

## LÂİKLİK VE TCK'nun 163. MADDESİ ÜZERİNE

Doç. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI

### I. KONU

Lâikliğin ne olduğu, kapsam ve sınırlarının neden ibaret bulunduğu meselesi, siyasal alanda olduğu kadar, hukuk alanında da tartışma konusudur.

Gerçekten, lâiklik yalnızca siyasal bir kavram değildir, aynı zamanda hukuksal bir kavramdır. Bunun kanıtı, Anayasanın 2. maddesidir. Anayasa, Türkiye Cumhuriyetinin niteliklerini belirten bu maddede, Türkiye Cumhuriyeti demokratik, lâik, sosyal bir hukuk devletidir demek suretiyle lâikliği hukuk düzeninin vazgeçilmez temel bir niteliği haline getirmiştir.

Hukuk düzeninin bu niteliğinin bir teminatını, TCK'nun 163. maddesi teşkil etmektedir. Bu durum, kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, lâikliğin sağlam, herkesçe kabul edilebilir esaslara göre tanımlanması ve neden ibaret bulunduğunun belirlenmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır.

O halde incelenecek konu, hukuk içinde kalarak, yani salt hukuksal verilerden hareketle lâikliğin ne olduğunun, kapsam ve sınırlarının neden ibaret bulunduğunun belirlenmesine çalışılmasıdır.

### II. NORMATİF BİR DEĞER OLARAK LÂİKLİK

#### 1. Lâikliği belirlemede öznel tanımların yetersizliği

Lâiklik iktidar olgusu üzerine verilen bir değer hükmüdür.<sup>1</sup> O nedenle lâikliğin ne olduğu konusunda herkesçe benimsenen ortak bir tanıma

<sup>1</sup> Lâiklik ne bir şeyin ne de fiziki bir olgunun adıdır. Lâiklik esasında fiziki bir olgu üzerine verilen bir değer hükmüdür. En ilkel toplumdan en gelişmiş topluma kadar her toplumda bir iktidar olgusu bulunmaktadır; iktidar olgusunun bulunmadığı bir toplum yoktur. Bu durum, iktidarın kaynağı, yani iktidarın kime ait olduğu, dolayısıyla iktidarın kaynağının meşruluğu meselesini

varmak bugüne kadar mümkün olamamıştır. Lâiklik, farklı ülkelerde tarihsel, toplumsal, siyasal saiklerle farklı farklı şekillerde anlaşılmıştır.<sup>2</sup> Ancak, lâikliğin genellikle devletin ülkede mevcut maruf ve müesses dinlere karşı tarafsızlığı, herhangi bir din ve mezhebin iç düzenine, ibadet ahkâm ve erkânına müdahale etmemesi olarak tanımlandığı görülmektedir.<sup>3</sup>

Bu ve benzeri tanımlar, kaba çizgileriyle meselenin ne olduğunu ortaya koyabilirler, ama çözümde bir esas teşkil etmezler, çünkü bunlar ne kadar muteber görünürlerse görünsünler, pozitif bir esasa dayanmadıklarından, tanım sahiplerinin kişisel görüşleri olarak kalmaya zorunludurlar. Halbuki, TCK'nun 163. maddesi, kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, lâikliğin ve lâikliğe bağlı kavramların tanımında, kapsam ve sınırlarının tayininde öznel değil nesnel ölçüler aramaktadır.

Lâiklik konusunda pozitif bir temele dayanmayan her düşünce öznel ve her öznel düşünce de bir tür ideolojiyi ifade eder. Böyle olunca, meselenin çözümünde her ideolojinin değeri bir diğeri kadar olmaktadır. Burada bir ideoloji hakkında bir değer hükmü vermekle bir ideolojinin pozitif bir temele dayanıp dayanmadığını birbirine karıştırmamak gerekir. Geniş anlamda alındığında pozitif bir temele dayanan bir düşünce de bir tür ideoloji sayılabilir. Örneğin, mülkiyet hakkı<sup>4</sup>. Ancak mülkiyet hakkı, pozitif bir gerçeği ifade etmektedir. Bu niteliği dolayısıyla, hukuk düzenimizde mülkiyet düşüncesi, üzerindeki bütün tartışmalara rağmen, öznel değil nesnel ifade etmektedir.

ortaya çıkarmıştır (Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Trad. di Renato Treves, Torino, 1952, s. 27, 183 vd; *Teoria generale delle norme*, Torino, 1985, s. 7 vd.). Gerçekten, çağlar boyu iktidarın kaynağının ilâhi olduğu dolayısıyla bu yüzden meşru olduğu ileri sürülmüş, ancak aydınlanma dönemiyle birlikte iktidarın kaynağının beşeri olduğu düşüncesi hakim olmuştur (Mumcu, *Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi*, İstanbul, 1983 s. 134; *Taplamacıoğlu M., Din Sosyolojisi*, AÜİF, Ankara, 1983, s. 261 vd.; 271 vd.). Bu demektir ki, toplumlardaki iktidar olgusu üzerine farklı değer hükümleri verilebilmektedir. Böyle olunca, lâikliğin iktidarın kaynağı üzerine verilen bir değer hükmü, buna bağlı olarak normatif bir kavram olduğunu söylemek yanlış olmak gerekir.

<sup>2</sup> Daver B., *Türkiye Cumhuriyetinde Lâiklik*, Ankara, 1955, s. 3, 5-10, 11 vd., Başgil A. F., *Din ve Lâiklik*, İstanbul, 1962, s. 1477 vd. Bu konuyla ilgili olarak bkz. Özek Ç., *Türkiye'de Lâiklik*, İstanbul, 1962; Üçok B., *Atatürk'ün İzinde Bir Arpa Boyu*, Ankara, 1985; Mumcu, *Türk Devriminin*, s. 133 vd.; Erem, *Türk Ceza Hukuku*, III, Ankara, 1985; *Türk Ceza Hukuku*, II, Ankara, 1965; *Taplamacıoğlu M., Din Sosyolojisi*, s. 240 vd, 271 vd., 290, 293; Yazıcı, *İnönü ve Lâiklik*, fotokopi/teksir, Ankara, 1986; Ruggero, *Storia della filosofia*, Laterza, Bari, 1968, I, s. 251 vd.; Croce, *Storia d'europa*, Laterza, Bari, 1965, s. 22-40.

<sup>3</sup> Başgil, A. F., *Lâiklik*, s. 14.

