görülen fikirlerin dahi savunulmasının korunması gerektiğini savunanlar da vardır. Bkz. **Redish/Fisher**, “Terrorizing Advocacy and the First Amendment...”, p. 568-569.

⁹²² Bkz. **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 329.

⁹²³ Bu hususta ayrıca bkz. **Efraim Benmelech/Esteban F. Klor**, “What Explains the Flow of Foreign Fighters to ISIS?”, *Terrorism and Political Violence*, Y. 2018, p. 3; **Wells**, “Assumptions about Terrorism...”, p. 127-128. Terör örgütleri, genellikle ideolojik mesajlarını hareketlerine destek oluşturmak için yayınlar. İnternet sayesinde de küresel çapta mesajlarını kitlelere ulaştırabilmektedirler. Ayrıca örgütlerin yaydığı mesajlarla bazı kişilerin şiddet teşkil eden saldırılar gerçekleştirmeye ikna olduklarına dair verilerin olduğu da görülmektedir. Bkz. **Redish/Fisher**, “Terrorizing Advocacy and the First Amendment...”, p. 568.

⁹²⁴ Tsisis'e göre, Birinci Değişiklik hükümetin kısıktırmayı veya yakın bir zarara yol açması muhtemel olan konuşmayı cezalandırmasını engellemez. Fakat, kişileri gelecekteki terörist operasyonlara katılmaya yönlendiren ve etkileyen çevrimiçi (online) yönlendirmelerin durumu ölçütün gerekleri ve şartlarından farklıdır. Nitekim, internette yayınlanan bir bildiri genellikle yakın bir zarar tehdidinde yol açmaz. Bu nedenle Tsisis, “yakınlık” konusundaki geleneksel mekansal ve zamansal değerlendirmelerin internet

Günümüzde en yaygın sosyal medya platformlarından Instagram, Snapchat gibi uygulamalarla kişilerin hemen gerçekleştirebilecek şiddet ve terör eylemlerine kışkırtılmasına bağlı olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda bu ölçüt, etkili bir şekilde uygulanabilir. Ne var ki Tsisis, bu türden olmayan ve internette uzun vadeli “telkin”, “akıl hocalığı”, “işe alım” gibi amaçlarla yapılan paylaşımlarda ölçütün ifadeye izin vereceğini ve onu koruyacağını; neticede yeni doktrinlere ihtiyaç olduğunu ve Brandenburg’un bu tür ifadelerin sınırlandırılmasında uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır⁹²⁵. Dolayısıyla, yeni koşulların farkında olan yazarlar, yabancı düşmanların ülke topraklarında tehlikeli fikirlerini şimdiye kadar hiç rastlanılmayan ölçüde etkili bir şekilde yayabilmelerinin yol açtığı tehditlerin ifade hürriyetinin sınırları hakkında yeniliklerin yapılmasını gerekli kıldığını ileri sürmektedir⁹²⁶.

Milli güvenlik endişeleriyle ortaya çıkan taleplerin esasını, yeni gelişmeler ışığında Birinci Değişiklik güvencelerine istisnalar eklenerek bazı ifade türlerinin korunmaması ve bu ifadelere yapılan müdahalelerin Brandenburg’un daha esnek formuyla denetlenmesi oluşturmaktadır⁹²⁷. Milli güvenlik temelli istisnalar bu taleplerden önce Birinci Dünya ve İkinci Dünya Savaşı dönemlerinde Yüksek Mahkemenin hükümetin politikalarına saygılı kararlarında da görülebilir. Nitekim ifade hürriyetinin ve diğer hürriyetlerin savaş ve benzer olağanüstü hallerde korunması ile normal dönemlerde korunması arasında fark olduğu vurgusuna sıkça rastlanmaktadır⁹²⁸. Örneğin, Schenck

tabanlı terörist kışkırtmalar bakımından yeterli olmadığını savunmaktadır. Bkz. **Alexander Tsisis**, “Terrorist Incitement on the Internet”, *Fordham Law Review*, Vol. 86, Iss. 2, Y. 2017, p. 369.

⁹²⁵ **Alexander Tsisis**, “Terrorist Speech on Social Media”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 70, Iss. 2, Y. 2019, p. 667; **Wells**, “Assumptions about Terrorism...”, p. 129; ayrıca bkz. **Chen**, “Free Speech...”, p. 389-390; **Sunstein**, “Does the Clear and Present Danger Test...”, p. 1782. Sunstein terör örgütlerinin her gün kışkırtma ve işe alma faaliyetlerinde bulunduklarını ve bu örgütlerin ilk silahlarının konuşma olduğunu belirtmektedir. Yazara göre terör örgütlerinin internette ve başka mecralarda yer alan ifadelerinin cinayet, şiddet, yıkım çağrısı içermesine ve nefretle dolu olmasına rağmen bu ifadelerin pek çoğu yakın gelecekte hukuka aykırı eylemlere yol açmaz. Bu bakımdan açık ve mevcut bir tehlike de ortaya çıkmaz. Bkz. **Sunstein**, “Does the Clear and Present Danger Test...”, p. 1782.

⁹²⁶ **Eric Posner**, “ISIS Gives Us No Choice But to Consider Limits on Speech”, *Slate*, 15.12.2015, <https://slate.com/news-and-politics/2015/12/isis-online-radicalization-efforts-present-an-unprecedented-danger.html>, (E.T. 07.09.2024); **Wells**, “Assumptions about Terrorism...”, p. 128; ayrıca bkz. **Ruane**, “The Advocacy of Terrorism on the Internet...”, p. 9-10.

⁹²⁷ Bkz. **Chen**, “Free Speech...”, p. 385-386; **Han**, “Terrorist Advocacy and Exceptional Circumstances”, p. 488, 495-497.

⁹²⁸ **Chen**, “Free Speech...”, p. 386-388. I. Dünya Savaşı sırasında Casusluk Kanunu uyarınca savaş çabalarını eleştiren kişilerin mahkûm edilmesi, II. Dünya Savaşı sırasında Japon kökenli kişilerin haklarına yapılan yoğun müdahaleler ve baskılar, Soğuk Savaş sırasında hükümetin komünistlere karşı aldığı tedbirler Mahkeme tarafından onaylanmıştır. Mahkeme, savaş zamanlarında yürütme ve yasama organlarına gösterdiği saygıyla verdiği pek çok kararda ifade hürriyeti başta olmak üzere anayasal haklara yapılan müdahalelere izin vermiştir. Bkz. **Tuley**, “Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 587-588.

kararında Holmes, olağan zaman ve şartlarla, savaş gibi olağan dışı zaman ve şartlar arasında ayırım yaparak normal şartlarda dile getirilebilecek ifadelerin, diğer bir deyişle açıklanabilecek düşüncelerin savaş koşullarında ifade edilmesine müsaade edilemeyeceğini belirtmiştir⁹²⁹. Yine yakın ve ciddi (büyük) bir tehlikenin alınan kararları haklı çıkaracağını kabul edildiği Korematsu kararında da Mahkeme, prensip olarak ayrımcılığı Anayasaya aykırı görse de savaş zamanında düşmanla etnik bağları bulunanların diğer kişilerden daha büyük bir tehlike kaynağı olabileceğini kabul ederek normal dönemlerle savaş dönemi arasındaki farkı benimsemiştir⁹³⁰. Mahkemenin bu tutumu, belli koşullara özgü bazı istisnaların kabul edildiğini söylemeye ve buna dayanarak yeni gelişmelere uygun istisnaların talep edilmesine olanak sağlamaktadır.

Redish ve Fisher de ifade hürriyetine yeni istisnaların eklenmesini savunan yazarlardandır. Kimi yazarlar modern terörist ifadelerin özel bağlamında, geleneksel Birinci Değişiklik korumasının askıya alınması gerektiğini öne sürmesine karşın Redish ve Fisher, suç teşkil eden terörist ifadelerin, hem “korunmayan tehdit” hem “korunan-hukuka aykırı eylemlerin savunulması” ifade türleriyle kesişebileceğini belirtmektedir. İfade kategorilerinin iç içe geçmesi ise çoğu kez fark edilememektedir⁹³¹. Bu nedenle yazarlar, ifadenin “zorlayıcı konuşma dışı unsurlarını” (coercive nonspeech element) ve “ikna edici ifade unsurlarını” (persuasive expressive element) aynı anda tanımak için bu tür karma ifadelerin Birinci Değişiklikte yeni bir ifade türü olarak ele alınmasını önermekte ve buna “terörize eden savunuculuk” (terrorizing advocacy) ismini vermektedirler. Yazarlar terörize edici savunuculuğu da gerçek bir tehdidin korunmayan unsurlarını taşıyan ve korunan bir tür hukuka aykırı davranışın savunulması olarak tanımlamaktadır. Terörize edici savunuculuk, konuşmanın hem korunan “ikna” unsurunu hem de korunmayan “korkutucu-zorlayıcı” unsuru içermektedir. Sonuçta Birinci Değişiklik doktrinlerinin de “terörize edici savunuculuğun” doğasına uygun olarak yeniden ele alınması gerektiği önerisi yapılmaktadır⁹³².

⁹²⁹ Bkz. **Schenck v. United States**, p. 52; **Dow**, “The Moral Failure of the Clear and Present Danger Test”, p. 736.

⁹³⁰ **Korematsu v. United States**, p. 217-219; ayrıca bkz. **Hirabayashi v. United States**, p. 101-102; **Chen**, “Free Speech...”, p. 387. Mahkeme, Korematsu kararında bazılarının sadakatsizliğine dair kanıtların mevcut olması sebebiyle tüm bir etnik gruba uygulanan sınırlamaların, kararın verildiği sakin koşullarda haksız olduğunun söylenemeyeceğini hatırlatmıştır. Mahkemeye göre tedbirlerin uygulandığı koşulların dikkate alınması gerekir. Bkz. **Korematsu v. United States**, p. 223-224.

⁹³¹ **Redish/Fisher**, “Terrorizing Advocacy and the First Amendment...”, p. 566-567.

⁹³² **Redish/Fisher**, “Terrorizing Advocacy and the First Amendment...”, p. 566-567.

İfade hürriyetine istisna tanınmasının yanı sıra terörün savunulmasında Brandenburg gereklerinin esnetilerek yeni suçların benimsenmesini savunan yazarlar da vardır⁹³³. Örneğin Posner, yayıncıları Amerika’da bulunmayan ancak IŞİD’i öven, destekleyen, teşvik eden veya IŞİD tarafından eleman alımını destekleyen web sitelerine erişimin; bu web sitelerinden bağlantı, video, resim veya metinlerin paylaşılmasının; insanları bu web sitelerine erişmeye teşvik etmenin suç olarak düzenlenmesini önermiştir⁹³⁴. Posner’ın bu önerisi, yayını yapanı yani ifadenin kaynağını değil daha çok yayının muhatabına yönelik yasaklar içermektedir. Bu bakımdan öneri, eylem ve ifade arasında ayırım yapmadığı gibi paylaşılan içeriğin görüntülenmesinin ve paylaşılmasının suç sayılmasını kapsamaktadır. Dolayısıyla burada ilk bakışta, kişilerin maruz kaldıkları fikirlerin kötü olduğunu seçemeyeceği ve kötü/zararlı fikirlerin etkisinde kalarak terörü destekleyebileceği kabulüne dayanarak kişilerin alternatif bilgilere ve fikirlere erişmesinin engellenmesinin ve ifade hürriyetinin sınırlandırılmasının önerildiğini söylemek gerekir⁹³⁵.

Brandenburg’un yalnızca “yakın gelecekte tehlike oluşturan ifadelerin sınırlandırılabilmesine” izin vermesini eleştiren⁹³⁶ Tsesis, ifade ve milli güvenlik arasında dengenin kurulabileceğini, bazı sınırlı kategorilerde yer alan ifadeler sınırlandırılırken müzakereci demokrasinin de (deliberative democracy) korunabileceğini ifade etmiştir. Yazara göre, zaten terörü kışkırtan ve terör propagandası yapan ifadeleri sınırlandırmak için Birinci Değişiklikle ilgili içtihatlar da mevcuttur⁹³⁷. Tsesis’in Birinci Değişiklik doktrinlerine dayanan bu önerisi, kışkırtma doktrini, gerçek tehdit doktrini ve teröre materyal desteği doktrinini içermektedir. Ona göre, Schenck’ten itibaren kışkırtma doktrini kullanılmaktadır. Ancak Brandenburg’un gerekleri terörün savunulması olgusuyla uyumlu değildir. Diğer yandan Mahkeme, pek çok kararında tehdidin gerçekliğini araştırmış ve gerçek tehdit doktrinini uygulamıştır. Bu doktrin de gerçek bir tehdide yol açmayan ve terörü savunan ifadelerin sınırlandırılmasına imkân tanımaz.

⁹³³ Bkz. **Tsesis**, “Terrorist Speech on Social Media”, p. 662 vd.; **Posner**, “ISIS Gives Us No Choice but to Consider Limits on Speech”; **Redish/Fisher**, “Terrorizing Advocacy and the First Amendment...”, p. 569-570.

⁹³⁴ **Posner**, “ISIS Gives Us No Choice but to Consider Limits on Speech”; **Chen**, “Free Speech...”, p. 388; **Wells**, “Assumptions about Terrorism...”, p. 128; **Han**, “Terrorist Advocacy and Exceptional Circumstances”, p. 494; **Redish/Fisher**, “Terrorizing Advocacy and the First Amendment...”, p. 569-570.

⁹³⁵ **Chen**, “Free Speech...”, p. 389.

⁹³⁶ **Chen**, “Free Speech...”, p. 389.

⁹³⁷ **Tsesis**, “Terrorist Speech on Social Media”, p. 664-675.

Dolayısıyla tek başına iki doktrin sosyal medyada terörün savunulmasının yasaklanmasını öngörecek bir kanunun kabul edilmesi için yeterli değildir. Bu nedenle Tsisis, bunların yanında teröre materyal desteği doktrininin uygulanmasını önermektedir⁹³⁸.

Materyal desteği doktrinine ilişkin referans karar ise Holder v. Humanitarian Law Project kararıdır. Dışişleri Bakanı'nın yabancı terörist olarak nitelendirdiği örgütlere maddi destek veya kaynak sağlamayı yasaklayan bir federal kanunun anayasaya uygunluğunu onayladığı Holder v. Humanitarian Law Project kararında Mahkeme kanunun terör örgütlerine, hukuki başvurular ve müzakereler hakkında teknik ve uzmanlaşmış bilgi veren kişiler ile bunları iyi niyetli kuruluşlara veya taraflara ileten kişiler arasında ayırım yaptığını kabul etmiştir. Bu nedenle davadaki ayrımcılık, iğrenç veya hoş karşılanmayan ifadelerdeki içerik temelli ayrımcılıktan farklı görülmüştür⁹³⁹. Mahkeme, bu davada sıkı denetim yaptığını iddia etmiş olsa da hükümetin politikalarına saygılı bir şekilde karar vermiş; Kanununun bir ideolojiyi savunmayı ve benimsemeyi yasaklamadığını, yalnızca hukuka aykırı eylemlere bilerek destek vermeyi yasakladığını kabul etmiştir. Tsisis'e göre konuya Brandenburg açısından yaklaşıldığında Holder v. Humanitarian Law Project ile Brandenburg koşulları farklıdır. Olayın bağlamına göre ifadelerin içerikleri halkın terörden korunabilmesi için sınırlandırılabilir. Bu çerçevede hükümetin, örgütün şiddet faaliyetlerini destekleyecek propaganda gücünün engellemesinde menfaati vardır⁹⁴⁰.

Sonuç olarak Tsisis, Holder v. Humanitarian Law Project'in kararının, teröristler ve terör örgütleriyle iş birliği, sponsorluk, propaganda veya eleman alımına karşı federal bir ceza kanunun hazırlanmasında rehber olarak kullanılabileceğini savunmuştur. Çünkü ona göre, Dışişleri Bakanlığı tarafından belirlenmiş olan terör örgütleri arasındaki gruplarla iş birliği yapmayı, onları meşrulaştırmayı, örgütler tarafından işe alımı,

⁹³⁸ **Tsisis**, "Terrorist Speech on Social Media", p. 670; **Wells**, "Assumptions about Terrorism...", p. 129, 143.

⁹³⁹ **Tsisis**, "Terrorist Speech on Social Media", p. 671. Kararın sonucuna göre ifade hürriyeti-milli güvenlik çatışmasında hükümete geniş yetkiler tanınmış; sıkı denetim esnetilmiş ve içerik ayrımcılığının yapılması kolay hale gelmiştir. Buna göre sansüre varacak müdahalelerin dahi önü açılmıştır. Bkz. **Cole**, "The First Amendment's Borders...", p. 156-162.

⁹⁴⁰ **Tsisis**, "Terrorist Speech on Social Media", p. 673-674. Holder v. Humanitarian Law Project kararı Brandenburg yaklaşımının da esnetilmesi, suçlu savunmayan konuşmaların dahi yasaklanması anlamına gelmektedir. Bkz. **Cole**, "The First Amendment's Borders...", p. 156-158. Koşulların farklı olduğu iddiası kısmen doğru olsa da bu, ifade hürriyetinin daha az korunması gerektiği fikrini desteklemeye yetmez.

koordinasyon sağlanmasını amaçlayan sosyal medya gönderileri devletin harekete geçmesi için zorlayıcı sebepler olarak kabul edilmelidir⁹⁴¹. Ayrıca kararda sıkı denetim etkili olmuşsa da sıkı denetimin gereklerinin sağlandığını söylemek çok zordur. Diğer taraftan davaya konu ifadeler istisna, yani korunmayan ifadeler olarak da görülmemiştir. Bu bakımdan Holder v. Humanitarian Law Project kararı, aslında Mahkemenin, Brandenburg'u terk etmekte istekli olduğuna dair bir ipucu da verebilir⁹⁴².

Talep ve önerilerin gerekçelerinin haklı yanlarının olduğunu belirtmek gerekir. Günümüzde internetin gelişmesi ve yaygınlaşması; sosyal medya platformlarının terörün savunulması, şiddet yöntemi ve araçlarının öğrenilmesini sağlaması gibi pek çok riskler taşımaktadır. Bunlar 21. yüzyılın getirdiği yeni olgulardır. Ancak içerisinde bulunduğumuz yüzyılın getirdiklerine rağmen ifade hürriyetinin sınırlandırılmasının kolaylaştırılması ve yeni istisnaların belirlenmesine ilişkin talep ve önerilerin kendisi önemli riskler taşımaktadır. Söz konusu riskleri çeşitli başlıklar altında toplamak mümkündür. Ancak milli güvenlik bağlamında, bu risklerden en önemlilerini iki başlık altında ele alabiliriz: (i) Siyasi muhalefetin bastırılması, (ii) çoğunluğunu Müslümanların oluşturduğu azınlıkların anayasal güvencelerden yeterince yararlanamaması ve siyasi iktidar karşısında bu grupların kolay hedef haline gelmesi.

İlk olarak, Brandenburg yaklaşımının esnetilmesi siyasi muhalefetin kolaylıkla bastırılması için gerekli koşulları oluşturur. Dünya savaşları ve Soğuk Savaş yıllarında, savaş karşıtı muhalefet ile hükümetin devrilmesini savunanlar yakın ve ciddi tehdit oluşturmaya da veya ifadeler düşünce açıklamasından eyleme geçmemiş olsa da kolayca sınırlandırılmıştır. Dennis, Whitney, Yates gibi yukarıda üzerinde durduğumuz kararlarda Mahkeme, makul ve yakın bir gelecekte eyleme dönüşmeyen soyut düşüncelerin de yasaklanmasını Birinci Değişiklik güvencelerine aykırı görmemiştir. Ancak Brandenburg, bu içtihatların yanlış olduğunu ortaya koymuş, ifade hürriyetinin sınırlandırılmasını, çeşitli eksiklikler taşısa da, zor şartlara bağlamıştır. Bu nedenle, terör çağında milli güvenliğin korunması için ifade hürriyetinin sınırlandırılmasını kolaylaştırmayı talep eden ve öneren yazarların istediklerinin yerine getirilmesi yaklaşık yüzyıl önce deneyimlenmiş olanın tekrar hayata geçirilmesine yol açar. Dolayısıyla bu

⁹⁴¹ **Tsisis**, “Terrorist Speech on Social Media”, p. 675; eleştiriler için bkz. **Wells**, “Assumptions about Terrorism...”, p. 143-147.

⁹⁴² **Powe, Jr.**, “Brandenburg...”, p. 83.

sayede hükümet, terör eylemini gerçekleştirmeyen, ancak ideolojik olarak terörü ya da teröristleri savunduğu ve desteklediği için siyasi muhalefet üzerinde baskı kurabilir⁹⁴³.

Konuya ayrıca internetin etkisi ve hükümetin terör tanımını kullanma şekli bakımından yaklaşabiliriz. Öncelikle internetin terör örgütleri bakımından etkili bir araç olması, internet aracılığıyla yapılan düşünce açıklamalarının daha kolay sınırlandırılması için yeterli bir sebep olarak görülemez. Birinci Değişiklik korumasının interneti de kapsadığının kabul edildiği *Reno v. ACLU* kararında Mahkeme, internet ortamındaki ifadelerin içeriğe dayalı olarak sınırlandırılmasında da sıkı denetim yapılması gerektiğini benimsemiş, ifadelerin internet ortamında olmasının ifade hürriyetinin kolay bir şekilde sınırlandırılması için gerekçe olamayacağını belirtmiştir⁹⁴⁴. Mahkeme bu kararda, “yeni fikir pazarının” çarpıcı bir şekilde genişlediğini ve bu genişlemenin devam ettiğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre, anayasal geleneğe uygun olarak “hükümetin ifadenin içeriğini düzenlemesinin fikirlerin serbestçe paylaşılmasını teşvik etmek yerine engellemesi daha yüksek bir ihtimaldir”. Bu çerçevede demokratik bir toplumda ifade hürriyetini teşvik etme menfaati, sansürün teorik ancak kanıtlanmamış herhangi bir faydasından daha ağır basar⁹⁴⁵. Bu bakımdan, milli güvenlik söz konusu olduğunda da ifadelerin internet ortamında olması, ifade hürriyetinin sınırlandırılmasında genel doktrinlerden sapmayı gerektiren bir sebep olmamalıdır⁹⁴⁶. Aksinin kabul edilmesi Mahkemenin de belirttiği gibi milli güvenlik gerekçesiyle ifadelerin içeriğinin düzenlenmesine ve muhalif görüşlerin engellenmesine sebep olur. İçeriğe dayalı böyle bir müdahalenin, yani sansüre varan bir müdahalenin varlığı demokratik toplumda sağladığı menfaat ne olursa olsun ifade hürriyeti gibi üstün bir menfaati engeller.

Günümüzde siyasi iktidarın çeşitli muhalif hareketleri terörizmin belirsiz tanımının sağladığı kolaylıkla terör eylemi olarak sınıflandırmakta istekli olması, Brandenburg gereklerinin esnetilmesinin siyasi muhalefet üzerinde yol açacağı baskı

⁹⁴³ İfadeler üzerinde aşırı sınırlandırmalar ya da sansür uygulamaları ifade hürriyetiyle ve demokratik toplum yapısıyla bağdaşmaz. Kaldı ki, tarih göstermektedir ki olağanüstü koşullarda Amerika’da ifade hürriyetinin bastırılması eğilimi hep vardır. Bkz. **Redish/Fisher**, “Terrorizing Advocacy and the First Amendment...”, p. 570.

⁹⁴⁴ **Reno v. ACLU (American Civil Liberties Union)**, 521 U. S. 844 (1997), p. 885; **Rafic H. Barrage**, “Reno v. American Civil Liberties Union: First Amendment Free Speech Guarantee Extended to the Internet”, *Mercer Law Review*, Vol. 49, N. 2, Y. 1998, p. 635-636.

⁹⁴⁵ **Reno v. ACLU**, p. 885; **Barrage**, “Reno v. American Civil Liberties Union...”, p. 639

⁹⁴⁶ Kararın bu çerçevede yorumlanmasına ilişkin bkz. **Ruane**, “The Advocacy of Terrorism on the Internet...”, p. 12.

hakkında ipucu vermektedir⁹⁴⁷. Mahkemelerin Brandenburg'un yakın bir zarar gerekliliğiyle kısıtlanmamış bir versiyonu uygulaması halinde hükümet organları, Brandenburg'dan önce yapıldığı gibi yaygın olarak kabul görmemiş (popüler olmayan) grupları cezalandırmak için “terör, terörizm vb.” yakıştırmalarını rahatlıkla kullanabilir. İfade hürriyetinin “terörizm” sebebiyle daha kolay sınırlandırılmasının istendiği koşullar dikkate alındığında, Brandenburg geçerliken bile Amerika'da beyazların üstünlüğünü savunan grupların eylem ve ifadelerinin terör eylemi sınıfına alınmasında isteksiz davranılmasına karşın Müslümanların veya diğer bazı grupların eylem ve ifadeleri kolaylıkla terör eylemi olarak görülmektedir. Bu da göstermektedir ki hükümet, ifade hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin güvenceler esnetildiğinde çok daha kolay bir şekilde bakış açıları arasında ayırım yapabilir⁹⁴⁸.

Bugün Amerika'ya baktığımızda beyazların üstünlüğünü savunan ve beyaz Hristiyan milliyetçi örgütlerin internet ortamındaki ifadelerinin uluslararası cihatçı (jihadist) örgütlere çok benzediği tespit edilmiştir. Yine benzer şekilde bu örgütlerin de Twitter gibi sosyal medya platformlarını kullanarak eleman işe aldıkları, şiddet içeren eylem planı yaptıkları ve yayınladıkları, ideolojilerini paylaştıkları görülmüştür. İfade hürriyeti kural olarak tüm düşüncelerin eşitliğine dayalı olmasına rağmen, hükümet organları bu grupların ifadelerini terörizm savunuculuğu olarak değil, nefret söylemi olarak sınıflandırma eğilimindedir⁹⁴⁹. Bu bağlamda Wells, özellikle beyaz milliyetçi örgütlerin ifadelerinin terörist savunuculuğun düzenlenmesi kapsamına alınmasının sansürleme olarak değerlendirildiğini vurgular. Görüldüğü gibi terörizm kavramı, hükümetin yok etmek istediği yerel grupları ortadan kaldırmak için kullanılabilir. Ancak aynı kavram onaylanan/desteklenen grupları bunun dışında tutabilmek için gereken araçları da hükümete verir. Sonuç olarak terörizm kavramı, ırk ve din temelinde ayrımcılık yapılmasına olanak sağlar. Bu ayrımcılık ise bugün terörizmin özellikle Müslümanlardan kaynakladığı algısına sebep olmaktadır⁹⁵⁰. Dolayısıyla, bu hususla ilgili

⁹⁴⁷ Wells, “Assumptions about Terrorism...”, p. 135.

⁹⁴⁸ Ayrıca bkz. Wells, “Assumptions about Terrorism...”, p. 141-142.

⁹⁴⁹ Wells, “Assumptions about Terrorism...”, p. 138-140.

⁹⁵⁰ Wells, “Assumptions about Terrorism...”, p. 138-140. 11 Eylül Saldırılarından sonra alınan tedbirlerin çoğunun hedefinde Müslümanlar olduğuna dair ayrıca bkz. Cankar, “Special Registration...”, p. 2. Amerika'da beyazların eylemlerinin yerel veya yurtiçi (domestic) terör olarak nitelendirilmeyip yaygın olarak terörün Araplar ya da Müslümanlarca gerçekleştirilen eylemler olarak ele alınması ırkçı bir ayrımcılığa dayalıdır. Amerika'daki pek çok terör eylemi Müslümanlar tarafından gerçekleştirilmemiş olsa bile, İslam ya da Müslümanlar terörle çok daha fazla ilişkilendirilmektedir. Irkçılığın bu yöndeki etkisine

olan ikinci risk güvencelerin esnetilmesinin çoğunluğunu Müslümanların oluşturduğu azınlıkların anayasal güvencelerden yeterince yararlanamaması ve siyasi iktidar karşısında bu grupların kolay hedef haline gelmesidir⁹⁵¹.

Kanaatimizce, terörle mücadele ve terör olgusu, gelişen teknolojiyle birlikte hayatımızın farklı alanlarına girecektir. Bu nedenle Amerikan hükümetinin de yeni şartlara uygun tedbirler alması ve terörle etkili mücadele etmenin yollarını bulması gerekir. Fakat ifade hürriyetinin sınırlandırılmasının kolaylaştırılması bu yollardan birisi değildir. Kaldı ki, Amerika’da Kongrenin çıkardığı veya çıkaracağı kanunlarla hükümetin terörle mücadele etmesi mümkündür. İfade hürriyetini ihlal etmeden terörle etkili bir şekilde mücadele edilmesini sağlayacak araçların olduğuna şüphe yoktur. İnternet ve sosyal medyanın terörün aracı haline geldiği iddiası, tek başına ifade hürriyetinin sınırlandırılmasının kolaylaştırılmasında bir sebep olacaksa her geçen gün, ifade hürriyeti başta olmak üzere anayasal hürriyetlerin aleyhine olan sonuçlara yol açar. Sonuç olarak yeni istisnaların belirlenmesi ve Brandenburg’un esnetilmesinin, mevcut ilke ve doktrinlere uygun müdahalelerin yapılması ve hatta bazı yetersiz yaklaşımların/doktrinlerin terk edilmesi demokratik topluma daha uygundur. Sonu olmadığını bildiğimiz terörle mücadelede talep edilen istisnaların geçici bir dönemde uygulanmak istenen istisnalar gibi görülmesi mümkün değildir⁹⁵².

(2) Milli Güvenlik ve TikTok

Amerika’da ifade hürriyetine ilişkin diğer güncel bir konu ise TikTok’un milli güvenlik sebebiyle kapatılması tartışmasıdır. Son yıllarda sosyal medya kullanımının artmasıyla TikTok başta olmak üzere yabancı ülke menşeli sosyal medya platformlarının milli güvenliğe tehdit oluşturduğu iddia edilmektedir. 2020’li yıllarda en güncel konulardan biri olan sosyal medya platformlarının milli güvenliğe “açık ve mevcut tehlike” oluşturması sebebiyle yasaklanması tartışmaları⁹⁵³ çalışmamız açısından önem

ilişkin daha fazla bilgi ve kapsamlı değerlendirmeler için bkz. **Michael J. Whidden**, “Unequal Justice: Arabs in America and United States Antiterrorism Legislation”, Fordham Law Review, Vol. 69, Iss. 6, Y. 2001, p. 2869 vd.

⁹⁵¹ **Chen**, “Free Speech...”, p. 391.

⁹⁵² Benzer yönde bkz. **Chen**, “Free Speech...”, p. 390-391.

⁹⁵³ Bkz. **John Rose**, “TikTok Currently Poses ‘Clear and Present Danger’ to the United States”, 12.03.2024, <https://johnrose.house.gov/media/press-releases/rep-rose-tiktok-currently-poses-clear-and-present-danger-united-states>, (E.T. 09.09.2024).

ifade etmektedir. Bu çerçevede TikTok örneği üzerinden güncel gelişme ve tartışmalara kısaca yer vereceğiz.

TikTok ve WeChat gibi uygulamaların milli güvenlik endişelerine yol açması, Amerikalı kullanıcıların verilerinin Çin hükümeti tarafından erişilebilir olmasına dayanmaktadır. Dolayısıyla sahibi Çinli bir şirket olan TikTok'un⁹⁵⁴ sebep olduğu endişelerin çoğu veri güvenliğinin sağlanması ve buna bağlı olarak Amerikalıların verilerinin milli güvenlik için tehdit olan bir devletin eline geçmesi ihtimali ile ilgilidir⁹⁵⁵. Nitekim TikTok, ad, yaş, dil bilgilerini; konum verilerini, iletişim bilgilerini, kullanıcıların mesajları dahil yüklenen tüm verileri toplamaktadır. Bu toplanan veriler TikTok'un algoritmasını yönlendirmektedir⁹⁵⁶. Uygulamanın hassas verilerin toplamasını milli güvenlik konusu haline getiren şey ise bu verilerin ülke dışına çıkarıldığı ve Çin hükümetine verildiği şüphesidir. Bununla birlikte uygulamaya ilişkin diğer bir endişe ise Çin hükümetinin TikTok'u kullanarak dezenformasyon yapabilme imkanına sahip olmasıdır. Bu iddialar şirket tarafından reddedilmiş ve hükümet tarafından ispatlanamamış olsa da Amerikan hükümetinin uygulama üzerindeki şüpheleri dinmiş değildir⁹⁵⁷.

Kişisel verilerin güvenliğiyle ilgili endişelerle birlikte, TikTok'un Çin Komünist Partisine ABD Federal çalışanlarının ve yüklenicilerinin yerini takip etme ve yerel şirketlere karşı casusluk yapma erişimi sağlama olasılığının olduğu da ileri sürülmüştür. TikTok'un Hong Kong'daki protestolar ve Uygurlar ile diğer Müslüman azınlıklara yönelik muamelelerle ilgili bazı içerikleri sansürlediğine ilişkin raporların varlığı, COVID-19 virüsüne ilişkin Çin Komünist Partisi'ne fayda sağlayan dezenformasyon ve

⁹⁵⁴ TikTok, merkezi Pekin'de yer alan ve dünyanın çeşitli şehirlerinde ofisleri bulunan ByteDance'in bir teknoloji kuruluşudur. Bkz. **Mansur Juned/Siti Maryam/Syahrul Salam/Rahmadini Agung Ayu Utami**, "TikTok's Conflict of Interest with the US Government: Between Big Data Security and Economics (2017-2023)", *European Journal of Communication and Media Studies*, Vol. 2, Iss. 4, Y. 2023, p. 3.

⁹⁵⁵ Bkz. **Robert L. Rembert**, "TikTok, WeChat, and National Security: Toward a U.S. Data Privacy Framework", *Oklahoma Law Review*, Vol. 74, Iss. 3, Y. 2022, p. 472.

⁹⁵⁶ Teknik bilgi ve değerlendirmeler için bkz. **Doug Jacobson**, "Should governments ban TikTok? Can they? A cybersecurity expert explains the risks the app poses and the challenges to blocking it", *The Conversation*, 23.03.2023, <https://theconversation.com/should-governments-ban-tiktok-can-they-a-cybersecurity-expert-explains-the-risks-the-app-poses-and-the-challenges-to-blocking-it-202300>, (E.T. 09.09.2024); **Juned/Maryam/Salam/Utami**, "TikTok's Conflict...", p. 3.

⁹⁵⁷ **Rembert**, "TikTok, WeChat, and National Security...", p. 473-476; **Juned/Maryam/Salam/Utami**, "TikTok's Conflict...", p. 4.

propaganda kampanyaları için kullanılabileceği şüphesi de konuyu hassas hale getirmektedir⁹⁵⁸.

Bu gerekçelerle TikTok'un yasaklanması girişimlerinin tarihi gelişimine kısaca bakmamız gerekir. ByteDance, 2018'de Amerikan şirketi Musical.ly'yi TikTok ile birleştirmiştir. Bunun üzerine 2019 yılında milli güvenlik soruşturması için TikTok'u araştırma emri çıkarılmıştır. Yabancıların Amerikan şirketlerini satın aldığı çeşitli anlaşma süreçlerindeki potansiyel milli güvenlik risklerini incelemekle görevli olan Yabancı Yatırım Komisyonunun (CFIUS) inceleme raporuna göre, TikTok'un Musical.ly'yi satın almasının CFIUS onayından geçmediği görülmektedir. CFIUS'ın soruşturması ayrıca TikTok'un hassas içeriklere, özellikle de siyasi içeriklere sansür uygulayacağı endişelerine ve TikTok'un kullanıcılarının verilerinin depolanmasını nasıl yönettiğinin tespit edilmesine dayanmaktadır⁹⁵⁹.

Dönemin Başkanı Donald Trump, "TikTok'un Oluşturduğu Tehdit ile Mücadele Kararnamesi"ni çıkararak, "bilgi ve iletişim teknolojisi ve hizmet tedarik zinciriyle" ilgili olağanüstü hal ilan etmiş, bu riskleri "gerçek (real)" olarak değerlendirmiştir⁹⁶⁰. TikTok'tan, hisselerinin bir kısmını satın almaya istekli bir Amerikan şirketi bularak ona satması emredilmiş; ByteDance'in karar yayınlandıktan sonraki 45 gün içinde birincil sahip olmasının önlenmesi hedeflenmiştir. Talep yerine getirilmezse son çare olarak aynı süre içinde TikTok ofislerinin kapatılacağı düzenlenmiştir⁹⁶¹. Bu Kararnamenin gerekleri yerine getirilmeden Başkanlığa Joe Biden seçilmiş ve Trump'ın kararnamesini yürürlükten kaldırmıştır⁹⁶². Daha sonra Biden da bir kararname çıkarmıştır. Biden'ın çıkardığı Başkanlık Kararnamesi, veri toplamanın ve bazı hassas bilgilerin yabancı düşmanların eline geçmesinin "önemli bir risk" (a significant risk) olduğunu kabul etse de bu tür uygulamaların ABD için gizli siber güvenlik tehlikesi oluşturduğundan emin

⁹⁵⁸ TikTok Kararnamesinde belirtilen bu gerekçeler için bkz. **Executive Order on Addressing the Threat Posed by TikTok**, 06.08.2020, <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/executive-order-addressing-threat-posed-tiktok/>, (E.T. 09.09.2024).

⁹⁵⁹ Juned/Maryam/Salam/Utami, "TikTok's Conflict...", p. 3-5.

⁹⁶⁰ Bkz. **Executive Order on Addressing the Threat Posed by TikTok**.

⁹⁶¹ **Executive Order on Addressing the Threat Posed by TikTok**, § 1, (a).

⁹⁶² **Executive Order on Protecting Americans' Sensitive Data from Foreign Adversaries**, 09.06.2021, § 1, <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/executive-order-addressing-threat-posed-tiktok/>, (E.T.09.09.2024).

olmak için kanıta dayalı bir yaklaşımın gerekli olduğunu savunmuştur⁹⁶³. Birkaç yıl sonra ise, yani 24 Nisan 2024'te Biden, TikTok'un satılmaması halinde kapatılmasını öngören bir Kanunu imzalamıştır⁹⁶⁴.

7 Mayıs 2024'te TikTok, 14 Mayıs 2024'te ise bazı TikTok kullanıcıları bu yasağın Birinci Değişikliği ihlal ettiği iddiasıyla dava açmışlardır. Fakat 6 Aralık 2024 günü Temyiz Mahkemesi⁹⁶⁵, milli güvenlik endişelerinin TikTok'un Birinci Değişiklik haklarından daha ağır bastığına karar vermiş; talepleri reddetmiştir. 17 Ocak 2025'te Yüksek Mahkeme de Temyiz Mahkemesinin kararını onamış ve Birinci Değişikliğin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁹⁶⁶.

Yüksek Mahkeme kararında, öncelikle kanunun ifade hürriyetine müdahale edip etmediğini tartışmış ve iletişimsel davranışları düzenleyen her kanunun doğrudan ifade hürriyetini hedef almadığını ortaya koymuştur. Mahkemeye göre olayda Kanunun korunan ifadeleri ve iletişimsel davranışları doğrudan düzenlediği açık değildir. Fakat dava Birinci Değişiklik meselesi olarak ele alınmış ve buna göre inceleme yapılmıştır⁹⁶⁷. Açıklanan düşüncelerin içeriğine müdahale edilmediğini ve fikirler açısından bir ayırım yapılmadığını belirleyen Mahkeme, davaya konu olan kuralların tarafsız olduğu kanaatine ulaşmış; sıkı denetim yerine, orta düzey denetim uygulamıştır. Denetim sonucunda Kanunun ifade hürriyetini sınırlandırma amacına sahip olmayan bir menfaati korumak için çıkarıldığı, ifade hürriyeti üzerinde gerekenden fazla yük getirmediği sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca orta düzey denetimde hükümetin en az sınır getiren

⁹⁶³ Biden'ın konuya ilişkin değerlendirmeleri için bkz. **Executive Order on Protecting Americans' Sensitive Data from Foreign Adversaries**; ayrıca bkz. **Juned/Maryam/Salam/Utami**, "TikTok's Conflict...", p. 4.

⁹⁶⁴ **Bobby Allyn**, "President Biden signs law to ban TikTok nationwide unless it is sold", 24.04.2024, <https://www.npr.org/2024/04/24/1246663779/biden-ban-tiktok-us>, (E.T. 09.09.2024); **Jon Porter**, "TikTok ban: all the news on attempts to ban the video platform", <https://www.theverge.com/23651507/tiktok-ban-us-news>, (E.T. 09.09.2024); **Brian Fung**, "Biden just signed a potential TikTok ban into law. Here's what happens next", 24.04.2024, <https://edition.cnn.com/2024/04/23/tech/congress-tiktok-ban-what-next/index.html>, (E.T. 09.09.2024).

⁹⁶⁵ Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi Columbia Bölge Dairesi (United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit).

⁹⁶⁶ **Antonio Pequeño IV/Mary Whitfill Roeloffs**, "TikTok Ban Timeline: TikTok Returns to U.S. App Stores—For Now", 14.02.2025, <https://www.forbes.com/sites/antoniopequenoi/2025/02/14/tiktok-ban-timeline-tiktok-returns-to-us-app-stores-for-now/>, (E.T. 15.02.2025). Temyiz Mahkemesi kararı ve Yüksek Mahkeme kararı için bkz. **TikTok Inc., et al., Petitioners v. Garland/Brian Firebaugh, et al., Petitioners v. Garland**, 604 U. S. ____ (2025), I-C, p. 6.

⁹⁶⁷ **TikTok... v. Garland**, II-A, p. 7-9.

müdahaleyi uygulama zorunluluğu bulunmadığı⁹⁶⁸ da hatırlatılmıştır. Neticede Kanun, yabancı bir düşman olan Çin'in ByteDance Ltd. üzerindeki kontrolünü Amerikalı TikTok kullanıcılarının kişisel verilerini ele geçirmek için kullanmasını önlemek için tasarlandığından orta düzey denetimi geçmiştir⁹⁶⁹.

Kararın verilmesinin ardından 19 Ocak'ta TikTok'a yönelik ülke çapında bir yasak yürürlüğe girmiş, internet servis sağlayıcılarının ve uygulama mağazalarının bu uygulamayı sunması yasaklanmıştır. Ancak göreve başladıktan hemen sonra Trump, TikTok yasağını 75 gün boyunca durduran ve yasağı 90 güne kadar erteleme yetkisini de içeren bir kararname çıkarmıştır. Sorun, Trump tarafından şirketin hisselerinin Amerikan menşeli bir şirket tarafından satın alınması yoluyla çözülmeye çalışılmaktadır. 14 Şubat 2025 itibariyle de uygulamanın Apple ve Google'un uygulama mağazalarında yer aldığı görülmektedir⁹⁷⁰.

Amerika ve başka ülkeler için TikTok gibi çeşitli sosyal medya platformlarının, akıllı cihaz uygulamalarının ve internet sitelerinin milli güvenlik bakımından oluşturduğu tehdit kuşkusuz bundan sonraki yıllarda da varlığını sürdürecektir⁹⁷¹. Bu tür tehditlerin milli güvenliğe, farklı yöntemleri benimseyen Trump ve Biden'ın da belirttiği gibi gerçek ve önemli tehditler oluşturması mümkündür. Fakat hukuki sürece ilişkin bu kısa incelememizde de görüleceği üzere mevcut tartışmalar, kişilerin ifadelerin içerikleriyle, yapılan paylaşımlarla ilgili değil, daha çok yabancı menşeli bir şirketin Amerika'da gerçekleştirdiği faaliyetleriyle ilgilidir. Buna rağmen Birinci Değişiklik savunucuları tarafından TikTok'un yasaklanmasına ilişkin kararname ve tedbirlerin Birinci Değişikliğe

⁹⁶⁸ Müdahalenin alternatifler arasında “*en az sınırlama yapan müdahale olması zorunlu değildir*”. Fakat müdahalenin menfaati korumak için gerekenden fazla sınır getirmemesi ve menfaatin korunması amacıyla uyumlu olması gerekir. Bkz. **Ward v. Rock Against Racism**, p. 799-800; **O'Neill**, “Time, Place, and Manner Restrictions”, p. 1069-170; **TikTok... v. Garland**, II-C-2, p. 16.

⁹⁶⁹ **TikTok... v. Garland**, B-1, B-2, C-1, p. 9-13. Mahkemenin korunmak istenen menfaatlere ve orta düzey denetime ilişkin gerekçe ve değerlendirmeleri için bkz. **TikTok... v. Garland**, II-C-D, p. 13-20.

⁹⁷⁰ **Pequeño IV/Rocloffs**, “TikTok Ban Timeline: TikTok Returns to U.S. App Stores—For Now”; **Zen Soo**, “TikTok Returns to Apple and Google App Stores in the U.S. After Trump Delayed Ban”, 14.02.2025, <https://time.com/7222811/tiktok-app-store-apple-google-us-ban-trump/>, (E.T. 15.02.2025). Trump Başkan Trump 2025'in Nisan ayında TikTok'a 75 günlük süre vermiştir. Böylece TikTok, satış şartını ve diğer şartları yerine getirmesi için 2025 yılının Haziran ayının ortalarına kadar ek süreye sahip olmuştur. İlk göreve geldiği gün olmak üzere Trump şimdiye kadar süreyi iki kez uzatmıştır. Bkz. **Jonathan Vanian**, “Trump extends TikTok deadline for the second time”, CNBC, 04.04.2025, <https://www.cnbc.com/2025/04/04/trumps-extends-tiktok-second-time.html>, (E.T. 15.04.2025).

⁹⁷¹ Bu konuda Çin, Hindistan ve Almanya uygulamaları için bkz. **Madison Clausius**, “The Banning of Tiktok, and the Ban of Foreign Software for National Security Purposes”, Washington University Global Studies Law Review, Vol. 21, Iss. 2, Y. 2022, p. 278-286.

aykırı olduğu savunulmaktadır⁹⁷². Ayrıca, TikTok’a ayrımcılık yapıldığı; TikTok gibi bazı Amerikan şirketlerinin veya başka uluslararası şirketlerin de verileri topladığı iddiaları ileri sürülmektedir⁹⁷³.

Kanaatimizce bu tür sosyal medya platformları, kişilerin kendilerini ifade edebilmesi için alan açsa da faaliyetlerini gerçekleştirdikleri ülkelere vergi vermesi, bu ülkelerde yürürlükte olan kanunlara uygun olarak kişisel verileri koruması ve bu verileri başka amaçlarla kullanmaması gibi gerekler düşünülünce, ifadelerin içeriğine müdahale öngörmeyen tarafsız kurallarla sınırlandırılabilir veya yasaklanabilirler. Nitekim Yüksek Mahkeme de ifadelerin içeriğine dayalı olmayan müdahale yapıldığını tespit ederek konuyu benzer şekilde ele almıştır⁹⁷⁴.

Sonuç olarak yapılan tartışmalar, ifade hürriyetini dolaylı olarak ilgilendirse de kişisel verilerin korunması, sözleşme serbestisi, veri ticareti gibi diğer konularla doğrudan ilgilidir. Buna karşın tamamen yasaklanması hususunda TikTok’un herhangi bir şirket olarak değerlendirilmeyip, kişilerin düşüncelerini paylaştığı bir platform olarak değerlendirilmesi, sınırlandırma bakımından gerekçe olarak belirlenen kamusal menfaatin de buna uygun bir öneme sahip olması hususunda Birinci Değişiklik gereklerinin dikkate alınması gerekir⁹⁷⁵. Kısacası, kişisel verilerin ve milli güvenliğin korunması ile şirketin teşebbüs hürriyeti ve kullanıcıların ifade hürriyeti adil bir şekilde tartılmalıdır.

c. Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütünün Dünyadaki Etkisi: Türkiye Örneğine Kısa Bir Bakış

Açık ve mevcut tehlike ölçütü ortaya çıktıktan sonra yalnızca Amerikan yargı organlarınınca değil, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi uluslararası mahkemelerce de

⁹⁷² **Clausius**, “The Banning of Tiktok...”, p. 275; **Hina Shamsi/Jennifer Stisa Granick/Daniel Kahn Gillmor**, “Don’t Ban TikTok and WeChat”, ACLU, 14.08.2020, <https://www.aclu.org/news/free-speech/dont-ban-tiktok-and-wechat>, (09.09.2024). Birinci Değişikliğe aykırılık iddiası çerçevesinde federal alt derece mahkemeleri, Trump’ın ilk dönemindeki bazı kararlarının Birinci Değişikliğe aykırı olduğuna karar vermiştir. Bkz. **Rembert**, “TikTok, WeChat, and National Security...”, p. 465-466; örnek kararlar için bkz. **TikTok Inc. v. Trump**, 507 F. Supp. 3d 92 (DC 2020); **Marland v. Trump**, 498 F. Supp. 3d 624 (ED Pa. 2020).

⁹⁷³ İddialar için ayrıca bkz. **Clausius**, “The Banning of Tiktok...”, p. 275; **Rembert**, “TikTok, WeChat, and National Security...”, p. 476.

⁹⁷⁴ Bkz. **TikTok... v. Garland**, II-C-D, p. 13-20.

⁹⁷⁵ Benzer yönde ve TikTok’un yasaklanmasına ilişkin hukuki süreç için bkz. **Kristen E. Busch**, “TikTok: Recent Data Privacy and National Security Concerns”, Congressional Research Service, 29.03.2023, p. 1-3.

uygulanmış ve ulusal hukuklara etki etmiştir⁹⁷⁶. Biz de açık ve mevcut tehlike ölçütü konusunu tamamlamadan bir örnek olarak ölçütün Türk hukukuna etkisini kısaca ele alacağız.

Açık ve mevcut tehlike ölçütünün Türk hukukuna girmesi ilk olarak siyasi parti kapatma davalarıyla mümkün olmuştur⁹⁷⁷. Sosyalist Birlik Partisinin kapatılması davasında verdiği kararda Türk Anayasa Mahkemesi (AYM), Partinin programında yer alan ve ırk ayrımcılığına dayanan hususların Türkiye Cumhuriyeti için **“yakın ve görülebilir”** bir tehlike oluşturduğunu kabul etmiştir. Mahkemeye göre böyle bir tehlike halinde devlet, ülkesi ve milletiyle bütünlüğünü koruma hakkına sahiptir⁹⁷⁸. Refah Partisini kapatma kararında da Haşim Kılıç karşı oy gerekçesinde, AİHM içtihatlarına atıf yaparak, ifade hürriyeti ile örgütlenme hürriyetinin sınırlandırılmasında **“terör ve şiddet”** unsuru ile **“somut ve ciddi bir tehlikenin varlığı”** ölçütlerine göre değerlendirme yapılması gerektiğini savunarak ilk bakışta **“açık ve mevcut tehlike”** ölçütünü kullanacağını belirtmiştir⁹⁷⁹. Benzer şekilde Sacit Adalı karşı oy gerekçesinde, Amerikan Yüksek Mahkemesinin ifade hürriyetinin sınırlandırılması konusunda, **“açık ve mevcut tehlike”** ölçütünü geliştirdiğini hatırlatarak ifadelerin toplum açısından açık ve mevcut bir tehlike oluşturduğu takdirde yasaklanabileceğini savunmuştur⁹⁸⁰. Dolayısıyla AYM kararlarında gerek çoğunluk gerekçelerinde gerek karşı oy gerekçelerinde açık ve mevcut tehlike ölçütüne bazen aynı kelimelerle bazen farklı kelimelerle yer verilmiştir⁹⁸¹.

⁹⁷⁶ Çeşitli örnekler için bkz. **Barnum**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 280-288; **Arslan**, Anayasa Teorisi, s. 216.

⁹⁷⁷ **Yaşar Salihpaşaoğlu**, “Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları”, Liberal Düşünce Dergisi, S. 52, Y. 2008, s. 235; **Büşra Demiral Bakırman**, “The Clear and Present Danger Test in Turkish Penal Law”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, Vol. 11, N. 2, Y. 2023, p. 4. Açık ve mevcut tehlike ölçütüne AYM’nin pek çok kararında rastlamak mümkündür. Örnekler için ayrıca bkz. **Salihpaşaoğlu**, “Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri...”, s. 235-236; **Arslan**, Anayasa Teorisi, s. 216-217.

⁹⁷⁸ **Salihpaşaoğlu**, “Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri...”, s. 235; **AYM, Siyasî Parti-Kapatma (Sosyalist Birlik Partisi)**, E.S. 1993/4, K.S. 1995/1, K.T. 19.7.1995, s. 60.

⁹⁷⁹ Haşim Kılıç’ın Karşı Oy Gerekçesi, **AYM, Siyasî Parti Kapatma (Refah Partisi)**, E.S. 1997/1, K.S. 1998/1, K.T. 16.01.1998, s. 189.

⁹⁸⁰ Sacit Adalı’nın Karşı Oy Gerekçesi, **AYM, Siyasî Parti Kapatma (Refah Partisi)**, s. 219. Refah Partisi kapatma davası “açık ve mevcut tehlike” kavramının Amerikan Yüksek Mahkemesinin kararlarına atıf yapılarak kullanıldığı ilk dava olmuştur. Bkz. **Demiral Bakırman**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 4.