<sup>4</sup> Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, s. 40.

O halde lâiklik konusunda da öznelen nesnele gitmek, böylece herkesçe kabul edilebilir ölçüler elde etmek, ancak pozitif bir temele dayanmakla mümkündür. Bu yapılabildiği takdirde, bir fizik gerçekliği değil, genelde bir ideolojiyi ifade eden lâiklik, pozitif bir kavram olarak algılanabilecektir.

## 2. Din, bilim ve normatif dünya

Din ve bilim toplumsal yaşamın iki yönüdür, evreni farklı iki algılama biçimidir.<sup>5</sup> Bunlar, mutlaklık iddiasında olmadıkça, biri ötekini ortadan kaldıran, yahut gereksiz kılan alanlar değildirler.<sup>6</sup> Ancak dinin evreni açıklamadaki mutlak tekelci karakteri, uzun süre bilimi dine bağımlı kılmış, ama zamanla bilimin giderek bağımsızlık kazanması evrenin dinsel algılanması yanında bir de bilimsel algılanmasının olabileceği gerçeğini ortaya çıkarmıştır.<sup>7</sup> Bu oluşumla birlikte, doğa ve toplum hakkındaki düşüncelerde değişiklik olmuş, dolayısıyla doğa bir olgular sistemi bütünü olarak algılanırken, toplum da bir yandan doğanın bir parçası olarak tıpkı doğa gibi bir olgular sistemi bütünü olarak algılanmış, öte yandan ayrıca bir kurallar sistemi bütünü olarak görülmeye başlanmıştır.<sup>8</sup>

Böylece, toplumun bir kurallar sistemi bütünü olarak algılanması, doğa düzeni yanında, ilkeleri tamamen farklı<sup>9</sup> bir de toplum düzeninin bulunduğu, dolayısıyla doğadan farklı bir normatif dünyanın varlığı gerçeğini ortaya koymuştur.<sup>10</sup> Bu keşif, toplumda hukuk düzeninin ne olduğu tartışmasını doğurmuştur. Tartışmada getirilen çözüm, bir toplumun özellikle devletin hukuku ifadesini ister kanunda ister toplumun yaşama biçiminde bulsun, hukukun daima o toplumun iradesini ifade ettiği görüşüdür.<sup>11</sup> Söz konusu bu düşünce, hukukun kaynağının ilâhilikten çıkarılıp, beşeri kılınmasını ifade etmektedir.

<sup>5</sup> Russell B., *Din ile Bilim*, Bilgi Yayınevi, Ankara 1972, s. 7.

<sup>6</sup> Russell B., *Din ile Bilim*, s. 14-5: Din, bir inançlar dizisi değil de bir duyuş biçimi oldukça, bilim dine dokunmaz.

<sup>7</sup> Bobbio, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, 1948, s. 21 vd; Russell B., *Din ile Bilim*, s. 8: Salt kişisel bir din, bilimin aykırı sayacağı kesinlemelerden kaçındığı sürece, en bilimsel çağda bile hiç bir zaman yadırganamaz; Kelsen, *Dottirina pura*, s. 183 vd.

<sup>8</sup> Kelsen, *Dottirina pura*, s. 179; Bobbio, *Norma giuridica*, s. 3 vd., 6 vd., 10 vd.

<sup>9</sup> Kelsen, *Dottirina pura*, s. 179; Doğa, bir çok tanımlarından birine göre, nesnelere özgül bir düzenidir veya neden sonuç olarak, yani nedensellik denen ilkeye göre biri diğeriyle bağımlı öğeler (elementi) sistemidir.

<sup>10</sup> Kelsen, *Dottirina pura*, s. 31 vd., 180, 182.

<sup>11</sup> Thon, *Norma giuridica e diritto Soggettivo*, Trad. dell'A. Levi, Padova, 1951, s. 11-12.

Evrenin bir parçası olarak toplumu bu iki algılama biçimi, biri diğeriyle bağıntılı olmakla birlikte, biri diğerine bağımlı kılınmadıkça, birbirleriyle gelişmemekte, hatta denebilir ki, yararlı bir biçimde karşılıklı biri diğerini tamamlamaktadır. O halde, bu açıdan lâiklik, ifadesini, hukukun kaynağının beşeri kılınması düşüncesinde bulmaktadır.

### 3. Normatif önermelerin değeri

Toplumsal kurallar din, ahlâk ve hukuk kurallarıdır. Din, ahlâk, hukuk kuralları, beşeri davranışın normları olarak, bir şeyi yapmanın veya yapmamanın emridirler.<sup>12</sup> Emretmek aynı zamanda değerlendirmektir.<sup>13</sup> O nedenle bunlar beşeri olgular üzerine verilmiş değer hükümleridirler.<sup>14</sup>

Bu yapısal zorunluluk, normatif önermelerin değeri meselesine vücut vermektedir. Normatif önermeler madem hem bir emir hem de bir değer hükmüdürler, zorunlu olarak, bunlar hakkında fizik alemin tersine, doğruluk/yanlışlık hükmü verilemez, ancak geçerlilik/adillik/etkinlik hükümleri verilebilir.<sup>15</sup> Bundan çıkan sonuç, normatif alemi teşkil eden din, ahlâk ve hukuk kurallarının, bunların meydana getirdiği sistemlerin birini geçersiz kılmamaları, tersine birlikte yaşayabilmeleridir.<sup>16</sup>

Elbette, din, ahlâk, hukuk, normatif dünyanın farklı görünümünü teşkil ettiklerinden birbirleriyle etkileşim içerisindedirler. Hatta, hukuk asgari ahlâktır da denmektedir.<sup>17</sup> Kuşkusuz hukukun etik değeri inkâr edilemez;<sup>18</sup> ancak, bu, hukukun ahlâk olduğu anlamına alınmamak gerekir.<sup>19</sup> Söz konusu düşünce, bizi, olsa olsa ahlâkın hukukta maddi kaynak

<sup>12</sup> Bobbio, *Teoria della Scienza giuridica*, Torino, 1950, s. 147; Kelsen, *Teoria generale* s. 3, 4, 5; Antolisei, *Manuale di diritto penale*, PG, Milano, 1980, s. 35.

<sup>13</sup> Antolisei, *Manuale*, PG, s. 35.

<sup>14</sup> Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950, s. 193; *Norma giuridica*, s. 170 vd.

<sup>15</sup> Bobbio, *Norma giuridica*, s. 35 vd.; Kelsen, *Teoria generale*, s. 267 vd., 351 vd., 357.

<sup>16</sup> Özyörük M., *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, 1959, s. 30-1: Çeşitli sosyal hayat kaidelerinin birbiriyle olan münasebetlerini bir şema halinde göstermek mümkündür, şemanın fazla karışmaması için, umumiyetle muâşeret kaideleri dışarıda bırakılarak sadece hukuk, din ve ahlâk kaideleri nazara alınıp her biri diğer ikisini de kesen üç daire çizilir. Bu dairelerin kesişmesinden çıkan sahalar müşterek kaidelerin sahalarıdır. Fakat hemen şuna işaret edelim ki, ahlâk kaidelerinin dinler tarafından desteklenmeyenini bulmak zordur; zira, ... hiç bir din, ahlâka aykırı herhangi bir harekete cevaz vermediği gibi medeniyet âleminde câri olan dinler gene medeni âlemdaki ahlâk kaidelerini daima benimsemişlerdir.

<sup>17</sup> Maggiore, *Diritto penale*, I, PG, Bologna, 1955, s. 18; Bettiol, *Diritto penale*, PG., Padova, 1978, s. 106; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino 19, V. 1, s. 25 vd.

<sup>18</sup> Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 1979, s. 7.

<sup>19</sup> Antolisei, *Manuale*, PG., s. 7, 8.

olabileceği sonucuna götürebilir. Bu, yanlış olmaz, çünkü hukuk, halkın vicdanından kaynaklanmaktadır, ulusun ruhunun bir ürünüdür.<sup>20</sup>

#### 4. Dinin hukukta kaynaklık değeri

Beşeri bir irade olan hukuk, madem hukuku olduğu toplumdan kaynaklanmaktadır, toplumun ihtiyaç ve değerlerinin bir sentezidir.<sup>21</sup> Bundan dolayı, hukukun düzeni olduğu toplumun din ve ahlâk değerlerinden etkilenmesi doğaldır. Ancak, bu, ne hukukun kaynağının ilâhî olduğu, ne de hukukun din düzeni olduğu anlamına gelir. Tersini düşünmek, yani hukuk düzeninin din düzeni, din düzeninin hukuk düzeni olduğunu söylemek, hukukun beşeri irade olduğu, açıkçası düzeni olduğu toplumun iradesi olduğu düşüncesiyle çelişir.<sup>22</sup>

Hukukun beşeri irade olması esasından, dini veya ahlâki değerler oluşumunda hukuku etkilemiş olsalar bile, hiç bir iradenin beşeri iradeye üstün veya aykırı olamayacağı sonucu çıkmaktadır. Bu, temelde, bir toplumda dinin, o toplumun iradesi olan hukukunu ortadan kaldıracı, tadil edici bir etkisinin bulunmaması demektir. Ancak, bunun tersi mümkündür. Hukuk, düzeni olduğu toplumda, amaçlarıyla çatışan veya amaçlarının gerçekleşmesini engelleyen din ve ahlâk kurallarını tanımayabilir. Hatta, hukuk, toplumsal düzene ilişkin din kurallarını, kamu düzeyiyle çelişen ibadet kurallarını yasaklayabilir.<sup>23</sup>

Tartışmadan anlaşıldığı üzere, dinin hukukta kaynaklık değeri, sonunda, beşeri irade ilâhî iradeye tabi midir, yoksa bundan bağımsız mıdır meselesine gelip dayanmaktadır.<sup>24</sup> Burada iki ihtimal söz konusudur: Beşeri irade ilâhî iradeye tabidir denir. Bundan teokratik devlet, hukuk ve toplum düzenleri ortaya çıkar.<sup>25</sup> Beşeri irade ilâhî iradeden bağımsızdır denir. Bundan lâik devlet, hukuk ve toplum düzenleri ortaya çıkar.<sup>26</sup> Bu

<sup>20</sup> Antolisei, Manuale, PG, s. 47.

<sup>21</sup> Del Vecchio, Lezioni di filosofia del diritto, Roma, 1936, s. 333 vd. Bobbio Teoria della scienza, s. 201.

<sup>22</sup> Rocco, Il problema e il metoda della scienza del diritto penale, Riv di dir. e proc. pen., 1910, s. 497 vd; Del Vecchio, Filosofia del diritto, s. 377 vd.

<sup>23</sup> İt. Any. Md. 19/2: Costituzione della Repubblica Italiana, İn Gazetta Ufficiale, n. 298, 27 dicembre, 1947, md. 19.

<sup>24</sup> Kelsen, Teoria generale, s. 8.

<sup>25</sup> Özyörük, Hukuk... s. 11:... Ashında tanrı ile insan arasındaki münasebetleri tanzime mahsus olan din kaideleri, binnetice insanla insan arasındaki münasebetleri de tanzim etmek suretiyle biraz sosyal hayat kaidesi halini almakla ve hatta bu sahada bazen çok geniş ve şumullü bir düzenlemeye sarak dini bir hukuk sisteminin doğumuna da münce olabilmektedir. Mumcu, Türk Devriminin, s. 134: İslâm esaslarını günlük yaşantıdan silebilmek olanaksızdır, çünkü, devlet dine eşittir... din demek devlet demektir.

<sup>26</sup> Yayla Y., Anayasa, s. 56 vd., 91.

soyutlamaların zorunlu sonucu, lâik bir devlet, hukuk ve toplum düzeninde dinin, ancak sayılabildiği takdirde bir etik değer<sup>27</sup> olarak hukukun kaynağı olabileceğidir. Bu hal dışında dinin hukukta bir kaynaklık değerinin bulunmaması gerekir.

### III. TÜRK HUKUK DÜZENİNDE LÂİKLİK

#### 1. Lâiklik hukuk düzeninin, devletin bir niteliğidir

Lâiklik, Anayasada, muhtelif yerlerde yer almıştır. Başlangıçta "lâiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmıyacağı" belirtilmiştir. Anayasa 1. maddesinde "Türkiye Devletinin bir Cumhuriyet" olduğunu belirtmiş, 2. maddesinde Cumhuriyetin niteliklerini saymıştır. Bu hüküm, Türkiye Cumhuriyetini "demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti" saymaktadır.