⁹⁸¹ Son olarak nispeten yakın tarihli bir kararında da Mahkeme, “...Anayasa’nın 69. maddesi uyarınca tüzük ve programlarındaki söylemleri ya da eylemlerinin, ancak Anayasa’nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında korunan ilkelere temel esasları itibarıyla aykırı olması, bu ilkeleri ortadan kaldırmayı amaçlaması ve bu nitelikleriyle demokratik yaşam için doğrudan, **açık ve yakın tehlike** oluşturması durumunda siyasi partilerin kapatılmasına elverişli ağırlıkta olduğu kabul edilebilir” olduğunu ifade

Ne var ki AYM'nin açık ve mevcut tehlike ölçütünden yararlandığı parti kapatma kararlarında çeşitli sorunların olduğunu ve ölçütün hürriyetler üzerinde baskı kurulmasını kolaylaştırdığını söylemek gerekir. Mahkemenin somut, ciddi, yakın, açık veya görülebilir olarak nitelendirdiği tehlikelerin açık ve mevcut ya da yakın ve görülebilir olarak nitelendirilmesi hatalıdır⁹⁸². Örneğin, Demokrasi ve Değişim Partisinin kapatılması yönünde verilen kararda açık ve mevcut tehlike olarak nitelendirilen tehlike, o dönemde TBMM'de grubu bulunan diğer partilerce de ifade edilen, Mecliste tartışılan ve gündemde yer alan bazı konulara Parti programında yer verilmesidir⁹⁸³. Fakat Programda yer alan ifadeler, şiddeti ve hukuka aykırı eylemleri kısıktırılmadığı gibi Mahkeme de kararında şiddetin ve hukuka aykırılığın yakın bir gelecekte ortaya çıkacağına dair gerekçe ortaya koymamıştır⁹⁸⁴.

Açık ve mevcut tehlike kavramına AYM'nin bireysel başvuru kararlarında da rastlamak mümkündür. İfade hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü gibi Birinci Değişiklik hürriyetleri içerisinde yer alan hürriyetlere ve diğer bazı anayasal hak ve hürriyetlere⁹⁸⁵ yönelik müdahalelerin ihlal oluşturup oluşturmadığını tespit etmek için AYM, “demokratik toplum düzeninin gerekleri kriteri”nin içinde “açık ve mevcut

etmiştir. Haliyle bu kararda da Mahkeme açık ve yakın bir tehlikenin olmasını siyasi partilerin kapatılmasında yeterli bir sebep olarak görmüştür. Bkz. **AYM, Siyasi Parti-Kapatma (Demokratik Toplum Partisi)**, E.S. 2007/1, K.S. 2009/4, K.T. 11.12.2009, s. 327; **Osman Can**, Siyasi Parti Kapatma Davaları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 337-338.

⁹⁸² **Can**, Siyasi Parti Kapatma Davaları, s. 297.

⁹⁸³ **AYM, Siyasî Parti-Kapatma (Demokrasi ve Değişim Partisi)**, E.S. 1995/1, K.S. 1996/1, K.T. 19.3.1996, s. 60; **Can**, Siyasi Parti Kapatma Davaları, s. 297. Oysa, karşı oy gerekçesinde Dinçer'in de belirttiği gibi Mecliste temsil edilen siyasi partilerin gündeme getirdiği bu konuların tartışılmasının ülke ve devlet bütünlüğü yönünden tehlike teşkil etmediğinin kabul edilmesi ve düşünce açıklaması olarak korunması gerekirdi. Bkz. Güven Dinçer'in Karşı Oy Gerekçesi, **AYM, Siyasî Parti-Kapatma (Demokrasi ve Değişim Partisi)**, s. 62; **Can**, Siyasi Parti Kapatma Davaları, s. 297.

⁹⁸⁴ Mahkeme, “ülke ve ulus bütünlüğünün” nasıl bozulacağını ortaya koymamış, Parti Programının “ülke ve ulus bütünlüğünü” bozacağını tekraren ifade etmekle yetinmiştir. Karar gerekçesi incelendiğinde Partinin savunduğu görüşlere tarihsel ve siyasi argümanlarla cevap verildiğini, Parti ile tek taraflı bir tartışma yürütüldüğünü söylemek mümkündür. Sonuç olarak resmi olarak belirlenen bazı doğrularla uyumlu olmayan fikirlere tahammül edilmeyeceği açıkça karara bağlanmıştır. Bkz. **AYM, Siyasî Parti-Kapatma (Demokrasi ve Değişim Partisi)**, s. 52-60.

⁹⁸⁵ Mahkeme, “*nasıpları onaylanmamış astsubay adaylarının statüye geçiş işlemlerinin olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameyle iptal edilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının, soruşturma veya kovuşturma bulunmamasına rağmen astsubaylığa nasbedilmeme nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiği iddialarına ilişkin*” bireysel başvuruda, **adil yargılanma hakkının** ihlal edilip edilmediğini incelerken müdahalenin meşru amacına ilişkin yaptığı değerlendirmede, “*FETÖ/PDY'nin kamu kurumlarının neredeyse tamamında örgütlenmesi ve kesinleşmiş yargı kararlarına da konu olan birçok yasa dışı faaliyeti gerçekleştirecek operasyonel bir güç hâline gelmesi nedeniyle demokratik devlet düzenine karşı oluşturduğu potansiyel tehdidin, darbe girişimiyle birlikte mevcut, yakın ve açık bir tehlikeye dönüştüğü*”nü belirtmiştir. Bkz. **Ömer Kılınc Başvurusu**, B.N. 2018/30695, K.T. 29.09.2021, § 82.

tehlike” ölçütünden yararlanmaktadır. Ölçüt, ifade hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü gibi hürriyetlerin acil bir toplumsal ihtiyaç nedeniyle sınırlandırılmasında karşı karşıya gelinen tehlikenin somut olarak gösterilmesinde kullanılmaktadır⁹⁸⁶. Örneğin, yakın tarihli Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) ve Diğerleri Başvurusunda Mahkeme, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları değerlendirirken kamu otoritelerinin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenmesine müdahale ederken bazı kriterlere uymaları gerektiğini belirtmiştir. Bu kriterlerden bir tanesi, “düzenlenecek toplantı ve gösterinin kamu düzenini bozacak nitelikte **somut bir tehlike** veya **açık ve yakın bir tehdit oluşturup oluşturmadığı**”nın belirlenmesidir⁹⁸⁷. Mahkemeye göre, bu tehlike varsayımsal bir tehlike değil, somut delillerle ispatlanmış bir tehdit olmalıdır. Nitekim, müdahalenin kamu düzeninin sağlanması için gerekli olduğunun, hak ve hürriyetleri sınırlandırılan kişilerin bu hak ve hürriyetlerini kullanırken sorumluluklarına uygun davranmadığının polis raporlarında, iddianamelerde veya derece mahkemelerinin gerekçelerinde gösterilmesi gerekir⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ Acil (zorlayıcı) toplumsal ihtiyaç kriteri ile açık ve mevcut tehlike ölçütü arasında benzerlik olduğunu belirten Sunay, Mahkeme tarafından acil toplumsal ihtiyaç kriterinin uygulanmasının açık ve mevcut tehlike ölçütünün de kabul edildiği anlamına geldiğini dile getirmektedir. Bkz. Sunay, ... İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, s. 121.

⁹⁸⁷ Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) ve Diğerleri Başvurusu (2), B.N. 2016/14518, K.T. 12.10.2023, § 78; ayrıca bkz. Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) ve Diğerleri Başvurusu, B.N. 2016/14517, K.T. 12.10.2023, § 72. Değerlendirme yapılırken dikkat edilmesi gereken kriterler kısaca şunlardır: “i. Düzenlenecek toplantı ve gösterinin kamu düzenini bozacak nitelikte **somut bir tehlike** veya **açık ve yakın bir tehdit** oluşturup oluşturmadığını irdelemelidir. ii. Kamu otoriteleri hakkın sınırlanmasına ihtiyaç duyduğunda bunu gerektiği oranda yapmalı, durumun gerektirdiğinden ağır olan veya somut olayın şartlarında gerekmeyen tedbirlere başvurmamalıdır. Bu doğrultuda ortaya konan **tehlike ve tehditlerin** daha az katı tedbirlerle engellenip engellenemeyeceğini, dolayısıyla somut olayın şartlarında **tedbirin zorunlu olup olmadığını** değerlendirmelidir. iii. Sınırlayıcı veya yasaklayıcı şartların varlığı ile **somut tehlike** veya **açık ve yakın tehdit** arz eden bu şartların tüm tedbirlere rağmen engellenemeyecek nitelikte olduğunu, somut delillere dayalı, ikna edici ve yargısal denetime açık olacak şekilde göstermelidir. iv. Bir toplantı veya gösteriye yapılacak müdahalelerin kamu düzeninin sağlanması için gerekli olduğunun veya katılımcıların bu anayasal haklarını kullanırken sahip oldukları hak ve özgürlüklerin gerektirdiği ödev ve sorumluluklara uygun davranmadıklarının yetkili mercilerce (polis raporlarında, iddianamelerde veya derece mahkemelerinin gerekçelerinde) ortaya konmalıdır. v. Son olarak alınacak tedbirin haklılığı ancak başvuru sahiplerinin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkıyla kamu düzeni, güvenliği ve başkalarının hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge kurulmasıyla mümkündür. Bu nedenle idare ve derece mahkemeleri, bu konuda adil bir denge kurulduğuna ilgili ve yeterli bir gerekçeyle göstermelidir”. Bkz. DİSK ve Diğerleri Başvurusu (2), § 78; ayrıca bkz. DİSK ve Diğerleri Başvurusu, § 72.

⁹⁸⁸ Bkz. Figen Yüksekdağ Şenoğlu Başvurusu (5), B.N. 2017/24556, K.T. 14.9.2022, § 56; ayrıca bkz. DİSK ve Diğerleri Başvurusu (2), § 78; DİSK ve Diğerleri Başvurusu, § 72. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 14. maddesindeki durumların varlığı hâlinde yasama dokunulmazlığının bulunmadığının tespiti edilmesinde de “*isnat edilen suçlarda fiil, düşüncelerin açıklanması ve yayılması biçimindeyse bunların demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturup oluşturmadığı, gerçek bir zarara*

Sonuç olarak AYM, bu ölçütten uzun yıllardır yararlanmaktadır. İlk kez kullandığı siyasi parti kapatma davalarında soyut ve mevcut olmayan tehlikeleri yakın ve görülebilir olarak nitelendirmiş olsa da ölçütü, bireysel başvuru kararlarında “demokratik toplumun gereklerini” gözeterek, anayasal hak ve hürriyetleri korumak için kullanmaktadır. Kimi yazarlarca açık ve mevcut tehlike ölçütünün AYM tarafından kullanılması desteklenirken ölçütün kullanılmasının çeşitli sakıncalar barındırdığının da unutulmaması gerekir. Nitekim, Amerikan tarihinde muhalif kesimlerin susturulması için kullanılan ve korkulara dayanılarak düşünce açıklamasının engellenmesine imkân tanıyan bu ölçüt, Türkiye’de de benzer amaçlarla kullanılabilir niteliktedir⁹⁸⁹.

B. Dengeleme Ölçütü (Balancing Test)

Mahkemeler hukuki uyuşmazlıkları çözmekle görevli organlardır. Eşölçülemez menfaatleri ve hakları bir kenara bırakacak olursak⁹⁹⁰ hukuki uyuşmazlıkların çözülmesinde mahkemelerin rolü genellikle haklar ve menfaatler arasında çıkan çatışmaları çözmektir. Çatışmaların çözülmesinde ise çeşitli ölçütler ve yöntemler kullanılmaktadır. Bunlardan bir tanesi de dengelemedir. Mahkemelerin çatışan hak ve menfaatleri⁹⁹¹ dengelemesi, hakimlerin çatışan menfaatleri teraziye koyduklarında hangisinin daha ağır bastığının belirlenmesini ifade eder⁹⁹². Ayrıca menfaatlerin tartılarak en ağır basan menfaatin tercih edilmesi yöntemi olarak dengeleme, yalnızca mahkemelerin kullandığı bir ölçüt veya yöntem değildir. Tüm devlet organları ve bireyler tarafından kullanılabilen bir ölçüttür. Bu nedenle bu ölçüt hayatın içinde yer alır⁹⁹³.

sebebiyet verip vermediği ve son olarak başvurusunun amacının başkalarının haklarını yok etmek olup olmadığı”nın değerlendirilmesini gerekli görmektedir. Bkz.

Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu [GK], B. N. 2019/10634, K.T. 1/7/2021, § 119.

⁹⁸⁹ Benzer yönde bkz. **Arslan**, Anayasa Teorisi, s. 217. Sunay da açık ve mevcut tehlike kavramı bakımından objektif sınırların ortaya konulması gerektiği ve her somut olayın koşullarının da ayrıca dikkate alınması gerektiği uyarısını yapmaktadır. Bkz. **Sunay**, ...İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, s. 121.

⁹⁹⁰ Köküarı, sınırlı sayıdaki mutlak haklar dışında nispi hakların tamamının diğer hak veya menfaatlerle çatışabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, hakların tamamının mutlak olduğu görüşünün uygulanabilirliği yoktur. Bkz. **Köküarı**, Anayasal Hakların Çatışması, s. 249.

⁹⁹¹ Buradaki menfaat kavramı, hak, hürriyet, genel yarar gibi tüm bireysel ve toplumsal faydaları ifade etmek için kullanılmıştır. Bunun gibi, hakları da dengelemede ayrıca bir girdi (tartıma konu) olarak ele alan yazarlar vardır. Örneğin, Giovanella bir girdi olarak “hak”ı tercih etmektedir. Dengelemede bir girdi olarak menfaat ya da hak kavramlarının kullanılmasına ilişkin ayrıca bkz. **Federica Giovanella**, Copyright and Information Privacy-Conflicting Rights in Balance, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton 2017, p. 11.

⁹⁹² Bkz. **T. Alexander Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, The Yale Law Journal, Vol. 96, N. 5, Y. 1987, p. 943; **Giovanella**, ...Conflicting Rights in Balance, p. 6.

⁹⁹³ **Giovanella**, ...Conflicting Rights in Balance, p. 6; ayrıca bkz. **Aharon Barak**, Proportionality-Constitutional Rights and their Limitations, Doron Kalir (Trans.), Cambridge University Press, New York

Amerikan Yüksek Mahkemesi de pek çok uyuşmazlığı çözmek için dengeleme ölçütünü uygulamıştır. Mahkeme bu ölçütü, ifade hürriyetinin konu olduğu davalarda da kullanmıştır⁹⁹⁴. İki özel hukuk kişisi, yani eşitler arasındaki uyuşmazlıklarda olduğu gibi dengeleme, ifade hürriyeti-milli güvenlik (veya diğer kamu menfaatleri) arasındaki uyuşmazlıklarda da uygulanmıştır. Diğer bir ifadeyle bazı davalarda bu iki menfaat çatışabilir kabul edilerek iki farklı menfaat olarak tartıma tabi tutulmuştur. Bu nedenle ifade hürriyetinin milli güvenlik sebebiyle sınırlandırılmasında inceleyeceğimiz diğer bir ölçüt de dengelemedir. Çalışmanın bu kısmında ilk olarak, dengelemenin kökenini, tanımını, türlerini ve uygulanmasını açıklayacağız. Ardından Yüksek Mahkemenin kararlarında dengeleme ölçütünün ifade hürriyetinin milli güvenlik sebebiyle sınırlandırılmasında nasıl uygulandığını tespit edecek, ifade hürriyetinin niteliği ve değeri dikkate alınmadan nasıl araçsallaştırıldığının izini süreceğiz.

1. Dengeleme Ölçütünün Tarihi, Uygulanması, Türleri ve Kategorik Yaklaşım

a. Kısaca Dengeleme Ölçütünün Tarihi Gelişimi

Dengeleme (balancing, weighing), nispeten genç bir ölçüttür. Uyuşmazlıkların çözümünde kullanılması ve iki menfaatten birinin terazide ağırlığının tespitine dayalı olması, bu ölçütün çok daha eski, kadim bir ölçüt ya da yöntem olduğunu akla getirebilir. Ancak açıkça bir ölçüt (test-yöntem) olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarının çoğunluk görüşlerinde ilk kez 1930'ların sonu ve 1940'ların başında ortaya çıkmıştır. Yüksek Mahkemenin kararlarında dengelemenin görülmeye başlaması, önemli bir zihniyet değişiminin yansıması olarak kabul edilmelidir. Nitekim dengeleme, kavramsalcılığın ve biçimselciliğin terk edilip toplumsal değişimle uyumlu olarak faydacılık (pragmatizm) ve araçsalcılık gibi çeşitli felsefi akımların etkisiyle varlığını göstermiştir⁹⁹⁵. 1950 ve 1960'lara gelindiğinde dengeleme daha önemli bir ölçüt haline

2012, p. 345. İnsan günlük hayatta da yaygın olarak elindeki alternatifleri tartar ve dengeler. Sonuç olarak elde ettiği verilere göre kararını oluşturur. Bkz. **Köküsarı**, Anayasal Hakların Çatışması, s. 238.

⁹⁹⁴ Kısaca Mahkemenin kararında bu ölçütü uygulaması ve ölçütün gelişimine ilişkin bkz. **Aleinikoff**, "Constitutional Law in the Age of Balancing", p. 943-945.

⁹⁹⁵ **Aleinikoff**, "Constitutional Law in the Age of Balancing", p. 948-949. Dengeleme düşüncesinin Oliver Wendell Holmes'un Amerikan özel hukukundaki biçimselcilik (formalizm) ve Langdellianizm'e (Hukukçu Langdell'in biçimselciliği) yönelik eleştirilerini içeren çalışmalarla Amerikan hukuk düşüncesine girdiği ileri sürülmektedir. Amerika'da ilerlemeci hareket (progressive movement), Amerika'daki ve dışarıdaki felsefi hareketlerden etkilenmiştir. Ülke içinde faydacılık, William James ve James Dewey'in felsefeleri oldukça etkili olmuş; dengeleme için entelektüel arka planı oluşturmuştur. Bu bağlamda faydacılık,

gelmiş ve özellikle ifade hürriyeti üzerinde neden olduğu olumsuz etki sebebiyle eleştirilerin odağında yer almıştır⁹⁹⁶.

1800’lerde ve 1900’lü yılların başında uygulanmayan ölçüt, açıkça görünür olmaya başladığı tarihlere değin Mahkeme tarafından kullanılmamıştır⁹⁹⁷. Mahkeme, eski tarihli çeşitli kararlarında bazı menfaatlerin daha ağır bastığına dair kanaate ulaşmışsa da dengeleme ölçütünün yöntem ve terminolojisine başvurmadan uyuşmazlıkları karara bağlamıştır. Aleinikoff’a göre de bazı kararlarda Mahkemenin kullandığı dil, kategorileri belirlerken çatışan menfaatlerin dengelenmediğini kesin olarak göstermez. Fakat, Mahkeme menfaatlerin ağırlığına dair bir inceleme yapmadığından bu dönemde bir yöntem olarak dengelemenin kullanıldığını düşündürecek bir sebep de yoktur⁹⁹⁸.

Mahkemenin kararlarında dengelemeye bir ölçüt olarak rastlanılmamış olması, bu ölçütün bir anda ortaya çıktığını da göstermez. Dengelemenin Mahkeme kararlarında bir ölçüt olarak görülmesinde siyasi, yargısal ve akademik çeşitli faktörler etkili olmuştur⁹⁹⁹.

metafizikte cevaplar aramaktan ziyade, gerçeği belirlemek için gerçek menfaatlerin “tanımlanmasını” ve “dengelenmesini” gerekli kılmaktadır. Bkz. **Moshe Cohen-Eliya/Ido Porat**, “American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins”, I•CON, Vol. 8, N. 2, Y. 2010, p. 276-279. Biçimselcilikte, yargısal sonuçlar tımdengelim yöntemi kullanılarak ve hukuk kurallarına dayalı olarak haklılaştırma yapılır. Dolayısıyla, yargısal sonuç hukuk kuralının gereği görüldüğü için meşrudur. Fakat biçimselcilik, Amerikan realistlerince soyut kavramsalcılığın yetersiz kalması ve hakimlerin tarafsız kalacağı varsayımına dayanması gibi yönlerden eleştirilmiştir. Bkz. **Sururi Aktaş**, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, 2. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, p. 68-73, 80-82.

⁹⁹⁶ **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 944; **Köküsarı**, Anayasal Hakların Çatışması, s. 236.

⁹⁹⁷ **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 949; **Köküsarı**, Anayasal Hakların Çatışması, s. 236.

⁹⁹⁸ Mahkemenin eski dönemdeki kararlarında dengeleme ölçütünün izlerine ilişkin inceleme için bkz. **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 949-952.

⁹⁹⁹ Mahkeme kararlarındaki dönüşüme etki eden faktörlerden ilki, *siyasidir*. 1930’ların ortalarına gelindiğinde Mahkemenin Amerika’nın ihtiyaçlarına kayıtsız ve yetersiz kaldığı eleştirisi yapılmıştır. New Deal olarak bilinen dönem ve gelişmeler ışığında Mahkeme kararlarında yorum yöntemlerinin değişmesi gerektiği görüşleri ileri sürülmüştür. İkincisi, *yargısal*dir. Federal devlet ve birey hürriyetleri için geliştirilen, bir yapı kurmak için oluşturulan çeşitli kategorilerin yaşanan gelişmelere cevap veremediği eleştirisi yapılmıştır. Bu çerçevede bazı hakimlerce önceki anayasal gerçekler sorgulanmış ve soyut kategorilerden çok toplumsal gerçeklere odaklanmaya başlanmıştır. Sonuncusu ise *akademiktir*. Hukukun ne olduğuna ve mahkemelerin nasıl karar vermesi gerektiğine dair çeşitli akademik tartışmalar yaşanmıştır. Hukuk felsefesinde soyuttan somut gerçeğe doğru bir değişim yaşanmış ve bunun bir parçası olarak mantığın yargısal karar alma sürecindeki rolü etkisini yitirmiştir. Dolayısıyla on dokuzuncu yüzyıl kavramsalcılığı, yirminci yüzyıl araçsalcılığını doğurmuştur. Ayrıca bkz. **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 953-957; eleştiriler ve buna bağlı gelişmeler için ayrıca bkz. **Jacco Bomhoff**, Balancing Constitutional Rights-The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse, Cambridge University Press, Cambridge 2013, p. 33-37. Özel hukukta biçimselcilik karşıtı tepkiler, 1900-1937 yılları arasında Yüksek Mahkemenin (bu dönemde Mahkeme, Lochner Mahkemesi olarak da anılır) biçimci yöntemini ve hürriyetçi eğilimini içine alarak anayasa hukukuna da girmiştir. Bu bağlamda Mahkemenin anayasal hakları yorumladığı biçimsel yöntem, saldırıların hedefi haline gelirken hakların, diğer toplumsal menfaatlerle dengelenmesi gereken toplumsal menfaat olarak ele alınması gerektiği öne sürülmüştür. Yani,

Özellikle Amerika’da, klasik hukuk düşüncesine yapılan eleştiriler ölçütün gelişmesine oldukça katkı sağlamıştır. Dengeleme, eleştiri ve yenilik önerileri içeren yazarlar elinde kökeni itibarıyla, “menfaatlerin dengelenmesi hukuku”, “eleştiri” ve “değişim” hukuku ya da ölçütü olarak gelişmiştir¹⁰⁰⁰. Bu yönüyle devrimci bir niteliği haizdir.

b. Uyuşmazlıkların Çözümünde Dengeleme Ölçütünün Uygulanması

Dengeleme ölçütü, uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan bir yöntem olarak kabul edilmektedir. Çatışan menfaatlerin tanımlanması, değerlendirilmesi ve kıyaslanmasıyla elde edilen sonuçlara göre uyuşmazlığın çözülmesini sağlar. Bu süreç içerisinde, öncelikle menfaatler ayrı ayrı tespit edilir. Tespit edilen menfaatlerin ağırlıkları belirlenir. Diğer bir ifadeyle menfaatlere değer biçilir. Çeşitli faktörlere bağlı olarak belirlenen değerler metaforik terazinin¹⁰⁰¹ ayrı kefelerine konulup tartılır. Nihayet terazinin hangi yönde ağır bastığı görülerek sonuca ulaşılır¹⁰⁰².

Dengeleme, yargı organlarının yanı sıra diğer devlet organları tarafından da yapılır. Özellikle yasama organları kanun koyarken hangi ölçülerde hangi hakkın veya menfaatin sınırlandırılabilir ya da korunabilir olduğunu belirler. Haklardan veya menfaatlerden birisini tercih eder ve ona ağırlık verir. Bu, çatışan hakların veya menfaatlerin dengelenmesinin uyuşmazlık mahkeme önüne gitmeden önce yapılmış olmasını ifade eder. Böyle bir durumda mahkemenin kanun koyucunun dengelemesine, yani yasama iradesine saygılı bir şekilde uyuşmazlığı karara bağlaması gerekir¹⁰⁰³. Fakat

dengeleme biçimselciliğe alternatif olarak görülmüş ve kararın çatışan menfaatlerin dengelenmesine dayanması gerektiği savunulmuştur. Bkz. **Cohen-Eliya/Porat**, “American Balancing and German Proportionality...”, p. 279-280.

¹⁰⁰⁰ **Bomhoff**, Balancing Constitutional Rights..., p. 31-33. Klasik hukuk düşüncesinde (classical orthodoxy), her somut duruma özgü karar, hukuki mantıkla soyut hukuki önermelerden türetilen çözümlere dayalıdır. Bu nedenle boşluksuz bir sistem söz konusudur. Buna “bilimsel hukuk” ismi de verilmektedir. Dengeleme ise temelde bu düşüncenin eleştirilmesi olarak gelişmiştir. Bomhoff, ölçütün hem Avrupa’da hem Amerika’da, o zamana kadar baskın olarak var olan model(ler)e karşı çıkarak formüle edildiğini ifade etmektedir. Yazar, “kavramların hukuku” veya Begriffsjurisprudenz’a eleştiri olarak geliştirilmiş olduğunu ve bu nedenle dengeleme hukukunun erken bir anlamının, “kavramların hukuku değil” olduğunu belirtir. Bkz. **Bomhoff**, Balancing Constitutional Rights..., p. 33-35.

¹⁰⁰¹ Dengeleme terazi metaforunu esas alır. Çatışan menfaatlerin varlığını kabul ederek çatışmaları çözer. Bkz. **Barak**, Proportionality..., p. 346.

¹⁰⁰² **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 945; Barak’a göre dengelemenin çalışma ilkeleri, çalışma sistemi ve doğası için bkz. **Barak**, Proportionality..., p. 346-349. Köküarı, dengelemenin hak çatışmalarına uygulanmasını dört aşamaya ayırarak incelemektedir: “İlk aşama: Dengelemenin Temel Unsurları; İkinci Aşama: Dengeleme Kriterleri; Üçüncü Aşama: Somut Olayda/Çatışmada Uygulanması; Dördüncü Aşama: Öncelik Verme veya Uzlaştırma Olarak Adil Denge”. Bkz. **Köküarı**, Anayasal Hakların Çatışması, s. 248 vd.

¹⁰⁰³ **Giovanella**, ...Conflicting Rights in Balance, p. 7. Liberal demokrasilerde yasama organları genellikle demokratik meşruiyete sahip organlardır. Yüksek Mahkeme ve anayasa mahkemeleri doğrudan demokratik

bu, yasamanın yapmış olduğu dengelemenin her zaman yargı organı tarafından kabul edileceği ve yargı organının yasama organının iradesine uygun karar vereceği anlamına gelmez. Çünkü yasama organlarının da kural koyarken uyması gereken bazı ilke ve kurallar vardır. Bunların başında Anayasa gelir. Yasama organınca yapılan dengeleme ve dengeleme öngören kural bu ilke ve kurallara uygun değilse Yüksek Mahkeme ve diğer mahkemeler tarafından yeniden dengeleme yapılması mümkündür¹⁰⁰⁴.

Mahkemeler de bazı uyuşmazlıkları çözebilmek için çatışan hak ve menfaatleri dengeler¹⁰⁰⁵. Mahkemeler, önlerine gelen bu çatışmalarda hak ve menfaatleri dengelerken bazen bir menfaatin diğerine ağır bastığını tespit eder¹⁰⁰⁶. Bu tür çatışmalarda ağır basan menfaati belirlemek için iki menfaat terazinin ayrı kefelerine konularak terazinin eğilimi gözlenir. Sonuca göre menfaatlerden biri tercih edilir. Ancak dengeleme yönteminde her zaman bir menfaat diğer karışısında üstün gelmez. Bazen terazi bir yönde eğim almayıp adeta dengede durur. Böyle bir durumda ise bir menfaat diğerine tercih edilip üstün tutulamaz. Çatışan menfaatlerin birbirine eş ya da yakın değerlere sahip olması menfaatlerden birisinin ağır basmasını engeller. Diğer bir ifadeyle bir menfaat diğerini

meşruiyete sahip değildir. Dolayısıyla mahkemelerin anayasal haklara ilişkin iddiaları değerlendirirken yasama organlarının iradesine, yasama organının yapmış olduğu dengelemeye saygı göstermesi gerekir. Bkz. **Martin Borowski**, “Limited Review in Balancing Constitutional Rights in Proportionality”, *Balancing, and Rights*, Jan-R. Sieckmann (Ed.), Cham 2021, Springer, p. 135-137.

¹⁰⁰⁴ Yasama organının yaptığı dengeleme ve yargı organlarının rolü ile yasama organının yaptığı dengelemenin anayasa mahkemeleri tarafından denetlenmesi için bkz. **Köküsarı**, *Anayasal Hakların Çatışması*, s. 135-143.

¹⁰⁰⁵ **Giovanella**, ...Conflicting Rights in Balance, p. 7.

¹⁰⁰⁶ Bkz. **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 943; **Giovanella**, ...Conflicting Rights in Balance, p. 6. Müstehcen ifadeler, Birinci Değişiklik hukukunda korunmayan ifadeler kategorisinde yer almaktadır. Buna karışın korunmayan ifadelerin sınırlandırılmasında devletler sınırsız yetkiye sahip değildir. Bu nedenle Mahkeme müstehcen ifadeler söz konusu olduğuunda da müdahalenin Anayasaya uygunluğunu denetlemek için çeşitli ölçütler geliştirmiştir. Ancak çocuk pornografisine ilişkin ifadelerin konu olduğu New York v. Ferber kararında Mahkeme, müstehcen ifadelere ilişkin geliştirdiği **Miller ölçütünü** değil, “**dengeleme ölçütünü**” uygulayarak çatışan menfaatler arasında dengeleme yolunu tercih etmiştir. Mahkeme buna ilişkin bir tartım yapmıştır: Müstehcenlik kanunları gibi, çocuk pornografisine ilişkin kanunlar da sansürcülere fırsat verebilir. Bu kanunların varlığı sansür gibi bazı riskler taşır. Bu nedenle kanunların uygulanmamasında bir menfaat vardır. Ancak devletlerin çocukların pornografik tasvirlerine ilişkin düzenleme yapmasında daha fazla menfaat vardır. Dolayısıyla, çocukları içeren pornografik içeriklerin düzenlenmesinde daha fazla menfaat olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Kararında Mahkeme, aynı anda iki menfaati belli ölçülerde korumamış, menfaatlerden bir tanesini dışlamıştır. Böylece “... çocukların refahı üzerinde bu kadar ağır ve yaygın bir etkiye sahip olduğuunda, **rekabet eden menfaatlerin dengesinin açıkça sağlandığına ve bu materyallerin Birinci Değişikliğin koruması**”nın dışında görülebileceğine karar vermiştir. Mahkemenin tartımı ve gerekçeleri için bkz. **New York v. Ferber**, 458 U.S. 747 (1982), p. 756-764; ayrıca bkz. **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 946; **Alexander Tsesis**, “Balancing Free Speech”, *Boston University Law Review*, Vol. 96, Y. 2016, p. 32.

tamamen geçersiz kılmaz ve her menfaat varlığını sürdürerek belli ölçüde korunmaya devam eder¹⁰⁰⁷.

Konuyu menfaate sahip taraflar ve menfaatlerin niteliği bakımından da ele alabiliriz. Buna göre, iki özel hukuk kişinin menfaatleri çatışabilir. Ayrıca, kamu menfaatleri ve hükümet menfaatiyle birey hakları ve hürriyetleri de çatışabilir¹⁰⁰⁸. Konumuz itibariyle birey-birey ilişkisi yönüyle değil de birey-kamu ve kamu menfaati ilişkisi yönüyle dengelemeyi ele aldığımızda, bireyin hakları ile kamunun güvenlik, ekonomi, personel rejimi, hükümet görevlilerinin güvenliği gibi pek çok kamu menfaati çatışabilir. Özellikle hükümet ve kamu menfaatlerinin birleştiği menfaatler olarak, genel sağlık, kamu düzeni, milli güvenlik gibi genel menfaatlerle birey menfaatinin çatışması

¹⁰⁰⁷ Bu ayırım ve örnek kararların değerlendirilmesi için ayrıca bkz. **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 946. Hak çatışmaları çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. Örneğin, çatışmaların çıkabileceği bazı haller vardır. Bunlar **tam (total conflicts)** ve **kısmi çatışmalar (partial conflicts)** ile **hak-ıçi (intra-rights)** ve **haklar arası (inter-rights)** çatışmalardır. İlk olarak, çatışmalar tam veya kısmi olabilir. Tam çatışmalarda bir menfaat diğerini tamamen dışlarken kısmi çatışmalarda çatışan haklardan birinin tamamen korunup diğerinin tamamen reddedilmesi gerekmez. Tam çatışmada, iki haktan biri üstün geldiğinde, diğeri tamamen yenik düşmelidir. Diğer bir ifadeyle gibi biri diğerine üstün/baskın gelir. Kısmi çatışmada ise olaya özgü bir yaklaşım mümkündür ve iki haktan biri diğerine üstün gelmez. Yani, biri diğeri karşısında göz ardı edilmez. İkinci olarak çatışmalar hak-ıçi ve haklar-arası olabilir. Hak-ıçi çatışmalar, aynı hakkın iki yönünün ya da aynı hakkı içeren iki farklı senaryonun ortaya çıkıp çatıştığı durumlardır. Haklar-arası çatışmalar iki farklı hakkın çatışması halinde ortaya çıkar. Hak-ıçi çatışmalar tam veya kısmi olabileceği gibi, haklar arası çatışmalarda tam ve kısmi olabilir. Örneğin, iki yaşam hakkının çatışması tam çatışmadır. Çünkü iki hak da aynı anda korunamayacağından bir yaşam hakkının korunması diğerinin feda edilmesine neden olur. Çatışma türlerine ilişkin ayırım ve örnek şema için bkz. **Lorenzo Zucca**, “Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas”, in *Conflicts between Fundamental Rights*, Eva Brems (Ed.), Intersentia, Antwerp/Oxford/Portland 2008, p. 26–27; **Giovanella**, ...Conflicting Rights in Balance, p. 8. Menfaatlerin dengelenmesinde diğeri bir önemli konu hangi hak ve menfaatlerin yarışabileceği ve dengelemeye konu olabileceğidir. Öncelikle menfaatlerin yarışması meselesinde dengeleme bir ölçüt olarak uygulanacaksa bir çatışmanın olup olmadığını iyi belirlemek gerekir. Nitekim her menfaat çatışması ya da uyumsuzluğu bir yarışma olarak görülemez. Bazı menfaatler, özellikle kimi hak ve hürriyetler niteliği itibariyle “**mutlaktır**”. Bu tür menfaatlerin teraziye konulması mümkün değildir. Örneğin, işkence yasağı ya da bazı saf siyasi ifadeler, niteliği itibariyle başka menfaatlerle kural olarak teraziye konulup tartılamaz. Başka bir deyişle, çatışmanın olabilmesi ve çatışmanın dengeleme yöntemiyle çözülebilmesi için çatışan menfaatlerin aynı hiyerarşik değere sahip olması gerekir. Kimi yazarlara göre çatışmaya giren ve dengelenmesi gereken haklar genellikle aynı hiyerarşik değere sahip olmaktadır. Örneğin, bunlar anayasal haklar olabilir. Ancak her anayasal hak da aynı güç ve değere sahip değildir. Bu nedenle üstün bir hak ile diğeri çatıştığında üstün olan hakkın çatışmadan galip çıkacağı ileri sürülmektedir. Yine Anayasal haklar arasında anayasal olarak statü ayrımı yapılmış olabileceği gibi anayasal bir fark gözetilmediği halde haklardan bazılarının toplumsal statüsü veya değeri daha yüksek olabilir. Bu durumda her hak aynı öneme sahip olmayabilir. Bkz. **Aharon Barak**, “Proportionality and Principled Balancing”, *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 4, Iss. 1, Y. 2010, p. 9-10; **Giovanella**, ...Conflicting Rights in Balance, p. 11; **Gustavo Ghidini**, *Profilo Evolutivo Del Diritto Industriale*, Giuffrè, 2015, p. 62 (Akt. **Giovanella**, ...Conflicting Rights in Balance, p. 11). Bununla birlikte bizim görüşümüze göre bazı haklar ister aynı metinde ister farklı metinde düzenlensin veya ister çatıştığı ileri sürülen menfaatlerden biri anayasal güvenceye hiç alınmamış olsun, niteliği, yani doğal-kendinden değeri itibariyle diğeri menfaat karşısında her zaman üstün olabilir. Bu nedenle bu tür mutlak nitelikteki menfaatlerin kıyaslanabilmesi veya tartılabilmesi mümkün değildir.

¹⁰⁰⁸ **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 946-947.

da mümkündür. Benzer şekilde hükümet birimleri arasında, federe devletler arasında ve federe devletler ile federal devlet arasında da menfaat çatışmasının yaşanması mümkündür¹⁰⁰⁹. Örneğin, Amerikan Yüksek Mahkemesinin dengeleme ölçütünü uyguladığı ilk kararlardan birisi olan *Schneider v. State*'de Mahkeme, caddelerin temiz tutulması şeklindeki kamu yararı ile ifade hürriyeti arasında dengeleme yapmıştır¹⁰¹⁰. Kararda, kamu güvenliği, sağlığı, refahı veya rahatlığı için belediyeler tarafından yönetmeliklerin çıkarılabileceği, fakat bunlarla ifade hürriyetinin sınırlandırılmayacağı belirtilmiştir. Ancak trafiğin veya sokağın kapatılması, dağıtılan bildiri almayı reddedenlerin geçmesine izin verilmemesi gibi ifade hürriyetiyle zorunlu ilişkisi olmayan bazı davranışlar vardır. Bu davranışların taalluk ettiği haklarla kamu yararı arasında dengeleme yapılabilir¹⁰¹¹. Sonuç olarak bu hususta korunmaya değer iki menfaat arasında tartım yapılmıştır.

Kararda, kamu yararı gibi bir sebeple hakların sınırlandırılabilir olduğu durumlarda Mahkeme, anayasal hakları sınırlandıran kuralların “etkisinin”, diğer bir deyişle “sonuçlarının” incelenmesinin gerektiğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre, kamu yararına ilişkin düzenlemelerle bireylerin haklarıyla bağlantılı davranışlarına ilişkin hükümler öngörülebilir. Ancak demokratik toplumda hakların kullanımını kısıtlayan müdahalelerin haklı çıkarılması için kamu yararının bulunması her zaman yeterli değildir. Bu durumda mahkemelere hassas ve zor bir görev olarak “koşulları tartmak” ve hakların serbestçe kullanılmasının düzenlenmesini desteklemek için ileri sürülen nedenlerin “önemini değerlendirmek” düşer¹⁰¹². Bu çerçevede Mahkeme *Schneider v. State*'de, iki menfaatin birlikte tartılması sonucunda kamu yararının ifade hürriyetini sınırlandıracak kadar ağır basmadığını tespit etmiştir¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁹ Bu hususta ayrıca bkz. **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 947.

¹⁰¹⁰ Bkz. **Schneider v. State**, 308 U.S. 147 (1939), p. 161-165; **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 947; **Cohen-Eliya/Porat**, “American Balancing and German Proportionality...”, p. 267-268.

¹⁰¹¹ **Schneider v. State**, p. 160-161.

¹⁰¹² **Schneider v. State**, p. 161-162. Mahkeme, kararında ifade hürriyetinin korunmasının önemine vurgu yapmış, sokakların bilgi ve fikirlerin yayılması için doğal ve uygun yerler olduğunu hatırlatmıştır. Bu nedenle Mahkemeye göre, başka bir yerde kullanılabileceği gerekçesiyle böyle yerlerde ifade hürriyetini kullanma hakkının sınırlandırılması mümkün değildir. Olayın somut koşulları dikkate alındığında ifade hürriyetine sahip kişilere böyle bir yük yüklemenin mümkün olmadığı sonucuna ulaşıldığını söylemek gerekir. Mahkemenin yaptığı tartım için bkz. **Schneider v. State**, p. 161-163.

¹⁰¹³ Mahkeme kararda, sokakları temiz ve iyi görümlü tutma amacını, kişilerin topluma açık bir sokakta bilgiyi almaya istekli olan birine bildiri, broşür gibi bir yayını vermesini yasaklamak için yeterli bir sebep olarak görmemiştir. Çünkü broşürler dağıtıldıktan sonra şehir yetkililerine temizlik yapma “yük”ünün

Sonuç olarak bir durumda iki farklı menfaatin mevcut olması halinde çatışmanın ortaya çıkması, birinin varlığının diğerinin varlığını ortadan kaldırması ya da alanını daraltması mümkündür¹⁰¹⁴. Diğer bir ifadeyle bazı durumlarda menfaat çatışması zorunlu olarak ortaya çıkar. Bu çatışmalardan bazıları zor davalar olarak mahkemelerin önüne gelir. İşte bu gibi durumlarda, diğer bir deyişle kimi içinden çıkılmaz durumlarda, dengelemenin hak ve menfaatler arasındaki çatışmayı çözüme kavuşturma “işlevi görmesi mümkündür. Dengelemenin bu yönüyle uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir işlev gördüğü kabul edilmektedir. Fakat bu ölçüt, bütün hak ve menfaatler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılabilecek bir ölçüt olarak da görülemez¹⁰¹⁵. Bunun en önemli sebeplerinden birisi ölçütün kendinde barındırdığı eksiklik ve neden olduğu sorunlardır. Bu hususu aşağıda ayrıca ele alacağız.

c. Dengeleme Ölçütünün Türleri

Dengeleme ölçütüne ilişkin çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Dengeleme bazen, yalnızca somut bir uyuşmazlığın çözülmesinden ibaret değildir. Somut bir uyuşmazlığın çözümünde dengeleme yapılırken aynı ya da benzer uyuşmazlıkta dengeleme yapılmasına yönelik anayasal ilkeler oluşturulabilir. Dolayısıyla bu dengeleme, bir olayın somut şartlarına göre menfaatlerin teraziye konulup tartılmasından ibaret değildir. Sonraki uyuşmazlıklar için rehberlik fonksiyonu da görür. Dengelemenin bu türüne “tanımsal” (definitional)¹⁰¹⁶ dengeleme ismi verilmektedir. Diğer dengeleme ise olaysal (özel/ad hoc) dengelemedir¹⁰¹⁷. Olaysal dengelemede çatışmanın olayın şartlarına bağlı

yüklenmesi, ifade hürriyetinin Anayasa tarafından korunmasının bir sonucudur. Diğer ifadeyle Mahkemeye göre, bu yüke şehir yetkilileri katlanmak zorundadır. Nitekim şehir yönetiminin sokakları temiz tutma yetkisine gelince, sokakların temiz tutulması için ifade hürriyetinin sınırlandırılmasından başka yöntemler mevcuttur. Bkz. **Schneider v. State**, p. 161-162.

¹⁰¹⁴ Barak’a göre dengeleme hayatın ve hukukun merkezinde yer alır. Denge ise insan haklarının kendi arasındaki ilişkinin ve insan hakları ile kamu yararı arasındaki ilişkinin merkezinde yer alır. Bkz. **Barak**, *Proportionality...*, p. 345.

¹⁰¹⁵ Ayrıca bkz. **Zucca**, “Conflicts of Fundamental Rights...”, p. 28-31; ölçütün katkısına ilişkin bkz. **Barak**, *Proportionality...*, p. 346.

¹⁰¹⁶ Barak da “ilkesel dengeleme” (principled balancing rule) olarak isimlendirdiği dengeleme türünü benzer şekilde açıklamaktadır. Bkz. **Barak**, “Proportionality and Principled Balancing”, p. 12-13.

¹⁰¹⁷ **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 948; **Giovanella**, ...Conflicting Rights in Balance, p. 12; **Şirin**, Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-2..., s. 53-54; ayırım ve karşılaştırma için ayrıca bkz. **Melville B. Nimmer**, “The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy”, *California Law Review*, Vol. 56, N. 4, Y. 1968, p. 944. Nimmer, dengelemeyi özel dengeleme ve tanımsal dengeleme olarak ele almaktadır. Ona göre özel dengelemenin bazı sakınca ve yetersizlikleri vardır. Yazarın bu konudaki değerlendirmesi ve tartışmalar için bkz. **Nimmer**, “The Right to Speak from Times to Time...”, p. 938-948. Barak dengelemenin bu ayrımını **olaysal (ad hoc-concrete balancing rule)** ve **temel (basic balancing rule)** dengeleme olarak ele almıştır. Temel dengelemeye göre bir insan hakkının marjinal olarak sınırlandırılmasını önlemeye ne kadar

kalınarak çözülmesi ve dengelenmesi söz konusu iken sonraki uyuşmazlıklara rehberlik edecek nitelikte ilkelerin belirlenmesi söz konusu değildir. Diğer bir ifadeyle, çatışma somut olayın şartlarına ve gereklerine göre karara bağlanır. Bu ayırımı özellikle olaysal dengeleme, somut olayın şartlarından etkilenmeye çok açık ve belirsiz olması yönüyle eleştirilmektedir¹⁰¹⁸.

Birinci Değişiklik bakımından ele alındığında Birinci Değişikliğin kapsamında yer alan ve yer almayan ifadelerin tanımlamasında kullanılan tanımsal dengeleme, ifade hürriyetinin kamu menfaatleriyle çatışması halinde denge kurmayı ve daha sonra ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda da uygulanabilecek ilke ve kuralların oluşturulmasını ifade eder¹⁰¹⁹. Nimmer, tanımsal dengelemeyi, ifade hürriyetine ilişkin davalarda Birinci Değişikliğin ifade hürriyetine mutlak koruma sağladığını savunan mutlakçı görüşle olaysal dengeleme görüşü arasında üçüncü bir ara yol olarak ele almaktadır. Nimmer'e göre, Birinci Değişiklik tüm konuşmaları korumaz. Ancak, ifade hürriyeti gibi hayati öneme sahip ve hassas bir hürriyetin olaysal dengelemeye dayandırılmaması gerekir¹⁰²⁰. Bu bakımdan yazara göre, ifade hürriyeti davalarında bir orta yol olarak tanımsal dengeleme uygulanmalıdır. Çünkü tanımsal dengeleme, ifade hürriyetini daha fazla korur. Mahkemenin “ifade hürriyetinin mutlaklığı görüşünden” ve “olaysal

fazla/büyük önem veriliyorsa ve hakkın sınırlandırılma olasılığı ne kadar yüksekse, sınırlandırmanın kamu yararına sağlayacağı marjinal yararın da aynı büyüklükte/ölçüde önemli, acil ve gerçekleşme olasılığı yüksek olması gerekir. Dolayısıyla temel dengeleme, kamu yararına marjinal fayda ile insan haklarına marjinal sınır arasında karar vermek için genel bir ölçüttür ve genel soyutlamaya dayanır. Olaysal dengeleme ise somut olayın koşullarına karşı daha fazla hassastır; her olayın özel koşullarında dengeleme gerektirir. Bkz. **Barak**, “Proportionality and Principled Balancing”, p. 11. Barak dengelemenin rolüne ilişkin ayrıca “**yorumlayıcı dengeleme**” (**interpretive balancing**) ve **anayasal dengeleme** (**constitutional balancing**) ayırımına da yer vermektedir. Yorumlayıcı dengelemede, dengeleme yorumlanan hukukun amacını belirlerken kullanılır. Anayasal dengeleme ise, norm ya da kararların anayasallığını belirlemek için kullanılır. Bkz. **Barak**, Proportionality..., p. 347.

¹⁰¹⁸ Bkz. **Giovanella**, ...Conflicting Rights in Balance, p. 12; **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 948. Barak, iki dengeleme türünün, kendi ifadesiyle olaysal ve temel dengelemenin kusurlu olduğunu belirterek üçüncü bir tür önerir. Buna **ilkesel dengeleme** (**principled balancing rule**) demektir. Bu dengeleme ile temel dengelemenin ilkel bir formüle dönüştürüleceğini belirterek hakkı sınırlandıran kanunun taşıması gereken şartların bu dengeleme ile belirleneceğini ifade etmektedir. Örneğin ona göre, bu dengeleme yalnızca kamu huzurunu/barışını nefret söyleminin yol açacağı zararlardan korumak; kapsamlı ve acil zararı önlemeyi gerektiren acil bir toplumsal ihtiyacı karşılamak için “siyasi konuşma” sınırlandırılabilir. Bkz. **Barak**, “Proportionality and Principled Balancing”, p. 12-13; ayrıca bkz. **Giovanella**, ...Conflicting Rights in Balance, p. 13.

¹⁰¹⁹ **Norman T. Deutsch**, “Professor Nimmer Meets Professor Schauer (and Others): An Analysis of “Definitional Balancing” as a Methodology for Determining the “Visible Boundaries of the First Amendment”, Akron Law Review, Vol. 39, N. 1, Y. 2006, p. 485.

¹⁰²⁰ Örneğin, ifade hürriyeti gibi hayati öneme sahip ve hassas bir hürriyetin olaysal dengelemeye dayandırılmaması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Nimmer**, “The Right to Speak from Times to Time...”, p. 939; **Deutsch**, “... An Analysis of “Definitional Balancing”...”, p. 489.

dengelemeden” kaçınıp tanımsal dengelemeyi uyguladığı New York Times Company v. Sullivan¹⁰²¹ kararının buna güzel bir örnek oluşturduğunu savunmaktadır. Bu davada Mahkeme dengelemeyi, belirli bir somut olayın şartlarına bağlı olarak hangi menfaate üstünlük tanınacağını belirlemek için kullanmayı amaçlamamıştır. Fakat, hangi konuşma türlerinin Birinci Değişiklik tarafından korunan konuşma olabileceğini belirlemek için kullanmıştır¹⁰²². Dolayısıyla, Nimmer’e göre bu kararlar belirlenen ilke ve kategoriler sonraki uyuşmazlıklar için rehberlik sağlamaya elverişlidir¹⁰²³. Diğer bir ifadeyle, olaysal dengelemenin somut olayın şartlarına fazla bağlı doğası ve neden olduğu belirsizliklerden kaçınılmış, ifade hürriyetine ilişkin benzer uyuşmazlıkların çözümünde de kişilere ve hakimlere yol gösterecek ilkeleri tespit eden bir dengeleme yapılmıştır. Bununla birlikte tanımsal dengeleme ile olaysal dengeleme arasında çok az fark olduğunu düşünenler de vardır. Sonuçta bazı yazarlar tanımsal dengelemeyi, ifade hürriyetini korumak yerine, korunan ifadelerin kapsamını daraltmaya olanak tanıyan bir yöntem olarak ele almaktadır¹⁰²⁴.

d. Kategorik Yaklaşım (Categoricalism) ve Dengelemenin Kısaca Karşılaştırılması

Kategorik yaklaşım ve dengeleme (dengeleyici) yaklaşımları arasında çeşitli farklar mevcuttur. Dengeleme kısaca, bireyin bir hakkı iddia etme menfaatini hükümetin o hakkı düzenleme/sınırlandırma menfaatine karşı belirlemeyi ifade eder. Bunun için bağlam içerisinde uygun olan hakkın önemi ve ihlalin önemi gibi her türlü ağırlığı terazinin kefelerine ekler ve hangisinin daha ağır bastığını belirler. Yani uyuşmazlığın çözülebilmesi için hâkim çatışan hak ve menfaatleri teraziye koyarak tartar. Bu nedenle dengelemede sonuç ve pek çok faktör önceden belli değildir. Aksine sonuca ulaşılmasında değişken faktörler etkilidir¹⁰²⁵. Buna karşılık, kategorik yaklaşım

¹⁰²¹ Karar, bir kamu görevlisinin resmi olarak gerçekleştirdiği eylemleri eleştirenlere karşı açtığı iftira davasında, eyaletin tazminat verme yetkisini, ifade ve basın hürriyetinin ne ölçüde sınırlandığını belirlediği ilk karardır. Bkz. **New York Times Co. v. Sullivan**, p. 256.

¹⁰²² **Nimmer**, “The Right to Speak from Times to Time...”, p. 942-945; ayrıca bkz. **Deutsch**, “... An Analysis of “Definitional Balancing”...”, p. 489-491.

¹⁰²³ Şirin’e göre tanımsal dengeleme, dengeleme yöntemini gözetmesine rağmen Mahkemenin kategorik yaklaşımına da benzerdir. Bkz. **Şirin**, Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-2..., s. 54.