Bu ilkeden çıkan sonuç, Türk hukuk düzeninin ve bu düzenin ifadesi olan Türk Devletinin niteliğinin lâiklik olduğudur. Gerçekten, Anayasa, başka hükümlerinde, hem bu temel düşünceyi pekiştirmiş, hem de devletin temel niteliğini teşkil eden bu ilkenin hiçbir surette ihlâl edilemeyeceğini söylemiştir. Anayasa, 14. maddesinde, Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerden hiçbirinin "din ve mezhep ayrımı veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzeni kurmak amacıyla kullanılamayacakları"ni emretmektedir. Gene, Anayasa, 24. maddesinde, "kimse Devletin sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki temel düzenini kısmen de olsa din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, din veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz" demek suretiyle aynı düşünceyi pekiştirmektedir.

Tüm bu hükümler, Anayasada, Türk hukuk düzeninin, bunun ifadesi olan Türk Devletinin ve hukukuyla modellenen Türk toplumunun temel niteliğinin lâiklik olmasının istendiğini göstermektedir. Ancak, hukuk düzeninin, dolayısıyla devletin temel niteliğini teşkil eden lâiklik, Anayasada tanımlanmış değildir. Anayasanın başlangıcında din işlerinin devlet işlerine karıştırılmıyacağı, temel hak ve hürriyetlerin dine dayalı devlet kurma amacıyla kullanılmıyacağı belirtilmekle birlikte, lâikliğin açık bir tanımları verilmiş değildir. O halde, lâikliğin, hukuk içinde kalınarak herkesçe kabul edilebilir bir tanımları nasıl yapılabilir ve lâikliğin kapsam ve sınırları hukuk içinde kalınarak nasıl çizilebilir.

<sup>27</sup> Pannain, *Manuale di diritto penale*, II, PS., Tp., Torino, 1957, s. 274; Antolisei, *Manuale di diritto penale*, PS., II, Milano, 1966, s. 604.

## 2. Egemenliğin kaynağı ve lâiklik

Hukuk düzeni içinde kalarak lâikliğı tanımlayabilmek, kapsam ve sınırlarını tayin edebilmek, ancak bu düzende egemenliğin kaynağının nasıl düzenlenmiş olduğunu bilmekle mümkündür. Gerçekten, egemenlikle devletin hukuk düzeni bağıntılıysa,<sup>28</sup> egemenliğin devletin hukuk düzeninde devletten başka bir organa veya kuruma izafesi mümkün değildir,<sup>29</sup> çünkü egemenlik, devletle bağımlılık veya eşitlik durumunda olan diğer kurumlara üstünlük ilişkisinde ifadesini bulmaktadır. Bundan dolayıdır ki, egemenliğin hem teokratik teorisi (omnis potestas a Dea), hem toplumsal mukavele teorisi,<sup>30</sup> hem de halk egemenliği teorisi (sovranià popolare) bugün aşılmış bulunmaktadır.<sup>31</sup>

Türk hukuk düzeninde egemenliğin bu modern anlayışına yer verilmiştir. Egemenliğin kaynağını ve nasıl kullanılacağını düzenleyen Anayasanın 6. maddesi "egemenlik kayıtsız şartsız milletindir" demektedir. Bundan anlaşılın, Türk hukuk düzeninde egemenliğin kaynağının beşeri irade oluşudur. Bu durumda, ifadesini hangi şekli kaynaktan bulursa bulsun, Türk hukuk düzeni, zorunlu olarak hukuku olduğu toplumun iradesinin bir ifadesi olmaktadır. Türk milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması hiç bir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını milletir iradesi olan Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz.<sup>32</sup>

Demek ki, Türk hukuk düzeninde, egemenliğin kaynağı mutlak surette beşeri iradedir ve egemenlik devlete izafe edilmiştir. Bunun sonucu olarak, hukuk düzeni, egemenliğin kaynağında ilâhi iradeye itibar etmemiş, böylece kalıbı olduğu topluma<sup>33</sup> teokratik devlet ve toplum düzenini kapamış, onu hukuk dışı kılmıştır. Bu demektir ki, Türk toplumunun siyasal, ekonomik, toplumsal ve hukuki yapısını kurmada yegâne ve mutlak muteber irade beşeri iradedir. Burada yegâne hukuk pozitif hukuksa,<sup>34</sup>

<sup>28</sup> Kelsen, *Dottirina pura*, s. 105 vd., 113 vd.: Devlet, bir hukuk düzenidir; Del vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, Roma, 1936, s. 290, 295, 300, 301; Yayla Y., *Anayasa*, s. 26, 27, 30.

<sup>29</sup> İktidarın sahibi devlet müessesesidir (Yayla Y., 26); Del vecchio, *Filosofia del diritto*, s. 295.

<sup>30</sup> Yayla Y., *Anayasa*, s. 56 vd., 59.

<sup>31</sup> Virga, *Diritto Costituzionale*, Milano, 1967, s. 35; Del vecchio, *Filosofia del diritto*, s. 114.

<sup>32</sup> Yayla Y., *Anayasa*, 59, 84: Egemenlik, gerçekte, bir özneyi bir de nesneyi gerektirir. Yani egemenlik, bir gücün başka bir güç üzerinde hakimiyeti demektir. Ama egemenlik bütün millete ait olunca, bunun anlamı, hiç bir kişinin, zümrenin veya sınıfın millete hakim olamayacağıdır.

<sup>33</sup> Crispigni, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1950, s. 10; Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, 1967, s. 23.

beşeri iradenin ilâhi iradeye uygun olup olmaması meselesi bulunmamak gerekir. Bu yapı içerisinde, hattâ, ilâhi kuralların devletin siyasal, ekonomik, toplumsal ve hukuki yapısında yer almaması bir zorunluluktur.

O halde, Türk hukuk düzeninde lâiklik, ifadesini, egemenliğin kaynağının beşeri irade olması esasında bulmaktadır. Böyle olunca, lâiklik, Devleti ve devletin toplumsal, ekonomik siyasal ve hukuki temel düzenlerini kuran iradenin mutlak surette beşeri irade olması demektir.

### 3. Egemenliğin kaynağının iki temel sonucu, eşitlik, din ve vicdan hürriyeti

Egemenliğin kaynağının beşeriliği esasının zorunlu bir sonucu, kanun önünde eşitliktir.<sup>34</sup> Anayasa, egemenliğin kullanılması hiç bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz derken en başta kanun önünde eşitlik ilkesine işaret etmektedir. Gerçekten, egemenliği kullanan halk milletse,<sup>35</sup> devlet iktidarının kullanımında herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefesi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olması dolayısıyla hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaması gerekir. Aksi halde, egemenliği kullanan halk arasındaki ayırım, ismi ne olursa olsun, özünde kişisel, zümresel veya sınıfsal egemenliğe vücut verir. Bu, herhalde, Anayasanın esasını teşkil eden milli egemenlik ilkesiyle<sup>37</sup> çelişir.

Kanun önünde eşitlik, her şeyden önce din ve vicdan hürriyetini zorunlu kılmaktadır.<sup>38</sup> Anayasanın 24. maddesinde herkes vicdan, dini inanç

<sup>34</sup> Rocco, *Il metodo*, s. 506, 515, passim: Ceza hukuku biliminin konusu... sadece deney verisi olarak mevcut olan ceza hukuku, yani pozitif ceza hukukudur (515). Kelsen, *Dottrina pura*, s. 38 vd., 54 vd., 72: Hukuk sadece pozitif hukuk, yani konulmuş olan hukuk olarak geçerlidir.

<sup>35</sup> Demokrasinin iki unsuru vardır: Hürriyet ve eşitlik "vatandaşlar arasında mutlak bir eşitlik ancak hürriyetten fedakârlık etmekle mümkün olabilir. Buna mutlak ve hudutsuz bir hürriyet musavatı yok eder. Vicdan hürriyeti bahsinde bu makbul muvarenenin ölçüsü" lâiklik prensibidir.

<sup>36</sup> Del Vecchio, *Filosofia del diritto*, s. 290 vd., 295. Kuşkusuz, millet (ulus, halk) kavramını belli bir kesitteki halkla veya seçmen kitlesiyle eş tutmak elbette mümkün değildir. (Yayla Y., *Anayasa*, s. 23). Ancak demokratik hukuk düzenlerinde milli iradenin seçimle tezahür ettiği de bir gerçektir (Virga, *Diritto costituzionale*, s. 41, 43 vd.). O nedenle "egemenliği kullanan halk millettir" ifadesi doğru olmak gerekir. Zor (Coazione) kullanma yetkisiyle ilgili olmakla birlikte aynı doğrultuda olmak üzere bkz. Kelsen, *Dottrina pura*, s. 113 vd.

<sup>37</sup> Yayla Y., s. 94; Ayrıca bkz., dn., 29, 32.

<sup>38</sup> Erem, *Türk Ceza Hukuku*, II, Ankara, 1965, s. 183: Vicdan hürriyeti amme haklarından, dolayısıyla insan haklarındandır. Din hürriyeti vicdan hürriyetinin tezahürüdür. Vicdan hürriyeti ancak lâik olan bir muhitte mevcudiyetini idame ettirebilir.

ve kanaat hürriyetine sahiptir denmektedir. Bir dine inanmak, ibadet ve dini ayinlerde bulunmak hakkını birlikte getirir. Ancak, bu hakkın vicdan, din, inanç ve kanaat hürriyeti kadar mutlak olması mümkün değildir. Bundan ötürüdür ki ibadet, dini ayin ve tören yapmak hakkı, Anayasada, temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamayacağı ilkesiyle kayıtlıdır. Bu kayıtla sağlanmak istenen, en başta, egemenliğin kaynağının beşeriliği, egemenliğin tezahürüne katılmada eşitlik esaslarını saldırdılardan masun kılmaktır. Gerçekten, Anayasa, ibadet, dini ayin ve törenler, yurttaşlar arasında din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzeni kurmak amacıyla kullanılamayacağını emrederken kuşkusuz bu noktaya işaret etmektedir.

Öte yandan, Anayasada, dinin görünümülerinden olan inanç ve ibadet düzenlenmiş, ancak genel olarak toplumsal düzen kuralları anlamına gelen muamelattan<sup>39</sup> söz edilmemiştir. Burada izin verilen dışında kalan yasaktır kuralı geçerliyse<sup>40</sup> Anayasa, dini inanç ve kanaat hürriyeti, buna bağlı olarak ibadet hakkı tanımış olmakla birlikte, muamelatı yasaklamıştır. Gerçekten, Anayasa, kimse devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenlerini kısmen de olsa din kurallarına dayandıramaz demek suretiyle açıkça bu hususu sağlamış olmaktadır.

Anayasa, dini inanç ve kanaat hürriyetinin, dini ayin ve tören hakkının kullanımında, kaynaklandığı eşitlik ilkesinin eksiksiz gerçekleşmesini sağlamak amacıyla, fertler bakımından mutlak bir sınır getirmiştir. Bu, hiç kimsenin ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağı, suçlanamayacağı, siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlamak amacıyla dini veya duygularını, dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemeyeceği ve kötüye kullanamayacağı esasıdır.

<sup>39</sup> "Türkiye Cumhuriyetinde muamelatı nasa dair ahkânın teşri ve infazı Türkiye Büyük Millet Meclisi ile onun teşkil ettiği Hükümete ait olup dini mübini islâmın bundan itikat ve ibadeta dair bütün ahkâm ve mesailinin tedviri ve müessesatı diniyenin iradesi için Cumhuriyetin makarrında bir Diyanet İşleri Reisliği makamı tesis edilmiştir" 429 sayılı Şeriye ve Efkâf ve Erkâni Harbiye Umumiye ve vekâletlerinin ilgasına dair Kanun, 26 Recep 1342 ve 3 mart 1340, md. 1.

<sup>40</sup> Beşeri davranışları düzenlemek demek, bazılarını yasaklarken, bazılarını izin vermektir. Bu yüzden, hukuk düzeni, beşeri davranışa getirilen bir sınırlar sistemi olarak da düşünülebilmektedir (Rocco, L'oggetto, s. 444). Bu yapıda, zorunlu olarak, bir şey yasaklanmışsa, bu şey dışında kalan herşeyin serbest olduğu, bunun tersi, bir şeye izin verilmişse, izin verilen dışında kalan her şeyin yasak olduğu kabul edilir. Zira, izin ve yasak terimleri, birbirinin karşıtı terimlerdir. (Bkz. Kelsen, Teoria generale, s. 160 vd., 204 vd.).