¹⁰²⁴ Tartışmalar için ayrıca bkz. **Deutsch**, “... An Analysis of “Definitional Balancing”...”, p. 485 vd.

¹⁰²⁵ **Joseph Blocher**, “Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis”, New York University Law Review, Vol. 84, N. 2, Y. 2009, p. 381-382; **Kathleen M. Sullivan**, “Foreword: The Justices of Rules and Standards” in The Supreme Court, 1991 Term”, Harvard Law Review, Vol. 106, N. 1, Y. 1992, p. 60. Kurallar, bir kez belirlendikten sonra karar verecek olanlara standartlardan daha az takdir

menfaatlerin tartılmasını yasaklar. Davanın önceden kararlaştırılmış, sonucun oluşmasında belirleyici ilkelerin kapsamında olup olmadığının tespitini gerektirir. Diğer bir ifadeyle kategorik yaklaşımda uyuşmazlığın çözüme kavuşması için gerekli olan pek çok şey önceden yapılmış, net sınırlar belirlenmiştir. Dolayısıyla uyuşmazlık halinde olgular, ya kategorilerin içindedir ya da dışındadır. Bu nedenle, hâkim önceden belirlenen kategorilere ve kurallara uygun karar vermelidir. Sonuç olarak, kategorik yaklaşım hâkimin hak ve menfaatleri yeniden tartması ile uyumlu değildir. Bu çerçevede kategorik yaklaşım kurallara, dengeleme ise standartlara bağlıdır¹⁰²⁶.

Birinci Değişiklik açısından konuyu ele aldığımızda Birinci Değişiklik doktrinde ve özellikle ifade hürriyeti-milli güvenlik ilişkisinde, kategorik yaklaşım ile dengeleme arasındaki çatışma önemli bir yer tutmaktadır. Bu çatışma ifade hürriyetinin mutlak bir hürriyet olduğunu savunan Black gibi hakimler ile yasama organının ve hükümetin iradesine ve politikalarına daha saygılı bir çizgide yer alan Frankfurter gibi hakimler arasındaki anlaşmazlığa dayanmaktadır. Ayrımı göre bir uyuşmazlıkta ifadeler, Birinci Değişiklik tarafından korunan ifadeler olarak belirlenen kategorilerde yer alıyorsa korunmalıdır¹⁰²⁷. Elbette bu, tüm ifadelerin istisnasız korunması anlamına gelmemektedir. Nitekim kategorik yaklaşımda benimsenen istisna ifadeler de vardır. Bunlar korunan ifadelerin aksine korunmayan ya da az korunan kategorileri oluşturmaktadır. Buna karşılık Frankfurter ise kategorik yaklaşıma karşı çıkarak, Birinci Değişiklikle ilgili uyuşmazlıkların değerlendirilmesinde en iyi ölçütün dengeleme olduğunu ileri sürmüştür. Frankfurter’a göre, mutlak kurallar mutlak istisnalara neden olur. Oluşturulan istisnalar ise kuralları aşındıracağından, demokratik bir toplumda ifade

yetkisi verir, onları bağlar ve bazı kesin sonuçlar öngörür. Standartlar ise karar vericiye kurallardan daha fazla takdir yetkisi vererek kurallarda karşılaşılan “yetersiz (eksik) ya da aşırı kapsayıcılık” hatalarının giderilmesine; tüm ilgili faktörlerin ve koşulların hesaba katılmasına olanak sağlar. Bkz. **Sullivan**, “...The Justices of Rules and Standards...”, p. 57-59.

¹⁰²⁶ **Blocher**, “Categoricalism and Balancing...”, p. 381-382; **Sullivan**, “...The Justices of Rules and Standards...”, p. 59. Örneğin, kategorik yaklaşıma göre hukuka aykırı eylemlerin kısıktırılması türündeki ifadeler için açık ve mevcut tehlike ölçütü uygulanır. Holmes ve Brandeis’in benimsediği bu ölçüt, doğası gereği dengeleme ölçütünü açıkça reddetmektedir. Çünkü dengelemenin aksine “**açık ve mevcut tehlike ölçütü**”, **maliyet ve faydalar arasında tartım yapmamakta**, tehlikenin belli nitelikleri haiz olmasını gerekli görmektedir. Bu ölçüte belli nitelikte ifadelerin olması ve bu ifadelerin belli nitelikteki tehlikelere yol açması gerekir. Diğer deyişle, önceden belirlenen kıstaslara uygun olarak karar verilmektedir. Buna ilişkin ayrıca bkz. **Sunstein**, “Does the Clear and Present Danger Test...”, p. 1784-1785. Ayrıca dengeleme, hakları, hükümet üzerinde “kategorik” ve “mutlak” sınırlar olarak görmeyi değil, standartlar olarak yorumlamayı gerektirir. Bkz. **Cohen-Eliya/Porat**, “American Balancing and German Proportionality...”, p. 281.

¹⁰²⁷ **Blocher**, “Categoricalism and Balancing...”, p. 383-385.

hürriyetine ilişkin talepler ile milli güvenlik talepleri için katı dogmalar yerine yargılama sürecinde çatışan hak ve menfaatlerin tartılması gerekir¹⁰²⁸.

Birinci Değişikliğe dair bu en önemli ve kadim anlaşmazlıkta dengeleme yaklaşımları yaygın hale gelmiştir. Fakat, kategorik yaklaşım hala etkili bir yaklaşım olarak varlığını sürdürmektedir. Bağımsız bir ölçüt olarak dengelemenin uygulanmadığı pek çok davada dengeleme ve kategorik yaklaşım birlikte sonuca etki edebilmektedir. Burada dengelemenin ikincil bir unsur olarak diğer ölçütlerin uygulanmasında yardımcılık işlevi gördüğünü, sınıflandırmanın ya da kapsamın belirlenmesinde etkili olduğunu söylemek mümkündür¹⁰²⁹. Fakat kanaatimizce ikincil bir işlev ifa etmeyen bağımsız bir ölçüt olarak dengeleme çeşitli sorunlara yol açmakta ve ifade hürriyeti ile milli güvenlik ilişkisinde ifade hürriyetini belirsizliğe mahkûm etmektedir. Kategorik yaklaşımın ise ifade hürriyetinin korunmasında çok daha etkili olabileceğini; özellikle muhalif ve azınlık görüşlerin baskıdan korunmasının sağlanmasına katkı sunacağını düşünüyoruz. Bu nedenle Dengeleme Ölçütü başlığı altında, dengelemenin ikincil ve bağımsız bir ölçüt olarak ifade hürriyeti ve milli güvenlik arasındaki çatışmadaki rolüne ve kategorik yaklaşım ile ilişkisine yer vereceğiz. Ayrıca birinci bölümde ele aldığımız kategorik yaklaşıma ek olarak bu bölümde son ana başlık olarak mutlakçı görüşlere yer vereceğiz.

2. İfade Hürriyeti ile Milli Güvenlik Arasındaki Uyuşmazlık ve Dengeleme Ölçütü

İfade hürriyeti ile milli güvenlik arasındaki ilişki, uzun yıllar Yüksek Mahkemeyi meşgul etmiş; Mahkeme buna ilişkin çeşitli yollara başvurmuştur. Bunlardan bir tanesi de dengelemedir. İfade hürriyeti ile milli güvenlik arasındaki ilişki bağlamında dengeleme, zaman zaman uyuşmazlıkların ve uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin doğası

¹⁰²⁸ **Blocher**, “Categoricalism and Balancing...”, p. 384-386; **Cohen-Eliya/Porat**, “American Balancing and German Proportionality...”, p. 282-283. Hâkim Frankfurter’a göre “menfaat çatışması, biri veya diğeri için dogmatik bir tercihle veya çözülmemiş bir çatışmayı örtbas eden bir formülle çözülemez. Bu nedenle Frankfurter, karar vermenin rasyonel bir süreç olabilmesi için çatışan hak ve menfaatlerin dürüstçe incelenmesinden kaçılmaması gerektiğini belirtir. Bkz. Frankfurter’ın ayrık gerekçesi, **Dennis v. United States**, p. 519. Hâkim Frankfurter’ın değerlendirmeleri için ayrıca bkz. Frankfurter’ın ayrık gerekçesi, **Dennis v. United States**, p. 525-526, 542-544.

¹⁰²⁹ **Blocher**, “Categoricalism and Balancing...”, p. 386-387. Sullivan, kategorik yaklaşımın dengeleme karşısında yenildiği ya da ortadan kalktığı iddialarına katılmamaktadır. Mahkemenin kararlarında uyguladığı denetim seviyeleri kategorik yaklaşıma dayanmaktadır. Dolayısıyla kategorik yaklaşım oldukça etkilidir. Bkz. **Sullivan**, “...The Justices of Rules and Standards...”, p. 60.

gereği Mahkeme kararlarında yararlanılmış ikincil (örtük/implicit) bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu, az ya da çok somut uyuşmazlıklarda bazı menfaatlerin öneminin belirlenmesinde yararlanan bir araç olma niteliğini ifade eder. Araç niteliğindeki dengeleme, kararların esasına her zaman doğrudan etki etmez. Çünkü kararın verilmesinde kategorik yaklaşım, sansür yasağı gibi başkaca faktörler etkili olabilir. Bazı uyuşmazlıklarda ise Mahkeme kararını tamamen tartım sonucuna dayandırır. Burada dengeleme bağımsız (açık/explicit) bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır.

a. İfade Hürriyeti ve Milli Güvenlik Arasındaki Çatışmada Dengeleme

İfade hürriyeti, çeşitli sebeplerle sınırlandırılan bir hürriyettir. Bu sebeplerden bir tanesinin milli güvenlik olduğunu ele almıştık. Mahkemeye göre ifade hürriyeti sınırsız, yani mutlak bir hürriyet olmadığı gibi sınırlandırma sebeplerinin bulunması da müdahalenin sınırsız olacağı anlamına gelmez. Bu bağlamda ifade hürriyeti-milli güvenlik ilişkisine ister gerilim¹⁰³⁰ ister yarış veya çatışma¹⁰³¹ penceresinden bakalım ifade hürriyetinin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesinde ve tarafların uzlaştırılmasında Mahkeme kimi zaman örtülü, kimi zamansa açık olarak dengeleme ölçütünü kullanmaktadır¹⁰³².

Dengeleme ölçütü, kısaca “ifade hürriyetinin ilettiği mesajlar sebebiyle sınırlandırılmadığı” hallerde müdahalenin meşru bir kamu menfaatine hizmet edip etmediğinin belirlenmesi olarak da ifade edilmektedir¹⁰³³. İfade hürriyeti ister içeriği ister yöntemi, yeri ve zamanı sebebiyle olsun bir yönüyle milli güvenlik başta olmak üzere kamu menfaatleriyle karşı karşıya gelmektedir. Amerikan ifade hürriyeti tarihi de bunun örnekleriyle doludur¹⁰³⁴. Bağımsızlık Savaşı, kölelik karşıtlığına dayalı iç çekişmeler ve İç Savaş, Dünya Savaşları dönemlerinde ifade hürriyeti milli güvenlikle; genel ahlak gibi diğer kamu menfaatleriyle çatışmıştır. Bu çerçevede ilk olarak, ifadenin içeriği nedeniyle

¹⁰³⁰ Örneğin Allhoff, hürriyet ve milli güvenlik arasında “gerilim” (tansiyon-tension) olduğunu belirtmiştir. Bkz. **Allhoff**, “Liberty and Security...”, p. 54.

¹⁰³¹ Çatışma ve yarışma kavramlarının farkları için bkz. **Köküsarı**, Anayasal Hakların Çatışması, s. 90-91.

¹⁰³² **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 387. Bireylerin mutluluğu takip etmeleri, müzakereli demokrasi sürecine katılmaları, gerçeği aramaları gibi ifade hürriyetine temel oluşturan menfaatler için ifade hürriyetinin korunmasının kamu barışının bozulması, çocuk pornografisi gibi topluma zarar veren ifadelerin önlenmesi menfaatiyle dengelenmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **Tsesis**, “Balancing Free Speech”, p. 25.

¹⁰³³ **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 388.

¹⁰³⁴ Ayrıca bkz. **Tsesis**, “Balancing Free Speech”, p. 18-19.

kamu menfaatine zarar verildiği iddiası ortaya atılabilir. Örneğin, eski bir istihbarat yetkilisinin bir röportajında gizli kalması gereken operasyon bilgilerini paylaşması, bir öğretmenin okulda öğrencilerine hükümetin şiddet yoluyla devrilmesinin gerektiğini anlatması veya bir kişinin savaşmakta olan ordunun aleyhine broşürler dağıtması gibi hallerde saf ifadeler vardır. Bu ifadelerin milli güvenlik ve kamu güvenliği bakımından zararlı sonuçları olduğu ileri sürülebilir. Ordu aleyhine broşürlerin dağıtılması örneğine baktığımızda bu broşürlerin orduya gönüllü katılımının engellemesine yol açması, ordu mensuplarının manevi olarak olumsuz etkilenmesi sebebiyle ordu kabiliyetinin zayıflaması gibi ihtimaller bağlamında milli güvenliğe zarar verildiği için ifade hürriyeti sınırlandırılabilir. İkinci olarak ifadenin yöntemi, zamanı ve yeri gibi diğer faktörlerin etkisiyle milli güvenlik menfaati tehlikeye düşebilir. Örneğin askeri belgelerin tahrip edilmesi, orduya alımların durdurulması için bayrak yakılması, komünist ya da diğer ideolojileri desteklemek için kızıl bayrağın selamlanması gibi çok çeşitli yollarla da savaş ya da olağanüstü dönemlerde milli güvenlik menfaatine zarar verildiği için ifade hürriyeti sınırlandırılabilir. Pek çok somut olayı ve kararı şimdiye kadar ele almıştık. Meseleye dengeleme bağlamında baktığımızda, ifade hürriyetinin karşısında tüm bu zararları/tehlikeleri önleme menfaatinin tartılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu tartım ise daha fazla hürriyet mi yoksa güvenlik mi sorusuna cevap aranmasından başka bir şey değildir¹⁰³⁵.

b. Yüksek Mahkeme Kararlarında İfade Hürriyeti ile Milli Güvenlik Çatışmasında İkincil (Örtülü) Bir Unsur Olarak Dengeleme

İfade hürriyetinin milli güvenlik sebebiyle sınırlandırıldığı durumlarda dengelemenin bir ölçüt olarak uygulanması oldukça karmaşık bir süreci işaret etmektedir. Çünkü kararlarında Mahkemenin bu ölçütü her zaman sıkı denetim, O'Brien ölçütü veya açık ve mevcut tehlike ölçütü gibi açık, belli gereklilikler çerçevesinde ve normatif bir yöntem olarak uyguladığını söylemek oldukça güçtür. Öncelikle mahkeme bazı kararlarında çatıştığını tespit ettiği menfaatlerin dengelenmesi gerektiğini belirtip dengeleme yaparken, diğer bir ifadeyle ayrı bir ölçüt olarak dengelemeyi uygularken bazı kararlarında dengelemeyi, aşırı genişlik ve muğlaklık gibi Birinci Değişiklik

¹⁰³⁵ Hangisi tercih edilirse edilsin varılan kararın bir maliyeti vardır. Bu maliyet somut fedakarlıklar olabileceği gibi devletin polis devletine ve totaliter bir rejime dönüşme riski ya da sınırsız hürriyetin kaosa yol açmasıyla karşı karşıya kalınması olabilir. Ayrıca bkz. **Allhoff**, "Liberty and Security...", p. 54-55.

doktrinleriyle iç içe uygulayarak değerlendirme yapar¹⁰³⁶. Benzer şekilde Mahkeme, içeriğe dayalı olmayan müdahalelerde ve içeriğe dayalı müdahalelerde sıkı ve orta düzey denetim sırasında dengelemeyi yararlanabilmektedir. Mahkeme kategorik yaklaşımda korunmayan ya da az korunan ifadelerin sınırlandırılmasında da belirlediği ölçütleri uygularken bazı kararlarında dengelemeyi bir bileşen olarak kabul etmektedir. Örneğin tehlike ölçütünün uygulandığı kimi kararlarda tehlikenin tespiti sürecine dengeleme ikincil veya dolaylı bir araç olarak dahil edilmektedir.

(1) İfade Hürriyeti-Milli Güvenlik Çatışmasında Aşırı Genişlik Doktrini ve Dengelemenin Uygulanması

(a) Belirli İşlerin Yapılabilmesi İçin Yemin ve Zorunlu Beyan Uygulamalarında Dengelemenin İzleri

Mahkeme, 1950’li yıllarda belirli işlerin yapılabilmesi için artan bir şekilde ortaya çıkan yemin ve zorunlu beyan uygulamalarına ilişkin verdiği kararlarda, hükümet politikalarına saygılı tutum izlemiş, ancak zamanla bu tutumunu değiştirmiştir. Daha sonra ifade hürriyetine aşırı geniş kurallarla müdahale edildiğine kararlar vermeye başlayan Mahkemenin tutumundaki bu değişimle “dengeleme” açık ve münferit bir ölçüt olarak olmasa da aşırı genişlik doktrinine ilişkin yapılan değerlendirmelerde uygulanmış ve kuralın niteliğini belirlemede bir araç olarak kullanılmıştır¹⁰³⁷.

1950’li yıllarda, eyalet görevlilerinin sadakat yemini etmesini gerektiren kanunlar bazı eyaletlerde kabul edilmiştir. Yeminler özetle, kişilerin Amerika savaşa girdiğinde ya da olağanüstü hal dönemlerinde silah altına gireceğine dair söz vermesini; komünist ya da başka türlü yıkıcı olduğu resmi olarak belirlenen, eyalet yönetiminin veya federal hükümetin zorla devrilmesini tavsiye eden, savunan, öğreten dernek veya parti gibi örgütlenmelerle belli süreler içerisinde bağlantılı olmadığına dair yemin etmesini içermektedir¹⁰³⁸. Bu tür kanunlar ve diğer düzenleyici işlemler milli güvenliğin

¹⁰³⁶ Ayrıca bkz. **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 388-389.

¹⁰³⁷ **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 388-389, 435.

¹⁰³⁸ Bkz. **Garner v. Los Angeles Board**, 341 U.S. 716 (1951), p. 717-719; **Wieman v. Updegraff**, 344 U.S. 183 (1952), p. 184-186; konuya ilişkin kararlar ve değerlendirmeler için bkz. **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 433-435. Örneğin **Adler v. Board of Educ. of City of New York** davasında eyalet yasama organı, okullarda zararlı fikirlerin sınıfa sızma tehdidinin ölçülmesinin zor olduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle çocukların bu tür etkilerden korunması amacıyla Komünist Parti veya ona bağlı örgütler ve benzer grupların üyelerinin kamu okullarında iş bulmasını veya istihdamını sürdürmesini yasaklayan kanunların sıkı bir şekilde uygulanmasının önemli olduğu düşünülmüştür. Sonuç olarak, bu tür kanunların

korunmasına ilişkin tedbirler olup riskleri ortadan kaldırmayı amaçlarken ifade hürriyetine de müdahale etmiştir. Alınan tedbirler ifade hürriyetiyle milli güvenlik arasında çatışmaya neden olmuştur.

Böyle bir çatışmada dengelemenin yapılmaya çalışıldığı *Garner v. Los Angeles Board* kararında Mahkeme, yasama organının kamu görevlilerinin çalışacağı makama göre yeterlilikler belirleyebileceğini kabul ederken Kanundaki yeminin anlam ve usulünü, eyalet organlarının Kanunu bu yoruma göre uygulayacağını varsaymıştır¹⁰³⁹. Sonuçta Kanun, aşırı genişlik, muğlaklık ya da diğer doktrinler bakımından yeterince değerlendirilmemiş ve anayasaya aykırı görülmemiştir. Kararda açıkça belirtilmemiş olsa da Mahkemenin dengelemeden yararlandığını söylemek mümkündür. Nitekim, milli güvenliğin korunması ve özellikle kamu kurumlarında istihdam edilecek kişilerin milli güvenlik bakımından sakıncalı kimseler olmasının önlenmesi menfaati, bireysel hürriyetlerden ağır basmıştır. Kısa bir süre sonra önüne gelen benzer başka bir davada ise Mahkemenin konuya yaklaşımında bazı hususlar açıklığa kavuşmaktadır¹⁰⁴⁰. *Wieman v. Updegraff* kararında, devletin savaş ve olağanüstü hallerde kamu görevini üstlenecek kişileri sadık kişiler arasından seçmek istemesinde ve kendisini gizleyerek kamu kurumlarına sızmak isteyen kişileri özellikle “çalkantılı” dönemlerde elemek istemesinde kamu menfaati olabileceği tekrar kabul edilmiştir. Bu menfaatin anayasal hürriyetler ihlal edilmeden sağlanması gerektiğini belirten Mahkemeye göre, yasama organı, etkili olduğuna inandığı araçları benimserken, “*milli güvenlik konusundaki menfaatler ile*

yürütülecek kamu hizmetinin niteliğine göre gerekli görüldüğü anlaşılmaktadır. Bkz. **Adler v. Board of Educ. of City of New York**, 342 U.S. 485 (1952), p. 487-490.

¹⁰³⁹ “Yeminin, *Los Angeles Şehri veya Kaliforniya mahkemeleri tarafından, yasaklı bir örgütün amacından habersiz olan kişileri, örgütün karakteri belirginleştğinde örgütlerle ilişkilerini kesenleri, kanunun kapsadığı dönemde bir zamanlar yasaklı faaliyette bulunan ancak beyan sahibinin bağlantısı sırasında yasaklı faaliyette bulunmayan örgütlerle bağlantılı olanları olumsuz yönde etkilediği şeklinde yorumlanması veya yorumlanacağı yönünde bir nedenimiz yok*”. Sonuç olarak Mahkeme, “Kanunun herhangi bir başvurunun ortaya çıkaracağı zor anayasal sorunları önlemek için bu şekilde yorumlanacağını” varsaymıştır. Bkz. **Garner v. Los Angeles Board**, p. 723-724; ayrıca bkz. **Wieman v. Updegraff**, p. 189; benzer yönde değerlendirmeler için bkz. **Adler v. Board of Educ. of City of New York**, p. 495-496.

¹⁰⁴⁰ *Garner v. Los Angeles Board* kararında kuralın uygulanmasına ilişkin yoruma bağlı kalınacağı varsayımı yapılmış ve kural Anayasaya aykırı görülmemiştir. Mahkeme, “dilekçe sahiplerine yemini yorumlandığı gibi kabul edip işlerine devam etme fırsatı verileceğini varsaymıştır. *Garner v. Los Angeles Board* kararında ise Mahkeme, Oklahoma Yüksek Mahkemesinin davacılar yemin etme fırsatı vermediğini tespit etmiştir. Bu tespiti bağli olarak kural ve dava, *Garner v. Los Angeles* kararına göre daha kapsamlı bir incelemenin konusu haline gelmiştir. Bkz. **Wieman v. Updegraff**, p.189-190. Douglas, bir kişinin on beş yıldaki üyelik ve diğer faaliyetlerine ilişkin yemin edilmesi şartını kanunların geriye yürütülmesi olarak değerlendirmiş, bunun anlamının kişinin kanun henüz yürürlükte değilken gerçekleştirdiği eylemler nedeniyle cezalandırılmak olacağını belirtmiştir. Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **Garner v. Los Angeles Board**, p. 731-736.

*bireyin sıklıkla çatışan anayasal hakları arasında denge kurma” sorunuyla karşı karşıya kalmaktadır*¹⁰⁴¹.

Geniş anlamda hürriyet-güvenlik çatışmasına nispeten daha açık yer verilen kararda Mahkeme, açıkça tartma (weight) ya da dengeleme (balancing) kavramlarına yer vermese de, kuralı değerlendirirken bir çeşit tartım yapmıştır. Somut olaydaki kural, yemin metnine göre üyeliğin başlı başına bir kötülük olduğu kabulüne dayanmaktadır. Oysa Mahkemeye göre “üye olmak” suçlu olmayı her zaman gerektirmez. Örneğin bir devlet görevlisi, faaliyetlerinden ve amaçlarından habersiz bir şekilde yasaklanmış bir örgüte katılmış olabilir. Daha önce yıkıcı olan ve bu nedenle böyle tanımlanan bir örgüt, daha sonra başlangıçta listelenmesine/sınıflandırılmasına yol açan etkilerden kurtulmuş olabilir¹⁰⁴². Diğer bir deyişle, Kanunun üye olanın somut halini ve örgütün (organizasyonun) niteliğini değerlendirmeden tüm üyeler ve tüm örgütler için ayırım yapmadan hüküm öngörmesi sakıncalı bulunmuştur. Tek başına üyeliğin sadakatsizliği ve kamuda istihdam edilmeyi engellemesi, üyeliğin masumca veya bilinçli bir şekilde yapılması arasında bir ayırım gözetilmemesi bireysel hürriyetleri ihlal etmektedir. Mahkemeye göre eyaletlerin milli güvenlik menfaati olsa da bu menfaat bireylerin hürriyetlerini engellemeyi, demokratik ifade ve tartışma zeminini ortadan kaldırmayı haklı çıkaramaz¹⁰⁴³. Sonuç olarak, ifade hürriyeti milli güvenlik menfaatine ağır basmaktadır. Somut olaydaki kanun ve koşullar, milli güvenliğin ağır basması gerektiğini göstermeye yetmemiştir. Wieman kararında kuralın kapsamının “geniş bulunması” ve hürriyetleri gereğinden fazla sınırlandırıyor olmasına karar verilmesi, bu olaya konu olan

¹⁰⁴¹ **Wieman v. Updegraff**, p. 188.

¹⁰⁴² **Wieman v. Updegraff**, p. 190-191.

¹⁰⁴³ **Wieman v. Updegraff**, p. 191-192. Kamu kurumunda istihdam edileceklerin öğretmen olması örneğine bakıldığında yürütülen işin niteliği daha fazla önem ifade etmektedir. Böyle bir durumda yapılan tartımda Mahkemeye göre, kanun toplumdaki herkesin hangi inanç ya da görüşü savunacağına dair bir hüküm koymamaktadır. Vatandaşlar dilediği düşüncüyü, ideolojiyi benimseme ve savunma; toplanma ve örgütlenme hürriyetine sahiptir. Bu nedenle milli güvenlik kefesine ağırlık konulmaktadır. Diğer bir ifadeyle düzenleme ile ayrımcılık yapılmaması ve ifade hürriyetine fazla bir sınır getirilmemesi milli güvenlik menfaatinin lehine bir durum olarak görülmektedir. Ayrıca kamuda istihdam edilmek istenmesi haline özgü olarak kamu kurumunda istihdam için gereken şartların taşınması gerekir. Nitekim eyaletler kamu kurumlarında çalışacak kişilerin taşınması gereken özellikleri makul bir şekilde belirleyebilirler. Bu şartları yerine getirmek istemeyenler, kamu kurumunda çalışmayı seçmezlerse istedikleri örgüt ya da grupla bağlantısını sürdürebilir, istediği gibi hareket edebilir. Söz konusu alternatifler ayrı bir ağırlık olarak milli güvenlik kefesine konulmaktadır. Nihayet Mahkemeye göre, bu durumda kişilere ağır bir yük yüklenmemiştir. Bu tartımda belli örgütlerle bağlantısı olan ya da hükümetin zorla ve şiddet yoluyla devrilmesini savunan öğretmenlerin yol açacağı zararların önlemesi ağır basmaktadır. Bkz. **Adler v. Board of Educ. of City of New York**, p. 491-493; benzer yönde bkz. **Garner v. Los Angeles Board**, p. 720.

türdeki yeminlere ilişkin düzenlemelerin sınırlandırılmasındaki ilk ve önemli adımlardan bir tanesidir¹⁰⁴⁴.

Aynı konuyla ilgili Mahkemenin dengeleme ölçütünü bağımsız bir ölçüt olarak açıkça benimseyip ifade hürriyeti doktrinlerini değerlendirerek hangi durumda dengeleme yapılabileceğine dair ipuçlarına yer verdiği *Konigsberg v. State Bar of California* önemli bir diğer karardır. Bu karar, *Garner*, *Wieman* ve *Adler* kararlarında olduğu gibi belli hizmetlerin yürütülmesinde aranan niteliklere ilişkindir. *Konigsberg v. State Bar of California* kararına konu olayda Kaliforniya hukukuna göre avukatlık yapabilmek için ruhsat alınması gerekir. Ancak ruhsatın alınabilmesi diğer bazı şartlarla birlikte adayın “iyi bir ahlaki karaktere sahip olması”, federal ve eyalet hükümetinin “zorla, şiddet kullanarak veya diğer anayasaya aykırı yollarla devrilmesini savunmaması” şartı aranmıştır. Kaliforniya Baro Sınavları Komitesi de (*California Committee of Bar Examiners*) tüm adayların niteliklerini belirlemekle yetkili ve görevli kılınmıştır¹⁰⁴⁵.

Diğer benzer kararlarda olduğu gibi bu kararda da belli bir işi yapabilmek için yemin veya zorunlu beyanda bulunulmasını Mahkeme tek başına Anayasaya aykırı bulmamış ve ayrımcılık olarak değerlendirmemiştir¹⁰⁴⁶. Fakat *Konigsberg* kararı, ifade hürriyetinin niteliği ile korunan ve korunmayan ifadelere müdahale edilmesi halinde uygulanacak ölçüte ve konumuz açısından dengelemenin rolüne ilişkin önemli ilkelere yer vermektedir. İlk olarak Mahkeme, bir kez daha Anayasanın ifade hürriyetine mutlak bir koruma sağlamadığını hatırlatmıştır. İfade hürriyetinin mutlak olmaması bu hürriyetin sınırlandırılabilir olduğu anlamına gelse de sınırlamanın sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir¹⁰⁴⁷. Mahkemeye göre bazı konuşma kategorileri ifade hürriyetinin dışındadır. Bazıları ise ifade hürriyetinin içindedir. Dolayısıyla burada kategorik yaklaşımın sürdürüldüğü açıkça görülmektedir. Buna bağlı olarak, ifadelerin “içeriğine

¹⁰⁴⁴ **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 435. Yemin veya zorunlu beyanlara ilişkin davalarda görüldüğü üzere terazinin bir kefesinde milli güvenlik menfaati vardır. Eyaletler, yürütülen kamu hizmetinin niteliğine göre bazı örgütlerle bağlantılı kişilerin kamuda istihdam edilmesinin sakıncalarını ortadan kaldırmak istemektedir. Bu kefeye somut olayın şartları; yani kanunların içeriği ve niteliği, istihdam edilecek işin niteliği, yemin ve zorunlu beyanın niteliği gibi ağırlıklar konulmaktadır. Terazinin diğer kefesinde ise ifade hürriyeti, onun görünümleri olarak toplanma ve örgütlenme hürriyeti gibi anayasal hürriyetler vardır. Bu hürriyetler bireysel menfaatler olduğu gibi demokratik bir toplumda kamusal bir menfaat olarak da terazide yer bulmaktadır. Yeminin ayrımcılık içermesi, doğrudan düşünceleri hedeflemesi gibi haller terazide dengelerin şaşmasına ve ifade hürriyetinin ağır basmasına neden olabilir.

¹⁰⁴⁵ **Konigsberg v. State Bar of California**, p. 37-38.

¹⁰⁴⁶ **Konigsberg v. State Bar of California**, p. 44-49.

¹⁰⁴⁷ **Konigsberg v. State Bar of California**, p. 49-50.

müdahale etmeyen” ancak ifade hürriyetini sınırlandıran genel düzenleyici işlemlerin “*meşru bir menfaat*” olduğu durumlarda Anayasaya, Birinci ve On Dördüncü Değişikliğe aykırı görülmeyeceği belirtilmiştir. Fakat, hükümet çıkarının “*tartılması*” gerektiği de kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle Mahkemeye göre, anayasal güvenceler hükümet yetkilerinin kullanılmasına karşı bir koz olarak ileri sürüldüğünde Mahkeme tarafından menfaatlerin tartılması gerekir¹⁰⁴⁸.

Davada terazinin bir kefesinde milli güvenlik menfaati diğerinde ise hürriyetler vardır. Tartım yapılırken Mahkemenin milli güvenlik kefesine çeşitli ağırlıklar koyduğunu söylemek mümkündür. “Hukuka aykırı araçların hükümetin biçimini değiştirmek için kullanılmasının savunulmasına ilişkin inancın hukuki ve siyasi kurumlarının güvenliğinin büyük ölçüde elinde olduğu bir mesleğe girmek isteyen adayların mesleğe uygunluğunun belirlenmesindeki önemi”, Mahkeme kararında milli güvenliğin kefesine konulmuş ağırlıklardan bir tanesi olmuştur. Çünkü Komünist Parti üyelerinin hukuki amaçlar için verilen yetkileri, hukuka aykırı amaçlar için kullanması tehlikesi meşru bir sebeptir. Tartımda diğer bir ağırlık ise bu menfaat korunurken “caydırıcılığın” ortaya çıkmaması ve devletin “keyfi” karar alma imkanına sahip olmamasıdır¹⁰⁴⁹. Sonuç olarak, yapılan bu tartımda yine milli güvenlik menfaati ağır basmıştır.

(b) Aşırı Genişlik ve Muğlaklık Doktrinleri ile Birlikte Dengeleme

Mahkeme içtihatlarına göre aşırı geniş olmayan kanunlarla korunan ifadelerin sınırlandırılması mümkündür. Diğer yandan kuralın yeteri kadar geniş olmaması halinde milli güvenlik için gereken önleyici tedbirlerin alınmasında zafiyet ortaya çıkabilir¹⁰⁵⁰. Dolayısıyla somut olayın koşullarından bağımsız bir şekilde tek başına kuralın aşırı geniş olup olmadığının belirlenmesi, menfaatlerden bir tanesine fazla yük yüklenmesi anlamına gelebilir. Mahkeme de bu çerçevede bazı kararlarında dengelemeyi, aşırı genişlik doktrini ile birlikte uygulamıştır. Bu kararlarda, kuralların aşırı geniş olduğu tespit edilirken yapılan tartımda ifade hürriyetinin milli güvenlik menfaatine ağır bastığı sonucuna

¹⁰⁴⁸ **Konigsberg v. State Bar of California**, p. 50-51.

¹⁰⁴⁹ **Konigsberg v. State Bar of California**, p. 51-53. Nitekim Mahkeme, Komünist Parti üyesi olması sebebiyle bir kişinin dışlanması, yargı denetimine tabi olduğu için devletin keyfi hareket edemeyeceğini kabul etmiştir. Bkz. **Konigsberg v. State Bar of California**, p. 53.

¹⁰⁵⁰ Benzer yönde bkz. **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 435.

ulaşıldığı söylenebilir¹⁰⁵¹. Örneğin, Komünist veya buna benzer bir örgüt üyesi olanların pasaport almasını ve yurtdışına çıkmasını yasaklayan federal kanunun anayasallığının değerlendirildiği *Aptheker v. Secretary of State* kararında milli güvenlik ile Beşinci Değişiklik güvencesindeki seyahat hürriyeti¹⁰⁵² ve bununla birlikte Birinci Değişiklik hürriyetleri tartılmıştır¹⁰⁵³.

Mahkeme tartımı, aşırı genişlik veya muğlaklık ile ilgili değerlendirmeleri çerçevesinde yapmış ve kuralın niteliğine tartım sonucunda karar vermiştir. Daha önceden tespit edilmiş bir örgüte üyeliğin milli güvenliğe oluşturduğu tehdit endişesiyle üyelere pasaport verilmemesi ya da mevcut pasaportların iptal edilmesi Komünist örgüt üyesinin dünyanın önemli bir kısmına seyahat etmesini engeller. Yani, bu yasağın asıl sebebi, kişinin “belli bir örgüte” üye olmasıdır. Dolayısıyla buradaki yasak, ifade hürriyetiyle doğrudan ilişkilidir. Kişilerin istediği gibi düşünmesine, konuşmasına ya da bir örgüte üye olmasına ilişkin yasak getirilmediğinin ileri sürülmesi¹⁰⁵⁴ ifade hürriyetine müdahale edildiği gerçeğini değiştirmez. Nitekim Kanunun yasağının sebebi kişinin politik aidiyetidir¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵¹ Mahkeme, milli güvenlik gibi diğer başka kamu menfaatleri söz konusu olduğu durumlarda yine bu doktrinlerle iç içe geçmiş bir şekilde dengelemeyi yarılamaktadır. Örneğin aşırı genişlik bakımından öncü kararlardan birisinde Mahkeme, yerel makamlara rahatsız edici gördükleri gruplara karşı kolaylıkla sert ve ayrımcı müdahaleler yapabilmesine olanak sağladığı gerekçesiyle kuralı aşırı geniş bulmuştur. Kararında Mahkeme, hürriyetlerin ve hakların etkili bir şekilde kullanılmasının kısıtlandığı iddia edildiğinde, mahkemelerin “*durumları tartması*” ve itiraz edilen düzenlemeleri desteklemek için “*ileri sürülen nedenlerin önemliliğini değerlendirmesi*”nin zorunlu olduğunu kabul etmiştir. Bkz. **Thornhill v. Alabama**, 310 U.S. 88 (1940), p. 97; ayrıca bkz. **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 390.

¹⁰⁵² Bu dava, Kanunun 6. maddesinin seyahat hürriyetine getirdiği sınırların Anayasaya uygunluğunun Mahkeme tarafından değerlendirildiği ilk davadır. Bkz. **Aptheker v. Secretary of State**, 378 U.S. 500 (1964), p. 507.

¹⁰⁵³ Yıkıcı Faaliyetleri Kontrol Kanunu (the Subversive Activities Control Act of 1950), özetle “(a) Bir kişi Komünist örgüte kaydolduğunda ... böyle bir örgütün herhangi bir üyesinin (1) Amerika Birleşik Devletleri tarafından ya da onun yetkisi altında pasaport başvurusunda veya pasaport yenileme başvurusunda bulunması; (2) böyle bir pasaportu kullanması veya kullanmaya çalışması”nı hukuka aykırı görmüştür. Bkz. **Yıkıcı Faaliyetleri Kontrol Kanunu (the Subversive Activities Control Act of 1950)**, § 6; **Aptheker v. Secretary of State**, p. 501-502. Hükümet, dünya komünist hareketinin milli güvenlik için oluşturduğu tehlike nedeniyle makul bir düzenleme olduğunu ileri sürerek Kanunu savunmuştur. Bkz. **Aptheker v. Secretary of State**, p. 505. Aşırı genişlik doktrininin dengeleme ile birlikte uygulandığı öncü kararlardan bir tanesi de *Shelton v. Tucker* kararıdır. Somut olayda Arkansas Kanunu, her öğretmen için devlet destekli bir okul veya kolejde istihdam koşulu olarak önceki beş yıl içinde ait olduğu veya düzenli olarak katkıda bulunduğu her kuruluşu sınırlama olmaksızın listeleyen bir beyanname sunmasını zorunlu kılmıştır. Aksi halde, kişiler kamuya ait eğitim kurumlarında öğretmen, akademisyen vb. olarak çalışamazlar. Bkz. **Shelton v. Tucker**, 364 U.S. 479 (1960), p. 480-482.

¹⁰⁵⁴ Ayrıca Mahkemeye göre, dernek kurma hürriyeti Birinci Değişiklikte garanti altına alınmıştır. Bu nedenle seyahat etme hakkına sınır getirilmesi, “kişiler dernekteki üyeliğinden vazgeçmesi halinde seyahat edebilir” diye görmezden gelinemez. Dernek üyeliğinden vazgeçilmesi halinde seyahat edilebilir olması, dernek üyesiyken seyahat edilemediği gerçeğini değiştirmez. Bkz. **Aptheker v. Secretary of State**, p. 507.

¹⁰⁵⁵ **Aptheker v. Secretary of State**, p. 507.

Mahkemeye göre, hükümetin meşru amacı ne kadar önemli olursa olsun, yani bu menfaat milli güvenlik gibi kamusal bir menfaat olsa bile, hürriyet daha az sınırlandırılarak amaca ulaşılabilecekken geniş ölçüde yapılan sınırlandırmayla bu amaca ulaşılmasına izin verilemez. Diğer bir ifadeyle sınırlandırmanın daha yumuşak araçlarla yapılması gerekir. Anayasaya göre Kongrenin milli güvenliği koruma yetkisine sahip olması, hürriyetlerin ihlal edilebileceği anlamına gelmez. Bu nedenle Mahkeme, somut kuralın niteliğine ilişkin değerlendirme yaparken hürriyetlerin kefesine bazı ağırlıklar koymuştur. Kanunda “bir kişinin dünya Komünist hareketinin amaçlarını ilerletmek ve dünya çapında çeşitli ülkelerde Komünist totaliter bir diktatörlük kurmak için faaliyet gösteren bir örgütle ilişkili olduğunu bilip bilmemesine veya buna inanmamasına” bakılmaksızın yasak konulmuştur. Üyelik tek ölçüt haline gelmiş, hem bilen hem de bilmeyen üyeler yasağın kapsamına alınmıştır¹⁰⁵⁶. Ayrıca Kanun belirtilen örgütlerin üyesi olan bireylerin pasaport verildiğinde Amerika Birleşik Devletleri’nin güvenliğine aykırı faaliyetlerde bulunacakları yönünde çürütülemez bir varsayım ortaya koymaktadır¹⁰⁵⁷. Masumca ve örgütün amaçlarını bilmeden gerçekleştirilen faaliyetler ile örgütün amaçlarını bilerek ve benimseyerek gerçekleştirilen faaliyetler bakımından ayırım gözetmeksizin yapılan sınıflandırma ise keyfi bir yetki (güç) iddiası olarak değerlendirilmelidir¹⁰⁵⁸. Sonuç olarak Kanun, bir üyenin milli güvenlik için tehdit oluşturduğunu tartmak için üyeliği yeterli gördüğünden ve daha az sınırlandırma yapmadığından hürriyetlerin kefesinin daha ağır bastığı sonucuna ulaşmak gerekir. Bu sonuca göre kanun aşırı geniştir. Ayrıca kuralın dilinde tercih edilen kelimeler de belirsiz hale gelecek türdendir¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁶ **Aptheker v. Secretary of State**, p. 510; benzer yönde bkz. **Wieman v. Updegraff**, p. 190-191; karara ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 436-437. Benzer şekilde **Shelton v. Tucker**’da da, Kanun öğretmenlerin her türlü ilişkisini ifşa etmeye zorlamakta, onların serbestçe ilişki kurma hakkını ve ifade hürriyetini zedelemektedir. Ayrıca, Kanun suçlama getirmeden, bildirimde bulunmadan, duruşma yapmadan, açıklama yapma fırsatı vermeden öğretmenlerin işine son verilmesine ve öğretmenlerin ilişkilerinin/bağlarının ifşa edilmek suretiyle baskıya maruz bırakılmalarına izin vermektedir. Özellikle azınlık/popüler olmayan örgütlerle olan ilişkiler öğretmenler üzerinde toplum baskısının kurulmasına neden olabilir. Bu da hürriyetlere ağır bir yük getirmektedir. Bkz. **Shelton v. Tucker**, p. 485-487.

¹⁰⁵⁷ Kanun öngördüğü yasak, bir üyenin seyahat etmek istediği amaçların ne olduğuyla ilgili değildir. Yalnızca üye olması hali, hastalığın tedavisi, turizm, ziyaret gibi amaçlarla yapılacak seyahatleri de engellemektedir. Bkz. **Aptheker v. Secretary of State**, p. 511-512.

¹⁰⁵⁸ **Aptheker v. Secretary of State**, p. 510-512.

¹⁰⁵⁹ **Aptheker v. Secretary of State**, p. 515-516. İfade hürriyeti gibi hürriyetlere doğrudan müdahale edilmemiş olsa bile aşırı geniş ve muğlak kuralların varlığı müdahale edilmiş gibi sonuç doğurabilir. Kişiler, kuralın neden olduğu caydırıcı etki sebebiyle hürriyetlerini kullanmaktan imtina edebilir. Bkz. **Aptheker v. Secretary of State**, p. 516-517; benzer yönde bkz. **Wieman v. Updegraff**, p. 191-192.

Dengeleme ölçütünün aşırı genişlik ve muğlaklık doktrinlerinin içerisine sızarak yer edindiği kararlara karşın Mahkeme her kararında bu tutumu sürdürmemiştir. Sonraki bazı kararlarında Mahkemenin bu doktrinleri benimsemesine rağmen dengelemeyi “açıkça uygulamadığı” ve hatta dengeleme ölçütünü uygulamayı “açıkça reddettiği” görülmektedir. Mahkemenin bu tutumu, çatışan menfaatlerden birisinin diğeri karşısında tartılamayacağı ya da birinin diğeri karşısında daha az önemli olmadığı düşüncesine dayanmaktadır. Aptheker kararına konu olan aynı kanunun farklı maddesine ilişkin United States v. Robel kararında Mahkeme, belirli nitelikteki örgütlere üye olanların, savunma tesisinde çalışmasını yasaklayan kuralın aşırı geniş olduğuna karar vermiştir¹⁰⁶⁰. Mahkemeye göre Birinci Değişiklik faaliyetlerine “önemli bir yük” (a substantial burden) getiren kanunun, mümkün olan en az sınırlamayla meşru amacını gerçekleştirmesi gerekir¹⁰⁶¹. Buraya kadar ki pek çok husus önceki kararlarla paralellik arz etse de ortaya çıkan fark Mahkemenin bu kararda “dengeleme ölçütünü uygulamadığını” açıkça ifade etmesidir. Mahkemeye göre, iki menfaat arasında “daha önemli-az önemli ayrımı” yapılmamalıdır. Milli güvenlik menfaati ile hürriyetler arasındaki çatışmada meşru amaca ulaşmak için anayasal sınırlara bağlı kalınıp kalınmadığının belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla Birinci Değişiklik doktrinine uygun olan müdahaleler Anayasaya uygundur. Mahkemeye göre yapılan bu değerlendirmeler çatışan menfaatlerin dengelenmesi

Muğlaklığın ve aşırı genişliğin sakıncalı niteliği, yalnızca kişilere adil bir bildirim yapılmaması ya da yasama yetkilerinin devredilmiş olmasıyla ilgili değildir. Birinci Değişiklik hürriyetleri bakımından muğlaklık ve aşırı genişlik, ihlale yol açacak ceza kanunlarının ortaya çıkmasına da yol açabilir. Mahkemeye göre, bu kapsamdaki hürriyetler çok hassas olduğu için yaptırım tehditleri tıpkı yaptırımların uygulanması gibi güçlü etkilere ve sonuçlara yol açar. Bu da caydırıcılık olarak karşımıza çıkar ve bireyler hürriyetlerinden caydırılabilir. Aşırı genişlik ve muğlaklık için ayrıca bkz. **NAACP v. Button**, p. 431-434. Dolayısıyla meşru ve önemli (legitimate and substantial) bir menfaat olsa bile amaca hürriyeti daha az sınırlandırılarak ulaşılabilecekken bu yapılmamışsa müdahale Anayasaya aykırıdır. Müdahalenin aşırı geniş kurallarla ve amacın ağırlığı karşısında hürriyeti gereğinden daha geniş ölçekte sınırlandırmaması gerekir. Bkz. **Shelton v. Tucker**, p. 487-488.

¹⁰⁶⁰ **United States v. Robel**, 389 U.S. 258 (1967), p. 266-268; **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 440.

¹⁰⁶¹ **United States v. Robel**, p. 259-263. Hükümetin savunmasına göre, Kanun Kongrenin savaş yetkisi gereğince çıkarılmıştır. Oysa Kongre bu yetkiye sahip olsa bile savaş yetkisi, bazı müdahaleleri desteklemek için kullanılamaz. **Savaş yetkisi bile temel hürriyetleri koruyan anayasal sınırları/güvenceleri ortadan kaldıramaz**. Dolayısıyla milli savunma kavramı kendi başına **bir amaç olarak kabul edilemez** ve böyle bir hedefi desteklemek için tasarlanmış herhangi bir yasama yetkisi uygulamasını haklı çıkaramaz. Mahkemeye göre milli savunma kavramının kendisi dahi ifade hürriyetinin korunmasının gereğini ihtiva etmektedir. Nitekim milli savunma örtük olarak, Amerikan milletini farklı kılan değerleri ve idealleri savunmayı içerir. Bu nedenle **milli savunma sebebiyle Birinci Değişiklik hürriyetleri ortadan kaldırılamaz**. Bu Kanunda da diğer benzer pek çok kanunda olduğu gibi üyelik tek başına yeterli bir kötülük olarak görülmüş, örneğin örgüt üyeliğinin pasif veya aktif olup olmaması; üyenin örgütün hukuka aykırı amaçlarından habersiz olabileceği veya üyenin hukuka aykırı amaçları savunmaması halleri görmezden gelinmiştir. Bkz. **United States v. Robel**, p. 262-268.

değildir¹⁰⁶². Mahkemenin kararı, şimdiye kadar benzer pek çok kararına ve aynı Kanunun farklı hükmüne ilişkin verdiği karara yönelik bir cevap niteliğindedir. Nitekim Mahkeme, aynı ya da benzer değerlendirmeleri yapıp aynı doktrinleri benimsemiş olsa da bu kararda açıkça “dengeleme yapmadığını ve yapmaması gerektiğini” savunarak normatif bir yöntem uygulamıştır. Buna karşılık geniş anlamda menfaatlerin tartılması sürecinin, yine aşırı genişlik incelemesi içerisinde işletildiği de savunulmaktadır¹⁰⁶³.

(2) Korunan ve Korunmayan (ya da Az Korunan) İfadeler ve Dengeleme

(a) Korunan İfadeler ve Dengeleme

Korunan ifadenin meşru bir hükümet menfaati sebebiyle sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı tespit edilirken yararlanılan korunan ifade ayrımı ve denetim düzeyleri esas itibariyle kategorik yaklaşımın parçası olsa da¹⁰⁶⁴ Mahkemenin menfaatleri belirlerken dengelemeden yardımcı bir araç olarak yararlandığını söylemek mümkündür. Hatırlanacağı üzere Mahkemeye göre sıkı denetimde, “*acil (zorlayıcı) bir menfaatin*¹⁰⁶⁵” (*compelling interest*); orta düzey denetimde “*önemli bir menfaatin*¹⁰⁶⁶” (*important interest*); esnek denetimde, “*meşru bir menfaatin*¹⁰⁶⁷” (*legitimate interest*) olması gerekir¹⁰⁶⁸.

Bu denetim düzeylerinin gerekleri devlet tarafından korunması gereken menfaatlere göre ayrılmıştır. Denetim düzeyi arttıkça devletin koruması gereken menfaatin ağırlığı ya da önemi de artar. Aynı zamanda ifade hürriyetine sağlanan koruma da denetim düzeyinin artmasına paralel olarak genişler. Başka bir ifadeyle, sıkı denetimin uygulanması gereken hallerde ifade hürriyeti kefesi başlangıçta belli bir ağırlıkla tartıma alınır. Sıkı denetimi bir yönüyle dengeleme olarak ele almak mümkün gibi gözükse de, Farber’in deyimiyle bu denetimde ifadenin lehine ağırlık verilir¹⁰⁶⁹. Bunun sebebi bakış

¹⁰⁶² Bkz. **United States v. Robel**, p. 268, fn. 20.

¹⁰⁶³ **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 441.

¹⁰⁶⁴ Üç düzeyli denetimin kategorik yaklaşımın parçası olduğuna dair bkz. **Köküsarı**, Anayasal Hakların Çatışması, s. 183-185. Fakat Köküsarı’ya göre üç düzeyli denetim ne tek başına kategorik bir denetimdendir ne de dengelemedir. Bkz. **Köküsarı**, Anayasal Hakların Çatışması, s. 186.

¹⁰⁶⁵ **Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.**, p. 118; **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, s. 296.

¹⁰⁶⁶ **United States v. O’Brien**, p. 377-378, 381.

¹⁰⁶⁷ **Pell v. Procunier**, p. 825-828.

¹⁰⁶⁸ Stone, içerikten bağımsız müdahaleler söz konusu olduğunda Mahkemenin dengeleme yaptığını belirtmektedir. Bkz. **Stone**, “Restrictions of Speech Because of its Content”, p. 81.

¹⁰⁶⁹ **Farber**, “The Categorical Approach...”, p. 919.

açısı ayrımcılığı ya da içerik ayrımcılığının yalnızca istisnai hallerde kabul edilebilir olmasıdır. Ancak acil (zorlayıcı) bir menfaat varsa, diğer bir ifadeyle ifade hürriyeti karşısında ağır basan bir menfaat varsa müdahale sıkı denetimden başarıyla geçer. Bu başlı başına bir dengeleme ölçütü değildir. Mahkeme yalnızca diğer gereklerle birlikte menfaatin önem derecesini bir şart olarak aramaktadır. Nitekim sıkı denetimde acil menfaat olması şartlardan birisiyken diğeri müdahalenin gerekenden daha fazla sınır getirmemesi, acil menfaatle uyumlu bir şekilde ifade hürriyetini ancak gerektiği kadar sınırlandırmasıdır.