#### 4. Türk hukukunun kaynağı ve din

Hukukun kaynağından hukuka vücut veren iradenin çıktığı yer anlaşılmaktadır.<sup>41</sup> Bu anlamda, Türk Ceza Hukukunun kaynağı, Türk Devletinin egemen iradesidir. Ancak hukukun nihai kaynağı Türk ulusunun vicdanıdır. Gerçekten, hukuk, temel çizgilerinde, sanat, ifade biçimleri, töreler gibi halkın ruhunun bir ürünüdür.<sup>42</sup> Böyle olunca, dinin Türk hukuk düzeninde bir kaynaklık değerinin bulunmaması gerekmektedir, çünkü din, mahiyetinin gereği olarak, ulusun yarattığı bir ürün değildir.<sup>43</sup>

İradenin tezahür ettiği biçim hukukun şekli kaynağına vücut vermektedir.<sup>44</sup> Bu anlamda, Türk hukukunun kaynağı, MK' un 1. maddesinde gösterilmiştir. Bu, kanundur, örf ve adettir, önüne gelen somut olayda hakimin ihtilafı çözümü için yarattığı hukuktur.<sup>45</sup> Ancak, genelde özeli ifade eden ceza hukukunun kaynağı sadece kanundur. Anayasanın 38, CK'nun 1, 29. maddeleri gereğince kanun şeklinde ortaya çıkmayan, kaynağını kanundan almayan bir irade ceza hukukunda kaynak değerini haiz değildir.<sup>46</sup> Örf ve adet, ceza hukukunda, suç ve ceza koyma şeklinde değil, hukuka uygunluk nedenlerinde veya bazı normatif unsurların yorumunda kaynaklık değerini haiz olabilir.<sup>47</sup>

Hukuk düzeninin bu yapısı içerisinde dinin bir kaynaklık değeri bulunmamak gerekir, çünkü kanun dine kaynaklık değeri tanımamıştır. Din, örf ve adet olarak da hukukta kaynak teşkil etmez. Din, örf ve adet değildir. Dinden farklı olarak örf ve adet kurallarını vurgulayan özellik, bunların beşeri iradenin bir ürünü olmalarıdır. Gerçekten, bir örf ve adetten söz edilebilmesi için, bir davranış kuralının sürekli ve uzunca bir süre kullanılmış olması yetmez, ayrıca bu kurala herkesin uyması konusunda bir kanaatin de bulunması gerekir.<sup>48</sup> İşte bu kanaat örf ve adet denen davranış kuralını kaynağı itibariyle beşeri kılmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında din kurallarında bu niteliğin bulunmadığı görülür. Onların temel niteliği, ilâhi bir kaynaktan doğmuş olmaları, dola-

<sup>41</sup> Antolisei, Manuale, PG., s. 47.

<sup>42</sup> Antolisei, Manuale, PG., s. 47.

<sup>43</sup> "Din kaidelerinin kaynağı, Tanrının iradesi, yani ilâhi iradedir..." Ahlak kaidelerinin kaynağı ise, ilâhi irade değildir. Bu kaynak insanların maşeri vicdanıdır". (Özyörük M., Hukuk Başlangıcı, s. 14). Bu demektir ki, din, millettten kaynaklanan bir veri değildir; dolayısıyla "millet" değil "ümme" fikrine yer vermektedir. Böyle olunca, temelini milli irade fikrinin teşkil ettiği bir devlet düzeninde (Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 32-34) din hukukun kaynağı olamaz.

<sup>44</sup> Antolisei, Manuale, PG., s. 48.

<sup>45</sup> Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1979, s. 55-137.

<sup>46</sup> Antolisei, Manuale, PG., s. 49 vd.

<sup>47</sup> Antolisei, Manuale, PG., s. 59, 60.

<sup>48</sup> Antolisei, Manuale, PG., s. 58.

yısiyle beşeri bir tasvibe ihtiyaç duymamalarıdır. Bundan çıkan sonuç, dinin, bir örf ve adet sayılmadığından, Türk hukuk düzeninde örf ve adet olarak da bir kaynaklık değerinin bulunmadığıdır.

##### 5. Türk hukuk düzeninde din ferdi/toplumsal bir kurumdur.

Din insana vergidir.<sup>49</sup> İnsan dışındaki varlıkların dininden söz edilemez. Bundan dolayıdır ki, toplumun ve bunun egemen ifadesi olan devletin dini olamaz.<sup>50</sup> Ya dinsel devlet veya toplum düzenleri olur, ya devlet veya toplum düzeninde din olur. Dinsel devlet veya toplum düzenleri egemenliğin kaynağının ilâhi olduğu düzenlerdir ki böyle bir düzenin, önce de belirtildiği üzere, Türk devlet, hukuk ve toplum düzeninde yeri yoktur.

Böyle olunca, din, Türk hukuk düzeninde sadece toplumsal bir gerçeklik olarak tanınmakta, dolayısıyla ferdi/toplumsal bir kurum olmaktır. Gerçekten, Anayasa, lâiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının Devletin işlerine ve politikaya karıştırılmayacağı, herkesin vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahip olduğu, din ve ahlâk eğitiminin devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı,<sup>51</sup> kimsenin ibadete, dini

<sup>49</sup> Brelich A., *Introduzione alla storia delle religioni, parte prima, Anno Accademico, 1961-62, Edizioni dell 'Ateneo, Roma, 1963 (Teksir), s. 2, 3.*

<sup>50</sup> Erem, *Türk Ceza Hukuku, s. 186: Hukuk Devletinde "Devlet dini olmaz. Çünkü hukuk devleti fikri ile mevcut dinlerden birini tercih fikri kabili telif değildir". Bkz. Taplamacıoğlu, Din Sosyolojisi, s. 173 vd., 218 vd.*

<sup>51</sup> Din ve ahlâk eğitiminin devletin denetim ve gözetimi altında yapılması, din kültürü ve ahlâk öğretiminin ilk ve orta öğretimde zorunlu dersler arasında yer alması; aksi de söylenmekle birlikte, lâiklik ilkesinin bir ihlâline yer vermemektedir. Yanlışlık, iki farklı şeyi birbirine karıştırmaktan gelmektedir. Gerçekten, egemenliğin kaynağı, beşeri olan devlet düzenlerinde, yasaklanan, bir tür kamu hizmeti olarak algılanan dinin eğitim-öğretimi değildir, tersine dayandıkları esasın zorunlu sonucu olarak teokratik devlet düzeninin sonucu olan teokratik eğitim-öğretim düzenidir. 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu (md. 2, 4 vd.) ve 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu (md. 4-5), lâik bir eğitim-öğretim düzenini kabul etmekte, ancak bu düzende tıpkı sağlık bilgisi, tarih vb. bir disiplin olarak din kültürü ve ahlâk öğretimine de yer vermektedir. Bu, herhalde, eğitim-öğretim düzenimizin teokratik bir eğitim-öğretim düzeni olduğu anlamına gelmez. Öte yandan, Anayasada, özel bir dinin (ör. İslâmiyet, Musevilik, Hıristiyanlık, vb.), öğretimi değil, genel olarak "din kültürü ve ahlâk öğretimi (hatta tam karşılığı olmasa da buna bir tür etik de denebilir) zorunlu ders haline getirilmiştir. Ancak, burada, Anayasa koyucunun "tarihi iradesi"nin farklı olduğu görüşü ileri sürülebilir. İddia doğru değildir; çünkü bugün geçerli yorum teorisi, sübjektif değil, objektif yorum teorisidir. Bu kanun koyucunun tarihi iradesinin ne olduğunu bulmak yerine, kanunun iradesinin ne olduğunu bulmaktır (Antolisei, *Manuale, PG., s. 87 vd.*). Böyle olunca, Anayasanın 24. maddesinin yorumunda, Anayasa koyucunun tarihi iradesinin, yorumcuyla bağ-

âyin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağı ve suçlanamayacağı esaslarını korken, dinin Türk hukuk düzeninde ferdi/toplumsal bir kurum olduğuna işaret etmektedir.

Bu düşüncenin bir sonucu olarak, Anayasa, 136. maddesinde, dini tıpkı ulaşım, sağlık, eğitim v.s. gibi bir kamu hizmeti olarak gözönüne almış ve düzenlemiştir. Hükümde, genel idare içinde yer verilen Diyanet İşleri Başkanlığının, lâiklik doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncelerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek özel kanunda gösterilen görevleri yapmakla yükümlü kılındığı belirtilmiştir. Diyanet İşleri Başkanlığının kanunda gösterilen görevleri, islâm dininin inançları, ibadet ve ahlâk esaslarıyla ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmektir.<sup>52</sup>

Görüldüğü üzere, Türk hukuk düzeninde din, varlığından vazgeçilmesi imkânsız ferdi/toplumsal bir kurumdur. Bundan dolayı, din, kendine özgü bir kamu hizmeti alanıdır. Dinin bu niteliği onun himayesini zorunlu kılmış, Ceza Kanunu ikinci kitabının ikinci babının ikinci faslında, din hürriyeti aleyhine cürümlere yer vermiştir. Bundan maksat, ferdi/toplumsal bir kurum olarak toplumsal düzende yerini almış olan dini muhtemel saldırılardan masun kılmaktır.<sup>53</sup> Ceza Kanununun üçüncü babında devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler arasında, beşinci fasılda ferdi/toplumsal bir kurum olan din, ayrıca din hizmetlerini yürüten imamlar, hatipler vaizlerle ruhani reislerin muhtemel saldırılarına karşı da korunmuştur.<sup>54</sup> Gene, Ceza Kanununun, 132. maddesinde, din mezhep farklılığı gözeterek halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmeyi yasaklamakla, ferdi/

---

layıcı bir niteliğinin bulunmaması gerekmektedir. Sonuç olarak, din kültürü ve ahlâk öğretiminin ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alması kuralına, Anayasada yer verilmiş olmasının eleştirilebilecek tek yönü, temel değil, böylesine ayrıntı bir hükmün bir anayasa normu haline getirilmiş olmasıdır.

<sup>52</sup> Bkz. 633 sayılı 22.6.1965 tarihli Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, 1. maddesinde, Diyanet İşleri Başkanlığının görevi "İslam dininin inançları, İbadet ve ahlâk esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek olduğunu belirtmiştir. Bu konuda bkz. Daver, Lâyiklik, s. 80 vd.

<sup>53</sup> Erem, Türk Ceza Hukuku, II, Ankara 1965, s. 182, 185 vd.; Dönmezer, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, s. 8 vd.

<sup>54</sup> Erem, Ceza Hukuku, II, s. 382 vd. Kanun "Vatandaşların medeni vicdanı" ile dini vicdanları arasında tehlikeli ihtilâflar tevlidini önlemekte âmme menfaati görmüştür. Din ve ibadet hürriyetinin zaruri sınırları daima mevcut olacaktır. Din adamlarının, vazifelerinden gelen büyük telkin kudretinin kötüye kullanılmamasını sağlamak, Devletin görevlerinden biridir (382).

toplumsal bir kurum olarak dinin toplumsal düşmanlıkların aracı kılınmamasını sağlamaya çalışmıştır.<sup>55</sup>

Öte yandan İnkilâp Kanunlarıyla Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliği korunmak istenmiş,<sup>56</sup> böylece ferdi/toplumsal bir kurum olarak dinin her çeşit saldırıdan masun kılınması, niteliklerinin bozulmaması, kutsallık karakterinin tahribi önlenmek istenmiştir.

#### IV. TCK'NUN 163. MADDESİ VE LÂİKLİK

##### 1. Suçla ihlâl edilen ve cezayla korunan hukuki değer veya menfaat

TCK'nun 163. maddesi, lâikliğe aykırı olarak, Devletin sosyal veya ekonomik veya siyasi veya hukuki temel düzenini, kısmen de olsa dini esas ve inançlara uydurmak amacıyla cemiyet kurmayı veya propaganda yapmayı yasaklamaktadır. Bundan anlaşılan, burada suçla ihlâl edilen ve cezayla korunan hukuki değer veya menfaat, lâik devlet ve toplum düzeninin korunmasına ilişkin kamusal yarardır. Bu niteliğinden ötürü, TCK'nun 163. maddesinde yer alan suç, Türk devletinin düzenine karşı bir suçtur.<sup>57</sup>

Bu durumda TCK'nun 163. maddesinde yer alan suçun konusu, dinsel cemiyet teşkili veya dinsel içerikli beyanların propagandasıdır. Ancak her dinsel cemiyet veya dinsel içerikli beyanın propagandası suçun konusunu oluşturmaz. Suçun konusunu oluşturan dinsel cemiyet veya dinsel içerikli beyan, lâikliğe aykırı olarak Devletin sosyal veya ekonomik veya siyasi veya hukuki temel düzenini dini esas ve inançlara uydurmak amacıyla cemiyet kurma veya propaganda yapmadır. Bu sınırlar dışında, başka bir suç teşkil etmemek kaydıyla, her çeşit dinsel faaliyet serbesttir.