Holder v. Humanitarian Law Project kararını dengeleme bakımından ele aldığımızda buna ilişkin ipuçları görebiliriz. Sıkı denetimin uygulandığı kararda Mahkeme, acil bir kamusal menfaatin varlığını araştırırken milli güvenlik ve uluslararası ilişkilere ilişkin “hassas ve ağır menfaatlerin” (sensitive and weighty interests) olduğunu belirlemiştir¹⁰⁷⁰. Yasama organı da bu menfaatlerle ifade hürriyeti arasında bir denge kurmuştur. Çünkü milli güvenlik kefesinde uluslararası ilişkiler, uluslararası ortaklarla sürdürülen iş birliği, terörle mücadele gibi hassas ve ağır menfaatler varken ifade hürriyeti kefesinde terör örgütü mensuplarına yardım etmek, onları insani davranış ve bilinç kazanmaları bakımından eğitmek isteyen bir grup vardır. Mahkemeye göre, kurulan bu dengede Mahkemenin yapması gereken Kongre ve hükümetin kurduğu dengeyi bozmamak ve Kongrenin yerine geçmemektir. Temsili iradeyi denetim yetkisinin devam ettiğini kabul eden Mahkeme, bazı hassas bilgilerin ancak hükümet organlarıncı bilindiğini ve bu hususlara ilişkin değerlendirme yapmasının zor olduğunu kabul etmiştir. Kongrenin çatışan menfaatleri tartmaktaki “üstün kapasitesini” kabul eden Mahkeme, kanunla bir denge kurulduğunu ve sıkı denetimin gereklerini taşıyan acil bir menfaatin bulunduğunu benimsemiştir¹⁰⁷¹. Sıkı denetim uygulandığının açıkça ifade edilmesine karşın bu kararda dengeleme dilinin önemli bir yer işgal ettiğini belirtmemiz gerekir.

¹⁰⁷⁰ **Holder v. Humanitarian Law Project**, V-C; ayrıca bkz. **Smith**, “Protecting Citizens and Their Speech...”, p. 108. Smith’e göre kararda kullanılan ölçüte dair kafa karışıklığının olmasına rağmen açık olan şey “hükümetin terörizmle mücadele konusundaki menfaatinin ifade hürriyetiyle” tartılmış olmasıdır. Bkz. **Smith**, “Protecting Citizens And Their Speech...”, p. 108.

¹⁰⁷¹ **Holder v. Humanitarian Law Project**, V-C, VI; ayrıca bkz. **Tsesis**, “Balancing Free Speech”, p. 26, 31-32. Kararda Mahkeme milli güvenliğin korunması bakımından yasama ve yürütme organlarına güvenmiştir. Ayrıca, bu organların yerine geçmekten imtina etmiş, buna yol açacak tutumları benimsememiştir. Sonuç olarak kararda Mahkemenin denetim yapmak yerine bu organların politikalarına uygun davranmaya çalıştığı söylenebilir. Bkz. **Holder v. Humanitarian Law Project**, V-B-C; **Tuley**, “Holder v. Humanitarian Law Project...”, p. 592.

Orta düzey denetimde, müdahalenin “meşru ve içeriğe dayalı olmayan menfaatleri gerçekleştirme amacına sahip olması”, “alternatif kanalları açık bırakması” ve “amaca biçilmiş bir kaftan olarak (dar bir şekilde) tasarlanması” gerekir. Aynı zamanda müdahalenin hürriyeti “en az kısıtlayıcı” nitelikte olması ise gerekmez¹⁰⁷². Bu şartların yanı sıra “çok önemli bir menfaat” sebebiyle ifade hürriyetinin sınırlandırılması şartı aranır. Mahkemeye göre O’Brien davasında askeri önemi haiz belgelerin yakılması ve tahrip edilmesi menfaati karşısında önemli bir ifade hürriyeti menfaati yoktur. Nitekim burada düşüncelerin içeriğine müdahale edilmemekte, yöntem hedef alınmaktadır. Bu yöntem nedeniyle kişinin belgeleri yakmadan ve hükümetin önemli bir menfaatine zarar vermeden düşüncelerini açıklayabileceği kabul edilmiştir¹⁰⁷³. Dolayısıyla orta düzey bir denetimin yapıldığı davadaki değerlendirmeler içerisinde kamusal menfaatlerin belirlenmesi aşaması da vardır. Bu menfaatin ise ifade hürriyeti karşısında, “önemli” niteliğini ya da ağırlığını haiz olması gerekir. Fakat uygulanan ölçütün sonucu tamamen bu iki menfaatinin tartımına bağlı kılınmamış, kategorik yaklaşım ve normatif yöntem sürdürülmüştür.

Son olarak, Kelso’nun “makullük dengeleme ölçütü” (reasonableness balancing test) olarak ele aldığı esnek denetimde de dengelemeden az ya da çok yararlanıldığını söylemek mümkündür¹⁰⁷⁴. Nitekim, esnek denetimde aranan “meşru menfaatin” varlığı şartının yerine getirilip getirilmediğinin belirlenebilmesi için ifade hürriyetinin sınırlandırılmasına sebep olan menfaatin ağırlığının belirlenmesi gerekebilir. Hatırlanacağı üzere esnek denetim, müdahalenin bakış açısı ayrımcılığı yapmadığı ve kamu alanında değil hükümet kontrolünde bulunan yerlerdeki ifadelerle ilişkin olması halinde uygulanır. Örneğin, Hava Kuvvetleri üslerinde dilekçelerin imzalanması ve dağıtılmasına ilişkin düzenlemelerin komutanların onayının alınmasını gerektirmesinin Birinci Değişiklik bakımından karara bağlandığı Brown v. Glines kararında bu denetim uygulanmıştır¹⁰⁷⁵. Somut olay asker kişilerle ve askeri üslerle ilgilidir. Askeri üslerde

¹⁰⁷² Ayrıca bkz. **Ward v. Rock Against Racism**, p. 797-798; **Hudson Jr.**, “Content Neutral”, p. 344; **O’Neill**, “Time, Place, and Manner Restrictions”, p. 1069; **Hudson Jr.**, “Ward v. Rock against Racism (1989)”, p. 1151-1152.

¹⁰⁷³ Ayrıca bkz. **United States v. O’Brien**, p. 381-383; **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 401-402.

¹⁰⁷⁴ Bkz. **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 307-308; benzer yönde değerlendirme ve açıklamalar için bkz. **Stone**, “Restrictions of Speech Because of its Content”, p. 88.

¹⁰⁷⁵ Hava Kuvvetleri düzenlemeleri, Hava Kuvvetleri personelinin Kongre üyelerine ve diğer kamu görevlilerine dilekçe verme hakkına sahip olduğunu kabul etse de Hava Kuvvetleri tesisindeki bir kişinin

basılı veya yazılı materyalin dağıtılması Silahlı Kuvvetler mensuplarının sadakati, disiplini veya morali için açık bir tehlike oluşturacağı veya askeri bir görevin gerçekleştirilmesine önemli bir müdahalede bulunacağı belirlenirse komutan tarafından reddedilebilir¹⁰⁷⁶. Mahkemeye göre bu tür düzenlemeler ifade hürriyetinin bastırılmasıyla ilgili olmayan “önemli bir toplumsal (hükümet) menfaati” (substantial government interest)¹⁰⁷⁷ korumaktadır. Önemli toplumsal menfaatleri koruyan bu düzenlemeler aynı zamanda “makul ölçüde” kısıtlama yaparken “gerekli olandan daha fazla kısıtlama” yapmamaktadır¹⁰⁷⁸. Bu kararında Mahkeme, yalnızca somut olayın koşullarına bağlı kalarak ve menfaatlerin önemini tartarak karar vermemiş, ifadenin yerine ve müdahalenin

veya Hava Kuvvetleri üyesinin, uygun komutandan izin almadan dilekçe için diğer kişilerden imza istemesini yasaklar. Yine, Hava Kuvvetleri üyesinin komutanın izni olmadan herhangi bir Hava Kuvvetleri tesisinde basılı veya yazılı materyali dağıtmasını veya yayınlamasını yasaklar. Bkz. **Brown v. Glines**, 444 U.S. 348 (1980), p. 349-351. Örneğin Mahkeme, **Pell v. Procunier** kararında da bir cezaevindeki mahkumların, mahkûm statüsüyle veya ıslah sisteminin meşru ceza hukuku hedefleriyle çelişmeyen Birinci Değişiklik haklarının korunmasının ve mahkumların ifade hürriyetine getirilen kısıtlamalarla Devletin mahkumları hapsedme konusundaki meşru menfaatlerinin dengelenmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir. Bkz. **Pell v. Procunier**, p. 817.

¹⁰⁷⁶ **Brown v. Glines**, p. 350-351. Brown v. Glines kararından kısa bir süre önce verilen Greer v. Spock kararı oldukça benzerdir. New Jersey’nin merkezindeki kırsal alanda bir ordu karakolu bulunmaktadır. Bu alan, öncelikli olarak orduya yeni katılan personele temel muharebe eğitimi verilmesinde kullanılmaktadır. Alana, özel olarak belirlenen yerler hariç, sivillerin girmesi yasaklanmamış olsa da alanda partizan-politik nitelikteki konuşmalar ve gösteriler, grevler, oturma eylemleri, protesto yürüyüşleri, siyasi konuşmalar ve benzeri faaliyetler yasaklanmıştır. Somut olayda ABD başkan ve başkan yardımcısı adayı bu alana gelmek, personelle görüşmek ve seçim çalışması olarak toplantı yapmak istemiştir. Bkz. **Greer v. Spock**, 424 U.S. 828 (1976), p. 830-831. Benzer şekilde hassas füze ve uzay fırlatma tesislerinin bulunduğu Vandenberg Hava Kuvvetleri Üssü üzerinde komutanın kontrol, gözetim ve yönetim yetkilerinin olması, üsse izinsiz giriş yapılmasının yasaklanması ile toplantı ve gösteri yapılmasına ilişkin sınırların belirlenmesi yetkisine dair değerlendirmeler için ayrıca bkz. **United States v. Apel**, 571 U. S. ____ (2014), I-III.

¹⁰⁷⁷ Mahkemeye göre ordu, zorunlu olarak sivil toplumdan ayrı, uzmanlaşmış bir yapıdır. Askeri personel, her an-gerektiğinde görevlerini yerine getirmeye hazır olmalıdır. Bu nedenle görevlerin hızlı ve güvenilir bir şekilde yerine getirilebilmesi için ordu içerisinde saygı ve disiplin oldukça önemlidir. Dolayısıyla sivil hayatta korunan ifadeler ile ordu içerisindekiler arasında fark vardır. Nitekim sivil hayattaki ifadelerin aynen ordu içerisinde de korunduğunu kabul etmek emir-komuta ilişkisini, ordu disiplini ve hizmetin gereği gibi yerine getirilmesini olumsuz etkileyebilir. Bkz. **Brown v. Glines**, p. 354. Greer v. Spock kararında da bir kamusal menfaat olduğu tespit edilmiştir. Buna göre, “Anayasanın düzenlenip kurulmasının amaçlarından biri de ortak savunmayı sağlamaktır” ve “orduların ve donanmaların birincil görevi, fırsat doğduğunda savaşmak veya savaşmaya hazır olmaktır”. Bir askeri tesisin görevi de askerleri eğitmektir, kamu alanı sağlamak değildir. Ayrıca yetkili komutan sadakat, disiplin veya moral için açık bir tehlike oluşturduğunu düşündüğü yayınlara onay vermez, ancak komutan yalnızca içeriğini beğenmediği, hükümet politikalarını veya yetkililerini eleştirdiği için bir yayının askeri alan içerisinde dağıtımını engelleyemez. Dolayısıyla kural ayrımcılık yapmamalıdır. Bkz. **Greer v. Spock**, p. 837-840.

¹⁰⁷⁸ Bkz. **Brown v. Glines**, p. 355. Askeri kişiler de Birinci Değişikliğin sağladığı hürriyet ve güvencelere sahiptir. Ancak ordunun karakteri bu güvence ve hürriyetlerin farklı bir şekilde uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Bkz. **Brown v. Glines**, p. 354. Mahkeme, benzer şekilde Greer v. Spock kararında, kuralın kapsamını incelemiştir. Sonuç olarak sınırlandırmanın gerekli olandan fazla olmadığına karar vermiştir. Olayda, kural asker kişilerin askeri alanlar dışında ve üniformasız olarak siyasi mitinglere katılabildiği ve üsteki birliklerin sadakati, disiplini veya morali için açık bir tehlike olmayan yayınların komutan tarafından onaylandığı ve askeri alanlara girebildiği görülmüştür. Bkz. **Greer v. Spock**, p. 839-840. Konuya ilişkin incelediğimiz kararlar ile diğer örnek kararlar ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Kelso**, “The Structure of Modern Free Speech Doctrine”, p. 307-311.

bakış açısı ayrımı yapmıyor¹⁰⁷⁹ olmasına bağlı olarak esnek denetim uygulamıştır. Ancak Mahkeme, doğal olarak müdahalenin gereklilik sınırlarını ve ifade hürriyeti karşısındaki menfaatin önemini belirlerken bir tartım yapmış, belki de yok denecek kadar az ikincil bir unsur olarak dengelemeye yer vermiştir.

Sonuç olarak Mahkeme, yalnızca dengeleme yaparak terazinin eğimine göre karar vermemektedir. Örneğin tartım yapıldığında ifade hürriyetinin sınırlandırılması için yeterli olacak bir menfaat sıkı denetimi geçemezken, esnek denetimi geçebilir. Nitekim korunan ifadelerle ilişkin denetim düzeyleri, her zaman dengelemenin sonucuna doğrudan bağlı değildir. İfade hürriyeti ölçütlerinden farklı gereklerine göre menfaatin önemini belirlerken bir araç ya da ikincil (örtülü, gizli, zımnî) bir ölçüt olarak dengeleme kullanılabilir. Bazı kararlarda ise çatışmanın çözümü gibi kavramlar açıkça dile getirilmese de iki menfaatten hangisinin önemli olduğunu belirlerken somut olayın şartlarını dikkate alarak bir derecelendirme yapılmaktadır. Kanaatimizce bu da dengelemenin bir yoludur. Kategorik yaklaşımın sürdürülmesi ve esas alınmasıyla birlikte kararlarda gerekçelerin güçlendirilmesi ve zor davalarda menfaatlere ilişkin değerlendirme yapılmasında dengelemeden yararlanılabilir.

(b) Korunmayan (ya da Az Korunan) İfade Kategorileri ve Dengeleme

Birinci Değişikliğin güvencesinden tam bir koruma görmeyip nispeten daha kolay sınırlandırılabilen ifade türleri vardır. Mahkemenin kategorik yaklaşımının sonucu olarak toplumda hiç değeri bulunmaması ya da çok az değere sahip olması sebebiyle korunmayan veya az korunan ifadeler, ayrı kategoride görülmektedir. İlk olarak Mahkemenin ifade türleri arasında ayrım yaparak bazı türlerin korunması, bazılarının ise az korunması veya hiç korunmaması gerektiği yaklaşımını sürdürmesinde ifade hürriyeti-kamu menfaati arasında yapılan dengeleme önemli bir dayanak oluşturmaktadır. Birinci Değişikliğin mutlak diline rağmen korunmayan türlerin kabul edilmesi ve benzer şekilde korunan ifadelerin de belli koşullar altında sınırlandırılabilir olduğunun kabul edilmesi yine ifade hürriyetinin yol açacağı toplumsal maliyetlerle dengelenmesinin

¹⁰⁷⁹ Mahkeme, müdahalenin gerekenden fazla olup olmadığını incelerken kuralların askerlerin hükümeti eleştiren materyallere erişimini engellemediğini; düzenlemelerin yalnızca hükümeti veya politikalarını eleştiren materyallerin dağıtımının yasaklanmasını engellediğini belirlemiştir. Bkz. **Brown v. Glines**, p. 355-356. Greer v. Spock kararında Mahkeme, kuralın ayrımcılık yapıp yapmadığını incelemiştir. Belirlemelere göre, herhangi bir siyasi görüşten adayın kampanya yürütmesine izin verilmemiş ve bu kural tarafsız olarak uygulanmıştır. Bkz. **Brown v. Glines**, p. 839.

sonucudur¹⁰⁸⁰. Fakat unutulmamalıdır ki, korunmayan ifadeler ayrımı kategorik yaklaşımın bir gereğidir. Diğer ifadeyle bir ifadenin kategorisi onun elde edeceği korumanın derecesini belirler veya hiç korunmayacağını gösterir. Bu bağlamda yargısal tartım ya çok az önemlidir ya da hiç tartım yapılmaz. İfadenin korunmayan niteliği haiz olduğu normatif ölçütlerle belirlenmişse tartım yapılmadan o ifade korunmaz ya da ancak ölçütün sonucuna göre çok az korunur¹⁰⁸¹. Mahkeme bu tür ifadelere yapılan müdahaleleri de bunlara özgü geliştirdiği bazı ölçütlerle denetlemektedir. Örneğin hükümetin zorla ve şiddet kullanılarak yıkılmasının savunulması ve hukuka aykırı eylemlerin kısıktırılması, savunulması, desteklenmesi ve öğretilmesi niteliğindeki ifadelerin sınırlandırılması halinde uygulanan ölçütlerden birisi de açık ve mevcut tehlike ölçütüdür. Fakat Mahkeme, ifade hürriyeti-milli güvenlik ilişkisi çerçevesinde bu tehlike ölçütünü uygularken ölçütün içerisinde bir unsur olarak menfaatler arasında bir tür tartım yapmıştır¹⁰⁸². Bu gibi kararlarda verilen yetkiler kamu yararı adına keyfi veya mantıksız bir şekilde kullanılmadığı müddetçe ifade hürriyeti karşısında milli güvenliğe ağırlık verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Sayılan niteliği ve içeriği haiz ifadelerin korunmamasının gereği ve milli güvenlik menfaati karşısında korunacak önemde

¹⁰⁸⁰ Konuda ayrıca bkz. **Tsesis**, “Balancing Free Speech”, p. 28. Doktrinde Özpolat, tanımsal dengeleme yönteminin korunmayan ifade kategorisi ile korunan ifade kategorisi arasındaki ayrımı dayandırıldığını belirtmektedir. Tanımsal dengeleme ve Mahkemenin kategorik yaklaşımı için bkz. **Özpolat**, Sanatsal İfade Özgürlüğü..., s. 224-225.

¹⁰⁸¹ Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. **Farber**, “The Categorical Approach...”, p. 922-923. Kategorik yaklaşıma göre hukuka aykırı eylemlerin kısıktırılması korunmayan türde ifadeler arasında yer almaktadır. Bu tür ifadeler için açık ve mevcut tehlike ölçütü uygulanır. Holmes ve Brandeis’in benimsediği ölçüt, doğası gereği dengeleme ölçütünü açıkça reddetmektedir. Çünkü dengelemenin aksine açık ve mevcut tehlike ölçütü maliyet ve faydalar arasında tartım yapmamakta, tehlikenin belli nitelikleri haiz olmasını gerekli görmektedir. Bkz. **Sunstein**, “Does the Clear and Present Danger Test...”, p. 1784.

¹⁰⁸² Tehlike ölçütü için önem teşkil eden kararlara baktığımızda Mahkemenin yararlandığı tartımı tespit etmek mümkündür. İlk olarak, Whitney kararında Mahkeme, Kanunun “endüstriyel veya politik değişiklikleri gerçekleştirmenin bir yolu olarak suçların veya hukuka aykırı güç, şiddet veya terör eylemlerinin işlenmesini savunma, öğretme veya yardım ve yataklık etmek için bir derneğin üyesi olma veya bir derneğin örgütlenmesine yardımcı olma”nın, “kamu barışı ve devletin güvenliği” için çok büyük bir tehlike oluşturduğunu belirlemiştir. Verilen yetkiler kamu yararı adına keyfi veya mantıksız bir şekilde kullanılmadığı müddetçe ifade hürriyeti karşısında bu belirlemeye ağırlık verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Sayılan niteliği ve içeriği haiz ifadelerin korunmamasının gereği ve milli güvenlik menfaati karşısında korunacak önemde görülmemesi de yine bu ifadelerin tartılarak daha az önemli olduğunun tespit edilmesinin sonucudur. Bkz. **Whitney v. California**, p. 371. Sunstein de Dennis kararında, açık ve mevcut tehlike ölçütünün uygulanmış olmasına rağmen “maliyet-fayda dengelemesi”nden yararlanıldığını belirtmektedir. Bu kararda yararlanan dengelemeye göre açık ve mevcut bir tehlike ortaya çıkmadan hükümetin gerekli tedbirleri alabileceği kabul edilmiş, müdahalenin yol açtığı “maliyet-fayda” arasında bir tartım yapılmıştır. Dolayısıyla kararda dengelemenin önemli bir yer tuttuğu ileri sürülmektedir. Bkz. **Sunstein**, “Does the Clear and Present Danger Test...”, p. 1782-1783.

görülmemesi de yine bu ifadelerin tartılarak daha az önemli olduğunun tespit edilmesinin sonucudur¹⁰⁸³.

c. Yüksek Mahkeme Kararlarında İfade Hürriyeti ile Milli Güvenlik Çatışmasında Bağımsız (Açık) Bir Ölçüt Olarak Dengeleme

(1) Dengelemenin Bağımsız Bir Ölçüt Olarak Uygulanması

Mahkeme, ifade hürriyeti ve milli güvenlik çatışmasına ilişkin bazı kararlarında dengeleme ölçütünü uygulamakta, somut uyuşmazlığın şartlarını dikkate alarak iki menfaati tartmaktadır. Dennis kararında Frankfurter'un benimsediği ve uygulanmasını savunduğu ölçütün¹⁰⁸⁴, bağımsız bir ölçüt olarak dengelemenin uygulandığı kararlarda somutlaştığını görmek mümkündür¹⁰⁸⁵. Mahkeme, belli işlerin yapılmasını yemin ve zorunlu beyana bağlı kılan kanunların ifade hürriyetini ihlal edip etmediğinin değerlendirildiği davalarda, korunmak istenen menfaati ve sınırlandırılan diğer menfaati tartmakta ve somut olayın şartlarına bağlı olarak ve terazinin kefelerine çeşitli ağırlıklar

¹⁰⁸³ Ayrıca bkz. **Whitney v. California**, p. 371. Epstein, olayın koşullarına göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini savunan Holmes'un uyguladığı ölçütü, "açık ve mevcut tehlike dengeleme ölçütü" (clear and present danger balancing test) olarak ifade etmiştir. Bkz. **Epstein**, "Balancing National Security and Free-Speech Rights...", p. 487. Açık ve mevcut tehlike ölçütü, kuşkusuz içerisinde bulunan koşullara göre ifade hürriyeti ve milli güvenlik arasında bir tartım yapmaktadır. Ancak bu tartım tek başına ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için yeterli bir ölçüt sağlamaz. Açık ve mevcut tehlike ölçütü, öncelikle kategorik yaklaşımla uyumlu olarak hukuka aykırı eylemleri kısıktan korunmayan ifadelerin varlığına dayanmaktadır. Diğer yandan korunmaya değerli görülmeyen bu ifadeler de tamamen savunmasız bırakılmamakta ve müdahaleler normatif ölçütlerin denetimine tabi kılınmaktadır. Bu aşamada dengelemenin karara etki eden faktörlerden bir tanesi olarak devreye girdiği söylenebilir.

¹⁰⁸⁴ Dennis kararında çoğunluğa katılan Hâkim Frankfurter da ayrıık gerekçesinde açık ve mevcut tehlike ölçütünün değil, dengeleme ölçütünün karara esas alınması gerektiğini savunmuştur. Bu çerçevede Frankfurter, dengeleme ölçütünün nasıl uygulanacağına ilişkin bazı ilkeleri ortaya koyarken açık ve mevcut tehlike ölçütünün dengeleme ölçütü karşısındaki yetersizliklerini açıklamıştır. Ayrıca Frankfurter, benimsediği doktrinde dengelemenin yasama organı tarafından yapıldığını ve yargının bu dengelemeye saygılı olması gerektiğini savunmuştur. Frankfurter'a göre rekabet halindeki menfaatlerin tartılması gerekir. O, bu konuda tartımın nasıl yapılacağı, kim tarafından yapılacağı gibi çeşitli sorular sormakta ve bu sorulara ilişkin cevaplar vermektedir. Ona göre, yargı organı temsili bir organ olmadığı gibi onun temel özelliği bağımsız ve tarafsız olmasıdır. Bu nedenle dengelemede tüm sorumluluğun yargı organına verilmesi düşünülemez. Sorumluluğun yargı organına verilmesi halinde yargı organı çatışan menfaatlerden birisini seçerken maruz kaldığı baskı ve içerisinde bulunan koşulların etkisiyle bağımsızlığını kaybedebilir. Neticede dengeleme yapılmasında birinci derecede sorumlu organ Kongredir. Bkz. Frankfurter'ın ayrıık gerekçesi, **Dennis v. United States**, p. 525-526. Sunstein, Dennis kararında açık ve mevcut tehlike testi uygulanmış olsa da "maliyet-fayda dengelemesinin" kararın verilmesinde önemli bir yere sahip olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Sunstein**, "Does the Clear and Present Danger Test...", p. 1782-1783.

¹⁰⁸⁵ Frankfurter'a göre dengeleme ölçütü bağımsız bir yöntem olarak kullanılmalıdır. Ona göre açık ve mevcut tehlike ölçütü, "şüpheli veya uzak olmayan", "açık ve mevcut" olan bir tehlikenin kamu yararını tehdit etmesini gerektirir. Bu, tedbir ve kötülük arasında rasyonel bir bağlantının olmasını zorunlu kılıp çeşitli bağlamlarda ölçütün uygulanmasına olanak sağlasa da açık ve mevcut tehlike ölçütü yine her durum için yeterli değildir. Bkz. Frankfurter'ın ayrıık gerekçesi, **Dennis v. United States**, p. 525, 542-544; ayrıca bkz. **Aydın**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü..., s. 151-152.

koyarak sonuca ulaşmaktadır¹⁰⁸⁶. İfade hürriyetinin en düşük düzeyde korunduğu, temsili organların iradesine saygılı olunması temeline dayanan ve Frankfurter ile arkadaşları tarafından da benimsenen dengeleme, çeşitli kararlarda uygulanmıştır. Özellikle komünizm tehdidinin olduğu yıllarda dengeleme etkili bir ölçüt olarak kullanılmıştır¹⁰⁸⁷.

Dennis'ten kısa bir süre önce verilen Amerikan Communications Assn. v. Douds kararı buna örnek teşkil etmektedir. Somut olayda komünistlerin kışkırttığı siyasi grevler nedeniyle serbest ticaretin engellenmesini önlemek için İşçi Yönetimi İlişkileri Kanunu (Labor Management Relations Act) ile çeşitli tedbirler alınmıştır. Bu tedbirlerden birisi de sendika görevlilerinin “hükümetin zorla (şiddet kullanılarak) devrilmesine inanmadığı, inanan veya öğreten herhangi bir örgütün üyesi olmadığı” gibi beyanları içeren yemin etmesidir¹⁰⁸⁸. Kanuna ilişkin bazı uyuşmazlıklarda davacılar açık ve mevcut tehlike ölçütünün uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür¹⁰⁸⁹. Mahkeme, tıpkı Dennis kararında Frankfurter'un da benimsediği gibi, sabit, mutlak ve dogmatik bir açık ve mevcut tehlike ölçütünü bu davada uygulamayı kabul etmemiştir. Milli güvenlik veya millete yönelen tehlikeler açısından açık ve mevcut tehlike ölçütünün tek ölçüt olamayacağı savunulmuştur. Bu çerçevede Mahkemeye göre, bir düzenleyici işlemle yapılan müdahalede ifade hürriyeti üzerinde nispeten az bir baskı olması ve kamu yararının önemli olması halinde milli güvenlik için yakın bir tehlikenin varlığını aramaya gerek yoktur. Tehlike açık ve mevcut olmasa bile önemli bir kamu yararının bulunması müdahale için yeterli görülmüştür¹⁰⁹⁰. Anlaşılacağı üzere bu yaklaşım, tehlike ölçütünün güvencelerinin azaltılması ve somut olayın koşullarına göre ifade hürriyetinin sınırlandırılmasının daha kolay hale gelmesini amaçlamaktadır.

¹⁰⁸⁶ Bkz. **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 432. Benzer şekilde 11 Eylül Saldırılarından sonra yabancılara karşı alınan tedbirlere ilişkin kimi kararlarda Mahkeme, menfaatlerin dengelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Hamdi v. Rumsfeld**, 542 U.S. 507 (2004), III-C; **Ziglar v. Abbasi**, 582 U. S. ____ (2017), III-B, V-A.

¹⁰⁸⁷ Ayrıca bkz. **Siegel**, “The Death and Rebirth...”, p. 215-217; **Cohen-Eliya/Porat**, “American Balancing and German Proportionality...”, p. 283.

¹⁰⁸⁸ **American Communications Assn. v. Douds**, 339 U.S. 382 (1950), p. 385-389; ayrıca bkz. **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 432.

¹⁰⁸⁹ **American Communications Assn. v. Douds**, p. 390.

¹⁰⁹⁰ **American Communications Assn. v. Douds**, p. 396-398; ayrıca bkz. **Aydın**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü..., s. 150. Siegel, Frankfurter ve arkadaşları tarafından önerilen ve uygulanan bu dengeleme ölçütünün ifade hürriyetini en az koruyan ölçüt olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Siegel**, “The Death and Rebirth...”, p. 215; benzer şekilde Aydın da olaysal dengelemenin ifade hürriyetini en az koruyan ölçüt olduğunu belirtmektedir. Yazara göre bu ölçüt, ifade hürriyetinin sınırlandırılmasına en çok izin veren ölçüttür. Bkz. **Aydın**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü..., s. 65.

Açık ve mevcut tehlike ölçütünü uygulamayı kabul etmeyen Mahkeme, menfaatlerin ağırlığının belirlenmesinde birincil derecede Kongrenin sorumlu olduğunu¹⁰⁹¹, ancak kendisinin de denetim yetkisinin bulunduğunu belirterek dengeleme ölçütünü uygulamıştır. Bu aşamada bir terazi kurulmaktadır. Terazinin bir kefesine kanunun çıkarılmasını haklı kılacak sebepler ve diğerine ise ifade hürriyetinin korunmasını gerekli kılan sebepler konulmaktadır. Ancak teraziye konulacak ağırlıklar davanın somut koşullarına bağlı olarak çeşitlenmekte, menfaatlerin ağırlığı somut koşullara göre belirlenmektedir. Öncelikle Birinci Değişiklik hürriyetlerinin sınırlandırılması halinde, fikirlerin/ideolojilerin zararlı sonuçlarının değil de bir davranış düzenlendiğinde Mahkeme, “koşulları tartma ve hakların özgürce kullanılmasını desteklemek için, ileri sürülen nedenlerin önemini değerlendirme” görevini yerine getirmesi gerektiğini kabul etmiştir¹⁰⁹².

Somut koşullara göre Mahkemenin belirlediğini tespit ettiğimiz ağırlığa etki eden unsurlar özetle şöyledir: (i) Kanunun, görüşlerin özgürce ifade edilmesinin keyfi olarak

¹⁰⁹¹ “Anayasal ihlallerin önlenmesi, örneğin tutuklu istismarı”, ile “üst düzey yetkililere önemli tehlike dönemlerinde milleti korumak ve gerekli kararları alabilmek için hareket alanının verilmesi” arasında denge kurulması gerektiğinin belirlendiği *Ziglar v. Abbasi* kararında Mahkeme, uygun dengenin yargı tarafından değil, Kongre tarafından sağlanması gerektiğini hatırlatmıştır. Bkz. **Ziglar v. Abbasi**, III-B. Doktrinde de menfaatleri dengeleme sorumluluğunun kuvvetler ayrılığının bir gereği olarak öncelikle yasama organına ait olduğu savunulmaktadır. Bkz. **Mathews/Sweet**, “All Things in Proportion?...”, p. 804.

¹⁰⁹² **American Communications Assn. v. Douds**, p. 399-400; benzer yönde bkz. **Barenblatt v. United States**, 360 U.S. 109 (1959), p. 126; **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 432. Örneğin, *Ziglar v. Abbasi* kararında Mahkeme kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken gerçekleştirdiği eylemler sebebiyle kişisel olarak tazminat sorumluluğunun olup olmadığını değerlendirirken iki menfaatin olduğunu belirlemiştir. İlk olarak, tazminat davaları anayasal güvencelerin haklı çıkarılması için tek gerçek yolu sunabilir. Yani, görevlilerin bu güvenceye saygılı olması için önemli bir araçtır. İkinci olarak, yetkililere karşı tazminat davalarına izin vermek, kişisel olarak maddi sorumlulukla karşılaşacağı korkusu ve taciz edici davaların ortaya çıkma ihtimali görevlerin yerine getirilmesinde görevlilerin engellenmesi riskine neden olabilir ki bu da toplumsal maliyetlere yol açar. Kararda Mahkeme, bu iki menfaati terazinin kefesine koyarak tartmıştır. Bkz. **Ziglar v. Abbasi**, V-A. *Hamdi v. Rumsfeld* kararında da Mahkeme’ye göre, belirli bir durumda işletilmesi gereken hukuki sürecin, “resmi eylemden etkilenecek özel menfaat” ve “işlemin işlevi” ile “hukuki süreç sağlamakla karşılaşacağı yükler dahil olmak üzere hükümetin iddia ettiği menfaat” arasındaki tartıma göre belirlenir. Nitekim, 11 Eylül Saldırılarından sonra hükümete düşman savaşımlarla mücadele etmek, onları tutabilmek ve onların terörist organizasyonlara yeniden katılmasını önlemek üzere çeşitli yetkiler verilmiştir. Bu, milli güvenlik tedbirleri gereğince önemli bir menfaat olarak görülebilir. Ancak diğer yandan tutulan kişilerin tutukluluk süreleri, mahkeme önünde hakkını arayabilmesi gibi diğer menfaatler ile hükümetin ileri sürdüğü menfaat çatışmaktadır. Mahkeme, bu gibi durumlarda menfaatlerin dengelenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Hamdi v. Rumsfeld**, III-C. Hâkim Black’e göre de, Anayasa tarafından korunmayan bir davranış ile ifade hürriyeti iç içe geçtiğinde korunmayan davranışın düzenlenmesi ve bu davranışa müdahale edilmesi ifade hürriyetinin ihlal edilmesine yol açabilir. Bu gibi durumlarda mahkemeler düzenleyici işlemleri direkt onaylamamalıdır. Önce somut olayın koşullarının tartılması ve ifade hürriyetinin korunması için ileri sürülen sebeplerin değerlendirilmesi gerekir. Bkz. Black’in ayrık gerekçesi, **Labor Board v. Fruit Packers**, 377 U.S. 58 (1964), p. 77; **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 387.

bastırılmasının aracı haline gelmemesi (kanunilik)¹⁰⁹³. (ii) Kanunun belirlediği sınırlar ile kanunun amaçları arasında rasyonel bağlantı olması (elverişlilik). (iii) İfade hürriyetinin sınırlandırılmasının “sınırlı kapsamda” kalması ve korunmaya çalışılan “kamu hizmetinin verimliliğine yönelik büyük kamu yararı”nın olması¹⁰⁹⁴ (oranlılık). (iv) Henüz eyleme geçmemiş olsa da bazı tehditlerin varlığı karşısında Kongrenin bu tehditleri ortadan kaldırma yetkisinin olması¹⁰⁹⁵. (v) Kanunun, kapsamının dar bir biçimde yorumlanmaya elverişli olması. Diğer bir ifadeyle Kanunun Mahkemenin yaptığı gibi dar yorumlandığında gereğinden fazla kişinin hürriyetini sınırlandırmaması¹⁰⁹⁶. Söz konusu karardan çıkarılan ve somut olayın şartlarına göre menfaatler için ağırlık oluşturabilecek bu unsurlara göre yapılan tartımda kamu yararı daha ağır basmıştır¹⁰⁹⁷. Kararda belirlenen ağırlıklar Mahkemenin yaklaşımı ve dengelemenin doğası hakkında fikir vermektedir. Ancak davaların konusuna ve koşullarına göre bu ağırlıklar değişiklik arz etmektedir¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹³ **American Communications Assn. v. Douds**, p. 403-405. Mahkemeye göre somut olayda Kanun sansür veya bilginin yayılmasının yasaklanması unsurlarını içermemektedir. Ayrıca bu Kanunla Komünist Partinin siyasi bir örgüt olarak faaliyetleri kısıtlanmamış; inançlar da bastırılmaya çalışılmamıştır. Bkz. **American Communications Assn. v. Douds**, p. 403-404.

¹⁰⁹⁴ **American Communications Assn. v. Douds**, p. 405.

¹⁰⁹⁵ **American Communications Assn. v. Douds**, p. 405-406. Birinci Değişiklik hürriyetlerine ilişkin kuralların kapsamının dar bir şekilde çizilmesi gerektiği ilkesi gereğince kuralın sendika yöneticilerinin görevden alınmasını gerektirmemesi ve Birinci Değişiklik hürriyetleri üzerinde etkili olmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak Mahkeme eyaletler arası ticaretin bu tür grevlerin devam eden tehdidinden korunması gerektiği yönündeki yasama iradesinin izin verilebilir olduğuna karar vermiştir. Bkz. **American Communications Assn. v. Douds**, p. 405-406.

¹⁰⁹⁶ Mahkeme, yasama amacıyla uyumlu bir şekilde yapılabilmesi halinde bir kanunun Anayasaya aykırı olmayacak şekilde yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir. Somut olayda da Kongrenin kanun kabul edilirken eyaletler arası ticareti müdahaleden korumayı amaçladığı ve inançları yasaklama amacı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Kanun, siyasi grevlere ve diğer eylem biçimlerine katılma isteğini güçlü bir şekilde gösteren kişileri hedef almaktadır. Diğer bir ifadeyle Kanun, belli düşüncelerin (hükümetin yıkılması vb.) savunulması ve bunların neden olduğu tehlikelerle değil, Amerikan halkını zayıflatmak ve bölmek için tasarlanmış siyasi grevler düzenlemek gibi sendika işleriyle ilgilidir ve yalnızca bu bağlamda belli kişilere sınır getirmektedir. Bkz. **American Communications Assn. v. Douds**, p. 407-409.

¹⁰⁹⁷ Mahkemeye göre, “istediğine inanmasına izin verilmesi gereği” kişinin önemli bir kamusal kötülük çıkma tehlikesi olmadığı sürece istediğini savunmasına izin verilmesini gerektirir. Ancak kişilerin istediğine inanmasına müdahale edilmemesi demek, herkesin her işi yapabileceği anlamına gelmez. Örneğin, bu güvenceler bir kişiye “cephaneliğin bekçisi olma izni” vermeyi zorunlu kılmaz. Sonuç olarak kişilerin ifade hürriyeti korunsun da belli işlerin yerine getirilebilmesi için çeşitli şartların aranması Birinci Değişikliğe aykırı bulunmamıştır. Bkz. **American Communications Assn. v. Douds**, p. 411-412; ayrıca bkz. **Bogen**, “Balancing Freedom of Speech”, p. 432-433.

¹⁰⁹⁸ Temsilciler Meclisi Amerikan Karşıtı Faaliyetler Komitesinin eğitim alanına komünist sızma iddialarını araştıran Alt Komitesinin sorularını reddeden bir kişinin ifade hürriyetinin ihlal edilip edilmediğinin incelendiği kararda Mahkeme, dengeleme ölçütünü uygulamıştır. Olayda bir kişinin dini, siyasi niteliği haiz olan bireysel ilişkilerini ifşa etmesi/açıklaması istenmektedir. Mahkeme, bu durumda özel menfaat ile kamusal menfaatin dengelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yasama organına verilen böyle bir yetkinin toplumun *kendini koruma hakkına* dayandığı kabul edilmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, bu menfaat ile somut olayın koşullarında milli güvenlik bakımından Komünist Partinin normal bir parti olmadığını, hükümetin zorla ve şiddetle devrilmesini savunan bir parti olduğunu benimseyip (özel) tartımını bu bağlamda yapmıştır. Bkz. **Barenblatt v. United States**, p. 125-129; benzer değerlendirmeler için ayrıca

Mahkemenin benzer davalara ilişkin belirlediği ağırlıklar, sonraki davalarda da dengeleme ölçütü için ağırlık ve kriter oluşturabilmektedir.

Mahkeme, ifade hürriyetine ilişkin doktrinleri ve ölçütleri yıllar içerisinde uygulamayı sürdürmüş olsa da bunların normatif ve sistematik bir şekilde kullanıldığını söylemek zordur. Nitekim yukarıda incelenen bazı kararlarda görülebileceği üzere bazen bilinen doktrinlerle bazense ayrı bir ölçüt olarak dengeleme yöntemine başvurulmuştur. Nitekim Mahkeme, bazen müdahalenin içeriğe dayalı olup olmadığına dair bir ölçüt ve denetim düzeyini belirlemek yerine çatıştığını belirlediği menfaatlerin bağlamını değerlendirme yolunu tercih etmektedir¹⁰⁹⁹. Bu kararları inceleyen kimi yazarlar kategorik yaklaşım yerine konunun menfaat çatışması boyutuyla incelenip dengelemenin benimsemesi gerektiğini savunmaktadır. Güvenliğe ilişkin önemli zararların ortaya çıkabileceği durumlarda şekilci ve dogmatik olunmaması, somut olayın koşullarına bağlı olarak dengelemenin yapılması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹⁰⁰. Bu yaklaşım, dengelemenin çeşitli doktrin ve ölçütler içerisinde doğal bir araç olarak kullanılmasından öte, Mahkemenin belirleyeceği ve öngörülemez kimi hallerde bilinen kadim yöntemlerin terk edilip yalnızca olayın koşullarına ve Mahkemenin subjektif kanaatine dayanan dengelemenin uygulanmasına olanak sağlamaktadır¹¹⁰¹.

bkz. **Watkins v. United States**, 354 U.S. 178 (1957), p. 198-206.

¹⁰⁹⁹ Örneğin Tanrı'nın özellikle Amerikan ordusunda eşcinselliğe karşı hoşgörü nedeniyle Amerika Birleşik Devletlerinden nefret ettiğine ve onu cezalandırdığına inanan Westboro Baptist Kilisesi üyeleri, Irak'ta öldürülen Deniz Piyadesi Onbaşı Matthew Snyder'ın Katolik Kilisesinde gerçekleştirilecek cenaze töreninin yapılacağı gün Kilisenin yaklaşık 1000 fit uzağında, kollarını kendilerine gösterdiği yerde ve kendilerine bildirilen hususlara uygun bir şekilde pankart açmıştır. Bu eylem, kamusal alanda yapılmıştır. Açılan pankartlarda, *"Tanrı ABD'den Nefret Ediyor/11 Eylül İçin Tanrıya Şükürler Olsun"*, *"Amerika Mahvoldu"*, *"ABD İçin Dua Etmeyin"*, *"Ölü Askerler İçin Tanrıya Şükürler Olsun"*, *"Papa Cehennemde"*, *"Rahipler Erkek Çocuklarına Tecavüz Ediyor"*, *"Tanrı Eşcinsellerden Nefret Ediyor"*, *"Cehenneme Gidiyorsun"* ve *"Tanrı Sizden Nefret Ediyor"* gibi ifadeler yer almıştır. Bu ifadelere bakıldığında ne sadece toplumsal konulara ilişkin eleştiriler yer almış ne de sadece cenazesi yapılan kişi veya onun ailesine yönelik ifadeler yer bulmuştur. İfadeler, büyük ölçüde kamu alanında ve toplumsal meselelere ilişkin düşünce açıklaması niteliğini haiz olmakla birlikte bir cenaze törenine yönelik olan *"Cehenneme Gidiyorsun"* ifadesi bir kişinin menfaatiyle ilgilidir. Mahkeme, bu kararında yapılan müdahalenin niteliğini belirleyip sonra denetimin seviyesine uygun bir denetim yapmamıştır. Burada farklı menfaatlerin çatıştığını tespit etmiştir: (i) İfade sahibinin menfaati, (ii) ifadenin kamusal konulara ilişkin olması sebebiyle kamu menfaati açısından önemi; (i) orduya ve devlete yöneltilen eleştiriler bakımından kamu menfaati ve (ii) hayatını kaybeden asker ailesinin yaşadığı manevi acı bakımından özel menfaat vardır. Burada karmaşık bir menfaatler çatışmasının yer aldığını söylemek mümkündür. Mahkeme, böyle bir durumda *"Birinci Değişiklik ile devletin kuralları veya haklar arasındaki çatışmalarda sunulan menfaatlerin hassasiyeti ve öneminin davanın bağlamına bağlı olduğunu"* kabul etmektedir. Bkz. **Snyder v. Phelps**, 562 U.S. 443 (2011), I-IV; ayrıca bkz. **Tsesis**, "Balancing Free Speech", p. 29-30.

¹¹⁰⁰ **Tsesis**, "Balancing Free Speech", p. 29-31.

¹¹⁰¹ Humanitarian Law Project kararında Mahkeme Birinci Değişiklik doktrinlerinden yararlandığı gibi değerlendirmesini yaparken dengelemeden de yararlanmıştır. Snyder kararında ise çatışan menfaatlerin

(2) Dengelemenin Bağımsız Bir Ölçüt Olarak Uygulanmasının Reddedilmesi

Mahkeme bazı kararlarında dengeleme ölçütünü uygulamamış ve hükümetin dengeleme ölçütünün uygulanmasına ilişkin taleplerini kabul etmemiştir¹¹⁰². Özellikle içeriğe dayalı sınırlandırmaların konu olduğu kararlarında mahkeme kategorik yaklaşımın önemini yeniden vurgulamıştır. Örneğin *United States v. Alvarez* kararında, içeriğe dayalı sınırlandırmaların sebep olduğu ifade hürriyetine yönelik önemli ve kapsamlı tehditlerin farkında olan Mahkeme, *göreceli sosyal maliyetler ve faydaların “olaysal (olaya özgü) dengesi”* ne (ad hoc balancing) dayanan ve “*serbestçe hareket eden bir ölçütün*” (free-floating test) “*ürkütücü (öngörülemez) ve tehlikeli*” (startling and dangerous) olduğunu belirterek uygulanmasını reddetmiştir¹¹⁰³. Benzer şekilde *Brown (et al.) v. Entertainment Merchants Assn. (et al.)* kararında Mahkemeye göre, bir konuşma kategorisinin değerini toplumsal maliyetlerine göre “tartan” ve ardından bu ölçütü geçemezse o konuşma kategorisini cezalandıran *basit bir dengeleme ölçütü* (simple balancing test), yeni korunmayan konuşma kategorilerinin ortaya çıkmasına neden olabilir. “*Ürkütücü ve tehlikeli*” (startling and dangerous) olarak görülen bu durum Mahkeme tarafından reddedilmiştir¹¹⁰⁴.

İçeriğe dayalı müdahalelerde sıkı denetimin uygulanması gereğine özen gösterilen bu gibi kararlarda içeriğe dayalı müdahale yapılamayacağı, ancak istisna olarak içeriğe

bağlamına yapılan vurgu göze çarpmaktadır. Bağlama yapılan vurgu, eleştirel ifadelerin hedefinin belirlenmesinde oldukça faydalı olmuştur. Fakat, her koşulda kamusal niteliği haiz ifadeler özel kişiler hakkında olanlara göre çok daha fazla korunmalıdır.

¹¹⁰² Örneğin *United States v. Stevens* davasında hükümet, “bir ifade kategorisinin Birinci Değişiklik korumasından yararlanıp yararlanmadığının konuşmanın değerinin toplumsal maliyetlerine karşı **kategorik bir dengelemeye**” bağlı olması gerektiğini, dolayısıyla basit bir dengeleme ölçütünün uygulanmasını önermiştir. Bkz. **United States v. Stevens**, II.

¹¹⁰³ **United States v. Alvarez**, 567 U. S. ____ (2012), II; **United States v. Stevens**, II. *United States v. Alvarez* kararına konu olayda bir kişi Kongre Onur Madalyası’na sahip olduğu konusunda yalan söylemiştir. Bu yalan kişinin 25 yıllık emekli bir denizci olduğunu, 2001 yılında emekliye ayrıldığını ve 1987’de Kongre Onur Madalyası ile ödüllendirildiği içermektedir. Ancak söylenen yalan 2005 tarihli Çalınan Cesaret Kanunu (the Stolen Valor Act of 2005)’nin ihlali olarak görülmüştür. Hükümet, Kanunun çeşitli kamusal menfaatleri korumayı amaçladığını belirtmiştir. Ayrıca bkz. **United States v. Alvarez**, I-II.

¹¹⁰⁴ **Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al.**, II; **United States v. Stevens**, II. *Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al.* kararına konu olayda şiddet içeren video oyunlarına sınırlar koyan Kaliforniya Kanunu (California Assembly Bill 1179 (2005) (Act)), küçük yaşta kılere “şiddet içeren video oyunlarının satışını veya kiralanmasını yasaklamış” ve ambalajlarının “18” olarak etiketlenmesini gerekli görmüştür. Bu uyuşmazlıkta hükümet, ifadenin kategorik olarak korunmadığı iddiasının basit bir **dengeleme ölçütü** altında değerlendirilmesi gerektiğini önermiştir. Mahkemeye göre bu önerinin kabul edilmesi halinde “bir ifade kategorisinin Birinci Değişiklik korumasından yararlanıp yararlanmaması, konuşmanın değerinin toplumsal maliyetlerine karşı kategorik olarak dengelenmesine bağlı” hale gelecektir. Bkz. **Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al.**, 564 U.S. 786 (2011), I-II.

dayalı müdahalelerin geçerli kabul edilebileceği belirtilmiştir. Mahkemeye göre sınırlı sayıda önceki kararlarda belirtilen kategoriler dışında ifadelerin içeriği bakımından ayırım yapılamaz. Bu kategoriler ise Mahkemenin kararlarıyla belirlenmiş ve bunlara yenisinin eklenmemesi konusunda oldukça dikkatli olunmuştur. Korunmayan kategorilere yenisinin eklenmesi ifade hürriyetine Anayasa tarafından sağlanan güvencelerin aşılmasına, hükümetin düşünceleri kontrol etmesine ve geniş boyutta sansür uygulanmasına yol açar. Kuşkusuz bu durum, kişilerin ifade hürriyeti üzerinde caydırıcı etkiye yol açacaktır. Nitekim, sıkı denetime tabi olmayıp korunmayan ifadeler arasında görülen yeni bir ifade türünün oluşturulması ve kapsamı geniş bir kanunla hükümetin bu ifadeleri içeriğe dayalı olarak sınırlandırabilir olması anayasal güvenceleri önemli ölçüde ortadan kaldırır¹¹⁰⁵.

Korunmayan ifade kategorisinin bir istisna olduğunu ve ifadelerin sosyal fayda ve zararına göre kategorilerin oluşturulamayacağını belirten Mahkeme, örneğin, çocuk pornografisinin konu olduğu Ferber kararının sadece dengelemeye dayanmadığını söylemektedir. Nitekim bizim de yukarıda dengeleme ölçütünün uygulanmasına ilişkin bir örnek olarak ele aldığımız bu kararda, ifade hürriyetine istisna olan, diğer ifadeyle halihazırda korunmayan bir ifade türü söz konusudur. Dolayısıyla Mahkeme, dengeleme ölçütünü uygulayarak korunmayan bir ifade kategorisi oluşturmamış, ancak geleneksel olarak korunmadığı kabul edilen ifade türüne ilişkin davayı karara bağlamak için dengelemeden yararlanmıştır¹¹⁰⁶. Korunmayan bir ifadeye ilişkin uyuşmazlıkta dengeleme ölçütünün uygulanması az ya da çok ifadenin korunmasını da sağlayabilir.

Mahkemeye göre Birinci Değişiklik, korunmayan ifadelerin genişletilmesiyle uyumlu değildir. Buna karşın, tarihsel olarak korunmamış ancak henüz özel olarak tanımlanmamış veya tartışılmamış bazı kategorilerinin olduğu da Mahkeme tarafından kabul edilmektedir. Ancak bu basitçe yeni ifadelerin korunmadığının iddia edilmesiyle mümkün değildir. Mahkeme bir ifade kategorisinin korunmayan nitelikte olması için bazı şartların varlığını gerekli görmektedir. Bu bağlamda bir konuşma kategorisinin içeriğe

¹¹⁰⁵ Bkz. **United States v. Alvarez**, II; **Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al.**, II; **United States v. Alvarez**, III; **United States v. Stevens**, II-III. Mahkeme kararlarında, Brandenburg (kışkırtıcı ifadeler) ve Miller (müstehcen ifadeler), Chaplinsky (saldırgan ifadeler) gibi korunmayan ifade kategorisine ilişkin çeşitli kararlarına atıf yaparak hangi ifadelerin korunmadığını dile getirmiştir. Bkz. **United States v. Alvarez**, II; **Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al.**, II; **United States v. Stevens**, II.

¹¹⁰⁶ **United States v. Stevens**, II; ayrıca bkz. **New York v. Ferber**, p. 756-764

dayalı olarak sınırlandırılmasına ilişkin olağan kuraldan önce içerik üzerinde sınırların olduğuna; şimdiye kadar tanınmamış olsa bile, bir yasaklama geleneğinin parçası olduğuna hükümetin Mahkemeyi delillerle ikna etmesi gerekmektedir¹¹⁰⁷. Mahkemeye göre, ikna edici bir kanıt olmadan içerik üzerinde yeni bir sınırlama yapılamaz ve yasama organı, “*Hükümet üzerinde Birinci Değişikliğin öngördüğü sınırların faydasının zararlarından daha önemli olduğu (ağır bastığı) yönündeki Amerikan halkının inancını değiştiremez*”¹¹⁰⁸. Diğer bir ifadeyle burada bir dengelemeden söz edilecekse, o da Kurucu Babaların halkın iradesine uygun olarak yaptığı anayasal dengelemedir. Bu dengelemeye ise herkes saygı duymalıdır.

Mahkeme, içeriğe dayalı müdahaleler yapılması halinde bağımsız bir dengeleme ölçütünü basit bulmuş, ifade hürriyetinin üstün değeri ve içeriğe dayalı müdahalelerin önlenmesinin hürriyet rejimi aşçısından öneminin farkında olarak bu ölçütü uygulamayı açıkça reddetmiştir. Nitekim bağımsız bir ölçüt olarak dengeleme, Mahkemenin de belirttiği gibi normatif ve istikralı bir yapıya sahip değildir ve ifade hürriyetinin anlam ve önemini, tıpkı hükümetin de talep ettiği gibi tamamen fayda-zarar hesabına ve somut olayın koşullarına mahkûm etmektedir.

Mahkeme, yeni bir korunmayan ifade kategorisinin oluşturulmaması gerektiğini vurgulamakta ve dengelemenin korunmayan ifade kategorisinin oluşmasına neden olabileceğini belirtmektedir. Yalnızca bu tutuma baktığımızda Mahkemenin korunmayan ifadeler söz konusu olduğunda dengeleme ölçütünün uygulanmasında kategorik olarak bir sakınca görmediğini anlamak mümkündür. Nitekim korunmayan ifadeler ayrımı başlı başına sınırlı olarak belirlenmiş ifadelerin toplumsal olarak çok az önemi olduğu, güvenlik, genel ahlak ve düzen bakımından toplumsal menfaatlerin bu önem karşısında ağır basacağı kabulüne dayanır. Dolayısıyla bu ifadeler bakımından genel olarak dengeleme yapılmıştır¹¹⁰⁹. Mahkeme, korunmayan ifadelere dengeleme ölçütünün uygulanmasına karşı değildir. Fakat, içeriğe dayalı müdahaleler söz konusu olduğunda bu ölçütün uygulanmasına karşıdır. Belli hallerde uygulanmış olması, dengelemenin genel bir ölçüt olarak uygulanmasına ve hükümetin konuşmayı değersiz veya gereksiz gördüğü

¹¹⁰⁷ **Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al., II; United States v. Alvarez, II.**

¹¹⁰⁸ **Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al., II; United States v. Alvarez, II; ayrıca bkz. United States v. Stevens, II.**

¹¹⁰⁹ Bkz. **United States v. Stevens, II.**

zaman fayda-zarar hesaplaması yaparak ifade hürriyetini sınırlandırmasına izin vermez¹¹¹⁰.

Milli güvenlik bakımından konuyu ele aldığımızda da yukarıdaki değerlendirmelerin geçerli olduğu kanaatindeyiz. Nitekim korunan ifadeler bakımından Mahkemenin, Holder v. Humanitarian Law Project kararında olduğu gibi, ifade hürriyeti ölçüt ve doktrinlerine uygun inceleme yapması gerekir. Diğer bir ifadeyle dengeleme ölçütünü uygulamak yerine aşırı genişlik ve muğlaklık doktrinleri ile müdahalenin niteliğine göre denetim düzeylerini belirlemelidir. Ancak bu her zaman kolay değildir. 11 Eylül Saldırıları'nın ardından bugün de süren terörizm ve bitmek bilmeyen savaşların etkisiyle artan korku, siyasi ve toplumsal baskı sebebiyle zaman zaman ifade hürriyetinin gerekleri yerine getirilememektedir. Ancak, Mahkemenin korunan-korunmayan ifadeler ayrımının sürdürülmesi halinde ilkesel olarak “çeşitli kararlarda gösterildiği gibi” korunan ifadelere dengeleme ölçütünün bağımsız bir ölçüt olarak uygulanmaması gerekir.

3. İfade Hürriyetini Basitleştiren Bir Ölçüt Olarak Dengeleme ve Dengelemenin Yol Açtığı Sorunlar

Yüksek Mahkeme çeşitli kararlarında ikincil bir unsur olarak ya da bağımsız bir ölçüt olarak dengelemeye başvurmuştur. Ancak dengelemenin “**bağımsız bir ölçüt**” olarak uygulanması ve konumuz bağlamında ifade hürriyetinin sınırlandırılması için “denge” metaforunun bir gerekçe teşkil etmesi önemli eksiklikler taşımakta ve çeşitli sorunlara yol açmaktadır¹¹¹¹. Bu eksiklik ve sorunları, dengelemenin yapısından kaynaklanan sorunlar, hukuki güvenlik açısından neden olduğu sorunlar ve ifade hürriyetini önemsizleştirmesi başlıklarında toplamak mümkündür¹¹¹².

¹¹¹⁰ Bkz. **United States v. Stevens**, II.

¹¹¹¹ Waldron dengelemeye karşı endişeleri dört başlıkta ele almış ve incelemiştir: (i) Sonuççuluğa itirazlar. (ii) Dağıtım ile ilgili zorluklar. Yani, bir azınlığın hürriyetlerini birkaç kişiye karşı takas etme önerisini içermesi olasılığının varlığı. (iii) İstenmeyen etkiler. Özgürlüğün azalmasının, terörizme karşı güvenliği artırma bile, devlete karşı güvenliği azaltabileceği ihtimali gibi. (iv) Gerçek ve sembolik sonuçlar. Bkz. **Waldron**, “Security and Liberty...”, p. 194-195. Waldron’un endişelerinin değerlendirilmesi için ayrıca bkz. **Allhoff**, “Liberty and Security...”, p. 80-82.

¹¹¹² Yapısal olmaması, yargısal önelliğe daha fazla alan bırakması ve hakimlerin hükümetin neden olduğu hak ihlallerini kolay bir şekilde desteklemesini sağlaması gibi neden olduğu bu sorunlar çerçevesinde dengeleme ölçütü ile ölçülülük ilkesi karşılaştırılmaktadır. Çeşitli yönleri itibarıyla ölçülülüğün dengeleme karşısında üstün olduğunu savunan bazı yazarlara göre ölçülülük ilkesi, yargı kararlarının gerekçelendirilmesinde ve kararlara meşruluk sağlanmasında önemli bir role sahiptir ve şeffaflık sağlamaktadır. Bkz. **Cohen-Eliya/Porat**, “American Balancing and German Proportionality...”, p. 266-268; ayrıca bkz. **Köküsarı**, Anayasal Hakların Çatışması, s. 229-231. Dengeleme ölçütünü ölçülülük içerisinde ele alan Mathews ve Sweet, sıkı denetimin ölçülülükle önemli yönleri bakımından benzer

Dengeleme ölçütü, ister ikincil bir unsur olarak ister bağımsız bir ölçüt olarak kullanılsın 11 Eylül Saldırılarından sonra başlayan ifade hürriyetine sağlanan korumanın esnetilmesi tartışmalarında merkezi bir konuma sahiptir. Nitekim ifade hürriyeti-millî güvenlik çatışmasında ifade hürriyetinin daha az korunması gerektiğini savunan yazarlardan bir kısmı yeni esnek ölçütlerin geliştirilmesini savunurken bir kısmı maliyet-fayda dengelemesi yapılması gerektiğini savunmaktadır. Bu nedenle dengeleme ölçütünden kaynaklanan sorunlar, güncel tartışmalara yönelik cevaplar olarak da görülmelidir.

a. Dengelemenin Yapısı Gereği Ortaya Çıkan Sorunlar

Dengeleme ölçütü, kategorik yaklaşıma ve normatif ölçütlere itirazın sonucunda ortaya çıkan bir ölçüt olarak somut olayın bağlamı ile yasama ve yürütme iradesine oldukça fazla önem atfederek gelişmiştir. Dengelemenin bu yapısına yönelik eleştiriler ise şu şekildedir:

İlk olarak, dengeleme iki farklı menfaati dengelerken objektif bir ölçüte sahip değildir. Tartıma konu olacak menfaatlerin ahlaki ve hukuki doğalarının aynı olup olmadığının belirlenmesi, örneğin ifade hürriyeti bağlamında kaç birimlik müdahalenin kaç birimlik güvenlik artışına değeceğini belirlemek doğası gereği imkansızdır. Bu abartılı bir eleştiri olarak görülse de¹¹¹³ içerisinde ne olduğu tam olarak bilinmeyen iki çuvalın terazinin kefelerine konulup tartılmasından başka bir şeye benzememektedir. Dengelemeye göre önemli olan tartımın sonucudur. Ayrıca tartım süreci içeriksel

olduğunu savunmaktadır. Örneğin her ikisi de yasama ve yürütmenin kararlarına karşı çok daha saygılı olan ölçüt ve doktrinlerin yerini almıştır. Yine benzer yönlerden birisi de sıkı denetimin içerisinde belli ölçüde dengelemeye alan açıyor olmasıdır. Burada, ele aldığımız gibi bağımsız ve birincil bir ölçüt olarak değil, sıkı denetimin içerisinde yardımcı bir araç olarak dengelemenin bulunduğu ima edilmektedir. Bkz. **Mathews/Sweet**, “All Things in Proportion?...”, p. 812. Ölçülülük ilkesini yetersiz bulanlar da vardır. Alman hukukundan etkilenen pek çok ülkede kullanılmasına rağmen ölçülülük ilkesinin Metin’in de haklı olarak dile getirdiği üzere ifade hürriyeti ve din hürriyeti gibi bazı hürriyetleri koruyucu kalkan olarak gören Amerika’da diğer ülkelerdeki kadar etkili olmaması olağandır. Bu hürriyetler, Amerika’da ölçülülüğe konu edilemeyecek kadar değer görmektedir. Bkz. **Yüksel Metin**, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 2017, s. 48-50. İlkelerin çatışma eğiliminde olduğunu ve bu çatışmaların ancak dengelemeyle çözülebileceğini ileri süren Alexy’e göre de dengeleme Alman hukukunda ölçülülük ilkesinin bir parçasıdır. Ölçülülüğün elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkeleri vardır. Dengeleme, oranlılık ilkesinin uygulanması aşamasında devreye girer. Çatışan iki ilke varsa bu durumda optimizasyonun sağlanması için yapılması gereken dengelemedir. Bkz. **Robert Alexy**, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, Ratio Juris, Vol. 16, N. 2, Y. 2003, p. 133, 135-136; benzer şekilde dengelemenin ölçülülük ilkesinin bir parçası olarak açıklanması için bkz. **Mathews/Sweet**, “All Things in Proportion?...”, p. 802-803.

¹¹¹³ Tartışmalar için bkz. **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 972-976.

temelden yoksundur. Diğer bir ifadeyle süreç, ilke ve değerlerden bağımsız olarak yalnızca sonuçla ilgilidir. Doğal olarak ölçüt, ahlaki değil, pratik gerekçelendirme içerir. Bu nedenle özellikle yargı organları tarafından uygulanan dengeleme ölçütü, sonuççu ve şeklidir¹¹¹⁴.

İkincisi olaysal dengelemenin tamamen somut olayın bağlamına göre değişen çözüm yöntemi sunmasına karşılık tanımsal dengelemenin çeşitli ilkeler ve kurallar sunmaya elverişli görünen doğası da sorunlar taşımaktadır¹¹¹⁵. Ancak bir varsayıma dayalı olarak ölçülebilen ve somut koşulların etkisinden uzak kalmadan belirlenen ilke ve kurallar başka bir tartıma rehberlik etmek için kullanılırsa somut olayın şartları ya görmezden gelinecek ya da yeni bir dengeleme yapılacaktır. Bu durumda tanımsal dengeleme ya tepki olarak ortaya çıktığı normatif niteliğe bürünecek ya da somut koşullar tamamen dogmatik tutum gereği başka hürriyetlerin ihlaline neden olacaktır. Neticede buna göre iki dengeleme türü arasında yapılan ayırım varsayımdan ibaret hale gelmektedir¹¹¹⁶.

İlkesel olmayan dengeleme ölçütü, tarafsızlığın geçerli olduğunu varsaymakta, bu yönüyle devlet organlarına güvenmeyi gerekli kılmaktadır. Tartım yapılırken menfaatlere biçilen değerlerin politik tercihlerden etkilenmeyeceğini varsaymak ise oldukça sorunludur. İfade hürriyeti ve milli güvenlik ile ilgili bir davada muhafazakâr hakimlerden oluşan bir mahkeme ile liberal hakimlerden oluşan mahkemenin menfaatlere vereceği ağırlık farklı olur. Yine, olağanüstü dönemlerde verilecek ağırlıklar da değişecektir¹¹¹⁷. Bu iki eleştiriye “terör operasyonlarının yapıldığı ve ordunun aktif olarak sürdürdüğü çatışmalarda asker kayıplarının yaşandığı bir dönemde sosyal medya hesabından ordunun Amerika’nın silah ve petrol lobisinin çıkarları için çalışan haydut çetesi olduğunu ve ölen askerlerin para için ölen ahmaklar olduğunu yazdığı” örneğini ele alalım. Olayda milli güvenlik menfaati bakımından “ordunun moral gücünün sarsılması, hayatını yitiren kişilerin yakınlarının bu eleştiriden çekeceği acı ve her an hayatını kaybedecek kişilerin orduya ve terörle mücadelede yürütülen operasyonlara karşı

¹¹¹⁴ Bkz. **Köküsarı**, Anayasal Hakların Çatışması, s. 345-346; **Grégoire C. N. Webber**, The Negotiable Constitution on the Limitation of Rights, Cambridge University Press, New York 2009, p. 99-110; aksi yönde görüş için bkz. **Köküsarı**, Anayasal Hakların Çatışması, s. 346.

¹¹¹⁵ **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 979.

¹¹¹⁶ Tartışmalar için bkz. **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 979-980.

¹¹¹⁷ Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. **Gross**, “The Process of Balancing”, p. 734.

güvenini yitirmesi” tehlike olarak kabul edilebilir. İfade hürriyeti açısından ise herkesin kabul ettiğinin aksine ordunun yalnızca büyük firmaların menfaatine hareket ediyor olabileceği ihtimali, belirlenen stratejilerin merkezinde askerin hayatını kaybetmemesi değil de petrol ve silah ticaretindeki uluslararası dengelerin korunması gibi menfaatler olduğunu kabul edelim. Bu durumda hangi menfaatin ağır bastığını nasıl belirleyebiliriz? İfade hürriyetinin sınırlandırılması, yapılan paylaşımın siteden kaldırılması veya kişinin hapse mahkûm edilmesi şeklinde de olabilir. Hürriyetin ne kadar sınırlandırılması gerektiğini, belli bir ölçüde sınırlandırıldığında güvenliği ne kadar arttırabileceği ölçülemez. Diğer yandan operasyon zamanlarında ordunun ve mensuplarının eleştirilmesinin yasaklanması gibi bir dengeleme sonucunun türetildiği varsayımında, “ordunun operasyonlarında işkence, yağma ve tecavüz suçlarını işlediğini” verilerle ortaya koyan ifadeler de dengeleme kuralı gereği sınırlandırılabilir¹¹¹⁸. Sonuç olarak bu bilinmezlikler içerisinde özellikle belli ifadelerin korunması gerekir.

Son olarak, ifade hürriyeti-milli güvenlik arasındaki ilişki bakımından yapılan değerlendirmelerin genellikle keyfi olduğunu belirtmek gerekir. Bir devletin ilk amacı hürriyetleri korumak olduğu gibi düşünce hürriyeti, ifade hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hürriyeti gibi hürriyetler yalnızca bireysel menfaat olarak ele alınamaz¹¹¹⁹. Bunlar hoşgörülü-demokratik toplumun çekirdeğini oluşturmakla kalmaz, hakikat arayışının, insanı ve toplumun gerçekleşebilmesinin başlangıcını ifade eder. Dolayısıyla bireyin anlamlı bir hayatının olabilmesi, diğer hak ve hürriyetlerle devletin varlığının anlam kazanabilmesi de bu hürriyetlerin korunmasıyla mümkün olur. Sonuç olarak, ifade hürriyetini bireyin konuşmasına indirgeyip milli güvenliği tüm toplumun güvenliği, huzur ve refahının gereği olarak yansıtmak doğru değildir. İster kaynağı anayasa olsun ister insan doğası, bazı hürriyetlerin tartıma alınması onları sıradanlaştırır¹¹²⁰.

b. Dengelemenin Hukuki Güvenlik Açısından Neden Olduğu Sorunlar

Dengelemeye ilişkin önemli eleştirilerden bir tanesi de dengelemenin hukukun üstünlüğünün gerekleriyle ve hukuki güvenlikle uyumlu olmamasıdır. Demokratik devletlerde devlet karşısında kişilerin hak ve hürriyetlerinin güvence altında olması açık

¹¹¹⁸ Başka örnekler için bkz. **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 979-981.

¹¹¹⁹ **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 981.

¹¹²⁰ Tartışmalar için bkz. **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 991-992.

hukuk kurallarıyla sağlanır. Bu sayede gerek devlet adına karar verenler gerek bireyler bu kuralların rehberliğinde edimde bulunur. Fakat dengeleme yalnızca yargısal ilke ve standartlar açısından değil, hukuk kurallarının uygulanması açısından da belirsizliğe yol açmaktadır¹¹²¹. Çünkü dengeleme, olay eksenli, yani doğaçlama bir şekilde uygulanmaktadır. Sonucu tahmin edilememesi nedeniyle mantıksız olduğu savunulan dengelemenin her sonucu bireyseldir. Genel kriterlere değil, olayın koşullarına bağlıdır. Bu ise hukuk düzeninde belli bir istikrarın olmasına, yerleşik standart ve ilkelere göre uyumsuzlukların çözülmesine engel teşkil etmektedir¹¹²².

Dengelemenin somut koşullara uygun olarak çatışan menfaatleri dengeleme iddiası, somut olay gerçekleşmeden önce bilinmeyen faktörlerin yargılama sırasında devreye girerek uyumsuzluğun sonuca bağlanmasına yol açar. Bu, başta hükümet olmak üzere tüm devlet organlarına geniş takdir yetkisi vermektedir. 11 Eylül Saldırılarından kısa bir süre sonra gerçekleştiği gibi bu yaklaşım, varsayımsal tehlikeleri ve basit şüpheleri de hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından bir sebep olarak görmektedir. Ancak şüphelere dayalı yapılacak dengeleme açık kurallara bağlı olarak yapılmaz. Bu nedenle dengeleme söz konusu olduğunda takdir yetkisi olağan politik sınırlarını aşarak belirsizliğe neden olur ve söz konusu yetkiler suistimale açık hale gelir¹¹²³. Kurala dayanan yöntemlerin takdir yetkisini içerdiği ve açık kuralların dahi hâkimin yorumuna ve takdirine muhtaç olduğu görüşleri ileri sürülse de¹¹²⁴ anayasacılığın gereği olarak devlet organlarının takdir yetkisinin sınırlı, öngörülebilir ve denetlenebilir olması gerekir. Dengelemenin menfaatlere anlam ve değer yüklemesine ilişkin ölçülemez kıstaslar ise denetlenebilirliği ve doğrulanabilirliği ortadan kaldırmaktadır. Buna karşılık doktrinde bütün karar verme yöntemleri ve ölçütler için “belirsizlik ve öngörülemezlik” eleştirisi

¹¹²¹ **Lobel**, “The Preventive Paradigm...”, p. 1413-1414; genel olarak eleştiriler için bkz. **Mathews/Sweet**, “All Things in Proportion?...”, p. 804.

¹¹²² **Köküsarı**, Anayasal Hakların Çatışması, s. 346-347; **Carlos Bernal Pulido**, “The Rationality of Balancing”, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, Vol. 92, N. 2, Y. 2006, p. 197.

¹¹²³ **Lobel**, “The Preventive Paradigm...”, p. 1413-1415; ayrıca bkz. **Murat Erdoğan**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu, Lykeion Yayınları, Ankara 2019, s. 357-358. Hükümet keyfi hareket etmese ve gerçekten bir terörist saldırıyı önlemek için hareket etse bile dengelemenin açık kuralları ihlal eden doğası hukukun üstünlüğüyle bağdaşmaz. Bu belirsizlik ne birey için yeterli güvence sağlar, ne devlet için yeterli sınır oluşturur. Ayrıca bkz. **Lobel**, “The Preventive Paradigm...”, p. 1423.

¹¹²⁴ Bkz. **Köküsarı**, Anayasal Hakların Çatışması, s. 347.

yapılabileceği savunulmaktadır. Bu görüşe göre dengeleme ölçütü, “öngörülebilir ve istikrarlı” kriterlere bağlandığında eleştirilere cevap verebilir¹¹²⁵.

Dengelemenin hukuki güvenlikle uyumlu olmadığına dair son olarak dengelemenin hakimlerin öznel kanaatlerine ve sezgilerine bağlı olduğunu söylemek gerekir. Dengelemede kullanılacak ölçütlerin, tartıma konu edilen hak ve menfaatlerinin ağırlığının tespitinde ne tür bir birimin kullanılacağı ve ağırlıkların nasıl belirleneceği belirsizdir. Dolayısıyla hâkimden hâkime değişecek sonuçların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Çünkü her olaya, döneme ve hâkime göre menfaatlere verilecek ağırlıklar değişebilir. Bu nedenle hukuki güvenlik ortadan kalkar. Fakat dengeleme kriterleri oluşturularak hak çatışmalarının çözümünde hakimlerin kanaatlerinin, sezgilerin, keyfi ve değişken kararların ortaya çıkmasının önlenilebileceği ileri sürülmektedir¹¹²⁶. Kanaatimizce dogmatik yöntemlere, kategorik yaklaşıma ve formalizme karşı olarak ortaya çıkan dengelemenin kriterlerinin oluşturulması, onu bağımsız bir ölçüt olmaktan çıkarır ve kategorik yaklaşıma benzetir. Diğer bir ifadeyle bu, dengelemeyi tepki olarak ortaya çıktığı doktrin ve yaklaşımlara dönüştürür.

c. Dengeleme Ölçütünün İfade Hürriyetini Önemsizleştirilmesi

Günümüzde hürriyetler her geçen gün güvenlik endişesiyle daha fazla karşılaşmaktadır. Bu karşılaşma, güvenliğin sağlanmasının bir gereği olarak hürriyetlerimizden vazgeçmeyi gerektirebilir. Demokratik toplumun bu karmaşık ilişkide hürriyet-güvenlik arasında denge kuran toplum olduğu ve birey hürriyetlerinin güvenlik sebebiyle sınırlandırılabilirliği kabul edilmektedir¹¹²⁷. Fakat, hürriyet ile güvenliğin dengelenmesi gereği genel olarak kabul ediliyor ve hatta 11 Eylül Saldırıları dengelemenin eksikliğine bağlanıyor olsa bile ifade hürriyeti söz konusu olduğunda dengelemenin kategorik yaklaşımı görmezden gelen yönteminin liberal-demokratik

¹¹²⁵ **Köküarı**, Anayasal Hakların Çatışması, s. 349.

¹¹²⁶ Keyfilik, sezgilerin etkisi, belirsizlik gibi yönlerden dengelemeye yöneltilen eleştiriler ve eleştirilere verilen cevaplar için bkz. **Köküarı**, Anayasal Hakların Çatışması, s. 347-349.

¹¹²⁷ **Neocleous**, “Security, Liberty and the Myth of Balance...”, p. 131-132. Özellikle 11 Eylül Saldırılarından sonra hürriyetlerin güvenlik sebebiyle ve uluslararası terörizmle etkili bir şekilde mücadele edilebilmesi için sınırlandırılmasının gerekliliği ile sınırlandırmanın ne ölçüde gerçekleşeceği önemli bir sorun haline gelmiştir. Bkz. **Christopher Michaelson**, “Balancing Civil Liberties Against National Security? A Critique of Counterterrorism Rhetoric”, The University of New South Wales Law Journal, Vol. 29, Iss. 2, Y. 2006, p. 1. Kategorik olarak bazı ifadelerin mutlak olduğunun kabulü halinde dengeleme yapılmasına gerek kalmaz. Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. **Mathews/Sweet**, “All Things in Proportion?...”, p. 805.

rejimle bağdaşmadığı ileri sürülmektedir. Franklin'in belirttiği gibi, “*biraz geçici güvenlik elde etmek için temel özgürlüklerden vazgeçebilenler ne özgürlüğü ne de güvenliği hak ederler*”¹¹²⁸. Konu bağlamında şemsiye hürriyet¹¹²⁹ olan ifade hürriyetinin korunması gereken türlerinin görmezden gelinmesi ve tamamen pragmatik bir tutumla tartıma eş değer olarak dahil edilmesi, kuşkusuz muhalif görüşlerin milli güvenlik sebebiyle sınırlandırılmasına yol açar. Bu da toplumu ne daha hür ne de daha güvenli hale getirecek bir durumdur¹¹³⁰. İfade hürriyeti söz konusu olduğunda hiç değilse saf siyasi ifadelerin bu korumadan tam olarak yararlanmasa, güvenlik endişeleri söz konusu olsa dahi devletin meşruiyetinin temeli olması nedeniyle bu ifadelerin müdahaleye konu olmaması gerekir.

¹¹²⁸ **Neocleous**, “Security, Liberty and the Myth of Balance...”, p. 132-133; ayrıca bkz. **Michaelsen**, “Balancing Civil Liberties Against National Security?...”, p. 2; **Erdoğan**, “Özgürlük, Hukuk ve Demokrasi”, s. 50-51; **Mustafa Erdoğan**, “Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 24, Y. 2013, s. 25. Terörizmle mücadelede sert önlemler alınmasını savunanların da referansı Lincoln olmuştur. Nitekim Lincoln, İç Savaş sırasında habeas corpusu askıya almıştır ve bu adım demokrasilerin geleneksel hakları ve garantileri ara sıra askıya almaları sayesinde hayatta kaldıklarını savunanlar için bir dayanak olmuştur. Bkz. **Michaelsen**, “Balancing Civil Liberties Against National Security?...”, p. 2.

¹¹²⁹ İfade hürriyeti, hürriyetlerin siperi (bulwark of liberty) olarak görülmüştür. Bkz. **Bogen**, “The Origins of Freedom of Speech and Press”, p. 445.

¹¹³⁰ Hürriyet ve güvenliğin birbirini desteklediği, genellikle düşünüldüğü gibi birinin korunmasının diğerini dışlamadığı görüşü de ileri sürülmektedir. Ancak bu yaklaşım toptancı bir yaklaşımdır. İfade hürriyeti bağlamında demokratik bir toplumda sosyal ve bireysel gelişimin bir gereği olan bazı ifadelerin sınırlandırılmaz olduğunu görmezden gelmektedir. Buna göre tüm hürriyetler, güvenlikle etkileşim halindedir ve hürriyetler az ya da çok güvenlik sebebiyle sınırlandırılabilir. Oysa devleti meşru kılan ilk olarak güvenliğin sağlanması değil, hürriyetin korunmasıdır. Bu bakımdan güvenlik de hürriyetin korunması amacına hizmet etmelidir. Bkz. **Michaelsen**, “Balancing Civil Liberties Against National Security?...”, p. 3-5. Günümüzde “**güvenlik bir koz haline gelmeye başlamıştır**”. Yarıştığı veya çatıştığı diğer menfaatler, bugün kolaylıkla sınırlandırılabilir. Güvenliğin, sahip olduğu bu pozisyon sayesinde hükümet, her konuyu güvenlik meselesi haline getirebilmekte ve güvenlik adına dilediği gibi hareket edebilmektedir. Bu nedenle kaçınılması gereken şeylerden bir tanesi kuşkusuz dengelemenin kendisidir. Benzer değerlendirmeler için bkz. **Neocleous**, “Security, Liberty and the Myth of Balance...”, p. 144-147. Waldron, dengelemenin hürriyetlere verdiğimiz önemi azaltmadığını, sadece uygun hürriyetin ne olduğuna dair tartışmayı etkilediğini ileri sürer. Bkz. **Waldron**, “Security and Liberty...”, p. 198. 11 Eylül Saldırılarından ardından milli güvenlik paradigmalarının değiştiğini ve “önlemeye” yönelik bir dönüşüm yaşandığını ele almıştık. Amerika’nın okyanus aşırı bir konuma sahip olmasına rağmen kendisini koruyamaması bu değişimin asıl sebebi olmuş; gerek ülke içinde gerek yabancı topraklarda düşman saldırılarının önlenmesi için kapsayıcı politikalar benimsenmiştir. Bu önleyici politikalar Amerika’nın sıcak savaşa girmesine neden olduğu gibi hürriyet-güvenlik ilişkisi bakımından anlayışının büyük ölçüde değişmesine, hürriyet düşüncesinin sorgulanmasına yol açmıştır. Toplumda ve politikada ortaya çıkan tepki ve temel anayasal ilkelere rağmen şüphe ve evhama dayalı tepkisel tedbirler ve intikam duygusu “dengeleme”yi etkilemiştir. Özellikle hükümet kanadında olaysal dengeleme sayesinde somut delillerle değil, şüphelere dayalı müdahaleler meşru görülmeye başlanmıştır. Bkz. **Lobel**, “The Preventive Paradigm...”, p. 1409-1411. 11 Eylül Saldırılarından sonra değişen milli güvenlik anlayışı ve gelecek saldırıların önlenmesine ilişkin sert tedbirler, milli güvenliğin korunabilmesi için yürütme organına geniş yetkilerin verilmesine imkân vermiştir. Saldırılarından sonra başta ifade hürriyeti olmak üzere anayasal hürriyetlerle milli güvenliğin dengelenmesi düşüncesine destek artmıştır. Bkz. **Ferrell**, “Balancing the First Amendment and National Security...”, p. 983-988.

Dengeleme, saf siyasi ifadeler gibi bazı üstün ve diğer menfaatlerle eşölçülemez¹¹³¹ ifadelerin varlığıyla uyumlu olmadığı gibi genel olarak hürriyet-güvenlik ilişkisi çerçevesinde tartım yapılabilmesi için iki farklı tür menfaatin ortak birimle hesaplanabilir olmasını ifade eder¹¹³². Bir kilogram altın ile bir kilogram pamuğun birim olarak eşit olması, değerlerinin aynı olduğunu göstermez. Bu nedenle birim olarak eşit görülen şeylerin ahlaki ve hukuki değerleri her zaman eşit değildir. Sonuçta, birim olarak eşit aynı miktardaki şeylerin farklı değerlerde olduğu gerçeğinin unutulmaması gerekir. Bunun göz ardı edilerek farklı tür menfaatlerin aynı birimlere dönüştürülmesi ve değerlerin tespit edilmesi oldukça zor bir iştir. Kaç birim hürriyetin, kaç birim güvenliği eş değer olduğunun nasıl belirleneceği ise cevaplanabilecek bir soru değildir. Dengelemede menfaatlerden karşılıklı tavizler verilirken bir ifadenin sınırlandırılmasının güvenliği belli ölçüde arttırdığı yalnızca kabul edilen biçimsel bir sonuç olarak ortaya çıkar¹¹³³.

Biçimsel ve niceliksel olarak yapılacak tüm açıklama ve gerekçelendirmeler ise birey hürriyetlerinin basitçe araçsallaştırılmasından başka bir şey değildir¹¹³⁴. Dengeleme neticede, güvenlik toplumuna yol açması kaçınılmaz olan bir ölçüt veya yöntem sunar. Genel olarak hürriyet ve özel olarak ifade hürriyeti ile milli güvenlik ilişkisinde dengeleme baskıcı güvenlik önlemlerinin kabul edilmesine olanak sağlar ve bu tür önlemleri meşru hale getirir¹¹³⁵. Diğer bir ifadeyle, kategorik yaklaşımın tamamen terk

¹¹³¹ Dengelemenin irrasyonel olduğu, çünkü radikal farklılıkları nedeniyle karşılaştırılamayan iki ölçünün karşılaştırılmasını gerektirdiği eleştirisi yapılmaktadır. Ölçülemezlik de (incommensurability), dengelemede ortaya çıkar. Çünkü dengeleme yönteminde ilkelerin ağırlığının belirlenmesini sağlayan bir hiyerarşi veya ortak bir ölçüye göre belirlenmiş organizasyon yoktur. Bkz. **Pulido**, “The Rationality of Balancing”, p. 196. Dengelemenin irrasyonel ve eşölçülemez olduğuna dair eleştiriler ve eleştirilere cevaplar için bkz. **Köküsarı**, Anayasal Hakların Çatışması, s. 349-356.

¹¹³² **Allhoff**, “Liberty and Security...”, p. 55-56. Dengelemenin kıyaslanamayacak hususları kıyaslaması ve keyfiliğe yol açmasına dair eleştiriler ve bu eleştirilere ilişkin Waldron’un “mutlak eş-ölçülemezlik (kıyaslanamazlık)” (strong incommensurability) ve “kısmi eş-ölçülemezlik (kıyaslanamazlık)” (weak incommensurability) ayrımı için bkz. **Erdoğan (Murat)**, ... Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu, s. 356-359.

¹¹³³ Bu konuda değerlendirme ve örnekler için bkz. **Allhoff**, “Liberty and Security...”, p. 55-58; ifade hürriyeti için “miktar belirlemenin veya niceliksel bir değer tespit etmenin” zorluğu için ayrıca bkz. **Sunstein**, “Does the Clear and Present Danger Test...”, p. 1790-1792.

¹¹³⁴ Bu denklemde ifadenin önemi, içeriği ve değerinden bağımsız olarak dengelemeye göre hürriyetlere yönelik önemsiz bir ihlal ya da müdahale, güvenliğe önemli bir katkı sağlıyorsa yapılan müdahale haklı görülebilir; güvenliğe önemsiz bir katkı sağlayan, fakat hürriyete önemli bir yük getiren müdahale ise haklı gösterilemez. Kapsamlı bir analiz için bkz. **Allhoff**, “Liberty and Security...”, p. 70-78. Waldron, dengeleme söylemi karşısında oldukça dikkatli olmamız gerektiği konusunda ısrarlı önerilerde ve uyarılarda bulunmaktadır. Bkz. **Waldron**, “Security and Liberty...”, p. 210.

¹¹³⁵ **Neocleous**, “Security, Liberty and the Myth of Balance...”, p. 133; benzer yönde bkz. **Gross**, “The Process of Balancing”, p. 734.

edilerek ifade hürriyetinin dengelemeye tabi tutulabilir olduğunun kabul edilmesinde dengeleme, ifade hürriyeti başta olmak üzere pek çok hürriyet için tehlikeli sonuçlara yol açmaya devam eder. Örneğin devletin milli güvenlik için ifade hürriyetini sınırlandırabilmesi ve yetkilerinin genişletilmesi, muhalefet üzerindeki baskıların artmasına yol açar. Hürriyetin sınırlandırılması halinde güvenliğin ne kadar artmış olduğu ve bu müdahalenin artan güvenlik için değip değmeyeceği hiçbir zaman tam olarak ölçülemez¹¹³⁶.

Son olarak belirtilmesi gereken husus, güvenliği sağlamak için kulağa hoş gelen maliyet-fayda dengeleme yöntemine başvurmak bir hürriyetin sistematik bir şekilde önemsizleştirilmesi ve güvenliğin aşırı değerli görülmesine yol açabileceğidir¹¹³⁷. Bunu şimdiye kadar ele almıştık. Ayrıca terörle mücadele tedbirleri gereğince hükümete tanınan ve olağanüstü koşullara hasledilmesi gereken yetkiler bir düşman gruba karşı sağlanmış olarak görülebilir. Bu durumda ortaya çıkan biz-onlar ya da dost-düşman diyalektiği, hükümete kapsamlı yetkiler verilmesine yol açabilir. Fakat unutulmamalıdır ki olağanüstü koşullara özgü olarak verilen bu geniş yetkilerin ve dengelemeye dayalı tercihlerin olağan dönemlerde varlığını sürdürme eğiliminde olması bilinen bir olgudur. Neticede, milli güvenliği korumak için verilen mücadeleler, bir demokrasinin temel değerleri terk etmesiyle de sonuçlanabilir¹¹³⁸. Bu nedenle dengelemenin tamamen maliyet-fayda analizine dayalı doğasının demokrasi üzerindeki uzun vadeli olumsuz etkilerinin olabileceği unutulmamalıdır.

¹¹³⁶ Bkz. **Waldron**, “Security and Liberty...”, p. 205-210. 11 Eylül Saldırılarından sonra, kurallara göre değil yeni terör tehditlerine karşı olaysal dengelemenin yapılması önerilmiş, bunun yeni koşullarına uyum sağlamak bakımından daha uygun bir yöntem olduğu ileri sürülmüştür. Önleyici paradigmanın bir sonucu olan bu yaklaşım, saldırı ve tehdidin henüz ortaya çıkmadan ortadan kaldırılması için alınacak tedbirleri meşrulaştırmaya çalışmaktadır. Amerikan tarihi “önleyici” ve “günün şartlarında adil denge” olarak gösterilen insanlık dışı tedbirlerle doludur. Somut deliller olmadan Japonların kamplara mahkûm edilmesi, Komünist olduğu iddiasıyla kişilerin toplumdan tehcir edilmesi, kişilerin sırf Müslüman olduğu için terörist olarak etiketlenmesi bunlardan sadece bir kaçıdır. Yaşanan bu kötü tecrübeler önleyici tedbirlere ilişkin temkinli olmayı ve bunlara karşı kurallar konulmasını gerektirmiştir. Benzer yönde değerlendirme ve tartışmalar için ayrıca bkz. **Lobel**, “The Preventive Paradigm...”, p. 11435-1440.

¹¹³⁷ **Gross**, “The Process of Balancing”, p. 734.

¹¹³⁸ **Gross**, “The Process of Balancing”, p. 743. 11 Eylül Saldırılarından sonra alınan tedbirler, Amerikan hukukunda etkisini sürdürmüş, yapısal değişiklikler kalıcı olabilmektedir. Nitekim Saldırıların ardından, ABD hükümetinin yeniden yapılanması, 2002 tarihli İç Güvenlik Kanunu uyarınca İç Güvenlik Bakanlığının kurulmasıyla mümkün olmuştur. Sonuçta olağanüstü koşulların gereklerinin olağan hukukun parçası olma tehlikesi her zaman vardır. Bu da hürriyetler için büyük bir tehlike oluşturmaktadır. Bkz. **Gross**, “The Process of Balancing”, p. 737. Bu nedenle kanaatimizce, maliyet-fayda temeline dayanan bir ölçüt olarak dengelemenin siyasi organların ve yargı organlarının kolaylıkla başvurabileceği, alınacak kararlarda birincil faktör olması oldukça sakıncalıdır.

C. İfade Hürriyetinin Mutlak Korunması: Mutlakçı (Kategorik) Yaklaşım (Absolutist Categorical Approach)

Birinci Değişikliğin “ifade hürriyetini sınırlandıran kanunun kabul edilmesini yasaklayan” dile sahip olması ve doğal bir hak olarak ifade hürriyetinin önemi, ifade hürriyetinin mutlak olduğu görüşünün savunulmasında kabul edilen gerekçelerdendir. Diğer yandan mutlaklık tek bir görüşü ifade etmez. Aksine, tamamlanmamış bir teori olarak bir yaklaşımı ifade eder. Özü itibarıyla ifade hürriyetinin hiyerarşik üstünlüğünün kabulüne dayanan mutlakçı görüş, ifade hürriyetinin hiçbir zaman sınırlandırılmayacağı veya bazı ifade türlerinin sınırlandırılmayacağı gibi çeşitli görüşleri barındırır. Benzer şekilde, ifade hürriyetinin mutlak olduğunun kabul edilmesi, korunan ifadelerle ilişkin benimsenen ölçütler ile dengeleme ölçütü ve açık ve mevcut tehlike ölçütü gibi belli bir ölçütü de ifade etmez. Bununla birlikte ifade hürriyetinin sınırlandırılmamasına ilişkin bir yaklaşım sunan mutlakçı yaklaşımın, ifade hürriyetinin milli güvenlik sebebiyle sınırlandırılmasını konu alan bu çalışmada incelenmesi gerekmektedir.

1. Douglas’ın İfade Hürriyetine Yaklaşımı ve Milli Güvenlik Sebebiyle İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması Sorunu

a. Hâkim Douglas’ın İfade Hürriyeti Görüşünün Giderek Korumacı Hal Alması

İfade hürriyetinin sınırlarının belirlenmesi ve müdahalelerin hangi ölçütlere göre değerlendirileceği Yüksek Mahkeme üyeleri arasında ayrışmalara yol açmıştır. Genellikle ifade hürriyeti ve milli güvenlik gibi kamu yararı iddiaları karşı karşıya geldiğinde bazı doktrin, ölçüt ve ilkeler uygulanmıştır. Tüm bu doktrin, ölçüt ve ilkeler, kuşkusuz ifade hürriyetinin sınırlandırılabilir olduğu kabulüne dayanmaktadır. Fakat üyelerin tamamının bu yaklaşımı benimsediğini söylemek mümkün değildir. Özellikle Mahkemede üye olarak bulunduğu süre zarfında görüşleri ifade hürriyetinin mutlak olduğuna, hiç değilse neredeyse mutlak (near-absolute) olduğuna evrilen Hâkim Douglas ile onun selefi ve ilham kaynağı diyebileceğimiz¹¹³⁹ Hâkim Black, dönemin Mahkeme kararlarına ve kendilerinden sonraya etki etmiş, ifade hürriyetinin teori ve pratiğinin

¹¹³⁹ Bkz. **L. A. Powe, Jr.**, “Evolution to Absolutism: Justice Douglas and the First Amendment”, Columbia Law Review, Vol. 74, N. 3, Y. 1974, p. 407.

gelişimine katkı sunmuş kişilerdendir. Biz de Mahkeme üyeleri arasında ifade hürriyetini mutlak bir hürriyet olarak değerlendiren Douglas'ın görüşlerine kısaca yer vereceğiz.

Mahkemeye üye olarak atandığı ilk yıllarda güçlü bir hükümetin bulunması gerektiğini savunan Douglas, ifade hürriyetinin kararlı bir savunucusu değildir. Mahkemedeki ilk yıllarında genellikle Mahkemenin çoğunluk görüşüne katılmakla yetinmiştir¹¹⁴⁰. Bu nedenle Douglas'ın ifade hürriyetine ilişkin görüşlerinin karakter kazanması uzun bir sürece yayılmıştır. Örneğin Douglas, 1939 tarihli *Schneider v. State* kararında çoğunluğa katılan üyelerden birisi olmuştur. Bu kararda, kamu yararıyla ifade hürriyeti arasında dengeleme yapılmıştır¹¹⁴¹. Milli güvenliği ilgilendiren başka kararlarda da Douglas'ın tutumunun sürdüğünü belirtmek gerekir. Örneğin, *Hartzel v. United States* kararı oldukça ilgi çekicidir. Kararda Douglas ve arkadaşları çoğunluğa katılmamışlardır. Çoğunluk görüşü “*silahlı kuvvetlerde itaatsizlik, sadakatsizlik, isyan ve görevi reddetmeye teşebbüs etmekle ve asker alımını ve askere alınmayı bilerek engellemekle suçlanan*” Hartzel'in aleyhine yeterli delil olmadığı şeklindedir. Fakat Douglas'ın dahil olduğu muhalif üyeler, savaş halindeyken aralarında askere alınabilecek kişilere broşür vermenin düşmanla savaşmayı engellemek ya da askerlerin iradesini olumsuz etkilemekten başka bir amacının olamayacağını savunmuştur¹¹⁴². Katıldığı bu görüş dikkate alındığında Douglas için milli güvenlik, başlangıçta ifade hürriyeti karşısında çok önemli bir menfaattir.

İkinci Dünya Savaşından sonra ise görüşleri ifade hürriyetinin lehine değişen Douglas ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için daha sıkı şartlar aramaya başlamıştır.

¹¹⁴⁰ **Powe**, “Evolution to Absolutism...”, p. 373. Başkan Franklin Roosevelt tarafından 1939 yılında Yüksek Mahkeme üyesi olarak atanan Douglas, şirket hukuku uzmanı ve Birinci Değişiklik hukukuna yabancı olan birisidir. Başlangıçta, özel şirketlerin bireyleri bastırdığını ve köleleştirdiğini düşünerek onlara karşı güçlü bir hükümetin olması gerektiğini savunmuş; hükümeti özel güçler karşısında halkın kurtarıcısı rolünde görmüştür. Bkz. **Powe**, “Evolution to Absolutism...”, p. 403-404.

¹¹⁴¹ Bkz. **Schneider v. State**, p. 161-165; **Aleinikoff**, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, p. 947. Benzer şekilde Douglas'ın katıldığı çoğunluk, *National Broadcasting Co., Inc. v. United States* kararında ifade hürriyetinin korunması gerektiğine yönelik bir dil kullanmaktan ziyade, somut olayın koşullarında radyo programı içeriklerinin kamu yararına uygun olarak düzenlenmesi gerekliliğinin ifade hürriyetiyle çelişmediğini savunmuştur. Bkz. **National Broadcasting Co., Inc. v. United States**, 319 U.S. 190 (1943), p. 226-227; **Powe**, “Evolution to Absolutism...”, p. 381. Douglas'ın dahil olduğu çoğunluk ifade hürriyetinin sınırsız ya da kıyaslanamaz olduğunu kabul etmemiş, ifade hürriyetini genel menfaat karşısında teraziye konulabilecek bir değer olarak ele almıştır. Bu yaklaşım, Mahkemenin siyasi organlara saygılı olunmasını ve uygulanan ölçütlerin ifade hürriyetine sıkı bir güvence sağlamasının gerekli görülmemesini yansıtmaktadır. Douglas da bununla uyumlu olarak, devlet otoritesine saygılı ve ihtiyatlı liberal bir tutuma sahip olmuştur. Bkz. **Powe**, “Evolution to Absolutism...”, p. 380.

¹¹⁴² Douglas'ın karşı oy gerekçesi, **Hartzel v. United States**, 322 U.S. 680 (1944), p. 693-694; **Powe**, p. 382-383.

Bu dönemde, açık ve mevcut tehlike ölçütünün katı bir versiyonunu uygulamıştır¹¹⁴³. Bazı kararlarda ise ifade hürriyetini mutlak olarak tanımlamasa da geniş bir korumanın olduğunu kabul etmiştir. Örneğin *Terminiello v. Chicago* kararını Mahkeme için kaleme alan Douglas, ifade hürriyetine ilişkin dönüşümünü gösteren görüşünü ortaya koymuştur¹¹⁴⁴. Douglas’a göre, “*barışçıl değişimin gerçekleşmesi ancak hür tartışma ve hür fikir alışverişi yoluyla*” gerçekleşebilir. Amerikan rejiminin totaliter rejimlerden ayrılan en önemli yanı da budur. Bu çerçevede Douglas, serbest tartışmanın anlaşmazlığa daveti içerdiğini, bunun huzursuzluğa yol açabileceğini, hoşnutsuzluğa sebep olabileceğini ve insanları öfkeliendirebileceğini hatırlatmıştır. Hatta konuşmanın başlı başına genellikle kışkırtıcı ve zorlayıcı olduğunu dile getirmiştir¹¹⁴⁵. Kararın en ilgi çekici yanlarından birisi Douglas’ın ifade hürriyetinin “mutlak olmadığını” açıkça ifade ediyor olmasıdır¹¹⁴⁶. Benzer şekilde Amerikan ifade hürriyeti hukukunda oldukça önemli bir yere sahip olan *Dennis* kararında da karşı oy gerekçesinde Douglas, ifade hürriyetinin “mutlak olmadığını” yinelemiştir¹¹⁴⁷. Nitekim Douglas’a göre, bazı hallerde ifade hürriyeti anayasal güvencelerini yitirir. Bir dönemde zararsız olan konuşma, başka bağlamda devletin güvenliği için yasaklanabilir. Bu kapsamda Douglas’ın uyguladığı

¹¹⁴³ **Powe**, “*Evolution to Absolutism...*”, p. 386. Resnik, açık ve mevcut tehlike ölçütünün kabul edildiği hallerde Douglas’ın dengeleme yaptığını belirtmektedir. Bkz. **Solomon Resnik**, “*Black and Douglas: Variations in Dissent*”, *The Western Political Quarterly*, Vol. 16, N. 2, Y. 1963, p. 316. Ancak Resnik’in çalışmasını kaleme aldığı yıllara kadar ortaya çıkan kararlar bakımından yaptığı analiz kronolojik olmaktan uzak olduğu için kanaatimizce Douglas’ın görüşünün değerlendirilmesinde eksiklikler taşımaktadır.

¹¹⁴⁴ **Terminiello v. Chicago**, 337 U.S. 1 (1949), p. 3-4. Amerika’nın Hristiyan Gazileri (Christian Veterans of America) bünyesinde gerçekleşen toplantıda ve gerçek bir kargaşanın ortaya çıktığı koşullarda salondaki kalabalığı dışarıdaki kalabalığa karşı kışkırtan bir dil kullanan Terminiello, barışı ihlal etmekle ve kamu düzenini bozmakla suçlanmıştır. Bkz. **Terminiello v. Chicago**, p. 3-4.

¹¹⁴⁵ **Terminiello v. Chicago**, p. 4.

¹¹⁴⁶ Bu kararda Chaplinsky kararına atıf yaparak ifade hürriyetinin mutlak olmadığını dile getirmiştir. Bununla birlikte Douglas, “kamusal rahatsızlık, sıkıntı veya huzursuzluğun” yerine ifadenin “ciddi ve önemli bir kötülüğün açık ve mevcut bir şekilde” ortaya çıkacağı ihtimalinin gösterilmesi gerektiğini, ifade hürriyetinin ancak bu durumda sınırlandırılabilirliğini savunmuştur. Bkz. **Terminiello v. Chicago**, p. 4; ayrıca bkz. **Powe**, “*Evolution to Absolutism...*”, p. 387. Douglas’ın görüşü kısa bir süre sonra azınlıkta kalmış, oldukça benzer başka bir davada çoğunluk konuşmacının ifadelerinin açık ve mevcut tehlike oluşturduğu için mahkumiyetini onaylarken Douglas bu kararda muhalif kalmıştır. Gerekçesinde, “anlayışsız bir izleyici kitlesi ve bir adamın konuşmacıyı sahneden indirmekle tehdit ettiği” bir durumda “konuşmacının bu tehditler karşısında korunması gerektiğini” savunmuştur. Ancak polis korumak yerine kalabalığı desteklercesine konuşmacıyı engellerse, ona göre, “polis” yeni sansür haline gelir. Bkz. Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **Feiner v. New York**, 340 U.S. 315 (1951), p. 331; ayrıca bkz. **Powe**, “*Evolution to Absolutism...*”, p. 387.

¹¹⁴⁷ Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **Dennis v. United States**, p. 581. Ona göre bazı ifadelerin Birinci Değişiklik güvencesinin dışında olduğunun kabulü gerekir. Örneğin, “sabotaj tekniklerini, Başkını öldürmeyi, kamu dosyalarından belge çalmayı, bomba yerleştirmeyi, sokak savaşı sanatını, terör yöntemlerini ve benzerlerini öğretme” türden kışkırtıcı ifadelerin korunmaması gerekir. Bkz. Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **Dennis v. United States**, p. 581.

açık ve mevcut tehlike ölçütüne göre, devletin içerisinde bulunduğu şartlar çok ağırsa ve ifadenin neden olduğu tehditten kurtulmak için zaman olmayacaksa, ifade ancak o zaman sınırlandırılabilir. Zarar korkusunun olması ise ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için yeterli bir sebep olamaz¹¹⁴⁸. Douglas, bu görüşlerinde ifade ve eylem arasında ayırım yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Devlete ihanet etmeyi düşünmek ile ihanet etmek aynı değildir. Devlete ihanet etmeyi düşünmek suç olursa, devlet bu düşüncenin olduğuna işaret eden her şeyi gerekçe görerek kişileri cezalandırabilir. Kişilerin ihanet düşüncesinin cezalandırılabilir olması halinde konuşmaların niyetine göre ceza verilebilir, insanların zihinleri sebep ve amaç bakımından araştırılmaya başlanır ve “insanlar yaptıkları için değil, düşündükleri için cezalandırılır.” Ancak ihanet etme eylemi suç sayıldığında, yalnızca bu türden eylemleri gerçekleştirenler cezalandırılabilir. Nihayet Douglas’a göre Kurucu Babaların niyeti de düşüncelerin değil, gerçekleşen ihanetlerin cezalandırılmasıdır¹¹⁴⁹.

Bu yıllarda Douglas’ın görüşleri değişmeye başlamış, ifade hürriyeti karşısında siyasi organların iradesine daha saygılı olan görüşleri zamanla ifade hürriyetinin “tercih edilen” konumda¹¹⁵⁰ (preferred position)” olduğu kabulüne evrilmiştir. Öyle ki, esnek bir denetim öngören makullük denetimi karşısında Douglas¹¹⁵¹, korumacı bir karşı cephe

¹¹⁴⁸ Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **Dennis v. United States**, p. 585; ayrıca bkz. **Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, s. 32. O, gerekçesinde, *Whitney v. California* kararına atıf yaparak, ciddi zarar korkusunun tek başına serbest konuşma ve toplantıların bastırılmasını haklı çıkaramayacağını, konuşmanın işlevinin insanları mantıksız korkuların esaretinden kurtarmak olduğunu hatırlatmıştır. Douglas’a göre, konuşmanın bastırılabilmesi için, “ciddi bir kötülüğün ortaya çıkacağından korkmak için makul bir neden”, “tehlikenin yakın olduğuna inanmak için makul bir neden” ve “önlenmesi gereken kötülüğün ciddi olduğuna inanmak için makul” bir neden olması gerekir. Kaldı ki bir kanunun eleştirilmesi bile başlı başına o kanunun ihlal edilmesi olasılığını arttırma niteliğini haizdir. Bkz. Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **Dennis v. United States**, p. 585-586.

¹¹⁴⁹ Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **Dennis v. United States**, p. 583-584.

¹¹⁵⁰ 1940’lı yıllara gelinceye değin 1930’larda diğer hak ya da menfaatlerle arasında çıkan çatışmalarda ifade hürriyeti için “tercih edilen konum (preferred position)” doktrini benimsenmiştir. Hemen her durumda ifade hürriyetinin önceliği ve ayrıcalığının olduğu kabul edilmiştir. Bkz. **Magee**, *Freedom of Expression*, p. 11.

¹¹⁵¹ Son olarak O’Brien kararında da Douglas, çoğunluktan ayrılmış ve orta düzey denetim uygulanıp iletişimsel davranışa yapılan müdahalenin anayasallığının tartışılması yerine, barış zamanında devletin Kongrenin askerlik hizmeti için askere alma yetkisinin olup olmadığının tartışılması gerektiğini savunmuştur. Diğer bir ifadeyle içerisinde bulunulan şartlar altında ifade hürriyetine yapılan müdahale her ne kadar “makul” olsa da Kongreye savaş zamanı için verildiğine dair şüphe duyulmayan bir yetkinin barış zamanında da geçerli olup olmadığı konusu belirsiz bulunmuştur. Bkz. Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **United States v. O’Brien**, p. 389-390.

oluşturmuştur. Douglas'ın açtığı bu cephe, ifade hürriyetinin adeta mutlak koruma görmesi gerektiğini savunmaktadır¹¹⁵².

b. Douglas'ın Mutlakçı Görüşü: Nihai Liman Olarak Kutsal İfade Hürriyeti

Douglas, mahkemede geçirdiği süre boyunca adım adım devletin güvenlik endişelerine karşı mesafe alırken ifade hürriyetine yaklaşmıştır. Onun kararlara yansıyan görüşleri, ifade hürriyetinin kendiliğinden değerine; halk egemenliğine; ifade hürriyetinin devlet tarafından bahşedilmediği, devlet tarafından alınamayacağı ve kurallar ifade hürriyetini ihlal ediyorsa vatandaşların bu kurala uymasının gerekmediği düşüncesine, yani doğal haklara dayanmaktadır. Çalışmanın bu başlığında, kararlarda ortaya çıkan mutlakiyetçi tutuma ve Douglas'ın gerekçelerinde etkili olan teorilere kısaca yer vereceğiz.

Geçen yıllar içerisinde Douglas, ifade hürriyetinin korunmasına ilişkin daha katı ve mutlak bir yaklaşıma sahip olmuştur. Bu çerçevede Douglas, açık ve mevcut tehlike ölçütünü uygulamaktan vazgeçmiş, “ifade ve eylem” arasında fark olduğu görüşünü sürdürmüştür¹¹⁵³. Ona göre devlet, ifadelerle (söylemler) değil, hukuka aykırı eylemlerle

¹¹⁵² Mahkemede ifade hürriyetinin korunmasında makullüğü yeterli görmeyen Douglas-Black cephesi ve bunlara karşı Frankfurter cephesi oluşmuştur. Bkz. **Resnik**, “Black and Douglas...”, p. 305; ayrıca bkz. **Siegel**, “The Death and Rebirth...”, p. 219. İlk olarak Poulos v. New Hampshire kararında, kamu alanlarının kullanılmasına ilişkin düzenleme öngören ve ruhsat olmadan kamuya açık bir parkta dini toplantı yapılmasını yasaklayan şehir yönetmeliğinin anayasallığı ele alınmıştır. Douglas, düzenlemenin ruhsat veren idarenin makullük içinde (the bounds of reason) kalması, haksız ayrımcılıktan uzak olması gibi çeşitli şartları gerektirdiğini, “keyfi değil”, “makul bir şekilde” hareket etmesi yönünde bir emir içerdiğini kabul etmiştir. Ancak ona göre kuralın öngördüğü makullük ifade hürriyetinin korunması ve kamu alanına ilişkin ruhsatlandırma için yeterli değildir. Bu bağlamda ifade hürriyetinin “makul bir şekilde düzenlenme”si Birinci Değişiklikle bağdaşmaz. Douglas’a göre yalnızca farklı gruplar aynı yerde toplanacaksa ve bunlardan birisi daha önce başvuru yapmışsa, diğerinin parkı kullanmasının önlenmesi gibi hallerde makul bir düzenleme, ifade hürriyetiyle (istisnaen) uyumludur. Bkz. Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **Poulos v. New Hampshire**, 345 U.S. 395 (1953), p. 424-426. Douglas, somut olayda konuyu yasama organının düzenleme, kontrol etme, şart koyma yetkisinin ötesinde görmüştür. Bkz. Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **Poulos v. New Hampshire**, p. 423; **Powe**, “Evolution to Absolutism...”, p. 389. Yemin ve zorunlu beyan davalarında da Douglas’ın tutumu oldukça benzerdir. Öğretmenlerin yemin etmesi, geçmişteki faaliyetleri nedeniyle şüpheli hale gelmesi toplumda cadı avının başlamasına yol açar. Aynı zamanda fikirlerini dile getirmek isteyen kişilerin hürriyetlerini kullanmaktan kaçınacağı bir toplum ortaya çıkar. Bkz. Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **Adler v. Board of Educ. of City of New York**, p. 508-510. Aynı kararda Douglas’a katılan Black de kişilerin düşünebileceği fikirlerin seçilemeyeceğini, sansürlenemeyeceğini ve iletişim kurulacak kişilerin ve grupların önceden belirlenemeyeceğini dile getirmiştir. Bkz. Black’ın karşı oy gerekçesi, **Adler v. Board of Educ. of City of New York**, p. 497.

¹¹⁵³ **Powe**, “Evolution to Absolutism...”, p. 393-394; ayrıca bkz. Douglas’ın ayrık gerekçesi, **Aptheker v. Secretary of State**, p. 519-521. İfade hürriyetinin mutlaklığı ve Black’in benzer yönde görüşleri için bkz. **Aydın**, Üç Demokrasi Düşünce Özgürlüğü..., s. 63-64.

(davranışlarla) ilgilenmelidir. Diğer bir deyişle, cezaların ifadenin muhatabını kışkırtan sözler için değil, eylemler için olması gerekir¹¹⁵⁴.

Douglas'ın yaklaşımının mutlaklığa evrildiğini müstehcenlik bağlamında, “Bir standart olarak kullanılan toplumun ortak vicdanının rencide edilmesi, kanaatimce, Birinci Değişikliğin “Kongre, ifade veya basın hürriyetini kısıtlayan (sınırlandıran) bir kanun çıkaramaz” emriyle çelişmektedir.... Toplumun standartlarını esas alan bir ölçüt, Birinci Değişiklik ile bağdaştırılamayacak kadar geniş (gevşek/loose), değişken (capricious) ve ifade hürriyetini yok edicidir” ifadelerinden anlamak mümkündür. Ayrıca bu kararda Douglas, korunmayan ifadeler düşüncesine de itiraz etmiş; bir ifade türünün “Birinci Değişikliğin mutlak yasağı”nın dışında görülmemesi gerektiğini, Kurucu Babaların aksi yönde düşündüğünü gösteren bir kayıt bulunmadığını savunmuştur¹¹⁵⁵. Kararın en çarpıcı yanı ise değerlendirmelerin ardından ifade hürriyeti teorisi bakımından dolaylı olarak mutlakçı bir teori öneriyor olmasıdır. Ona göre Birinci Değişiklik, “mutlak anlamda yasak” getirmekte ve ifade hürriyetini korumaktadır. Öyleyse bu Değişiklik “mahkemeler ve yasama organları” tarafından ifade hürriyetinin değerinin tartılmasını engellemek için tasarlanmıştır. Yani, Birinci Değişiklik, ifade hürriyetini “tercih edilen konuma” yerleştirir. İfade, “hukuka aykırı eylemle o kadar sıkı bir şekilde iç içe geçmiş ve davranışın ayrılmaz bir parçası haline gelmişse”, ifade hürriyeti yalnızca o zaman sınırlandırılabilir¹¹⁵⁶. Dolayısıyla Douglas, saf ifadelerin sınırlandırılmasına sert bir dille

¹¹⁵⁴ Douglas'ın karşı oy gerekçesi, **Roth v. United States**, p. 512-513; Douglas'ın yaptığı ayırım ve diğer kararlar için ayrıca bkz. **Resnik**, “Black and Douglas...”, p. 314-315. Örneğin Douglas, bir öğretmenin kanunlara uyduğu ve devlet okulu sistemindeki performansı profesyonel standartları karşıladığı sürece, özel hayatı, siyasi felsefesi, toplumsal inancı nedeniyle baskıya maruz kalmaması gerektiğini savunurken öğretmenin cezalandırılabilmesi için ancak suç teşkil eden “açık eylem”leri işlemesi gerektiğini belirtir. Diğer türlü akademik hürriyetleri baltalar. Kurucu Babaların hiç de istemediği dogmatizme yol açar. Bkz. Douglas'ın karşı oy gerekçesi, **Adler v. Board of Educ. of City of New York**, p. 510. Bu hususta Black, korunmayan davranışların ifade ile birleştiği hallerde yapılan müdahalenin ifade hürriyetini de ihlal edebileceğini hatırlatmıştır. Bu nedenle burada davranışlara müdahale edilebilecek olsa da bu müdahalenin ifade hürriyetine saygılı olması gerekir. Diğer bir ifadeyle ifade ve davranış birleştiğinde korunmayan davranış cezalandırmak için ifade hürriyeti görmezden gelinemez. Bkz. Black'ın ayrık gerekçesi, **Labor Board v. Fruit Packers**, p. 77.

¹¹⁵⁵ Douglas'ın karşı oy gerekçesi, **Roth v. United States**, p. 511-514.

¹¹⁵⁶ Douglas'ın karşı oy gerekçesi, **Roth v. United States**, p. 514; ayrıca bkz. **Powe**, “Evolution to Absolutism...”, p. 394; **Resnik**, “Black and Douglas...”, p. 108. Douglas'a göre, Komünist olmak kesinlikle bir suç değildir. Seyahat etmek hukuka aykırı olayların gerçekleşme olasılığını arttırabilse de unutulmamalıdır ki o kişilerin hayatta olması bile riskleri arttırır. Sonuçta hürriyetlerin neden olacağı riskler, bu toplumun (Amerikan) üstlenmesi gereken riskler olarak görülmelidir. **Dolayısıyla yalnızca hukuka aykırı eylemler cezalandırılabilir**. Bkz. Douglas'ın ayrık gerekçesi, **Aptheker v. Secretary of State**, p. 519-520. Bu konu hakkında Resnik, eleştirel bir tutuma sahiptir ve Douglas'ın pozisyonunun mutlakçı olmadığını ileri sürmektedir. Ona göre Douglas ve onun öncüsü Black ifade hürriyetinin tercih edilen pozisyonunda olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla dengeleme sürecinde veya başka ölçütlerde

karşı çıkmakta, iletişimsel davranışlar bakımından ifade davranıştan ayrılıyorsa yine ifadelerin sınırlandırılmasını kabul etmemekte, bu ayrım mümkün değilse bir istisna olarak davranışın cezalandırılması halinde ifadeye yapılan müdahaleyi anayasal görmektedir. Sonuç olarak buna göre, saf ifadeler söz konusu olduğunda, “mutlak korumadan daha alt seviye” bir koruma anayasal güvencenin ihlali anlamına gelmektedir¹¹⁵⁷.

Douglas’ın “Birinci Değişikliğin mutlak yasak öngördüğü”nü kabul ettiği ve “mutlak korumadan daha azı”nın kabul edilemeyeceği sonucuna ulaştığını savunan Powe¹¹⁵⁸ ve onun bu çıkarımlarının aksine Douglas’ı “katı yorumcu” olarak nitelendiren Resnik¹¹⁵⁹ gibi yazarlar da vardır¹¹⁶⁰. Buna karşılık kesin olan bir şey var ki Douglas, Mahkeme üyeleri arasında ifade hürriyetini en çok savunan, devletin ifade hürriyeti karşısında oldukça sınırlı yetkileri olduğunu benimseyen öncülerden birisi olmuştur. Onun görüşleri mutlakçı olarak nitelendirilmeyecekse bile mutlakçılığa yakın niteliktedir. Aynı zamanda görüşlerinin “ifade hürriyetinin üstün niteliği” sayesinde “tercih edilen konum” yaklaşımına dayandığını belirtmek gerekir. Douglas, ifade hürriyetinin geniş bir korumaya sahip olduğunu savunmakla birlikte, ifade hürriyetinin istisnaları olduğunu da kabul etmiştir. Ancak bu istisnaların nispeten daha sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Diğer yandan ifadeleri saf ifade ve davranış-ifade birlikteliği olan konuşmalar olarak ayırdığımızda Douglas, saf ifadelerin mutlaklığını kabul etmiş gibi görünmektedir. Bu çerçevede istisnalar ifade ve davranışın birleşmeye yakınlaştığı noktada kendisini

ifade hürriyetinin doğal bir önceliği olsa da bu, ifade hürriyetinin tartışamayacağı anlamına gelmez. Bkz. Resnik, “Black and Douglas...”, p. 313-314.

¹¹⁵⁷ Powe, “Evolution to Absolutism...”, p. 396. Douglas’ın katıldığı Black’ın ayırık gerekçesi de bu çıkarımla oldukça uyumludur. Black, “toplumu ilgilendiren ifade hürriyetinin tamamen (wholly) hür (serbest) olması gerektiğini veya sonunda tamamen (wholly) kaybedilmesi”nin kaçınılmaz olduğunu ifade etmektedir. Kanaatimizce bu ifade, sınırlandırılmasının kamusal ifadenin ortadan kalkmasına neden olduğunu ifade etmektedir. Diğer ifadeyle burada kastedilene göre, ifade hürriyeti mutlak ve mutlak korumadan daha azı bu hürriyeti ihlal eder. Bkz. Black’ın ayırık gerekçesi, **Wieman v. Updegraff**, p. 193. Benzer başka bir kararda Douglas’ın da katıldığı gerekçesinde Black, toplumca beğenilsin ya da beğenilmesin **hükümetin nasıl yönetileceği ve kimin yöneteceği konusunda tüm fikirlerin ifade edilmesi için tam bir hürriyetin (complete freedom)** olması gerektiğini belirtmektedir. Nitekim bu sağlanmazsa fikirlerin serbestçe ifade edilmesi engellenebilir ve herhangi bir fikir/görüş uzun vadede sansüre karşı savunmasız hale gelebilir. Bkz. Black’ın gerekçesi, **Yates v. United States**, p. 344.

¹¹⁵⁸ Bkz. Powe, “Evolution to Absolutism...”, p. 396.

¹¹⁵⁹ Bkz. Resnik, “Black and Douglas...”, p. 305.

¹¹⁶⁰ **Raymond S. Rodgers**, “Absolutism and Natural Law Argument: William O. Douglas on Freedom of Expression”, *Southern Speech Communication Journal*, Vol. 48, N. 1, Y. 1982, p. 22.

göstermeye başlar¹¹⁶¹. Douglas'ın katıldığı Black'e göre de¹¹⁶², “hükümetlerin vatana ihanet eylemlerini cezalandırmak için yeterli gücünün” olduğu ve olması gerektiği kabul edilse de bu eylemlerden farklı olarak “düşünce ve ifadelerin cezalandırılabilceği”ni kabul etmek gerekmez¹¹⁶³.

Douglas'ın kaleme aldığı gerekçelerde ifade hürriyetine artan bir şekilde önem ve üstünlük verilmesinin teorik gerekçelerinin izini sürdüğümüzde ilk olarak Douglas, ifade hürriyetini mutlak olarak takdim etmektedir: “*Yasama organı bir vatandaşın ifade hürriyetinin kullanılmasını yasaklamaya kalkıştığında, hukuksuz davranır*”¹¹⁶⁴. Yine Douglas'ın katıldığı Black de “*düşünce, konuşma, basın veya kamusal toplantıların en ufak bir şekilde bastırılmasının daha da tehlikeli olduğunu varsaydığını*”, “*mahkemelerin bu ifadelerin tehlikeli olduğu fikrine dayanarak ifadeleri değerlendirme ve cezalandırma yetkisinin olmadığını*” ve “*Haklar Bildirisinin bu tavizsiz (uncompromising) yorumunun hürriyetlerin kurtarılması için geçerli olması gerektiğini*” savunmuştur¹¹⁶⁵. Dolayısıyla, aslolan Kongrenin ifade hürriyetini sınırlandırmamasıdır¹¹⁶⁶.

Fakat ifade hürriyetini sınırlandıran bir kanun varsa ne olacaktır? Bu soru karşısında Douglas'ın verdiği cevap çok daha çarpıcıdır ve doğal haklar teorisine dayanmaktadır: “*Vatandaş meseleyi kendi eline alabilir ve böyle bir kanunun kanun*

¹¹⁶¹ **Rodgers**, “Absolutism and Natural Law Argument...”, p. 23.

¹¹⁶² Douglas'ın mutlakçı yaklaşımı katı bir şekilde savunduğunu belirtmek gerekir. Black ise mutlakçı yaklaşımı savunmakla birlikte ifade hürriyetine ilişkin bazı istisnaları kabul etmektedir. Douglas ve Black'ın mutlakçı görüşlerindeki farklar için bkz. **Özpolat**, Sanatsal İfade Özgürlüğü..., s. 221-222.

¹¹⁶³ Bkz. Black'ın ayrık gerekçesi, **Wieman v. Updegraff**, p. 193. Yine Douglas'ın katıldığı başka bir kararda Black çoğunluğa kısmen katılmış, kısmen muhalefet etmiştir. Gerekçesinde Black, toplumsal konularda, hukuka uygun ya da aykırı eylemleri teşvik edip etmediğine bakılmaksızın Birinci Değişikliğin ifade hürriyetini koruduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla bir kişi hükümeti zorla ve şiddet kullanarak devirmek için yapılacak eylemleri savunması sebebiyle cezalandırılmaz. Çeşitli kamusal toplantılara katılmak ise komplonun gerçekleştirilmesi için **açık eylem** olarak görülemez. Bkz. Black'ın gerekçesi, **Yates v. United States**, p. 340, 343. Jefferson ve arkadaşlarına göre de ifade hürriyeti mutlak ve hükümetin müdahalelerine şüphe ile yaklaşmak gerekir. Hükümet kelime ve sözlere dokunamaz, ancak barışı ve düzeni bozan davranışları cezalandırabilir. Bkz. **Gürkan**, “Amerika Birleşik Devletlerinde Haber Alma Hürriyeti”, s. 158.

¹¹⁶⁴ Douglas'ın karşı oy gerekçesi, **Poulos v. New Hampshire**, p. 423.

¹¹⁶⁵ Bkz. Black'ın ayrık gerekçesi, **Wieman v. Updegraff**, p. 194.

¹¹⁶⁶ Kişiler toplumsal konuları mahkemelerin veya diğer hükümet kurumlarının hoşgörüsüne dayanarak değil, bir hak olarak tartışabilir. Dolayısıyla bu siyasi organların lütfu ve hoşgörüsünün gereği değil, kişinin hakkıdır. Mahkemeler de tehlikeli olduğunu düşünerek ifadeleri değerlendirme ve cezalandırma yetkisine sahip değildir. Bkz. Black'ın ayrık gerekçesi, **Wieman v. Updegraff**, p. 194.

*olmadığı temelinde ilerleyebilir*¹¹⁶⁷”. Bu cevabın anlamı, ifade hürriyetini yasaklayan hukuka aykırı kanuna vatandaşların uymak zorunda olmadığıdır. Kendileri bu geçersiz olan kanun yokmuş gibi Anayasanın sağladığı hürriyeti serbestçe kullanabilir¹¹⁶⁸. Douglas, Birinci Değişiklik hürriyetlerinin tercih edilen konumda olduğunu kabul etmekte, bu bağlamda ifade hürriyetinin konumu gereği kanuna itaatın gerekli olmadığını ifade etmektedir¹¹⁶⁹. Burada benimsenen kavram “tercih edilen konum” olsa da, kanaatimizce kavramın kullanıldığı bağlam dikkate alındığında bunun anlamı mutlakçılığa çok benzemektedir.

Adil olmayan hukuk kurallarına itaat etme yükümlülüğü olmadığını ileri süren doğal hukukçular gibi Douglas, belli hakların devletten önce olduğunu ve devlet tarafından bahşedilmediğini savunmaktadır. Ona göre, Amerikan toplumunun kurumları, devlet otoritesinden daha yüksek bir otoritenin ve devletin değiştiremeyeceği bazı ahlak kurallarının bulunduğu; Yaratıcının lütfu olarak insanlara verilen ve hükümetin saygı duyması gereken haklar olduğu inancını esas almaktadır. Toplumun kurumlarının dayandığı bu ahlaki inançlar, Amerikan Bağımsızlık Bildirisinde, Anayasada ve Haklar Bildirisinde teyit edilmektedir. Ona göre işte bu ilkeler altında, ifade hürriyeti devletin müdahalesinden muhafaza edilmiştir¹¹⁷⁰.

Başka bir kararda Douglas, ifade hürriyetinin bu üstün konumunu halk egemenliğine dayandırmaktadır. Kamu çalışanlarının siyasi faaliyette bulunmalarına ilişkin yasak öngören bir eyalet kanununu değerlendirdiği gerekçesinde; “*Birinci Değişiklik hakları (hürriyetleri) gerçekten de temeldir, çünkü biz halk, egemenleriz*” demektedir. Ona göre söz sahibi olan halktır ve kamu çalışanları dahil, hiçbir grup kamusal diyalogdan dışlanamaz¹¹⁷¹. Aşırı genişlik bahsinde incelediğimiz bu kararda

¹¹⁶⁷ Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **Poulos v. New Hampshire**, p. 423; ayrıca bkz. **Rodgers**, “Absolutism and Natural Law Argument...”, p. 29; **Powe**, “Evolution to Absolutism...”, p. 389.

¹¹⁶⁸ Douglas’a göre, bir kural ilk bakışta Anayasaya aykırı veya uygulandığında açıkça anayasaya aykırı ise onu uygulayan emirler kutsallaştırılamaz. Diğer bir deyişle bu kurala ve onu uygulayan diğer işlemlere uyulmayabilir ve hatta uyulmamalıdır. Bkz. Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **Walker v. City of Birmingham**, 388 U.S. 307 (1967), p. 338; ayrıca bkz. **Rodgers**, “Absolutism and Natural Law Argument...”, p. 30.

¹¹⁶⁹ Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **Poulos v. New Hampshire**, p. 423.

¹¹⁷⁰ Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **McGowan v. Maryland**, 366 U.S. 420 (1961), p. 562-563. Çoğunluk için karar gerekçesini kaleme aldığı da Douglas, doğal hukukun etkisindedir. Ona göre, “*Haklar Bildirisinde yer bulan düşünce hürriyetinin zaferi, vicdan alanında Devletten daha üstün bir ahlaki gücün olduğunu kabul etmektedir*”. Bkz. **Girouard v. United States**, 328 U.S. 61 (1946), p. 68. Kararlar için ayrıca bkz. **Rodgers**, “Absolutism and Natural Law Argument...”, p. 33-35.

¹¹⁷¹ Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **Broadrick v. Oklahoma**, p. 620.

çoğunluk kuralı, aşırı genişlik doktrini çerçevesinde incelemiş ve aşırı geniş bulmamıştır¹¹⁷². Douglas ise kuralın niteliğinden bağımsız bir değerlendirme yaparak egemen olan halkın ifade hürriyetinin sınırlandırılmasının kabul edilemez olduğunu savunmuştur. Çoğunluğun benimsediği meşru menfaat, Douglas için çok önemsizdir. Çünkü ona göre, bir grubun ifade hürriyeti alanından dışlanması halinde kaybeden “kamu yararı”dır¹¹⁷³. Halk egemenliğine dayanan Douglas, aşırı geniş olmayan, sansür uygulamayan ve ayrımcılık yapmayan bir kanunla, meşru bir kamusal menfaatin gereği bile olsa, ifade hürriyetinin sınırlandırılmayacağını kabul etmektedir.

Sonuç olarak Douglas, doğal hukuk, doğal haklar, halk egemenliği gibi teorilerin etkisinde; ifade hürriyetinin Amerikan toplumunun en önemli kurumlarından biri ve totaliter rejimlerden en önemli farkı olduğunu benimsemiştir. Kaleme aldığı kararlar, Douglas’ın zaman içerisinde ifade hürriyetinin önemini anladığını, hürriyetler için devletin varlığının oluşturduğu tehlikeyi fark ettiğini ve kendi pozisyonunu da buna göre değiştirdiğini göstermektedir¹¹⁷⁴. Douglas’ın görüşü ve Douglas’ın etkilendiği Black’ın görüşleri dikkate alındığında, kamusal konuların tartışılmasının mutlak koruma gördüğü, saf ifadelerin sınırlandırılmayacağı, yalnızca ifade ve eylemin birleştiği noktada müdahalenin meşru olabileceği ve nihayet sansürün¹¹⁷⁵ de mutlak olarak yasaklandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

2. Doktrinde İfade Hürriyetinin Mutlaklığı Görüşü

a. Genel olarak

İfade hürriyeti Amerika’da oldukça geniş bir koruma görmekte, pek çok demokratik ülkeyle kıyaslandığında ifade hürriyetine verilen önem göze

¹¹⁷² Somut olaydaki kural çoğunluğa göre, meşru bir menfaati korumayı amaçlayan, bakış açısı ayrımcılığına ve sansüre yol açmayan kural ise Anayasaya aykırı değildir. Kuralın sonraki uygulanmalarından ihlal kaynaklanacaksa bunların ileride ortaya çıkacak davalarda, yani her bir somut olay için ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmeye göre Mahkeme, somut uyuşmazlıktaki kuralın aşırı geniş olmadığına karar verirken aşırı genişliğin her uyuşmazlık özelinde ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Broadrick v. Oklahoma**, p. 616-618; **Decker**, “Overbreadth outside the First Amendment”, p. 69.

¹¹⁷³ Douglas’ın karşı oy gerekçesi, **Broadrick v. Oklahoma**, p. 620. Douglas’ın katıldığı Black de benzer şekilde, Birinci Değişikliğin bir güvenlik sistemi sağladığını ifade etmektedir. Bu sistem, bazıları için ne kadar “iğrenç ve düşmanca olursa olsun, insanların davaları ve doktrinleri desteklemesi, tartışması, savunması veya kısırtması için geniş bir alan açan, yani koruyan sistemdir. Dolayısıyla ifade hürriyetinin korunması, başlı başına kamu yararıdır. Bkz. Black’ın gerekçesi, **Yates v. United States**, p. 344.

¹¹⁷⁴ Değişimin sebeplerine ilişkin ayrıca bkz. **Powe**, “Evolution to Absolutism...”, p. 403-410.

¹¹⁷⁵ Douglas’ın sansür yasağının mutlaklığına ilişkin görüşü için bkz. **New York Times Co. v. United States (Pentagon Papers Case)**, p. 720.

çarpılmaktadır¹¹⁷⁶. Ne var ki Amerika’da dahi ifade hürriyeti mutlak bir hürriyet olarak görülmemektedir. Fakat Douglas’ın savunduğu mutlakçı görüş Mahkeme çoğunluğunda hâkim olmasa¹¹⁷⁷ bile ifade hürriyetinin mutlak olduğu ve müdahalenin oldukça sınırlı şartlarda kabul edilebileceği görüşünün mahkeme kürsüsünde şiddetle savunulduğunu söyleyebiliriz. Özellikle Douglas ve Black cephesi bu konuda önemli mücadeleler vermiştir. Bununla birlikte geçmişten günümüze doktrinde de ifade hürriyetine kategorik yaklaşımı benimseyen ve bazı ifadelerin mutlak koruma görmesi gerektiğini savunanlar vardır.

Çalışmada şimdiye kadar Yüksek Mahkeme çoğunluğunun ifade hürriyetine ya da onun bir türüne mutlak koruma sağlamadığını çeşitli yerlerde ifade etmiştik. Çalışma boyunca incelediğimiz doktrinler ve ölçütler, Mahkemenin bu istikrarlı görüşünün göstergesidir. Nitekim, bakış açısı ayrımcılığının yapıldığı hallerde dahi Mahkeme, sıkı denetim uygulamıştır. Dolayısıyla yapılan müdahaleyi sıkı denetime göre denetlemiştir. Benzer şekilde Birinci Değişikliğin mutlak diline rağmen bazı ifadelerin korunmadığını ve zamanla ise daha az korunduğunu kabul etmiş; bu ifadelere yönelen müdahaleleri belirlediği çeşitli ölçütlere tabi tutmuştur. Nihayet, siyasi organların iradesine saygılı olarak ifadelere yapılan müdahaleleri dengeleme ölçütüne göre dengelemeye çalışmıştır. Sansür ise kural olarak yasak olduğu kabul edilen müdahale şekli olmuştur¹¹⁷⁸. İfade hürriyetinin mutlak olması meselesi genellikle az sayıda hâkim tarafından benimsenmiştir. Ancak buna rağmen ifade hürriyetinin mutlaklığının yeni bir kategorik

¹¹⁷⁶ **Zachary S. Price**, “Our Imperiled Absolutist First Amendment”, *Journal of Constitutional Law*, Vol. 20, Iss. 4, Y. 2018, p. 818. Son on yıllarda Amerika’nın ifade hürriyeti karnesinin çok iyi veya üstün olduğunu söylemek hatalı olur. Bugün Avrupa’daki pek çok ülkenin Amerika’dan daha hür olduğunu söylemek mümkündür. 2024 Freedom House verilerine göre Amerika’nın skoru 100 üzerinden 83’tür. Oysa, örneğin İsveç’in 99 ve Norveç’in 98’dir. Bkz. <https://freedomhouse.org/explore-the-map?type=fiw&year=2024>, (E.T. 24.10.2024); Reporters Without Borders (RSF) 2024 verilerine göre ise dünya basın hürriyeti sıralamasına göre ilk üç ülke sırasıyla Norveç, Danimarka ve İsveç’tir. Amerika ise 180 ülke arasından 55. sıradadır. Bu sıra 2023’te ise 45’tir. Dolayısıyla sonuçlar, Amerika’nın hürriyet karnesinin her geçen gün kötüye gittiği iddiasını desteklemektedir. Bkz. <https://rsf.org/en/index>, (E.T. 24.10.2024). Ayrıca hürriyet rejiminde sorunların olduğunu hükümetin Filistinli ve Filistinli sivillerin haklarını destekleyenlere uyguladığı müdahalelerden de anlamak mümkündür. Örneğin Trump yönetimi, hukuka uygun olarak Amerika’da bulunan, fakat yönetimin dış politikasına karşı çıkmakla suçlanan yabancı uyruklu öğrencileri suçlamakta, tutuklamakta ve nihayet onları sınır dışı etmek için çaba harcamaktadır. Bkz. **Christina Lu**, “Trump’s Deportations Come to Campus”, 21.03.2025, <https://foreignpolicy.com/2025/03/21/trump-deportation-columbia-university-palestinian-protest-mahmoud-khalil-badar-khan-suri/>, (E.T. 22.03.2025).

¹¹⁷⁷ Ayrıca bkz. **Robert A. Lefflar**, “The Free-ness of Free Speech”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 15, Iss. 4, Y. 1962, p. 1073; **Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, s. 29.

¹¹⁷⁸ Ayrıca bkz. **Heyman**, “Righting the Balance”, p. 1284; **Lefflar**, “The Free-ness of Free Speech”, p. 1073.

yaklaşım, Douglas ve Black’ın görüşleri de hatırlanarak ele alınması gerektiğini düşünen yazarlar vardır. Meiklejohn bu yazarlardan en etkili ve meşhurlarından biridir. Meiklejohn’ın görüşleri çerçevesinde biz de korunan ve korunmayan ifadeler kategorik ayrımı yerine, kategorilerin mutlak-korunan ve mutlak olmayan, fakat korunan ifadeler olarak ele alınması gerektiğini düşünüyoruz. Bu nedenle bu başlıkta Meiklejohn’ın görüşleri ışığında konuyu ele alacağız.

b. İçeriğe Dayalı Müdahale Yasağı ve Siyasi İfadelerin Mutlaklığı

İfade hürriyetinin mutlaklığı görüşünün, tüm tür ve konudaki ifadeler için geçerli olduğu genel kabul görmemiştir¹¹⁷⁹. Özellikle bir toplumda özel hukuk kişilerinin ilişkisi bakımından bu mümkün değildir. İki tarafın ifade hürriyeti veya bir tarafın ifade hürriyeti karşısında diğer tarafın kişilik hakları, mahremiyet hakkı, mülkiyet hakkı, adil yargılanma hakkı gibi pek çok hak ve hürriyeti korunmaya değer görülebilir¹¹⁸⁰. Burada eşitler arası ilişki söz konusudur. Eşitler arası ilişki bakımından dengeleme dahil farklı ölçüt ve yöntemlerin benimsenmesi savunulabilir. Birey-devlet ilişkisi bakımından ise durum çok daha farklıdır. Nitekim birey yönetilen olmasının yanı sıra yönetime katılan olarak da devletin sahip olduğu tüm imkân ve yetkilere karşı en önemli unsurdur. Bu nedenle bireyin devlete karşı çok daha fazla korunması, devletin ihlal ve ayrımcılıklarına karşı emniyette olması gerekir.

Hukukun üstünlüğünün bir gereği olarak devletin yalnızca farklı din, ırk, dil veya renklere karşı değil, farklı fikirlere karşı da tarafsız olması gerekir. Her bir birey, inancı ve düşüncesi ne olursa olsun eşittir ve devletin kişilere, farklı düşünceleri sebebiyle farklı muamele uygulaması kabul edilemez. Birinci Değişikliğin “ifade (konuşma) ve basın hürriyetini” **sınırlandıran** (kısıltan, azaltan/abridging); “halkın barışçıl bir şekilde toplanma hakkını” ve “halkın şikayetlerinin giderilmesi için hükümete dilekçe verme hakkını” **sınırlandıran** (kısıltan, azaltan/abridging) kanun yapılamayacağı hükmü de

¹¹⁷⁹ **Meiklejohn**, “The First Amendment is an Absolute”, p. 252. Başka bir deyişle Birinci Değişiklik (hiçbir düzenleme ve müdahaleyi kabul etmeyen) sınırsız bir ifade hürriyeti öngörmez. Bkz. **Meiklejohn**, “The First Amendment is an Absolute”, p. 261. Burada ifade hürriyeti ile milli güvenlik gibi menfaatlerle dengeleme yapılabileceğini kabul edenler olduğu gibi bizim gibi ifade hürriyetini eş-ölçülemez/kıyaslanamaz kabul edenler de vardır. Bkz. **Leflar**, “The Free-ness of Free Speech”, p. 1083-1084.

¹¹⁸⁰ Benzer yönde bkz. **Meiklejohn**, “The First Amendment is an Absolute”, p. 259.

devletin tarafsızlığıyla ilgilidir¹¹⁸¹. Sonuç olarak Birinci Değişiklik açıklanacak düşünceler karşısında devletin tarafsız olması gerektiği temeline dayanmaktadır. Buna göre hoş görülmeyen ifadelerin yasaklanıp, diğerlerinin yasaklanmaması ayrımcılık doğurur. Oysa içeriğe dayalı olmadan ve düşünce açıklamasını yasaklamadan meşru sebeplerle ifade hürriyetinin sınırlandırılması tarafsızlığa daha uygundur. Aksinin kabulü, Kongrenin hangi fikirlerin benimseneceğine karar verebilmesi demektir. Böyle bir şey ne hukukun üstünlüğü ne de demokrasi ile bağdaşır. Bu nedenledir ki düşünce açıklamasının yasaklanması anlamına gelen sansüre de şiddetle karşı çıkılmaktadır¹¹⁸².

İfade hürriyetinin sınırlandırılabilceğini kabul edenlerin önemli bir kısmı dahi konuşmalar sebebiyle ceza verilebilmesinin ancak sonradan mümkün olduğunu kabul etmiştir. Benzer şekilde Mahkemenin bakış açısı ayrımcılığının yapıldığı her durumda ve konu bakımından ayrımcılık yapılan çoğu durumda sıkı denetim uygulamanın sebebi aynıdır. Buna karşılık Mahkeme, genellikle bakış açısı ayrımcılığına karşı mutlak bir koruma sağlamamıştır. Oysa içeriğe dayalı müdahale kendiliğinden kötü ve sonuçları ağır olarak nitelendirilmektedir. Çünkü bu, demokratik bir toplumda devletin, kişilerin ne konuşacağını önceden belirlemesine yol açar¹¹⁸³. İçeriğe dayalı müdahale azınlık ve muhalif görüşlerin de önündeki en büyük engel olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle müdahalenin içeriğe dayalı olmasına karşı Birinci Değişikliğin mutlak koruma sağladığının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Demokrasi ve halk egemenliği, ayrımcılık yasağının ve özellikle siyasi ifadeler bakımından ifade hürriyetinin neden mutlak olduğunun anlaşılması için önemli dayanaklar sunmaktadır.

Bu bağlamda Meiklejohn, “sınırlandırma-düzenleme” ayrımı yapmaktadır. Düzen kuralları, bir toplantıda konuşma süresinin, sırasının belirlenmesi; dilekçelerin hangi şekli nitelikleri taşıması gerektiği; konuşmanın yeri ve zamanı gibi düzenlemeler içerir. Burada ifadenin sınırlandırılması ve konuşmacının engellenmesi amacı olmadığı gibi hürriyetlerinin gereğini yerine getirmek isteyenlerin bunu daha düzenli, kolay ve engelsiz

¹¹⁸¹ Price, ayrımcılığın yapılamayacağı olgusunu “mevcut mutlakçılık” olarak ifade etmekte ve düşünceler arasında ayırım yapılamamasını değerli bir miras olarak görmektedir. Bkz. **Price**, “Our Imperiled Absolutist First Amendment”, p. 821.

¹¹⁸² Hükümetin neyi söyleyebileceğimize karar vermesi, ifadenin neden olacağı zararlardan çok daha büyüktür. Bu nedenle buna ve dolayısıyla sansüre asla izin verilmemelidir. Bkz. **Floyd Abrams**, *The Soul of The First Amendment*, Yale University Press, New Haven & London 2017, p. xvii; **Price**, “Our Imperiled Absolutist First Amendment”, p. 822.

¹¹⁸³ Benzer yönde bkz. **Abrams**, *The Soul of The First Amendment*, p. xvii; **Price**, “Our Imperiled Absolutist First Amendment”, p. 822.

yapması hedeflenir. Nitekim Meiklejohn’a göre diğer insan davranışları gibi konuşma (ifade) da düzenlenebilir¹¹⁸⁴. Örneğin, bir konferans salonunun bulunduğu kasabada salonun kullanılabilmesi için bazı tarafsız düzenlemeler yapılabilir. Salonun kullanımının başvuru sırasına göre verilmesi, sandalye kapasitesinden fazla konuğun alınmaması, gece saatlerine ilişkin ses ayarlamaları yapılması gibi düzenlemeler buna örnektir. Sonuç olarak onun için ifade hürriyeti “sınırlandırmayla” bağdaşmazken “düzenlemeyle” bağdaşır¹¹⁸⁵. Düzenlemeler de kuşkusuz hürriyetin kullanılmasına sınır getirmektedir. Ancak Meiklejohn’ın, tarafsız olarak yer, zaman ve yöntemle ilişkin bazı kuralların Birinci Değişiklik tarafından yasaklanmadığı düşüncesi haklıdır. Mahkemenin içtihatları da bununla uyumludur. Önemli olan kuralın düşüncüyü sınırlandırma (içeriği sebebiyle engelleme veya ifadeyi yasaklama) amacıyla olmaması, ifade hürriyetinin kullanımına dair tarafsız düzenlemeler yapmasıdır. Bu bağlamda içeriğe dayalı ayrımcılığın mutlak olarak yasak olması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Nitekim ne yazacaklarına ne okuyacaklarına ne göreceklerine karar verme yetkisi halka aittir. Bu hükümete devredilmiş bir yetki değildir¹¹⁸⁶.

Meiklejohn, bazı ifadelerin ve Mahkeme tarafından korunmaya olarak nitelendirilen müstehcen, hukuka aykırı eylemlere kışkırtan ve diğer ifadelerin istisna olarak görülmesinin sebebini de sorgular. Cevaben bu kategorik yaklaşımı eleştirir. Ona göre, bir kişi ya da topluma zarar verecek olan ifadelerin kategorik olarak dışlanması mümkün değildir¹¹⁸⁷. Bu nedenle ayrıca korunmayan ifadeler ayrımı yapmaya gerek

¹¹⁸⁴ **Meiklejohn**, “The First Amendment is an Absolute”, p. 252. Benzer bir ayrıma Leflar da dikkat çekmekte, Meiklejohn gibi o da bazı kuralları Parlamento temsilcilerinin konuşma yapmalarına ilişkin düzen kurallarına benzetmekte ve Meiklejohn’a atıf yapmaktadır. Ancak o farklı olarak düzen kuralı olmayıp ifade hürriyetini sınırlandıran kuralların olduğunu dile getirmektedir. Bu kurallar ifade hürriyetini kolaylaştırmaz, aksine sınırlandırır ve zorlaştırır; ifadenin düzenini değil toplumsal düzeni korumayı hedefler. Sonuç olarak ona göre, mutlak ifade hürriyeti yoktur. Bu bir idealden ibarettir. Bkz. **Leflar**, “The Free-ness of Free Speech”, p. 1078. İfade hürriyetinin sınırlandırılmayıp davranışların düzenlenmesi farklı tür müdahaleler olarak ele alınmaktadır. Bkz. **Trager/Dickerson**, 21. Yüzyılda İfade Hürriyeti, s. 22. Türk hukukunda sınırlama, düzenleme ve sınırlılık ayrımı için ayrıca bkz. **Döner**, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, s. 465-467.

¹¹⁸⁵ **Meiklejohn**, “The First Amendment is an Absolute”, p. 252.

¹¹⁸⁶ Bkz. **Meiklejohn**, “The First Amendment is an Absolute”, p. 262. Birinci Değişiklik gereğince hükümet, fikirlerin değerlendirilmesini halka bırakmak zorundadır. Amerikan toplumunu ve hükümetini, totaliter hükümetlerden ve bu rejimle yönetilen toplumlardan ayıran en belirgin özelliklerinden biri hükümetin “yanlış veya hatta nefret dolu bulduğu” düşüncelerin yayılmasını dahi engelleyememesidir. Düşünceleri yayma hakkı ve düşüncelerin yayılmasının engellenmesi yasağı “*mutlaktır*”. Bkz. **American Booksellers Association, Inc. v. Hudnut**, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), III.

¹¹⁸⁷ Örneğin milli güvenlikle ilgili önemli menfaatlerin karara bağlandığı Brandenburg kararında hukuka aykırı eylemlerin kısıktırılması olarak görülen ve istisna kategori içerisinde olduğu kabul edilen ifadeler korunmuş ve istisnaların kapsamı daraltılmıştır. Bkz. **Price**, “Our Imperiled Absolutist First Amendment”,

yoktur. Bugün korunmayan ifadeler dahi düşünce açıklaması işlevi görebilir. Aksi söz konusu ise ve şartlar mevcutsa zaten bu ifadelere müdahale edilmesi mümkündür¹¹⁸⁸. İçeriği ve türüne göre müdahalenin sınırlarını belirsiz bir şekilde genişletmenin, Amerikan tarihinde İç Savaştan 11 Eylül Saldırılarına kadar, muhalefet avına nasıl olanak sağladığı unutulmamalıdır¹¹⁸⁹.

Saf siyasi ifadeler bakımından ise ayrı bir parantez açmak gerekir¹¹⁹⁰. Meiklejohn, Anayasanın bütün olarak yorumlanması gerektiğini ve bu yapıldığında da bazı ilkelere ulaşılabileceğini söyler: (i) Amerika Birleşik Devletleri halkını yönetme yetkisi, “halkın” kendisine aittir. Halk hem yönetilen hem yöneticidir. Siyasi hürriyet ise kendini yönetimdir (self-government). (ii) Halk, Anayasayla temel organları kurup yalnızca belli ve sınırlı yetkileri bu organlara devretmiştir. (iii) Halka ait münhasır yetkilerden birisi, seçmen sıfatıyla temel organları yönetmeye aktif olarak katılma yetkisidir. (iv) Birinci

p. 823. Oysa bizce bu ifadelerin istisna olması bir yana eyleme eğilim kazanmadığı noktada mutlak olarak korunması gerekir. Diğer yandan doktrinde Meiklejohn’un eleştirilerine cevap veren yazarlar da vardır. Mendelson bunlardan bir tanesidir. Mendelson’a göre, Meiklejohn’ın açık ve mevcut tehlike ölçütüne yönelik eleştirilerinde haklılık payı vardır. Ancak Meiklejohn, Holmes’un yaklaşımı ile Holmes adına benimsenen açık ve mevcut tehlike ölçütü arasında ayırım yapılması gereğini fark edememiştir. Bu bağlamda Mendelson, yazarın eleştirilerine referans aldığı kararların açık ve mevcut tehlike ölçütüne dayanmadığını savunmaktadır. Diğer bir ifadeyle açık ve mevcut tehlike yaklaşımları arasındaki farkı dikkate alan Mendelson, hataların Holmes’un yaklaşımından değil, diğer uygulamalardan kaynaklandığını savunmuş, benimsenen yaklaşımların Holmes’a atfedilemeyeceğini kabul ederek cevabını oluşturmuştur. Bkz. **Wallace Mendelson**, “The Clear and Present Danger Test-A Reply to Mr. Meiklejohn”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 5, Iss. 4, Y. 1952, p. 793.

¹¹⁸⁸ **Meiklejohn**, “The First Amendment is an Absolute”, p. 262. Aksini savunan Mendelson’a göre, Holmes ve Brandeis “tartışma kelimeleri” (discussion-words) ve “zorlama kelimeleri” (force-words) arasında ayırım yapmıştır. Tartışma kelimeleri, düşünceyi ve demokratik süreçlere barışçıl katılımı teşvik eder ve Birinci Değişiklik tarafından korunur. Buna karşılık zorlama sözcükleri, demokratik süreçleri kullanmak yerine hukuka aykırı eylemleri ortaya çıkarmak için kullanılır ve koruma göremezler. Bu kelimeler, düşünce dolu bir tartışmaya elverişli değildir. Bkz. **Mendelson**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 794.

¹¹⁸⁹ Bkz. **Price**, “Our Imperiled Absolutist First Amendment”, p. 840-841. 20. Yüzyılın ilk on yıllarında hükümet kararlarına oldukça saygılı olan Mahkeme kararları hatırdan tutulmalıdır. İfade hürriyetinin bugünkü geldiği noktada ne kadar mücadele verildiği de ayrıca hatırlanmalıdır. Hükümete saygılı kararların ardından modern ifade hürriyeti doktrin ve ölçütlerinin kazanılması kolay olmamış, zamana yayılmıştır. Ayrıca bkz. **Price**, “Our Imperiled Absolutist First Amendment”, p. 828-830. Bu doktrinlerden birisi de korunmayan ifadeler olsa bile, o ifadeler dahi zamanla daha fazla korunur hale gelmiştir. Bu nedenle, siyasi organların eline geçen istisnaları kötüye kullanılabileceği unutulmamalı, bu kazanımların dikkatli olunmadığı zaman kolaylıkla kaybedilebileceği bilinmelidir. İfade hürriyeti kazanımlarının kaybedilebileceğine dair benzer endişeler için ayrıca bkz. **Price**, “Our Imperiled Absolutist First Amendment”, p. 830-831.

¹¹⁹⁰ Duruşma salonundaki bir kişi, yargılamanın devam etmesini önleyecek şekilde siyasi konuşmalar yaparsa (ifade hürriyeti mutlak görenlere bir eleştiri olarak Leflar, mahkemeye veya hükümet organına hakaret örneğini ele almıştır) ve siyasi ifadelerin mutlak olarak korunduğu kabul edilirse, bu kişi susturulamaz. Bu durumda yargılamaya nasıl devam edilebilir? İfade hürriyetinin mutlak olduğunun kabul edilmesi beraberinde cevaplanmaya muhtaç pek çok soru getirmektedir. Ayrıca Leflar’ın eleştirileri ve mahkeme örneğinin farklı hali için bkz. **Leflar**, “The Free-ness of Free Speech”, p. 1076.

Değişikliğin amacı hiçbir alt kuruma “seçme kuvvetinin sağladığı hürriyeti” sınırlandırma yetkisi vermez¹¹⁹¹. Kısacası Meiklejohn’a göre, halkın egemen ve yetkilerin bazılarını elinde bulunduran aktif özneler olarak devlet yönetimine katılması Birinci Değişiklik tarafından mutlak olarak korunmaktadır. Bir ifade siyasi niteliği haizse mutlak olmalıdır. Aksi halde bireylerin devlet yönetimine ister oy vermek suretiyle ister eleştiri ve denetim yapmak suretiyle katılması olanaksız hale gelir. Diğer yandan bireyin devlet yönetimine katılması sadece “seçmene oy pusulası başında müdahale edilmemesi” olarak yorumlanamayacağından bu görüş, liberal-demokratik bir toplum için kaçınılmazdır. Hatta, Meiklejohn sonuçları ışığında ilk on değişikliğin Haklar Bildirisi değil, Yetki ve Haklar Bildirisi olarak başlıklandırılması gerektiğini savunmuştur¹¹⁹².

Son olarak Meiklejohn’a göre, yöneten birey, “milletin karşı karşıya olduğu sorunları olay olay anlamaya çalışmalı”, “temsilcilerin aldıkları kararlar hakkında hüküm vermeli” ve “karar alma yöntemlerinin geliştirilmesine katılmalı”dır. Söz konusu faaliyetler ise Birinci Değişiklik tarafından mutlak olarak korunur¹¹⁹³. Bu güvenceler dikkate alındığında Meiklejohn’ın teorisinde pek çok hak ve hürriyet de Birinci Değişiklik kapsamında mutlak hale gelmektedir¹¹⁹⁴: (i) “Eğitim, tüm aşamalarında, bir vatandaşın zihnini ve iradesini... bilgilendirme ve geliştirme girişimidir. Eğitim hürriyeti, bu nedenle... hür bir toplumun planlanmasında temel bir varsayımdır”. (ii) “Felsefenin ve bilimin, insanların ... bilgisini ve anlayışını yaratmadaki (oluşturma) başarıları,

¹¹⁹¹ **Meiklejohn**, “The First Amendment is an Absolute”, p. 253-254; Meiklejohn’a göre ifade hürriyetinin kendi kendini yönetim ilkesinden kaynaklandığına dair ayrıca bkz. **Mendelson**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 792.

¹¹⁹² **Meiklejohn**, “The First Amendment is an Absolute”, p. 254. Black, Birinci Değişikliğin, Kongre’nin, bu tür tartışmaların hukuki veya hukuka aykırı bir eyleme teşvik edip etmediğine bakılmaksızın, “*kamu işleri hakkında konuşan*” insanları cezalandırmasını yasakladığına inandığını belirterek Meiklejohn’ın mutlakçı görüşüne katılmıştır. Bkz. Black’ın gerekçesi, **Yates v. United States**, p. 340. Ancak Mahkeme çoğunluğu bu yaklaşımı benimsememektedir. Örneğin, farklı yönleriyle incelediğimiz Holder v. Humanitarian Law Project kararında Mahkeme, davaya konu ifade ve davranışları, hukuka aykırı eylemlerin kısıtlanması gibi korunmayan ifadeler olarak nitelendirip Brandenburg yaklaşımını uygulamamış, sıkı denetim yapmıştır. Dolayısıyla nispeten yakın tarihli olan bu kararda siyasi niteliği haiz olup terörizmle ilgili ifadelerde dahi en sıkı ölçütün uygulanması söz konusu olmuştur. Davada ifade hürriyetine yapılan müdahale Anayasaya aykırı görülmemiş olsa da ilkesel olarak ifade hürriyetinin korunan kapsamının artırıldığını söylemek yanlış olmaz. Fakat, Brandenburg tarafından dahi yasaklanabilecek içeriğe dayalı ayrımcılık sıkı denetimden geçebilmiştir. Bunun anlamı, terörle mücadele adına devletin siyasi ayrımcılık yapabilmesinin önünün açılması tehlikesidir. Amerikan tarihi boyunca olduğu gibi hemen her toplumda da savaş, devletin beka ve terörle mücadele endişeleri istismar edilmiş; toplum hükümetler tarafından terörize edilmiştir. Hükümet karşıtı ifade ve eylemler de kolaylıkla sınırlandırılmıştır. Bkz. **Price**, “Our Imperiled Absolutist First Amendment”, p. 840-841.

¹¹⁹³ **Meiklejohn**, “The First Amendment is an Absolute”, p. 255; ayrıca bkz. **Mendelson**, “The Clear and Present Danger Test...”, p. 792.

¹¹⁹⁴ **Meiklejohn**, “The First Amendment is an Absolute”, p. 256-257.

sınırlandırılmadan, her vatandaşa sunulmalıdır”. (iii) “Edebiyat ve sanatlar Birinci Değişiklik tarafından korunmalıdır”. (iv) “Kamusal sorunların kamuoyunda tartışılması, bu sorunlarla ilgili bilgi ve görüşlerin yayılmasıyla birlikte, temsilcilerimiz tarafından kısıtlanmamış bir özgürlüğe sahip olmalıdır. Onlar bizi yönetse de, biz daha derin bir anlamda onları yönetiyoruz. Bizim yönetimimiz üzerinde hiçbir güçleri yok. Onların yönetimi üzerinde egemen gücümüz var”.

Meiklejohn tarafından ifade hürriyetine yüklenen değerle ilgili ve hakların Birinci Değişiklik tarafından korunduğuna dair şüphe olmamakla birlikte bunların tamamının mutlak olarak görülmesi mümkün değildir. Siyasi ifadelerin mutlak olması bireylerin yönetime katılmasına olanak ve kolaylık sunan her hakkın mutlak olduğu anlamına gelmesi ve bireyin mülkiyet, çalışma gibi tüm haklarının da istisnasız olması demektir ki bu durumda devlet herhangi bir hakkı ve hürriyeti sınırlandıramaz. Bu nedenle bir davranışın, ifade türünün, başka diğer hak ve hürriyetin somut olay bağlamında siyasi ifadelerde olan ilişkisinin belirlenmesi gerekir. İlişkinin yoğunluğuna göre diğer hakların göreceği korumanın da derecesine karar verilmelidir.

3. 21. Yüzyılda İfade Hürriyetinin Mutlak Korunması

Çalışmanın bu kısmında ifade hürriyetinin mutlaklığına ilişkin son yıllarda yaşanan gelişmelerden kısaca söz edeceğiz. İfade hürriyetinin tüm yönleri itibariyle mutlak olduğu genel olarak kabul edilmemiş olsa da mutlaklık görüşü göz ardı edilemeyecek kadar önemlidir. Nitekim Yüksek Mahkemenin bu yönde bir kanaat oluşturmaya başladığını belirtmek gerekir. 2023 yılında vermiş olduğu bir kararında Mahkeme, sıkı denetim uygulanması gereken bir davada Birinci Değişikliğin içerik ayrımcılığını “mutlak yasak” olarak kabul etmiş ve sıkı denetim uygulamamıştır. Diğer bir ifadeyle, önceki içtihatlar görmezden gelinerek “içerik ayrımcılığının yapılması”, ifade hürriyetinin “ihlali için yeterli” görülmüştür¹¹⁹⁵.

Somut olaydaki Kolorado Ayrımcılıkla Mücadele Kanunu (Colorado’s Anti-Discrimination Act-CADA) işletmelerin halka mal ve hizmet satarken ayrımcılık yapmasını yasaklayan bir kanundur. Fakat Kanun, bireyleri inanmadığı yönde ifadeye

¹¹⁹⁵ **R. George Wright/Chris Rowley**, “Creative Jurisprudence: The Paradox of Free Speech Absolutism”, University of Colorado Law Review, Vol. 95, Iss. 1, Y. 2024, p. 28; **Christopher J. Manettas**, “A License to Discriminate? 303 Creative v. Elenis and Where the Supreme Court May Go”, Touro Law Review, Vol. 39, N. 2, Y. 2024, p. 539.

zorlamaktadır¹¹⁹⁶. Kanun, mal ve hizmet satan kişileri, benimsemediği görüşleri ya da sözleri müşteriler istediği için ifade etmeye mecbur bırakmaktadır. Davada da Kanunun bir grafik tasarımcıyı, tasarımcının kendisinin onaylamadığı inançları benimseyen düşünler için içerik oluşturmaya zorlayabileceği tartışılmıştır¹¹⁹⁷.

Öncelikle grafik ve site tasarım hizmeti ifade edici olarak görülmüş, yapılan tasarımlarla mesajların iletilebileceği kabul edilmiştir¹¹⁹⁸. Dava Yüksek Mahkemeye gelmeden önce Onuncu Daire¹¹⁹⁹ davaya konu olan düşün web sitelerinin Birinci Değişiklik tarafından korunan “saf ifadeler” olduğunu kabul etmiş; Kanunla kişinin ne yönde ifade oluşturacağı önceden belirlendiğinden, yani içeriğe dayalı müdahale edildiğinden sıkı denetim yapılmasına karar vermiştir. Daire bu ölçüte göre, eyaletin “hem davacının zorlanmasının acil bir kamusal menfaate hizmet edeceğinin hem de bu menfaati güvence altına almak için daha az kısıtlayıcı bir alternatifin olmadığının gösterilmesi” gerektiğini benimsemiştir¹²⁰⁰.

Dairenin kararı, Yüksek Mahkemenin oluşturduğu içtihatlar ve ölçütler bakımından doğrudur. Olağan şartlarda burada uygulanması gereken denetim, sıkı denetimdir. Buna karşın Yüksek Mahkeme şimdiye kadar oluşturduğu içtihatları bir kenara iterek daha mutlakçı bir tutum geliştirmiştir. Öncelikle Mahkemeye göre, düşünce

¹¹⁹⁶ **303 Creative LLC v. Elenis**, 600 U. S. ____ (2023). Özetle Kanun, engellilik, ırk, inanç, renk, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, cinsiyet ifadesi, medeni durum nedeniyle “kamuya açık iş, hizmet, ürün vb. sağlayan tesis, kurum, işyeri gibi yerlerden mal, hizmet vs. alımlarında ayırım(cılık) yapılmasını yasaklamaktadır. Bkz. **Manettas**, “A License to Discriminate?...”, p. 540-541.

¹¹⁹⁷ **Wright/Rowley**, “Creative Jurisprudence...”, p. 28-29; **Manettas**, “A License to Discriminate?...”, p. 547-548. Bu davaya konu olan olaya benzer başka bir olayda da fırın/pastane sahibi Jack Phillips “inançları gereği” aynı cinsiyetten bir çiftin nikah pastasını yapmayı reddetmiştir. Aynı eyalette gerçekleşen olay, aynı Kanunla (CADA) ilgilidir. Ancak Mahkeme bu davada verdiği kararında ifade hürriyetinin mutlaklığından söz etmemiştir. Mahkeme, Kanunun devletin “dine karşı tarafsız olması” gereğiyle uyuşmadığı üzerinde durmuş ve kararı bozmuştur. Somut olaydakine benzer olarak ortaya çıkabilecek davaların ileride çözüleceğini; davaların/anlaşmazlıkların “hoşgörüyü, samimi dini inançlara haksız yere saygısızlık yapılmadan ve eşcinsel kişilerin açık bir pazarda mal ve hizmet ararken aşağılanmaya maruz bırakılmadan” çözülmesi gerektiği kabul edilerek konunun daha fazla ayrıntılandırılmayı beklemesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Masterpiece Cakeshop, Limited v. Colorado Civil Rights Commission**, 584 U. S. ____ (2018). Masterpiece Cakeshop, Mahkemenin konuyu yeterince aydınlatmaktan kaçındığı bir karar gibi durmaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. **Manettas**, “A License to Discriminate?...”, p. 543-545.

¹¹⁹⁸ Bu web sitelerindeki tüm metin ve grafikler “orijinal”, “özelleştirilmiş” ve “özel” çalışmalar olacaktır. Web sitelerinin doğası gereği ifade edici olacağı ve belirli bir mesajı iletme için tasarlanacağı görülmektedir. Ayrıca sitelere erişen kişilerce web sitelerin orijinal sanat eseri olduğu anlaşılabilir. Bkz. **303 Creative LLC v. Elenis**, I-A.

¹¹⁹⁹ Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesinin Onuncu Dairesi (United States Court of Appeals for the Tenth Circuit).

¹²⁰⁰ **303 Creative LLC v. Elenis**, I-A-B-C; ayrıca bkz. **David D. Cole**, ““We Do No Such Thing”: 303 Creative v. Elenis and the Future of First Amendment Challenges to Public Accommodations Laws”, The Yale Law Journal Forum, 29.01.2024, p. 505.

ve konuşma hürriyeti “siyasi gerçeğin keşfi ve yayılması için vazgeçilmezdir” ve hükümet “sınırsız-fikirlerin pazaryerine” müdahale edemez¹²⁰¹. Somut olayda, tasarımcı olan davacı düşüncelerini tasarımlarıyla açıklamak istediğinde “Kanunun öngördüğü gibi düşünceleri açıklamak” ile “kendi inandığı gibi düşünceleri açıklayıp yaptırıma muhatap olmak” arasında tercihe zorlanmaktadır¹²⁰². Dolayısıyla kişilerin ne söyleyeceğinin devlet tarafından belirlenebilir olduğunun kabul edilmesi halinde, Mahkemeye göre Müslüman bir film yapımcısı, Siyonist mesaj veren bir film yapmaya zorlanabilir. Birinci Değişiklik ise buna izin vermez. Birinci Değişiklik kişilerin ifadelerinin içeriğini belirleme hakkını korur¹²⁰³.

Birinci Değişiklik yalnızca hükümetin değerli bulduğu düşüncelerin ifade edilmesini değil, yanlış bilgilendirilmiş ya da saldırgan bulunabilecek düşüncelerin ifade edilmesini de korumaktadır. Burada devletin müdahale edemeyeceğine ilişkin yasak mutlaktır ve düşüncelerin serbestçe dolaşımına engel olunamaz¹²⁰⁴. Bu bağlamda Mahkeme, alt derece mahkemesinin davaya konu olan ifadelerin saf ifadeler olduğu görüşüne katılsa da¹²⁰⁵ müdahaleye ilişkin *“sıkı denetimin gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini araştırmak ya da ifade hürriyeti-ayrımcılık veya ifade hürriyeti-kamu yararı ilişkileri çerçevesinde dengeleme yapmak yerine”* düşüncenin içeriğine müdahale eden Kanunun, *“yalnızca içeriğe dayalı müdahale öngördüğü için ifade hürriyetini ihlal”* ettiğine karar vermiştir. Ayırmıcılığın engellenmesinin acil bir menfaat olduğunun kabul edilmesine rağmen¹²⁰⁶ kararda, mutlak korumadan daha azı ihlal olarak görülmüştür. Diğer bir deyişle, içeriğe dayalı müdahale yasağının mutlak olduğu görüşü bu kararda egemen olmuştur. Mahkeme böylece yeni bir hiyerarşi oluşturmuş, içeriğe

¹²⁰¹ Bkz. **303 Creative LLC v. Elenis**, II.

¹²⁰² Bkz. **Cole**, ““We Do No Such Thing”...”, p. 505-506. Olayda, Lorie Smith, İncil gerçeğiyle çelişen içerik üretmek istememektedir. Bkz. **303 Creative LLC v. Elenis**, I-B; ayrıca bkz. **Manettas**, “A License to Discriminate?...”, p. 542, 547-548.

¹²⁰³ **303 Creative LLC v. Elenis**, III; **Cole**, ““We Do No Such Thing”...”, p. 507. Benzer şekilde eşcinsel evlilik karşıtı bir grup, eşcinsel evlilik için site tasarlamaya zorlanabilir. Bkz. **303 Creative LLC v. Elenis**, V.

¹²⁰⁴ **303 Creative LLC v. Elenis**, II, IV. Mahkeme önceki kararlarına atıf yaparak Birinci Değişikliğin korumasının yalnızca hükümetin değerli bulduğu ifadeleri değil, başkalarının yanlış bilgilendirilmiş veya saldırgan bulabileceği düşünceye/niyete sahip konuşmaları da kapsadığını hatırlatmaktadır. Bkz. **303 Creative LLC v. Elenis**, IV.

¹²⁰⁵ **303 Creative LLC v. Elenis**, III; **Cole**, ““We Do No Such Thing”...”, p. 505.

¹²⁰⁶ **303 Creative LLC v. Elenis**, III; **Wright/Rowley**, “Creative Jurisprudence...”, p. 30-31; **Cole**, ““We Do No Such Thing”...”, p. 506. Mahkeme, “kamuya açık iş, hizmet, ürün vb. sağlayan tesis, kurum, işyeri gibi yerlerde kanunların tüm Amerikalıların medeni haklarının tanınmasında oynadığı hayati rolü kabul ederek hükümetlerin kamuya açık bu yerlerde ayrımcılığı ortadan kaldırmada “acil çıkarı” olduğunu kabul etmektedir”. Bkz. **303 Creative LLC v. Elenis**, III.

dayalı müdahale yasağının korunması, diğer menfaatlerden üstün kabul edilmiştir¹²⁰⁷. Ayrıca içeriğe dayalı müdahale edilmesini mutlak yasak olarak görmüşken yalnızca rastlantısal müdahale yapılmasının mümkün olabileceğini işaret etmiştir¹²⁰⁸.

Somut kararda eyaletin korumaya çalıştığı kamu menfaati ayrımcılık olsa da, oluşturulan hiyerarşinin istikrarlı bir şekilde sürdürülmesi ve daha sonraki kararlarda geliştirilmesi halinde milli güvenlik menfaati korunmak istendiğinde de ifadelerin içeriğine müdahale edilemez. Kişilerin konuşmalarının “içeriğini serbestçe belirlemesi”, diğer menfaatlerle dengelenemeyecek ya da menfaatlerin korunması sebebiyle sınırlandırılmayacak kadar önemli, üstün bir menfaat haline gelmiştir. Böylece bu menfaat, diğer anayasal menfaatler karşısında her zaman daha ağır basacaktır¹²⁰⁹. Örneğin zararlı, milli güvenlik için tehlikeli olarak sınıflandırılan düşüncelerin ifade edilmesi, acil bir kamusal menfaat olsa dahi içeriğe dayalı müdahalelerin konusu olmayacaktır.

Komünizmle mücadele edildiği ve cadı avının sürdürüldüğü yıllarda “düşüncelerin” değil, “eyleme kışkırtan ifadelerin” bastırılabilirdi açık ve mevcut tehlike ölçütüyle çeşitli kararlarda dile getirilmiştir. Buna karşılık eyleme kışkırtan ifadelerle yapılan içeriğe dayalı müdahaleler düşünce açıklamalarını da engellemiştir. Benzer şekilde Mahkeme tarafından iletişimsel davranışlara değil, ifadelerin içeriğine dayalı müdahale yapıldığı gerekçesiyle sıkı denetimin uygulandığı *Holder v. Humanitarian Law Project* kararında bile dış politika ile de bağlantılı olarak milli güvenlik riskleri bakımından acil bir menfaat olduğu kabul edilerek müdahale anayasaya aykırı bulunmamıştır¹²¹⁰. Ancak bunlara karşın *303 Creative LLC v. Elenis* kararı, Amerikan ifade hürriyeti tarihinde yeniliklerin habercisi olabilir. Bu gelişme sayesinde milli güvenlik menfaati sebebiyle bile içeriğe dayalı müdahaleler her zaman ifade hürriyetinin ihlali olarak görülebilir. Güvenlik endişeleri söz konusu olduğunda, hür düşünceden ve ifade hürriyetinden korkulduğuna rastlamak mümkündür. Bu nedenle

¹²⁰⁷ **Wright/Rowley**, “Creative Jurisprudence...”, p. 29.

¹²⁰⁸ **303 Creative LLC v. Elenis**, IV; **Wright/Rowley**, “Creative Jurisprudence...”, p. 32. Çünkü Mahkeme, “*Burada Colorado, konuşma üzerinde “rastlantısal (tesadüfi) bir yük yüklemeye çalışmıyor”.* Bir bireyi politik ve dini öneme sahip soru hakkında “*aklında olmayanı söylemeye*” zorlamayı amaçlıyor” demek suretiyle rastlantısal müdahalelerin mümkün olabileceğini dolaylı olarak ifade etmiştir. Bkz. **303 Creative LLC v. Elenis**, IV.

¹²⁰⁹ **Wright/Rowley**, “Creative Jurisprudence...”, p. 29.

¹²¹⁰ Bkz. **Holder v. Humanitarian Law Project**, V-A; **Cole**, “The First Amendment’s Borders...”, p. 148, 152-156.

Amerika’da yeni bir ölçüte ihtiyaç vardır¹²¹¹. 303 Creative LLC v. Elenis kararı bu ihtiyaca çözüm sunabilir.



¹²¹¹ Ayrıca bkz. **Krotoszynski Jr.**, “The Clear and Present Dangers...”, p. 419-420; **Holder v. Humanitarian Law Project**, V-B-C.

SONUÇ

İfade hürriyeti, diğer hürriyetlerin korunması için de işlev gören en önemli haklardan biridir. Hem toplumun gelişimi için hem de bireylerin gelişimi için düşünce ve bu düşünceleri beyan etme, gerçek bilgiye erişme ve bu bilgiler içerisinde doğru olanı bulma gibi süreçler, ifade hürriyetinin bir parçasıdır. İfade hürriyeti sayesinde birey kendi kararlarını kendisi oluşturabilen, özerk bir varlık olur. Ayrıca birey, toplumun en temel ve küçük yapı taşı olarak ülkenin yönetimine katılabilmelidir. Yani, toplumsal meseleler hakkında düşüncelerini açıklayabilmesi, toplantı ve gösteri düzenleyebilmesi, siyasi iktidarı en sert şekilde eleştirebilmesi gerekir. Hatta AİHM'nin belirttiği gibi toplumun belli kesimlerinde rahatsızlık ve endişe uyandıran ifadeler de buna dahildir.

İfade hürriyeti, çok büyük toplumsal ve bireysel öneme sahip olsa da, diğer haklar ve menfaatler karşısında zaman zaman sınırlandırılabilen bir hürriyettir. Bu nedenle anayasalarda ve milletlerarası sözleşmelerde ifade hürriyetinin tabi olduğu sınırlandırma rejimi belirlenmekte ve hangi sebeplerle ifade hürriyetinin sınırlandırılabilceği açıkça düzenlenmektedir. İlk olarak ifade hürriyeti, bireyler arası ilişkiler bakımından kişilerin şeref ve haysiyeti, özel hayatın gizliliği, mülkiyet hakkı gibi hak ve menfaatler sebebiyle sınırlandırılmakta ve buradaki bireyler arası ilişki eşitlik temeline dayanmaktadır. İkinci olarak, ifade hürriyeti milli güvenlik, kamu düzeni ve genel ahlak gibi sebeplerle, yani kamu yararı sebebiyle sınırlandırılabilir.

Genel olarak ifade hürriyetinin sınırlandırılması rejimi ve sınırlandırılma sebepleri anayasa ve milletlerarası sözleşmelerde düzenleniyorsa da Amerikan Anayasası bu yöntemi tercih etmemiştir. 1791 yılında kabul edilen Birinci Değişiklikte ifade hürriyeti mutlak bir dille kaleme alınmış, ifade hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Buna rağmen Amerika'da da tıpkı anayasalarında sınırlandırma rejimi belirleyen ülkelerde olduğu gibi ifade hürriyetinin mutlak olmadığı, dolayısıyla bazı ifade türlerinin Birinci Değişikliğin güvencesinden yararlanmadığı kabul edilmektedir. Fakat bu tespit ve kategorileştirme yapılırken açıkça sebeplerden söz edilmemektedir. Örneğin Mahkeme, ifadelerin milli güvenlik, kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olması sebebiyle değil, hukuka aykırı eylemleri teşvik eden, saldırgan ve müstehcen ifadelerin hakikat arayışında önemi olmaması ya da çok az önemi olması sebebiyle korunmadığını kabul etmektedir. Yine benzer şekilde korunan ifadelerin de

bazı önemli menfaatler için sınırlandırılabilmesi mümkün görülmektedir. Sonuç olarak Amerikan ifade hürriyeti anlayışı çeşitli yönlerden diğer ülkelerden ayrılmaktadır.

Amerika’da ifade hürriyeti tarihine kısaca baktığımızda İngiliz geleneklerinin ve hukukunun etkili olduğunu görmek mümkündür. Fakat, Amerika’da bağımsızlığın ardından yazılı bir anayasa kabul edilmiştir. Böylece siyasi iktidarının sınırlarının belirlenmesi amaçlanmış; denetim-denge sistemini ihtiva eden bir hükümet rejimi benimsenmiştir. Ne var ki Anayasa birey hak ve hürriyetlerine yer vermemiştir. Bu eksiklik eyaletler (federe devletler) arasında ve federal siyasette ayrışmalara yol açtığından hak ve hürriyetlerin Anayasaya eklenmesine karar verilmiştir. Mutlak bir dille kaleme alınan Birinci Değişiklik, ifade hürriyetini anayasal güvence altına alan ve Anayasaya yapılan ilk eklemedir.

Değişikliğin mutlak dili ifade hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin şartları ortaya koymaktan oldukça uzaktır. Bu nedenle ifade hürriyetinin sınırlandırılabilceğini kabul eden Amerikan Yüksek Mahkemesi, zamanla geliştirdiği doktrin ve ölçütlerle ifade hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin şartları ortaya koymuştur. Bu nedenle Amerika’da ifade hürriyeti hukukuna ilişkin başlıca kaynak Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarıdır.

Mahkeme, ifade hürriyetine ilişkin genel doktrinler olarak muğlaklık ve aşırı genişlik doktrinlerini benimsemiştir. Yani aşırı genişlik ve muğlaklık doktrinleri ifade hürriyetine yapılan bütün müdahaleler için takip edilebilen genel bir ölçüttür. Bu doktrinler, ifade hürriyetini düzenleyen kuralların taşınması gereken niteliklere ilişkindir. Diğer bir deyişle, ifade hürriyetini konu alan kuralların belli özellikleri taşınmasını ve bazı eksikliklerin olmamasını ifade eder. Doktrinleri, Türk anayasa hukukunda ve AİHS hukukundaki kanunilik ilkesinin bazı yönlerine benzetebiliriz. Fakat, kanunilik ilkesi kuralların genel, soyut ve kişilik dışı, açık, anlaşılır, öngörülebilir ve erişilebilir olmasını gerektirirken; muğlaklık doktrini kuralın dilinin anlaşılır olmasını, aşırı genişlik doktrini ise korunan ifadelerin kuralın kapsamının dışında tutulmasını ifade eder. Dolayısıyla Amerikan hukukundaki doktrinler tam bir kanunilik ilkesi oluşturmaz. Yalnızca kanunilik ilkesinin bazı yönlerine benzerdir. Ayrıca mahkemenin tüm kararlarında bu doktrinlerin açık bir ölçüt ya da doktrin olarak sistematik bir şekilde yer bulduğunu söylemek mümkün değildir. Mahkeme, kuralın niteliğinde yetersizlik bulunduğu iddiası ya da şüphesi

olduğunda bu doktrinlere başvururken bazı kararlarında doktrinleri açıkça ele almaz ve başka doktrin ve ölçütlerden yararlanarak karar verir. Fakat bu doktrinler, bireylerin belirsizliğe düşmeden ve korkuya kapılmadan konuşmalarını sağlamayı hedefler.

Diğer yandan Amerikan ifade hürriyeti hukuku oldukça karmaşık bir yapıya sahiptir. Nitekim Mahkeme, kural olarak kategorik yaklaşımı benimsemekte; ifadeleri korunan ve korunmayan ifadeler olarak ayırmaktadır. Korunan ifadelere ilişkin de farklı denetim düzeyleri belirlemektedir. Bu denetim düzeyleri ifade hürriyetine yapılan müdahalenin türüne ya da niteliğine göre değişmektedir. İfade hürriyetine yapılan müdahale içerik ayrımı yapıyorsa ve bu ayrım bakış açısı ayrımcılığı niteliğindeyse Mahkeme “sıkı denetim” yapmakta”; eğer kamu alanlarında konu ayrımcılığı yapıyorsa sıkı denetim, kamu alanı olmayıp hükümet kontrolünde olan yerlerde konu ayrımcılığı yapıyorsa “esnek” (makullük) denetim yapmaktadır. Müdahalenin içeriğe dayalı olmayıp tarafsız olması halinde ise uygulanacak denetimin niteliği oldukça farklıdır. Çünkü bazı müdahaleler zamana, mekâna, yönetime yönelik düzenlemeler içerir. Bu durumda Mahkeme, “orta düzey” denetim uygular.

Denetim düzeyine göre de denetim şartları değişmektedir. Örneğin sıkı denetim, “*acil (zorlayıcı) bir menfaatin*” (*compelling interest*); orta düzey denetim “*önemli bir menfaatin*” (*important interest*); esnek denetim ise “*meşru bir menfaatin*” (*legitimate interest*) olmasını gerektirir. Ancak Mahkeme, bu denetim düzeylerinin uygulanmasında da çeşitli alt doktrin ve yaklaşımları benimseyebilmektedir. Bu nedenle Mahkemenin denetim yöntemi, hipnotik sarmalı anımsatmaktadır. Bu sarmal bazen öyle karmaşık hale gelebilmektedir ki Mahkemenin çok şey söylediği bir kararından bir şeyler anlamak zor olabilmektedir.

Mahkemenin denetimi, denetim düzeylerinin tespiti ve denetimlerin yapılmasından ibaret de değildir. Mahkeme ayrı bir kategori olarak korunmayan ifade türlerini belirlemiş, bu ifadelerin kapsamını belli ölçüde çizmiştir. Saldırgan ifadeler, müstehcen ifadeler, hukuka aykırı eylemleri teşvik eden ya da savunan ifadeler bu türlerden bazılarıdır. Korunmayan olarak sınıflandırılan ifade türleri zamanla az ya da çok koruma kazanmış; Mahkeme bu ifadelere yapılan müdahaleleri denetlemek için bazı ölçütler belirlemiştir. Fakat, bu türler için geliştirilen ölçütler ve doktrinler de tam bir istikrarla uygulanmamış; Mahkeme zaman zaman yeni ve farklı yaklaşımlar sergilemiştir.

Mahkemenin denetim yönteminde Türk anayasa hukukunda ve AİHM içtihatlarında olduğu gibi kademeli ve sistematik bir yapıdan bahsetmek mümkün değildir. Nitekim Mahkeme, tündengelim yöntemini ve kategorik yaklaşımı benimsiyor olsa da pek çok kararda sonuççu yaklaşımlar ve dengeleme yöntemi de etkili olmaktadır.

Konumuz açısından, ifade hürriyetinin milli güvenlik sebebiyle sınırlandırılmasına ve özellikle milli güvenlik meselesine bakıldığında, kurulduğu günden beri demokrasi ve hürriyetlerin beşiği olarak bilinen Amerika, milli güvenlik kavramı ve milli güvenlik kurumlarının da anavatanıdır. Bağımsızlık Savaşı, Fransa ile yaşanan savaş, İç Savaş, Birinci Dünya Savaşı, İkinci Dünya Savaşı, Soğuk Savaş, 11 Eylül Saldırıları, Irak'ın İşgali, terörle mücadele gibi pek çok olay ve olgu milli güvenlik ve hürriyet anlayışını doğrudan ya da dolaylı olarak etkilemiştir. Amerika'nın milli güvenlik anlayışındaki değişimler, savunma politikalarını ve bireysel hürriyetlere yaklaşımı da etkilemiş, zaman zaman anayasal güvenceler ortadan kalkmıştır. Özellikle savaş zamanlarında muhalefet üzerinde tahammülü zor baskılar uygulanarak siyasi iktidarın başarısızlıkları örtbas edilmiştir. Benzer şekilde milli güvenlik anlayışındaki değişimler, tehlike algısını da dönüştürmüş; başta ifade hürriyeti olmak üzere tüm anayasal hak ve güvenceler soyut, belirsiz ve bazen asılsız iddialarla ihlal edilmiştir. Mahkemenin milli güvenlik endişeleriyle yapılan müdahaleleri denetlemesi ise 1919 yılında mümkün olmuştur. Bu kapsamda Mahkemenin Birinci Değişikliğe ilişkin verdiği ilk kararlar ve geliştirdiği ölçütler de milli güvenlikle ilgilidir. Bu durum ifade hürriyetinin milli güvenlikle ilişkisini daha da kuvvetlendirmiştir.

Mahkemenin ifade hürriyetine ilişkin benimsediği karmaşık inceleme yöntemi ve kararları, ifade hürriyeti ile milli güvenlik çatışması söz konusu olduğunda daha fazla belirsizlik kazanmakta, titiz bir incelemeyi gerekli kılmaktadır. Bununla beraber ifade hürriyeti ve ifade hürriyeti ile milli güvenlik çatışması tarihsel süreçte birlikte geliştiğinden ve Mahkemenin ilk içtihatlarından bu yana yüzyılı aşkın süre içerisinde benimsenen ölçütler geçmişe kıyasla daha da sistematik ve tutarlı hale gelmiştir.

Öncelikle korunan ifadeler söz konusu olduğunda ifade hürriyetine milli güvenlik sebebiyle müdahale edilmesi, yani milli güvenliğin bir sınırlandırma sebebi olması halinde Mahkeme, ifade hürriyetine ilişkin genel doktrinleri ve korunan ifadelere ilişkin belirlenen denetim düzeylerini uygulamaktadır. Diğer bir ifadeyle sınırlandırma

sebebinin milli güvenlik olması korunan ifadenin göreceği korumayı azaltmaz. 11 Eylül Saldırılarından sonra Mahkemenin ifade hürriyeti ve milli güvenlik çatışmasına ilişkin verdiği ilk karar olan Holder v. Humanitarian Law Project kararı, ifade hürriyetine dair ilk kısımda ortaya koyduğumuz muğlaklık ve aşırı genişlik doktrinlerinin ve denetim düzeylerinin değerlendirildiği bir ilke kararı niteliğindedir. Bu kararda Mahkeme, terör örgütlerine materyal desteği sağlanmayı yasaklayan kuralı denetlemiş, kuralın içeriğe dayanması sebebiyle sıkı denetim uygulamıştır. Karar, Mahkemeye 11 Eylül Saldırılarından sonra ifade hürriyeti rejimini pekiştirme fırsatı sunmuştur. Özellikle terörle mücadele kapsamında ifade hürriyetinin daha az korunmasının tartışıldığı, tamamen maliyet-fayda dengesi üzerine ifade hürriyetine güvence sağlanmasının önerildiği bir ortamda sıkı denetimi uygulayarak Mahkemenin ifade hürriyetine gereken güveni ve önemi vermesi imkânı doğmuştur. Fakat Mahkeme, içeriğe dayalı gördüğü kuralın ve müdahalenin sıkı denetimden başarıyla geçtiğine karar vermiştir. Karar gerekçesi incelendiğinde sıkı denetimin şartlarına uygun bir denetim yapılmadığı, Dünya Savaşları yıllarındaki gibi siyasi organların iradesine üstünlük tanınarak bu kurumlara saygılı olunması temeline dayalı bir tutum sergilendiği görülmektedir. Milli güvenlik sınırlandırma sebebi olduğunda da sıkı denetimin uygulanıyor olması ilk bakışta iyiye işaret olarak algılanabilir. Fakat, karar sıkı denetimin güvencelerini esnetmiştir. Kararın 11 Eylül Saldırılarından sonraki ilk karar olması, paradigma değişiminin olacağı görüşünü destekler niteliktedir. Bu nedenle sıkı denetim uygulanması ve gereklerinin esnetilmesi sonraki uyuşmazlıklarda ifade hürriyetinin ikinci plana atılıp milli güvenliğin ya da başka menfaatlerin korunması sonucuna yol açabilir.

İfade hürriyetinin milli güvenlik sebebiyle sınırlandırılması açısından sansür de önemlidir. Çalışmamızda biz sansürü iki türe ayırarak incelemeyi tercih ettik. Birincisi doğrudan sansürdür. Bu sansür türü kural olarak yasaklanmış bir müdahale türüdür. Fakat Mahkeme, zaman zaman milli güvenliğin gerektirmesi halinde ve belirlediği şartlara uygun olarak sansür uygulanabileceğini benimsemiştir. Milli güvenliğin gerektirmesi halinde hükümetin düşünce açıklamalarını dış dünyaya aktarılmadan engellemesi ya da yasaklaması mümkün hale gelmiştir. Ne var ki New York Times v. United States kararından sonra bu sansür türünün etkili bir araç olamayacağını anlayan hükümet, ara bir yol olarak dolaylı sansür ismini verdiğimiz sansür türüne başvurmaya başlamıştır. Hükümet, istihdam ettiği ya da ilişki içerisinde olduğu kişilerin sahip olduğu ve milli

güvenlik için önem arz eden bilgilerin ilgili makam ya da kurumun ön incelemesi/onayı olmadan yayınlanmaması ya da bu bilgilere erişim izni olmayanlarla paylaşılmaması için, özel hüküm barındıran çalışma sözleşmesi yapmaya başlamıştır. Sözleşme iki tarafın rızasına dayanıyorsa bile burada bir tür ön denetim vardır, fakat bu ifade hürriyetini doğrudan ortadan kaldıran bir müdahale değildir.

Yukarıdaki muğlaklık ve aşırı genellik ölçütleri, sansüre dair kriterler ile genel ifade hürriyeti ölçütleri dışında Mahkeme bir de ifade hürriyeti ile milli güvenlik çatışmasına dair özel ölçütler geliştirmiştir. Öncelikle korunmayan ifadelerden hukuka aykırı eylemlerin kısıktırılması ya da savunulması söz konusu olduğunda açık ve mevcut tehlike ölçütünü ve ölçütün farklı yaklaşımlarını benimsemiş, bu ölçütün modern görünümü olarak Brandenburg yaklaşımını geliştirmiştir. Son olarak Mahkeme, korunan ve korunmayan ifadeler bakımından tarihi boyunca bazen bağımsız bir ölçüt bazen ikincil bir unsur ya da ölçüt olarak dengelemeden yararlanmıştır. Mahkeme kararlarının çoğunluğunca kabul görmeyen, fakat oldukça etkili bir muhalif görüş olarak Hakim Douglas'ın mutlakçı anlayışı da, bir ölçüt olarak görülebilir.

Milli güvenliğe ilişkin ilk ölçüt, açık ve mevcut tehlike ölçütüdür. Bu ölçüt geliştirilip Mahkeme ilk kararlarını verinceye değin ifade hürriyetine yapılan müdahaleleri denetlemek üzere benimsenmiş bir ölçüt yoktur. Haliyle bu ölçütün belirlenmesi siyasi iktidarın yetkisinin sınırlarını çizmiştir. Ayrıca açık ve mevcut tehlike ölçütü, ifade hürriyetinin genel çerçevesi bakımından da oldukça önemli katkılar sunmuş, Mahkemenin kategorik yaklaşımını ortaya koymuştur. Fakat ölçüt gerek Holmes'un tasarladığı ilk haliyle gerek ölçütün temel mantığı üzerinde gelişen yaklaşımlarıyla ifade hürriyetinin sınırlandırılmasını kolaylaştırmıştır. Düşünce açıklaması ile eylemde bulunmak arasında yeterince ayırım yapılmaması ve zaman zaman tehlikenin yakınlığının dikkate alınmayıp düşüncenin içeriğinin oluşturduğu soyut tehlikeler ifade hürriyeti üzerinde baskı kurulmasına imkân sağlamıştır. Ölçütün ifade hürriyetini korumakta yetersiz kalması ise ifade hürriyetine gittikçe daha fazla önem veren Mahkemenin yeni yaklaşımlar benimsemesine yol açmıştır. Brandenburg yaklaşımı değişimin somut görünümüdür. Bu yaklaşım, birilerini suç için eyleme geçirmek ile soyut savunuculuk arasında ayırım yapmış; ortaya çıkacak hukuka aykırı eylemin yakın zamanda gerçekleşmesini ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için şart koşmuştur.

Brandenburg yaklaşımı, korunmayan ifadeler kategorisinin zorunlu sonucudur ve yapısı gereği açık ve mevcut tehlike ölçütünün bir görünümü niteliğindedir. Buna paralel olarak Brandenburg'a göre de henüz eyleme geçmemiş olsa bile ani bir eylemi ya da gelecekte belirsiz bir zamanda gerçekleşmesi muhtemel olan eylemi kışkırttığı için ifade hürriyeti sınırlandırılabilir. Brandenburg, açık ve mevcut tehlike ölçütünün ifade hürriyetini koruyan en iyi yaklaşımı olsa bile ifade (konuşma) ve eylem (yapma) arasında yeterince iyi bir ayırım yapamamıştır. Açık ve mevcut tehlike ölçütünün tüm görünümünde olduğu gibi Brandenburg hala konuşma sebebiyle cezalandırma bağlamında sadece eyleme dökülen ifadelerin değil, eylem oluşturmeyen düşünce açıklaması niteliğindeki ifadelerin de yasaklanabilir olmasına açık bir ölçüttür. Ölçütün temel felsefesini oluşturan bu durum, en büyük eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce, ifadeler ile davranışta bulunmak arasında ayırım yapılması gerekir. Düşünce açıklamasının kişiler üzerinde oluşturduğu veya oluşturabileceği etkiler sebebiyle hukuka aykırı bir eylemin doğacak olması ifade hürriyetine müdahale edilmesine sebep olmamalıdır.

Öte yandan Brandenburg'un terör çağında milli güvenlik gerekleriyle uyumlu olmadığı ve terörle mücadelede yetersiz kaldığı eleştirisi yapılmaktadır. Bunu savunanlara göre günümüzde terör örgütlerinin uzak gelecekte yol açacağı zararlara ilişkin ifadelerin sınırlandırılması, tehlikenin mevcut olmasını gerektiren Brandenburg ölçütünü geçemez. Bu nedenle ölçütlerin esnetilmesi, ifade hürriyetinin daha az korunması, yeni cezaların belirlenmesi ve dengeleme yönteminin egemen olması gibi önerilerde bulunmaktadır. Fakat bu tutum, ifade hürriyetiyle uyumlu değildir. Gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini bilemeyeceğimiz, yalnızca soyut tehlikelerin varlığına dayanan tutum, siyasi iktidara sansür uygulama yetkisi verebilir. Konuşma ve eylemde bulunma arasında yeterince iyi ayırım yapılamamışken mevcut bir tehlikeye neden olmayan ifadelerin sınırlandırılması, azınlık ve muhalefet üzerinde ciddi baskılara ve caydırıcı etkilere yol açar. Amerikan tarihinde bunun birçok örneği bulunmaktadır. Açık ve mevcut tehlike iddiası ve söyleminin Amerikan politikasında etkisini yitirmediği de bilinen bir olgudur. Özellikle Trump'ın ikinci döneminde göreve geldiği ilk aylarda sergilediği otoriter ve saldırgan tutum; milli güvenlik endişeleri adına atılan adımlar ve pervasızca alınan kararlar ifade hürriyetinin güvencelerinin azaltılmasının değil, aslında daha fazla korunmasının gerektiğini ortaya koymaktadır.

İkinci olarak dengeleme ölçütü, mahkemenin kategorik yaklaşımına ve formalizme tepki olarak gelişmiş; ifade hürriyetine yapılan müdahalelerin faydacılık temelinde denetlenmesini önermiştir. Dengeleme, ifade hürriyeti ve milli güvenlik çatıştığında ifade hürriyetinin korunması menfaatinin faydalarını bir kefeye, sınırlandırılmasının sağladığı faydaları bir kefeye koymayı ve metaforik terazide tartmayı gerektirir. Menfaatlerin olaya bağlı olarak değişen ağırlıklarına önem veren olaysal dengeleme ile yapılan dengelemelerden sonraki uyumsuzluklar için ilkeler çıkarılabilmesine olanak tanıyan tanımsal dengeleme arasındaki ayırmadan bağımsız olarak, bir ölçüt olarak dengeleme ve dengeleme dilinin egemen olduğu kararlar ele alındığında ifade hürriyetinin maliyet-fayda analizine tabi tutulması, ifade hürriyetinin önemini azaltmaktadır. Dengeleme, ifade hürriyetine yapılan müdahalenin sağladığı faydalar bakımından oldukça adil görünen sonuçları ve bir kişinin konuşmasının cezalandırılması ile onlarca insanın hayatının kurtarılması ya da onlarca terörist saldırısının önlenmesi gibi soyut faydaları sağlamaktadır. Özetle, dengeleme milli güvenlik karşısında ifade hürriyetini daha az korumaktadır.

Mahkemenin kategorik yaklaşımı da, adil dengenin kurulmasını ve somut olay adaletini normatif yöntemlerle sağlayabilmekte, ilkelerin korunması suretiyle somut olayın koşullarının dikkate alınması mümkün olmaktadır. Kategorik yaklaşımın eksikliklerine rağmen ifade hürriyetinin sınırlandırılmasının kolaylaştırılmasını talep eden kimi yazarların önerdiği yöntem ise dengelemedir. Bu nedenle eksikliklerine rağmen kategorik yaklaşımın ifade hürriyeti ile milli güvenlik çatışmasına ilişkin analiz bağlamında dengelemeden daha üstün olduğunu; eksikliklerin giderilmesi halinde ifade hürriyetine daha fazla koruma sağlarken milli güvenliği de gerektiği kadar koruyabileceğini düşünüyoruz.

Bu ölçütlerin ve yaklaşımların aksine Birinci Değişikliği oldukça farklı anlayan, fakat Mahkeme çoğunluğu tarafından benimsenmemiş diğer önemli yaklaşım mutlakçı yaklaşımdır. Bu yaklaşım, bir sistematik sunmadığı gibi içerisinde çeşitlilikleri barındırmaktadır. Örneğin Yüksek Mahkeme hakimlerinden Douglas'ın görüşleri oldukça kıymetlidir. Douglas, ifade hürriyetini sınırlandıran bir kural konulamayacağını, böyle bir kural konulduğunda, egemen olan halkın kurala uymayarak kendisi egemen olarak hareket edebileceğini; kamu yararı, yani kamusal menfaat için ifade hürriyetinin sınırlandırılmayacağını, yalnızca eylemlerin sınırlandırılabilmesini savunmuştur. Black

de Douglas’a benzer görüşü savunmuştur. Ayrıca Meiklejohn’ın görüşleri de halkın egemen olarak sınırsız bir şekilde siyasi ifade hürriyetine sahip olduğunu savunmaktadır. Kişilerin eylemleri nedeniyle cezalandırılması, tarafsız olarak ifade hürriyetine dair düzenleyici kuralların konulması ile siyasi ifadelerin sınırlandırılması birbirinden farklı şeylerdir. Nitekim Meiklejohn, ifade hürriyetini kullanmalarına ilişkin düzen kurallarının konulabileceğini kabul etmektedir. Gerçekten de sosyal hayatta bazı kuralların olması kaçınılmazdır. Gösteri salonlarının kapasitesi, ses seviyesi düzenlemeleri, konuşma sırası ve süresi gibi sınırlar ifade hürriyetini kısıtlasa da tarafsız niteliktedir. Dolayısıyla yer, zaman ve yönetime ilişkin müdahaleler ifade hürriyetiyle uyumludur ve belli şartları taşımaları halinde hukuka uygundur. Fakat Meiklejohn’a göre egemen olan halkın siyasi ifadelerine müdahale edilmesi mümkün değildir. Kendi kendini yönetim ilkesi gereğince birey, toplumsal-siyasi meseleler hakkında sınırla karşılaşmadan düşüncelerini açıklama hürriyetine sahiptir.

Sonuç olarak kanaatimizce ifade hürriyeti en temel hürriyettir ve bireyin yaşamının anlam kazanmasının anahtarıdır; ayrıca demokratik, huzurlu ve hür bir toplumun da vazgeçilmez unsurudur. Bu bağlamda ifade hürriyetine yapılacak müdahalenin içeriğe dayalı olmaması ideal olmalıdır. Kural olarak, tarafsız ve ifade hürriyetinin kullanımını düzenleyen kurallarla ifade hürriyetine müdahale edilmelidir. Ancak bu genel olarak kabul edilmemekte, milli güvenlik menfaati söz konusu olduğu bazı hallerde ifade hürriyetinin içeriğine müdahale edilme zorunluluğu doğmaktadır.

Bu bağlamda, milli güvenlik çerçevesinde tehlikeli ve sınırlandırılabilir görülen ifadeler, yani içeriksel sınırlandırmalar çoğunlukla siyasi ifadelerdir. Kanaatimizce ifade hürriyeti, “mutlak korunan” ifadeler ile “korunan, fakat mutlak olmayan” ifadeler kategorilerinden oluşmalıdır. Mutlak korunan ifadeler, saf siyasi ifadelerdir. Bireylerin bu ifadelerine siyasi iktidarın müdahale etmemesi gerekir. Ancak sıkı denetimin şartlarını taşıyorsa tarafsız ve rastlantısal müdahalelere izin verilebilir. Korunan ve mutlak olmayan ifadeler ise saf siyasi ifadeler dışında kalan ifadelerdir. Bu ifadelere ilişkin Mahkemenin kategorik yöntemi ve buna ilişkin ölçütler kullanılabilir.

Mutlak korunan ifadeler bakımından ayrıca saf siyasi ifadeler ile iletişimsel siyasi ifadeler bakımından ayırım yapmak gerekir. Kanaatimizce iletişimsel siyasi ifadeler bakımından Mahkemenin benimsediği sıkı denetimden yararlanılabilir. Nitekim içeriği

itibariyle siyasi olan iletişimsel davranışlar, sıradan iletişimsel davranışlardan ve saf insan davranışlarından üstündür. Aynı hukuki, siyasi ve ahlaki değerde görülemmezler.

Son olarak, genel olarak güvenlik, özel olarak ise milli güvenlik insanın en temel fiziki ve psikolojik ihtiyacıdır. O olmadan hayatta kalmak ve sağlıklı olmak mümkün değildir. Fakat güvenliği koruması için getirilen ölçüsüz tedbirler nedeniyle veya bütünüyle güvenliğin önemsendiği rejimlerde, başta ifade hürriyeti olmak üzere tüm hak ve hürriyetler zarar görür. Öyle ki güvenlik eksenli yaklaşımlar ifade hürriyeti, basın hürriyeti, din hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, siyasi parti hürriyetleri, seçme ve seçilme hakkı, tehlikeli ve güvenlik açısından zararlı olarak algılanabilir. Fakat sayılan hürriyetler olmadan hukuk devleti ve demokrasi olmaz. Sonuç olarak, milli güvenlik hedeflerinin de bireysel hürriyetlerin korunmasına hizmet etmesi, devletin varlık amacıyla uyumlu olarak birey özerkliğinin (otonomisinin) korunması gerekir.

KAYNAKÇA

BİLİMSEL KAYNAKLAR

- Abdolian, Lisa Finnegan/Takooshian, Harold, “The USA Patriot Act: Civil Liberties, the Media, and Public Opinion”, *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 30, N. 4, Y. 2003. pp. 1429-1453.
- Addicott, Jeffrey F./McCaul, Michael T., “The Protect America Act of 2007: A Framework for Improving Intelligence Collection in the War on Terror”, *Texas Review of Law and Politics*, Vol. 13, Y. 2008. pp. 43-70.
- Akad, Mehmet/Dinçkol, Bihterin Vural/Bulut, Nihat, *Genel Kamu Hukuku*, 16. Bs., Der Yayınları, İstanbul 2020.
- Akgüner, Tayfun, *1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu*, Güray Matbaası, İstanbul 1983.
- Akkoyunlu, Abdullah, *Kamu Düzeninin Sağlanmasında Kolluğun Yetkileri*, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzincan 2017.
- Aktaş, Sururi, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, 2. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Aleinikoff, T. Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *The Yale Law Journal*, Vol. 96, N. 5, Y. 1987. 943-1005.
- Alexander, Larry, *Is There a Right of Freedom of Expression?*, Cambridge University Press, New York 2005.
- Alexy, Robert, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 16, N. 2, Y. 2003. pp. 131–40.
- Allhoff, Fritz, “Liberty and Security: A Balanced Approach”, *University of Pennsylvania Journal of Law & Public Affairs*, Vol. 3, N. 1, Y. 2018. pp. 53-82.
- Allyn, Bobby, “President Biden signs law to ban TikTok nationwide unless it is sold”, 24.04.2024, <https://www.npr.org/2024/04/24/1246663779/biden-ban-tiktok-us>, (E.T. 09.09.2024).
- Amar, Akhil Reed, “America’s Constitution and the Yale School of Constitutional Interpretation”, *The Yale Law Journal*, Vol. 115, N. 8, Y. 2006. pp. 1997-2014.
- Amar, Akhil Reed, *America’s Constitution: A Biography*, Random House, New York 2006 (e-book).
- Anayurt, Ömer, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 4. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Arslan, Zühtü, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, in *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, Zühtü Arslan (Der.), *Liberal Düşünce Topluluğu*, Ankara 2003.
- Arslan, Zühtü, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Atwell, Mary Welek, “Brandeis, Louis D.”, in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009.
- Aydın, Öykü Didem, *Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku -I- Amerika Birleşik Devletleri Örneği*, Seçkin, Ankara 2004.

- Banks, Christopher P., "Protecting (or Destroying) Freedom through Law: The USA PATRIOT Act's Constitutional Implications", in American National Security and Civil Liberties in an Era of Terrorism, David B. Cohen/John W. Wells (Ed.), Palgrave Macmillan, New York 2004.
- Barak, Aharon, "Proportionality and Principled Balancing", Law & Ethics of Human Rights, Vol. 4, Iss. 1, Y. 2010. pp. 1-18.
- Barak, Aharon, Proportionality-Constitutional Rights and their Limitations, Doron Kalir Trans., Cambridge University Press, New York 2012.
- Barnum, David G., "The Clear and Present Danger Test in Anglo-American and European Law", San Diego International Law Journal, Vol. 7, Y. 2006. pp. 263-292.
- Barrage, Rafic H., "Reno v. American Civil Liberties Union: First Amendment Free Speech Guarantee Extended to the Internet", Mercer Law Review, Vol. 49, N. 2, Y. 1998. pp. 625-640.
- Benmelech, Efraim/Klor, Esteban F., "What Explains the Flow of Foreign Fighters to ISIS?", Terrorism and Political Violence, Y. 2018. pp. 1-24.
- Berckmans, Paul, "The Semantics of Symbolic Speech", Law and Philosophy, Vol. 16, N. 2, Y. 1997. pp. 145-176.
- Best, James Connor, "Clear and Present Danger: Brandenburg Test after September 11, 2001", Louisiana State University Master's Theses (1639), Y. 2007.
- Beydoğan, T. Ayhan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Ankara 2003.
- Blanchard, Alexander E., "A False Choice: Prior Restraint and Subsequent Punishment in a Wikileaks World", University of Florida Journal of Law & Public Policy, Vol. 24, Iss. 1, Y. 2013. pp. 5-46.
- Blocher, Joseph, "Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis", New York University Law Review, Vol. 84, N. 2, Y. 2009. pp. 375-439.
- Bogen, David S., "Balancing Freedom of Speech", Maryland Law Review, Vol. 38, Iss. 3, Y. 1979. pp. 387-479.
- Bogen, David S., "The Origins of Freedom of Speech and Press", Maryland Law Review, Vol. 42, N. 3, Y. 1983. pp. 429-465.
- Bomhoff, Jacco, Balancing Constitutional Rights-The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse, Cambridge University Press, Cambridge 2013.
- Borowski, Martin, "Limited Review in Balancing Constitutional Rights in Proportionality", Balancing, and Rights, Jan-R. Sieckmann (Ed.), Springer, Cham 2021. pp. 135-162.
- Brown, Ralph S., Loyalty and Security: Employment Tests in the United States, Yale University Press, New Haven 1958.
- Bulut, Nihat, "Bilim Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırlandırılması Sorunu", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1-2, Y. 2005. ss. 23-39.
- Bulut, Nihat, "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 3-4, Y. 2008. ss. 1-12.
- Bulut, Nihat, "Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi", in Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan, B. Vural Dinçkol/Nihat

- Bulut/Rukiye Akkaya Kia/Cevat Okutan/Mehmet Akif Ertuğ/Hülya Dinçer (Ed.), *Der Yayınları*, İstanbul 2012. ss. 297-318.
- Busch, Kristen E., “TikTok: Recent Data Privacy and National Security Concerns”, Congressional Research Service, 29.03.2023.
- Butler, Eamonn, *Özgür Toplumun Temelleri*, Liberte Yayınları, Ankara 2016.
- Cainkar, Louise, “Special Registration: A Fervor for Muslims”, (Marquette University) Social and Cultural Sciences Faculty Research and Publications: 8, Y. 2002
- California Governor’s Office of Emergency Services, California Emergency Services Act California Disaster Assistance Act Emergency Compacts (Interstate Civil Defense and Disaster Compact (1951), Emergency Management Assistance Compact (2005)), California Disaster and Civil Defense Master Mutual Aid Agreement, Mather 2015.
- Campbell, Jud, “Natural Rights and the First Amendment”, *The Yale Law Journal*, V. 127, Y. 2017. pp. 246-321.
- Can, Osman, *Siyasi Parti Kapatma Davaları*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Caute, David, *The Great Fear: The Anti-Communist Purge under Truman and Eisenhower*, Simon and Schuster, New York 1978.
- Caverly, Caine, ““When the Enemy Drew Our Attention”: Reconsidering Prior Restraint in the Context of Dual Use Research of Concern”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 28, Iss. 1, Y. 2019. pp. 171-196.
- Cohen-Eliya, Moshe/Porat Iddo, “American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins”, *I•CON*, Vol. 8 N. 2, Y. 2010. pp. 263–286.
- Cohen, Eliot A., “The Strategy of Innocence? The United States, 1920-1945”, in *The Making of Strategy: Rulers, States, and War*, Cambridge University Press, Cambridge 1994. Pp. 428-465.
- Chafee, Zechariah, “Freedom of Speech in War Time”, *Harvard Law Review*, Vol. 32, No. 8, Y. 1919. pp. 932-973.
- Chafetz, Josh, *Congress’s Constitution: Legislative Authority and the Separation of Powers*, Yale University Press, New Haven and London 2017.
- Chafetz, Josh, *Democracy’s Privileged Few: Legislative Privilege and Democratic Norms in the British and American Constitutions*, Yale University Press, New Haven & London 2007.
- Chemerinsky, Erwin, “Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech: Problems in The Supreme Court’s Application”, *Southern California Law Review*, Vol. 74, N. 49, Y. 2000. pp. 49-64.
- Chemerinsky, Erwin, “Thinking About Habeas Corpus”, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 37, Y. 1987. pp. 748-793.
- Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law Principles and Policies*, 5. Ed., Wolters Kluwer, New York 2015.
- Chen, Alan K., “Free Speech and the Confluence of National Security and Internet Exceptionalism”, *Fordham Law Review*, Vol. 86, Iss. 2, Y. 2017. pp. 379-399.
- Clarke, Mary Patterson, *Parliamentary Privilege in The American Colonies*, Da Capo Press, New York 1971.

- Clausius, Madison, "The Banning of Tiktok, and the Ban of Foreign Software for National Security Purposes", Washington University Global Studies Law Review, Vol. 21, Iss. 2, Y. 2022. pp. 273-292.
- Cole, David, "The First Amendment's Borders: The Place of Holder v. Humanitarian Law Project in First Amendment Doctrine", Harvard Law & Policy Review, Vol. 6, Iss. 1, Y. 2012. pp. 147-177.
- David D. Cole, "'We Do No Such Thing': 303 Creative v. Elenis and the Future of First Amendment Challenges to Public Accommodations Laws", The Yale Law Journal Forum, 29.01.2024. pp. 499-524.
- Congressional Research Service, Definition of National Emergency under the National Emergencies Act, 01.03.2019.
- Cornish, Paul J., "Adams, John", in Encyclopedia of the First Amendment, John R.Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009.
- Curtis, Michael Kent, "The 1837 Killing of Elijah Lovejoy by an Anti-Abolition Mob: Free Speech, Mobs, Republican Government, and the Privileges of American Citizens", UCLA Law Review, V. 44, Iss. 4, Y. 1997. pp. 1101-1184.
- Curtis, Michael Kent, Free Speech, "The People's Darling Privilege" Struggles for Freedom of Expression in American History, Duke University Press, Durham/London 2000.
- Çelik, Özlem, "Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Yürütme İmtiyazı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S. 3, Y. 2022. ss. 1253-1299.
- Çınarlı, Gülden, Anayasal Bir Kurum Olarak Milli Güvenlik Kurulu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Decker, John F., "Overbreadth outside the First Amendment", New Mexico Law Review, V. 34, N. 1, Y. 2004. pp. 53-107.
- Demiral Bakırman, Büşra, "The Clear and Present Danger Test in Turkish Penal Law", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, Vol. 11, N. 2, Y. 2023. pp. 1-12.
- Dession, George H., "The Technique of Public Order: Evolving Concepts of Criminal Law", Buffalo Law Review, Vol. 5, Iss. 1, Y. 1955. pp. 22-47.
- Deutsch, Norman T., "Professor Nimmer Meets Professor Schauer (and Others): An Analysis of "Definitional Balancing" as a Methodology for Determining the "Visible Boundaries of the First Amendment", Akron Law Review, Vol. 39, N. 1, Y. 2006. pp. 483-539.
- Doebbler, Curtis F., "How Can We Really Protect National Security?", ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol. 9, Y. 2003. pp. 399-405.
- Dorff, Robert "Robin" H., "Some Basic Concepts and Approaches in the Study of International Relations", in Guide to National Security Policy and Strategy, J. Boone Bartholomees Jr. (Ed.), U.S. Army War College 2004. pp. 3-11.
- Dow, David R., "The Moral Failure of the Clear and Present Danger Test", William & Mary Bill of Rights Journal, Vol. 6, Iss. 3, Y. 1998. pp. 733-752.
- Döner, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

- Döner, Ayhan, Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Döner, Ayhan, Türk Anayasa Hukuku, 5. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2024.
- Duignan, Brian, “USA PATRIOT Act”, Encyclopædia Britannica, 01.04.2024, <https://www.britannica.com/topic/USA-PATRIOT-Act/Reauthorizations>, (E.T. 26.05.2024).
- Duman, Musa, Özgürlüğün Anlamı-Felsefî Bir Soruşturma, Küre Yayınları, İstanbul 2021.
- Eddington, Patrick G., “The PATRIOT Act Has Threatened Freedom for 20 Years”, Cato Institute, 21.10.2021, <https://www.cato.org/commentary/patriot-act-has-threatened-freedom-20-years>, (E.T. 26.05.2024).
- Elliot, Jonathan, The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution, as Recommended by the General Convention at Philadelphia in 1787, Printed by and for the Editor, Vol. III, Washington 1836.
- Emerson, Thomas I., “Freedom of Expression in Wartime”, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 116, Y. 1968. pp. 975-1011.
- Emerson, Thomas I., “National Security and Civil Liberties”, The Yale Journal of World Public Order, Vol. 9, N. 78, Y. 1982. pp. 78-112.
- Emerson, Thomas I., “The Doctrine of Prior Restraint”, Law and Contemporary Problems, Vol. 20, N. 4, Y. 1955. pp. 648-671.
- Emerson, Thomas I., “Toward a General Theory of the First Amendment”, The Yale Law Journal, Vol. 72, No. 5, Y. 1963. pp. 877-956.
- Emerson, Thomas I., The System of Freedom of Expression, Random House, New York 1970.
- Epstein, Robert D., “Balancing National Security and Free-Speech Rights: Why Congress Should Revise The Espionage Act”, CommLaw Conspectus, Vol. 15, Y. 2007. pp. 483-516.
- Erdoğan, Murat, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu, Lykeion Yayınları, Ankara 2019.
- Erdoğan, Mustafa, “Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 24, Y. 2013. ss. 21-29.
- Erdoğan, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 7. Bs., Hukuk Yayınları, Ankara 2019.
- Erdoğan, Mustafa, Özgürlük, Hukuk ve Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2018.
- Eren, Ceren Sedef, İfade Özgürlüğü Bağlamında Terör Örgütü Üyeliği Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Ertuş, Türker, “Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin Yapısının ve Yargıçlarının Atanma Usulünün Yüksek Mahkeme Kararları Üzerindeki Etkileri: Yargıç Anthony Kennedy’nin Belirleyici Oya Sahip Olduğu Seçilmiş Çarpıcı Davalar Işığında Gözlem ve Değerlendirmeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 2, Y. 2020. ss. 838-899.
- Eskeridge, William N., “Some Effects of Identity-Based Social Movements on Constitutional Law in the Twentieth Century”, Michigan Law Review, Vol. 100, Iss. 8, Y. 2002. pp. 2062-2407.

- Evans, Jennifer C., "Hijacking Civil Liberties: The USA PATRIOT Act of 2001", *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 33, Iss. 4, Y. 2002. pp. 933-990.
- Falls Jr., Harold Naill, "First Amendment Vagueness and Overbreadth: Theoretical Revisions by the Burger Court", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 31, N. 3, Y. 1978. pp. 609-638.
- Farber, Daniel A., "The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law", *Indiana Law Journal*, Vol. 84, Iss. 3, Y. 2009. pp. 917-938.
- FBI (Federal Bureau of Investigation)/Department of Homeland Security, *Strategic Intelligence Assessment and Data on Domestic Terrorism*, June 2023.
- Feldman, Stephen M., *Free Expression & Democracy in America-A History*, The University of Chicago Press, Chicago/London 2008.
- Feldman, William, "Theories of Emergency Powers: A Comparative Analysis of American Martial Law and the French State of Siege", *Cornell International Law Journal*, Vol. 38, Iss. 3, Y. 2005. pp. 1021-1048.
- Ferrell, Meghan E., "Balancing the First Amendment and National Security: Can Immigration Hearings Be Closed to Protect the Nation's Interest?", *Catholic University Law Review*, Vol. 52, Iss. 4, Y. 2003. pp. 981-1014.
- Fisch, William B., "Emergency in the Constitutional Law of the United States", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, Y. 1990. pp. 389-420.
- Floyd Abrams, *The Soul of The First Amendment*, Yale University Press, New Haven & London 2017.
- Fraleigh, Douglas/Tuman, Joseph, *Freedom of Expression in the Marketplace of Ideas*, SAGE Publications, Thousand Oaks 2011.
- Friedlieb, Linda, "The Epitome of an Insult: A Constitutional Approach to Designated Fighting Words", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 72, Iss. 1, Y. 2005. pp. 385-415.
- Friedman, Barry, "Are Police the Key to Public Safety?: The Case of the Unhoused", *American Criminal Law Review*, Vol. 59, Y. 2022. pp. 1597-1641.
- Friedman, Barry, "What is Public Safety?", *Boston University Law Review*, Vol. 102, Y. 2022. pp. 725-791.
- Friedman, Joshua L., "Emergency Powers of the Executive: The President's Authority When All Hell Breaks Loose", *Journal of Law and Health*, Vol. 25, Iss. 2, Y. 2012. pp. 265-306.
- Fung, Brian, "Biden just signed a potential TikTok ban into law. Here's what happens next", 24.04.2024, <https://edition.cnn.com/2024/04/23/tech/congress-tiktok-ban-what-next/index.html>, (E.T. 09.09.2024).
- Gaibullov, Khusrav/Sandler, Todd, "What We Have Learned about Terrorism since 9/11", *Journal of Economic Literature*, Vol. 57, N. 2, Y. 2019. pp. 275- 328.
- Gedik, Ömer/Has, Murat, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İnsan Haklarının Sınırlandırılması Sebebi Olarak Milli Güvenlik Kavramı ve Bu Sınırlandırma Sebebinin Uygulama Alanı", in Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan, Engin Yıldırım/Y. Şevki Hakyemez/Murat Şen/Ömer Gedik (Ed.), C. II, *Anayasa Mahkemesi Yayınları*, Ankara 2024. ss. 1919-1949.

- Gedik, Ömer, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi (Anayasa Mahkemesinin ilk elli yılı: 1962-2012), Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.
- Ghidini, Gustavo, Profili Evolutivi Del Diritto Industriale, Giuffrè, 2015. (Akt. Giovanella, ...Conflicting Rights in Balance).
- Gibson, Michael T., "The Supreme Court and Freedom of Expression from 1791 to 1917", Fordham Law Review, V. 55, Is. 3, Y. 1986. ss. 263-333.
- Gibson, Tobias T., "Bad Tendency Test", in Encyclopedia of the First Amendment, John R.Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009.
- Giovanella, Federica, Copyright and Information Privacy-Conflicting Rights in Balance, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton 2017.
- Gitlin, Todd, "The Politics of National Security: An Unabashed Liberal View", World Policy Journal, Vol. 24, N. 2, Y. 2007. pp. 45-53.
- Goitein, Elizabeth, "Emergency Powers, Real and Imagined: How President Trump Used and Failed to Use Presidential Authority in the COVID-19 Crisis", Journal of National Security Law & Policy, Vol. 11, Y. 2020. pp. 27-60.
- Greenawalt, Kent, "Free Speech Justifications", Columbia Law Review, Vol. 89, Y. 1989. pp. 119-155.
- Greene, Kyle L., "National Security Rules: America's Constitution of Law and War", Maine Law Review, Vol. 73, N. 2, Y. 2021. pp. 271-311.
- Grice, Herbert Paul, "Meaning", The Philosophical Review, Vol. 66, No. 3, Y. 1957. pp. 377-388.
- Grizold, Anton, "The Concept of National Security in the Contemporary World", International Journal on World Peace, Vol. XI, No. 3, Y. 1994. pp. 37-53.
- Gross, Oren, "The Process of Balancing", Tulsa Law Review, Vol. 45, Y. 2011. pp. 733-744.
- Guo, Zhilong, "Public Order as a Protectable Interest", Legal Studies, Vol. 41, N. 3, Y. 2021. pp. 1-20.
- Günday, Metin, İdare Hukuku, 11. Bs., İmaj Yayınevi, Ankara 2017.
- Gürkan, Ülker, "Amerika Birleşik Devletlerinde Haber Alma Hürriyeti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, Y. 1960. ss. 143-182.
- Güveyi, Ümit, Anayasa Hukuku Boyutuyla Milli Güvenlik-Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Hamilton, Alexander/Madison, James/Jay, John, The Federalist Papers, Michael A. Genovese (Ed.), Palgrave Macmillan, New York 2009.
- Hamilton, Alexander/Madison, James/Jay, John, Federalist Yazılar, Tolga Şirin/Necdet Umut Orcan (Çev.), Runik Kitap, İstanbul 2021.
- Han, David S., "Terrorist Advocacy and Exceptional Circumstances", Fordham Law Review, Vol. 86, Iss. 2, Y. 2017. pp. 487-507.
- Harr, J. Scott/Hess, Kären M., Constitutional Law and the Criminal Justice System, 4. Ed., Thomson Wadsworth, Belmont 2008.
- Hay, George, An Essay on the Liberty of the Press, 1799.

- Hayward, Allison, "Alien and Sedition Acts", in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009.
- Healy, Thomas, "Brandenburg in a Time of Terror", *Notre Dame Law Review*, Vol. 84, Iss. 2, Y. 2009. pp. 655-731.
- Heyman, Steven J., "Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression", *Boston University Law Review*, Vol. 78, Y. 1998. pp. 1275-1387.
- Heyman, Steven T., "The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment", *Duke Law Journal*, Vol. 41, N. 3, Y. 1991. pp. 507-571.
- Hogan, Michael J., *A Cross of Iron: Harry S. Truman and the Origins of the National Security State, 1945-1954*, Cambridge University Press, New York 1998.
- Holmes, Kim R., What is National Security?, 07.10.2014, <https://www.heritage.org/military-strength-essays/2015-essays/what-national-security>, (E.T. 16.03.2024).
- Horowitz, Helen Lefkowitz, "Victoria Woodhull, Anthony Comstock, and Conflict over Sex in the United States in the 1870s", *The Journal of American History*, Vol. 87, N. 2, Y. 2000.
- Howe, George F., The Early History of NSA, p. 13-17, https://www.nsa.gov/portals/75/documents/news-features/declassified-documents/cryptologic-spectrum/early_history_nsa.pdf, (E.T. 16.03.2024).
- Hudson Jr., David L., "Civil Rights Movement", in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009.
- Hudson Jr., David L., "Content Neutral", in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009.
- Hudson Jr., David L., "Ward v. Rock against Racism (1989)", in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009.
- Hudson, Jr., David L., "The Content-Discrimination Principle and the Impact of Reed v. Town of Gilbert", *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 70, Iss. 2, Y. 2019. pp. 259-281.
- Hunt, Gaillard (Ed.), *The Writings of James Madison*, Vol. VI, 1790-1802, G. P. Putnam's Sons, New York/London 1906.
- Hurdle, Melody L., "R.A.V. v. City of St. Paul: The Continuing Confusion of the Fighting Words Doctrine", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, Iss. 4, Y. 1994. pp. 1143-1174.
- Hutchinson, Dennis J., "The Achilles Heel" of the Constitution: Justice Jackson and The Japanese Exclusion Cases", *The Supreme Court Review*, Vol. 2002, Y. 2002. pp. 455-494.
- İşten, İnanç, *AİHM Kararları Işığında Terörle Mücadelede İnsan Haklarının Sınırlandırılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Jacobs, Leslie Gielow, "Clarifying the Content-Based/Content Neutral and Content/Viewpoint Determinations", *McGeorge Law Review*, Vol. 34, Y. 2003. ss. 595-635.

- Jacobson, Doug, "Should governments ban TikTok? Can they? A cybersecurity expert explains the risks the app poses and the challenges to blocking it", *The Conversation*, 23.03.2023, <https://theconversation.com/should-governments-ban-tiktok-can-they-a-cybersecurity-expert-explains-the-risks-the-app-poses-and-the-challenges-to-blocking-it-202300>, (E.T. 09.09.2024).
- Juned, Mansur/Maryam, Siti/Salam, Syahrul/Utami, Rahmadini Agung Ayu, "TikTok's Conflict of Interest with the US Government: Between Big Data Security and Economics (2017-2023)", *European Journal of Communication and Media Studies*, Vol. 2, Iss. 4, Y. 2023. pp. 1-8.
- Kalven, Jr., Harry, *A Worthy Tradition*, Jamie Kalven (Ed.), Harper & Row, New York 1988.
- Kanovitz, Jacqueline R., *Constitutional Law*, 12. Ed., Anderson Publishing, New Providence 2010.
- Kelso, R. Randall, "The Structure of Modern Free Speech Doctrine: Strict Scrutiny, Intermediate Review, and "Reasonableness" Balancing", *Elon Law Review*, Vol. 8, Y. 2016. ss. 291-405.
- Kendrick, Leslie, "On "Clear and Present Danger"", *Notre Dame Law Review*, Vol. 94, Iss. 4, Y. 2019. pp. 1653-1669.
- Köküsarı, İsmail, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Köküsarı, İsmail, *Anayasal Hakların Çatışması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Lancaster, Robert S., "Judge Hand's Views on the Free Speech Problem", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 10, Iss. 2, Y. 1957. pp. 301-331.
- Lau, Tim/Nunn, Joseph, "Martial Law Explained", *Brennan Center for Justice*, 10.09.2020, <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/martial-law-explained>, (E.T. 07.11.2024).
- Leffler, Melvyn P., "National Security", *The Journal of American History*, Vol. 77, N. 1, Y. 1990. pp. 143-152.
- Leflar, Robert A., "The Free-ness of Free Speech", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 15, Iss. 4, Y.1962. pp. 1073-1084.
- Lobel, Jules, "The Preventive Paradigm and the Perils of Ad Hoc Balancing", *Minnesota Law Review*, Vol. 91, Y. 2007. pp. 1407-1450.
- Machaj, Łukasz, "Symbolic Communication as Speech in United States Supreme Court Jurisprudence", *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, Vol. 1, N. 1, Y. 2011. pp. 38-50.
- Madison, James, *Report on the Alien and Sedition Acts (7 January 1800)*, <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-17-02-0202>, (E.T. 11.02.2025).
- Magee, James, *Freedom of Expression*, Greenwood Press, Westport/London 2002.
- Manettas, Christopher J., "A License to Discriminate? 303 Creative v. Elenis and Where the Supreme Court May Go", *Touro Law Review*, Vol. 39, N. 2, Y. 2024. pp. 539-552.
- Marnell, William H., *The First Amendment: The History of Religious Freedom in America*, Doubleday, New York 1964.

- Martin, Gus, *Terörizm: Kavramlar ve Kuramlar*, İhsan Çapcıoğlu/Bahadır Metin (Çev.), Adres Yayınları, Ankara 2017.
- Matheson, John H., “Academic Freedom”, in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009.
- McCarthy, Michael T., “USA PATRIOT Act”, *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 39, N. 2, Y. 2002. pp. 435-453.
- McFeeley, Neil Douglas, “The Historical Development of Habeas Corpus”, *Southwestern Law Journal*, Vol. 30, Iss. 3, Y. 1976. 585-598.
- McNamara, Peter, “Hamilton, Alexander”, in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009.
- Meena, Mahendra Kumar, “Conceptual Analysis of National Security”, *Journal of Emerging Technologies and Innovative Research*, Vol. 6, Iss. 4, Y. 2019. pp. 820-824.
- Meese, Michael J./Nielsen, Suzanne C./Sondheimer, Rachel M., *American National Security*, 7. Ed., Johns Hopkins University Press, Baltimore 2018.
- Meiklejohn, Alexander, “The First Amendment is an Absolute”, *The Supreme Court Review*, Vol. 1961, Y.1961. pp. 245-266.
- Meiklejohn, Alexander, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, Harper & Brothers Publishers, New York 1948.
- Meixner, Mary C., “Locking Them up and Throwing away Their Constitutional Rights: The Court’s Decision in *Beard v. Banks* Deprived Prisoners of First Amendment Protections”, *DePaul Law Review*, Vol. 57, Iss. 3, Y. 2008. pp. 793-827.
- Mendelson, Wallace, “The Clear and Present Danger Test-A Reply to Mr. Meiklejohn”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 5, Iss. 4, Y. 1952.
- Metin, Yüksel, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, Y. 2017. ss. 1-74.
- Michaelson, Christopher, “Balancing Civil Liberties Against National Security? A Critique of Counterterrorism Rhetoric”, *The University of New South Wales Law Journal*, Vol. 29, Iss. 2, Y. 2006. pp. 1-21.
- Mill, John Stuart, *Hürriyet Üzerine*, M. Osman Dostel (Çev.), Ömer Çaha (Sad.), 4. Bs., Liberte Yayınları, Ankara 2014.
- Miller, John C., *Crisis in Freedom: The Alien And Sedition Acts*, Little, Brown and Company, Boston 1952.
- Milton, John, *Areopagitica-Basın Özgürlüğü Üzerine*, Derman Kızılay (Çev.), Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Mineshima, Dale, “American Civil Liberties Union”, in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009.
- Miskel, James F., “National Interests Grand Purposes or Catchphrases?”, *Naval War College Review*, Vol. LV, N. 4, Y. 2002. pp. 95-104.
- Morgan, Patrick M., “National and International Security: Theory Then, Theory Now”, *Asian Journal of Political Science*, Vol. 11, N. 2, Y. 2003. pp. 58-74.

- Möller, Kai, "Balancing and the Structure of Constitutional Rights", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, N. 3, Y. 2007. pp. 453-468.
- Murphy, Paul L., *World War I and the Origin of Civil Liberties in the United States*, W. W. Norton & Company, New York/London 1923.
- Neocleous, Mark, "From Martial Law to the War on Terror", *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 10, N. 4, Y. 2007. pp. 489-513.
- Neocleous, Mark, "Security, Liberty and the Myth of Balance: Towards a Critique of Security Politics", *Contemporary Political Theory*, Vol. 6, Y. 2007. pp. 131-149.
- Nimmer, Melville B., "The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy", *California Law Review*, Vol. 56, N. 4, Y. 1968. pp. 935-967.
- Nunn, Joseph, "Guide to Declarations of Martial Law in the United States", Brennan Center for Justice, 10.09.2020, <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/guide-declarations-martial-law-united-states>, (E.T. 07.11.2024).
- O'Neil, Robert M., "Freedom of Speech", in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009.
- O'Neill, Finbarr J., "Symbolic Speech", *Fordham Law Review*, Vol. 43, Iss. 4, Y. 1975. pp. 590-605.
- O'Neill, Kevin Francis, "Time, Place, and Manner Restrictions", in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009.
- Okay Tekinsoy, Özge, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.*
- Özpolat, Elif, *Sanatsal İfade Özgürlüğü-ABD ve Türkiye Karşılaştırması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2023.*
- Özsoy, Şule, "Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 56, Y. 2005. ss. 29-47.
- Pearlstein, Mark, "Constitutional Law-"The Fighting Words Doctrine" is Applied to Abusive Language toward Policemen", *DePaul Law Review*, Vol. 22, Iss. 3, Y. 1973. pp. 725-736.
- Perl, Raphael F., *Terrorism and National Security: Issues and Trends*, CRS Issue Brief for Congress, Congressional Research Service, The Library of Congress, Washington (Updated March 9) 2006.
- Porter, Jon, "TikTok ban: all the news on attempts to ban the video platform", <https://www.theverge.com/23651507/tiktok-ban-us-news>, (E.T. 09.09.2024).
- Posner, Eric, "ISIS Gives Us No Choice But to Consider Limits on Speech", *Slate*, 15.12.2015, <https://slate.com/news-and-politics/2015/12/isis-online-radicalization-efforts-present-an-unprecedented-danger.html>, (E.T. 07.09.2024);
- Powe, Jr., L. A., "Brandenburg: Then and Now", *Texas Tech Law Review*, Vol. 44, Y. 2011. pp. 69-83.
- Powe, Jr., L. A., "Evolution to Absolutism: Justice Douglas and the First Amendment", *Columbia Law Review*, Vol. 74, N. 3, Y. 1974. pp. 371-411.

- Price, Zachary S., "Our Imperiled Absolutist First Amendment", *Journal of Constitutional Law*, Vol. 20, Iss. 4, Y. 2018. pp. 817-844.
- Pufong, Marc-Georges, "McCarthyism", in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009.
- Pulido, Carlos Bernal, "The Rationality of Balancing", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Vol. 92, N. 2, Y. 2006. pp. 195-208
- Raskin, Marcus/Spero, Robert, *The Four Freedoms Under Siege-The Clear and Present Danger from Our National Security State*, Praeger Publishers, Westport 2007.
- Rawls, John, *Siyasal Liberalizm*, Mehmet Fevzi Bilgin (Çev.), 2. Bs. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2019.
- Redish, Martin H./Fisher, Matthew, "Terrorizing Advocacy and the First Amendment: Free Expression and the Fallacy of Mutual Exclusivity", *Fordham Law Review*, Vol. 86, Y. 2017. pp. 565-590.
- Reinhardt, Stephen, "The Judicial Role in National Security", *Boston University Law Review*, Vol. 86, Y. 2006. pp. 1309-1313.
- Relyea, Harold C., "Martial Law and National Emergency", *Congressional Research Service Report RS21024*, 07.01.2005.
- Rembert, Robert L., "TikTok, WeChat, and National Security: Toward a U.S. Data Privacy Framework", *Oklahoma Law Review*, Vol. 74, Iss. 3, Y. 2022. pp. 463-501.
- Resnik, Solomon, "Black and Douglas: Variations in Dissent", *The Western Political Quarterly*, Vol. 16, N. 2, Y. 1963. pp. 305-322.
- Rice, Susan E., "U.S. National Security Policy Post-9/11: Perils and Prospects", *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 28, N. 1, Y. 2004. pp. 133-144.
- Rodgers, Raymond S., "Absolutism and Natural Law Argument: William O. Douglas on Freedom of Expression", *Southern Speech Communication Journal*, Vol. 48, N. 1, Y. 1982. pp. 22-37.
- Ronald J. Krotoszynski Jr., "The Clear and Present Dangers of the Clear and Present Danger Test: Schenck and Abrams Revisited", *Southern Methodist University (SMU) Law Review*, Vol. 72, Iss. 3, Y. 2019. pp. 415-440.
- Rosati, Jerel A., "At Odds with One Another: The Tension between Civil Liberties and National Security in Twentieth-Century America", in *American National Security and Civil Liberties in an Era of Terrorism*, David B. Cohen/John W. Wells (Ed.), Palgrave Macmillan, New York 2004. pp. 9-28.
- Rose, John, "TikTok Currently Poses 'Clear and Present Danger' to the United States", 12.03.2024, <https://johnrose.house.gov/media/press-releases/rep-rose-tiktok-currently-poses-clear-and-present-danger-united-states>, (E.T. 09.09.2024).
- Ruane, Kathleen Ann, "The Advocacy of Terrorism on the Internet: Freedom of Speech Issues and the Material Support Statutes", *Congressional Research Service*, 08.09.2016.
- Rudanko, Juhani, *Discourses of Freedom of Speech-From the Enactment of the Bill of Rights to the Sedition Act of 1918*, Palgrave Macmillan, Hampshire/New York 2012.

- Ruhi, Mehmet Emin, “ABD’de Düşünceyi Açıklama Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Uygulanan Ölçütler ve Bozguncu Faaliyetlere Karşı Alınan Önlemler Çerçevesinde Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, Kazancı, S. 8, Y. 2005, ss. 7-22.
- Sabrin, Amy, “Thinking About Content: Can it Play an Appropriate Role in Government Funding of the Arts?”, The Yale Law Journal, Vol. 102, N. 5, Y. 1993. pp. 1209-1233.
- Sadurski, Wojciech, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, M. Bahattin Seçilmişoğlu (Çev.) Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2002.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar, “Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları”, Liberal Düşünce Dergisi, S. 52, Y. 2008. ss. 231-243.
- Sargentich, Lewis D., “The First Amendment Overbreadth Doctrine”, (Harvard Notes), Harvard Law Review, Vol. 83, N. 4, Y. 1970. pp. 844-927.
- Sarkesian, Sam C./Williams, John Allen/Cimbala, Stephen J., US National Security: Policymakers, Processes & Politics, 4. Ed., Lynne Rienner Publishers, Boulder 2008.
- Sert, Cennet, İfade Özgürlüğünün Genel Ahlak Nedeniyle Sınırlandırılması, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Schauer, Frederick, “Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts”, Vanderbilt Law Review, Vol. 34, Iss. 2, Y. 1981. pp. 265-307.
- Schauer, Frederick, İfade Özgürlüğü-Felsefi Bir İnceleme, M. Bahattin Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2002.
- Shamsi, Hina/Granick, Jennifer Stisa/Gillmor, Daniel Kahn, “Don’t Ban TikTok and WeChat”, ACLU, 14.08.2020, <https://www.aclu.org/news/free-speech/dont-ban-tiktok-and-wechat>, (09.09.2024).
- Siebert, Fred S., The Rights and Privileges of the Press, Greenwood Press, Westport 1970.
- Siegel, Stephen A., “The Death and Rebirth of the Clear and Present Danger Test”, Transformations in American Legal History: Essays in Honor Professor Morton J. Horwitz, Alfred Brophy/Daniel Hamilton (Ed.), Harvard University Press, Cambridge 2008. pp. 211-245.
- Silverman, Matthew, “National Security and the First Amendment: A Judicial Role in Maximizing Public Access to Information”, Indiana Law Journal, Vol. 78, Iss. 3, Y. 2003. pp. 1101-1129.
- Smith, Brandon James, “Protecting Citizens And Their Speech: Balancing National Security and Free Speech When Prosecuting the Material Support of Terrorism”, Loyola Law Review, Vol. 59, Y. 2013. pp. 89-125.
- Smith, James Morton, Freedom’s Fetters: The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties, 2. Ed. Cornell University Press, New York 1963.
- Stephen, James Fitzjames, A History of the Criminal Law of England, Vol. III, Macmillan, London 1883.
- Stone, Geoffrey R., “Civil Liberties v. National Security in the Law’s Open Areas”, Boston University Law Review, Vol. 86, Y. 2006. pp. 1315-1334.
- Stone, Geoffrey R., “Free Speech and National Security”, Indiana Law Journal, Vol. 84, Iss. 3, Y. 2009. pp. 439-462.

- Stone, Geoffrey R., “Restrictions of Speech Because of its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 46, Iss. 1, Y. 1978. ss. 81-115.
- Subcommittee on Economic Development, Public Buildings, and Emergency Management (SEDPBEM), *Never-Ending Emergencies—An Examination of the National Emergencies Act*, First Session, U.S. Government Publishing Office, Washington (May 24) 2023.
- Sullivan, Kathleen M., ““Foreword: The Justices of Rules and Standards” in *The Supreme Court*, 1991 Term”, *Harvard Law Review*, Vol. 106, N. 1, Y. 1992. pp. 22-123.
- Sun, Tammy W., “Equality by Other Means: The Substantive Foundations of the Vagueness Doctrine”, *Virginia Law Review*, Vol. 101, N. 8, Y. 2015. pp. 2051-2116.
- Sunay, Reyhan, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu, Anlara 2001.
- Sunstein, Cass R., “Does the Clear and Present Danger Test Survive Cost-Benefit Analysis?”, *Cornell Law Review*, Vol. 104, Iss. 7, Y. 2019. pp. 1775-1797.
- Şirin, Tolga, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-1/İfade Özgürlüğünün Grisi*, Tekin Yayınevi, İstanbul 2020.
- Şirin, Tolga, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-2/İfade Özgürlüğünün Yeşili*, Tekin Yayınevi, İstanbul 2021.
- The White House, *The National Security Strategy of the United States of America*, Washington, DC: The White House, February 2015.
- The White House, *The National Security Strategy of the United States of America*, Washington, DC: The White House, October 2022.
- Thompson, John A., “Conceptions of National Security and American Entry into World War II,” *Diplomacy and Statecraft*, Vol. 16, N. 4, Y. 2005. pp. 671-697.
- Thronson, Patrick A., “Toward Comprehensive Reform of America’s Emergency Law Regime”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 46, Y. 2013. pp. 737-787.
- Trager, Robert/Dickerson, Donna L., *21. Yüzyılda İfade Hürriyeti*, A. Nuri Yurdusev (Çev.), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2003.
- Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2. Ed., The Foundation Press, New York 1988.
- Tsisis, Alexander, “Balancing Free Speech”, *Boston University Law Review*, Vol. 96, Y. 2016. pp. 1-54.
- Tsisis, Alexander, “Terrorist Incitement on the Internet”, *Fordham Law Review*, Vol. 86, Iss. 2, Y. 2017. pp. 367-377.
- Tsisis, Alexander, “Terrorist Speech on Social Media”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 70, Iss. 2, Y. 2019. pp. 651-708.
- Tuley, Aaron, “Holder v. Humanitarian Law Project: Redefining Free Speech Protection in The War on Terror”, *Indiana Law Review*, Vol. 49, Y. 2016. pp. 579-607.
- Tumay, Murat, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü Kavramı, İçeriği ve Sınırlarının Belirlenmesi Sorunu”, *Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, Y. 2019. ss.117-130.

- Tumay, Murat, “Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi”, *Anayasa Yargısı*, S. 32, Y. 2015. ss. 355-378.
- Tunç Hasan/Döner Ayhan, “MGK ve Milli Güvenlik Kavramı”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi*, C. 1, S. 1-3, Y. 1998. ss. 3-22.
- Turhan Faruk/Aksu, Muharrem, “11 Eylül Sonrası ABD’de Özgürlük ve Güvenlik Dengesi Açısından Terörü Önleme Amaçlı Tedbirler/Özellikle Patriot Kanunu ile Getirilen Kısıtlamalar”, *Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I, S. 1, Y. 2011. ss. 47-90.
- Uğuş, Mikail/Güçlü, Mustafa, *Amerika Birleşik Devletleri’nde Basın ve İfade Özgürlüğü: Ek Madde-1 Özelinde Örneklerle İnceleme*, Kriter Yayınevi, İstanbul 2021.
- Ulrich, Marybeth P., “American Values, Interests, and Purpose: Perspectives on the Roots of American Political and Strategic Culture”, in *U.S. Army War College Guide to National Security Issues*, J. Boone Bartholomees, Jr. (Ed.), 5. Ed., Carlisle 2012, Vol. II. pp. 3-11.
- Ulmschneider, Georgia Wralstad/Lutz, James M., “Terrorism Analysis and Holder v. Humanitarian Law Project: The Missing Element”, *Terrorism and Political Violence*, Y. 2017. pp.1-17 (Online).
- Vile, John R., “Anarchy Statutes”, in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009.
- Vile, John R., “White v. Nicholls (1845)”, in *Encyclopedia of the First Amendment*, John R. Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009.
- Vile, John R./Hudson Jr., David L./Schultz, David, *Encyclopedia of the First Amendment*, John R.Vile/David L. Hudson Jr./David Schultz (Ed.), CQ Press, Washington 2009.
- Volokh, Eugene, “Symbolic Expression and the Original Meaning of the First Amendment”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, Y. 2009. pp. 1057-1084.
- Waggoner, Charles R., “The Impact of Symbolic Speech in Public Schools: A Selective Case Analysis from Tinker to Zamecnik”, *Administrative Issues Journal: Education, Practice, and Research*, Vol. 3, Iss. 1, Y. 2013. pp. 64-72.
- Waldman, Jacqueline G., “Prior Restraint And The Police: The First Amendment Right To Disseminate Recordings of Police Behavior”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2014, N. 1, Y. 2013. pp. 311-346.
- Waldron, Jeremy, “Security and Liberty: The Image of Balance”, *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 11, N. 2, Y. 2003. pp. 191–210.
- Walker III, William O., *National Security and Core Values in American History*, Cambridge University Press, New York 2009.
- Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution on the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, New York 2009.
- Wells, Christina E., “Assumptions about Terrorism and the Brandenburg Incitement Test”, *University of Missouri School of Law Scholarship Repository*, Vol. 85, Iss. 1, Y. 2019. pp. 111-147.
- Whidden, Michael J., “Unequal Justice: Arabs in America and United States Antiterrorism Legislation”, *Fordham Law Review*, Vol. 69, Iss. 6, Y. 2001. pp. 2825-2888.

- Whittaker, David J., *Terrorists and Terrorism in the Contemporary World*, Routledge, London 2004.
- Willis, Clyde, *Student's Guide to Landmark Congressional Laws on the First Amendment*, Greenwood, Westport 2002.
- Wood, Gordon S., *Empire of Liberty: a History of the Early Republic, 1789–1815*, Oxford University Press, New York 2009.
- Wright, R. George, "Content-Neutral and Content-Based Regulations of Speech: A Distinction That is No Longer Worth the Fuss", *Florida Law Review*, Vol. 67, Iss. 6, Y. 2016. pp. 2081-2102.
- Wright, R. George, "Fighting Words Today", *Pepperdine Law Review*, Vol. 49, Iss. 4, Y. 2022. pp. 805-838.
- Wright, R. George/Rowley, Chris, "Creative Jurisprudence: The Paradox of Free Speech Absolutism", *University of Colorado Law Review*, Vol. 95, Iss. 1, Y. 2024. pp. 28-51.
- Yavuz Yayla, Ebru, *Basın Özgürlüğü ve Milli Güvenlik Kapsamında Sınırları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Yayla, Atilla, "İfade Hürriyeti Nedir ve Niçin Gereklidir?", *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 50, Y. 2008. ss. 159-175.
- Yayla, Atilla, "İfade Hürriyeti Nedir, Ne Değildir?", *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 73-74, Y. 2014. ss. 139-150.
- Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Yıldırım, Zeki, *İfade ve Basın Özgürlüğü Bağlamında Terör Örgütünün Propagandası Suçu*, 2. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Yıldız, Ceren, "Sosyal Medya Özelinde Kamusal Alan Doktrini ve "Knight First Amendment Institute Et Al V. Donald J. Trump" Kararının Amerika Birleşik Devletleri Anayasası 1. Ek Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69, S. 4, Y. 2020. ss. 1665-1704.
- Yüksel, İsmail, "Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi İçtihatlarında Nefret Söylemi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, Y. 2019. ss. 438-451.
- Zabunoğlu, H. Gökçe, "Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke'un Devlet Anlayışı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, Y. 2016. ss. 431-456.
- Zucca, Lorenzo, "Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas", in *Conflicts between Fundamental Rights*, Eva Brems (Ed.), Intersentia, Antwerp/Oxford/Portland 2008. 19-37.

YÜKSEK MAHKEME KARARLARI (U.S. SUPREME COURT DECISIONS)

- 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U. S. ____ (2023).
- Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).
- Adderly v. Florida, 385 U.S. 39 (1966).
- Adler v. Board of Educ. of City of New York, 342 U.S. 485 (1952).
- American Communications Assn. v. Douds, 339 U.S. 382 (1950).
- Aptheker v. Secretary of State, 378 U.S. 500 (1964).

Arkansas Ed. Television Comm'n v. Forbes, 523 U.S. 666 (1998).
 Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002).
 Banks v. Chicago Grain Trimmers Assn., Inc., 390 U.S. 459 (1968).
 Barenblatt v. United States, 360 U.S. 109 (1959).
 Barron v. Mayor & City Council of Baltimore, 32 U.S. 243 (1833).
 Beard v. Banks, 548 U.S. 521 (2006).
 Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250, (1952).
 Boos v. Barry, 485 U.S. 312 (1988).
 Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).
 Broadrick v. Oklahoma, 413 U.S. 601 (1973).
 Brown v. Glines, 444 U.S. 348 (1980).
 Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al., 564 U.S. 786 (2011).
 Burns v. Alcala, 420 U.S. 575 (1975).
 Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940).
 Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).
 City of Austin v. Reagan National Advertising of Austin, LLC, 596 U.S. ____ (2022).
 City of Houston v. Hill, 482 U.S. 451 (1987).
 Coates v. City of Cincinnati, 402 U.S. 611 (1971).
 Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).
 Colorado Revised Statutes § 18-9-122(3) (1999).
 Connally v. General Construction Co., 269 U.S. 385 (1926).
 Consolidated Edison Co. v. Public Svc. Comm'n, 447 U.S. 530 (1980).
 Cox v. Louisiana (Cox I), 379 U.S. 536 (1965).
 CSC v. Letter Carriers, 413 U.S. 548 (1973).
 Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919).
 Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).
 Douglas v. City of Jeannette, 319 U. S. 157 (1943).
 Duncan v. Kahanamoku, 327 U.S. 304 (1946).
 Ex parte Milligan, 71 U.S. 2 (1866).
 Ex Parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942).
 Feiner v. New York, 340 U.S. 315 (1951).
 Garner v. Los Angeles Board, 341 U.S. 716 (1951).
 Girouard v. United States, 328 U.S. 61 (1946).
 Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925).
 Gomillion v. Lightfoot, 364 U.S. 339 (1960).
 Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1972).
 Grayned v. City of Rockford, 408 U.S. 104 (1972).
 Greer v. Spock, 424 U.S. 828 (1976).
 Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006).
 Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004).

Hartzel v. United States, 322 U.S. 680 (1944).
Herndon v. Lowry, 301 U.S. 242 (1937).
Hess v. Indiana, 414 U.S. 105, (1973).
Hill v. Colorado, 530 U.S. 707 (2000).
Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81 (1943).
Holder v. Humanitarian Law Project, 561 U. S. ____ (2010).
Keyishian v. Board of Regents, 385 U.S. 589 (1967).
Kolender v. Lawson, 461 U.S. 352 (1983).
Konigsberg v. State Bar of California, 366 U.S. 36 (1961).
Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).
Labor Board v. Fruit Packers, 377 U.S. 58 (1964).
Masterpiece Cakeshop, Limited v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U. S. ____ (2018).
McGowan v. Maryland, 366 U.S. 420 (1961).
NAACP v. Button, 371 U.S. 415 (1963).
NAACP v. Claiborne Hardware Co., 458 U.S. 886 (1982).
National Broadcasting Co., Inc. v. United States, 319 U.S. 190 (1943).
National Rifle Association of America v. Vullo, 602 U.S. ____ (2024).
Near v. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931).
New York Times Co. v. United States (Pentagon Papers Case), 403 U.S. 713 (1971).
New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).
New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982).
Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990).
Papachristou v. City of Jacksonville, 405 U.S. 156 (1972).
Pell v. Procunier, 417 U.S. 817 (1974).
Perrin v. United States, 444 U.S. 37 (1979).
Pierce v. United States, 252 U.S. 239 (1920).
Police Department v. Mosley, 408 U.S. 92 (1972).
Poulos v. New Hampshire, 345 U.S. 395 (1953).
Procunier v. Martinez, 416 U.S. 396 (1974).
R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).
Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004).
Reed v. Town of Gilbert, 576 U.S. 155 (2015).
Reno v. ACLU (American Civil Liberties Union), 521 U. S. 844 (1997).
Renton v. Playtime Theatres, Inc., 475 U.S. 41, (1986).
Robertson v. Baldwin, 165 U.S. 275 (1897).
Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957).
Rowan v. United States Post Office Department, 397 U.S. 728 (1970).
Schad v. Borough of Mount Ephraim, 452 U.S. 61 (1981).
Schaefer v. United States, 251 U.S. 466 (1920).

Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).
Schneider v. State, 308 U.S. 147 (1939).
Shelton v. Tucker, 364 U.S. 479 (1960).
Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963).
Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd., 502 U.S. 105 (1991).
Smith v. Goguen, 415 U.S. 566 (1974).
Snepp v. United States, 444 U.S. 507 (1980).
Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011).
Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad, 420 U.S. 546 (1975).
Spence v. Washington, 418 U.S. 405 (1974),
Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931).
Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1949).
Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).
Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88 (1940).
TikTok Inc., et al., Petitioners v. Garland/Brian Firebaugh, et al., Petitioners v. Garland, 604 U. S. ____ (2025).
Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503 (1969).
Trump v. Hawaii, 585 U.S. ____ (2018).
Turner v. Safley, 482 U.S. 78 (1987).
Turner v. Williams, 194 U.S. 279 (1904).
United States v. Alvarez, 567 U. S. ____ (2012).
United States v. Apel, 571 U. S. ____ (2014).
United States v. Bennett, 232 U.S. 299 (1914).
United States v. Diekelman, 92 U.S. 520 (1875).
United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990).
United States v. Robel, 389 U.S. 258 (1967).
United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010).
Virginia v. Black, 538 U. S. 343 (2003).
Walker v. City of Birmingham, 388 U.S. 307 (1967).
Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781 (1989).
Watkins v. United States, 354 U.S. 178 (1957).
White v. Nicholls, 44 U.S. 3 How. 266 (1845).
Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927).
Wieman v. Updegraff, 344 U.S. 183 (1952).
Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957).
Young v. American Mini Theatres, Inc., 427 U.S. 50 (1976).
Ziglar v. Abbasi, 582 U. S. ____ (2017).

DİĞER MAHKEME KARARLARI

- HUDOC, Bouton v. Fransa, Application N. 22636/19, 13.10.2022.
- American Booksellers Association, Inc. v. Hudnut, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985).
- AYM, Figen Yüksekdağ Şenoğlu Başvurusu (5), B.N. 2017/24556, K.T. 14.9.2022.
- AYM, Hüseyin Ercan Başvurusu, B. No: 2018/11352, 8/9/2021,
- AYM, Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu [GK], B. N. 2019/10634, K.T. 1.7.2021.
- AYM, Ömer Kılınc Başvurusu, B.N. 2018/30695, K.T. 29.09.2021.
- AYM, Siyasi Parti Kapatma (Refah Partisi), E.S. 1997/1, K.S. 1998/1, K.T. 16.1.1998.
- AYM, Siyasî Parti-Kapatma (Demokrasi ve Değişim Partisi), E.S. 1995/1, K.S. 1996/1, K.T. 19.3.1996.
- AYM, Siyasi Parti-Kapatma (Demokratik Toplum Partisi), E.S. 2007/1, K.S. 2009/4, K.T. 11.12.2009.
- AYM, Siyasî Parti-Kapatma (Sosyalist Birlik Partisi), E.S. 1993/4, K.S. 1995/1, K.T. 19.7.1995.
- AYM, Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) ve Diğerleri Başvurusu (2), B.N. 2016/14518, K.T. 12.10.2023.
- AYM, Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) ve Diğerleri Başvurusu, B.N. 2016/14517, K.T. 12.10.2023.

DİĞER MAHKEME KARARLARI

- Masses Publishing Co. v. Patten (S.D.N.Y) (1917).
- United States v. Rosen, 445 F. Supp. 2d 602 (E.D. Va. 2006).

İNTERNET KAYNAKLARI

- <https://apnews.com/article/immigration-detainees-students-ozturk-khalil-78f544fb2c8b593c88a0c1f0e0ad9c5f>, (E.T. 13.04.2025).
- https://commdocs.house.gov/committees/judiciary/hju75288.000/hju75288_of.htm, (E.T. 06.09.2024).
- https://commdocs.house.gov/committees/judiciary/hju75288.000/hju75288_of.htm, (E.T. 06.09.2024).
- <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/security>, (E.T. 25.06.2024).
- <https://dictionary.cambridge.org/example/english/seditious-libel>, (E.T. 04.11.2024).
- <https://edition.cnn.com/2004/US/05/26/terror.threat/>, (E.T. 06.09.2024).
- <https://edition.cnn.com/2024/10/01/europe/julian-assange-council-europe-address-intl/index.html>, (E.T. 26.10.2024).
- <https://foreignpolicy.com/2025/03/21/trump-deportation-columbia-university-palestinian-protest-mahmoud-khalil-badar-khan-suri/>, (E.T. 22.03.2025).
- <https://freedomhouse.org/explore-the-map?type=fiw&year=2024>, (E.T. 24.10.2024).
- <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/10/images/20011026-5.html>, (E.T. 06.09.2024).
- <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/09/20020912-1.html>, (E.T. 06.09.2024).
- <https://nj.gov/njoem/about-us/state-of-emergency.shtml>, (E.T. 28.03.2024).
- <https://rsf.org/en/index>, (E.T. 24.10.2024).

<https://time.com/7222811/tiktok-app-store-apple-google-us-ban-trump/>, (E.T. 15.02.2025).

<https://time.com/7268661/trump-orders-strikes-on-iran-backed-houthi-rebels-in-yemen/>, (E.T. 23.03.2025).

<https://translate.google.com/?sl=en&tl=tr&text=At%20Columbia%20U>, (E.T. 13.04.2025).

<https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/executive-order-addressing-threat-posed-tiktok/>, (E.T. 09.09.2024).

<https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/executive-order-addressing-threat-posed-tiktok/>, (E.T. 09.09.2024).

<https://www.aclu.org/press-releases/court-rules-rumeysa-ozturks-lawsuit-should-move-forward-in-vermont-and-orders-ice-to-transfer-her-back-to-new-england>, (E.T. 19.04.2025).

<https://www.aclum.org/en/press-releases/rumeysa-ozturk-be-freed-detention-case-proceeds>, (E.T. 22.06.2025).

<https://www.bbc.com/news/articles/cwy0ngd11yzo>, (E.T. 13.04.2025).

<https://www.bbc.com/news/articles/cy871w21d3vo>, (E.T. 23.03.2025).

<https://www.brennancenter.org/sites/default/files/analysis/NEA%20Declarations.pdf>, (E.T. 01.04.2024).

<https://www.britannica.com/biography/Julian-Assange>, (E.T. 26.10.2024).

<https://www.britannica.com/topic/Ku-Klux-Klan>, (E.T. 31.08.2024).

<https://www.caloes.ca.gov/office-of-the-director/policy-administration/legalaffairs/emergency-proclamations/>, (E.T. 28.03.2024).

<https://www.cnbc.com/2025/04/04/trumps-extends-tiktok-second-time.html>, (E.T. 15.04.2025).

https://www.dni.gov/nctc/terrorist_groups/hamas.html, (E.T. 15.04.2025).

<https://www.fbi.gov/investigate/terrorism>, (E.T. 26.03.2024).

<https://www.federalregister.gov/documents/2019/02/20/2019-03011/declaring-a-national-emergency-concerning-the-southern-border-of-the-united-states>, (E.T. 01.04.2024).

<https://www.federalregister.gov/documents/2021/01/27/2021-01922/termination-of-emergency-with-respect-to-the-southern-border-of-the-united-states-and-redirection-of>, (E.T. 01.04.2024).

<https://www.federalregister.gov/documents/2023/08/11/2023-17449/addressing-united-states-investments-in-certain-national-security-technologies-and-products-in>, (E.T. 01.04.2024).

<https://www.federalregister.gov/documents/2024/02/05/2024-02354/imposing-certain-sanctions-on-persons-undermining-peace-security-and-stability-in-the-west-bank>, (E.T. 01.04.2024).

<https://www.forbes.com/sites/antoniopequenoiv/2025/02/14/tiktok-ban-timeline-tiktok-returns-to-us-app-stores-for-now/>, (E.T. 15.02.2025).

<https://www.hsdl.org/c/timeline/usa-patriot-act/>, (E.T. 06.09.2024).

<https://www.justice.gov/archive/ll/index.html>, (E.T. 12.02.2025).

https://www.law.cornell.edu/wex/habeas_corpus, (E.T. 24.06.2024).

https://www.law.cornell.edu/wex/patriot_act, (E.T. 26.05.2024).

https://www.law.cornell.edu/wex/pen_register, (E.T. 02.05.2024).

<https://www.mass.gov/info-details/state-of-emergency-information>, (E.T. 28.03.2024).

<https://www.merriam-webster.com/dictionary/emergency>, (E.T. 28.03.2024).

<https://www.merriam-webster.com/dictionary/national%20emergency>, (E.T. 28.03.2024).

<https://www.merriam-webster.com/dictionary/prior%20restraint>, (E.T. 09.06.2024).

<https://www.merriam-webster.com/dictionary/security>, (E.T. 25.06.2024).

<https://www.nbcnews.com/news/us-news/tufts-student-rumeysa-ozturk-rcna201954>, (E.T. 19.04.2025).

<https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=16&page=transcript>, (E.T. 19.04.2025).

<https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=16&page=transcript#no-3>, (E.T. 11.02.2025).

<https://www.state.gov/foreign-terrorist-organizations/>, (ET. 26.05.2024).

<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/designation-of-ansar-allah-as-a-foreign-terrorist-organization/>, (E.T. 23.03.2025).

<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/03/invocation-of-the-alien-enemies-act-regarding-the-invasion-of-the-united-states-by-tren-de-aragua/>, (E.T. 23.03.2025).

ÖZ GEÇMİŞ

Ad Soyad: ERDOĞAN KESKİN	
Eğitim Bilgileri	
Lisans	
Üniversite	Gazi Üniversitesi
Fakülte	Hukuk Fakültesi
Bölümü	Hukuk
Yüksek Lisans	
Üniversite	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Enstitü Adı	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Ana Bilim Dalı	Kamu Hukuku
Programı	Yüksek Lisans
Makale ve Bildiriler (Varsa)	
1.	
2.	