Görüldüğü üzere, TCK'nun 163. maddesi hükmüyle, Anayasanın tanımış olduğu din ve vicdan hürriyeti kısıtlanmış değildir. Tersine devletin lâik düzeni korunarak din ve vicdan hürriyeti teminat altına alınmıştır, çünkü bu yapıda din, kendisi bir hukuk düzeni, yani bir düzenleyen değildir, esasını beşeri irade teşkil eden hukuk düzeninde ferdi/toplumsal bir gerçeklik olarak bir düzenlenendir. Böyle olunca, lâikliğin bir sonucu olan din ve vicdan hürriyeti, TCK'nun 163. maddesiyle ihlâl edilmemekte, hatta en iyi bir biçimde sağlanmaktadır. Gerçekten, din düzeninin devletin bir düzeni olduğu hukuk düzenlerinde, dinin mutlaklık ve evrensellik

<sup>55</sup> Erem, Ceza Hukuku, II, s. 619.

<sup>56</sup> Bkz. Any. md. 174.

<sup>57</sup> Erem, Ceza Hukuku, III, s. 103.

iddiası karşısında,<sup>58</sup> din ve vicdan hürriyetinden değil, olsa olsa devletin düzeni olarak ifadesini bulan dinin, diğer din ve inanışlara hoşgörülü olmasından söz edilebilir. Bu halde özellikle devlete karşı ileri sürülebilecek bir din ve vicdan hürriyeti bulunmamakta, devletin bir ihsanı bulunmaktadır. Kuşkusuz bir şeyin ihsan olduğu yerde, o şeyin hürriyeti söz konusu olmaz.<sup>59</sup> Bundan dolayı, TCK'nun 163. maddesinde, lâik devlet ve toplum düzeni korunarak, din ve vicdan hürriyeti en kâmil anlamında teminat altına alınmış olmaktadır.

Din ve vicdan hürriyetinin doğal sonucu, dinde ve dini inançlarda çoğulculuktur. Bu husus, bir dine mensup olup olmamada serbestiyi içine aldığı kadar, bir dine veya dini inanışa mensup olmayı da içine almaktadır. TCK'nun 163. maddesi, kanun önünde eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak bu çoğulcu karakteri de korumuştur. Gerçekten, kanun, şahsi nüfuz veya menfaat temin etmek maksadıyla dini veya dini hissiyatı veya dince mukaddes tanınan şeyleri veya dini kitapları alet ederek propaganda yapmayı yahut telkinde bulunmayı yasaklarken her halde eşitlik ilkesinin ihlal edilmemesini istemiştir. Esasen Türk hukuk düzeninde din, kişinin ne bir üstünlük aracı, ne de resmi veya toplumsal değeri haiz bir sıfatıdır.<sup>60</sup>

Lâik bir devlet ve toplum düzeninde, yani egemenliğin kaynağının beşeri kılındığı bir devlet ve toplum düzeninde beşeri iradenin katıksız tezahürünün, açıkçası ilâhi etkilerden arınmış olarak ortaya çıkmasının temini, bir keyfilik değil, tersine eşyanın tabiatının zorunlu bir sonucudur. Bundan ötürü, TCK, 163. maddesinde, siyasi amaçla veya siyasi menfaat temin ve tesis eylemek maksadıyla dini veya dini hissiyatı veya dince mukaddes sayılan şeyleri alet ederek propaganda yapmayı veya telkinde bulunmayı yasaklarken, egemenliğin esasını teşkil eden beşeri ira-

<sup>58</sup> Bobbio, *Introduzione*, s. 16, 18, 19, 21; Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche*, Laterza, Bari, 1967, II, s. 503-515, özellikle, 512; Kant, *Critica della ragion pratica*, Laterza, 1974, II, s. 315.

<sup>59</sup> Del Vecchio, *Filosofia del diritto*, s. 257; Ruggero, *Storia della filosofia*, s. 253; Mumcu, *Türk Devriminin*, s. 133: Egemenlik hakkı belli bir dine dayandırılınca devlet işleri yalnızca o dinin esaslarına göre yürütülmek zorundadır... Durum böyle olunca, dinsel kurallar düşünce özgürlüğünü boğar.

<sup>60</sup> 30 Teşrinisani 1341 tarih ve 667 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Ünvanların Men ve İlgasına Dair Kanun, md. 1/2: "Alelumum tarikatlarla şeyhlik, dervişlik, müritlik, seyyidlik, çelebilik, babalık, emirlik, nakiplik, halifelik, falcılık, büyücülük, üfürükçülük ve gâipten haber vermek ve murada kavuşturmak maksadıyla nüshacılık gibi ünvan ve sıfatların istimalile bu ünvan ve sıfatlara ait hizmet ifa ve kisve iktisası memnudur". Bkz. Mumcu, *Türk Devriminin*, s. 133.

denin mümkün olduğu kadar dinsel etkilerden masun olarak tezahürünü sağlamak istemiştir.<sup>61</sup>

O halde, TCK'nun 163. maddesinde, suçla ihlâl edilen ve cezayla korunun hukuki değer veya menfaat, esasını egemenliğin kaynağını beşeri iradede bulan devlet ve toplum düzeninin, dolayısıyla bu düzenin sağlanmasına matuf ilkelerin, yani eşitlik, din ve vicdan hürriyetinin korunmasına ilişkin kamusal yararadır.

## 2. Devletin sosyal, ekonomik, siyasi, hukuki temel düzeni

TCK'nun 163. maddesinde yer alan Devletin sosyal veya ekonomik veya siyasi veya hukuki temel düzeni acaba ne anlama gelmektedir? Söz konusu kavramların anlamlarını belirlemede hukuki veya hukukdışı ölçüler kullanılabilir. Hukuk dışı ölçüler, bilindiği üzere, öznel ölçülerdir. Hukuk uygulaması nesnel ölçüler ister. Bu da ancak hukuk düzeninden hareketle elde edilebilir. O halde, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki temel düzenlerini tayinde esas alınacak hareket noktası, kişisel görüşler değil, hukuk düzenimizin kendisidir.

Gerçekten, TCK'nun 163. maddesi, herhangi bir sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki temel düzenden değil, Türk devletinin sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki düzeninden söz etmektedir. Devleti kuran Anayasadır.<sup>62</sup> Böyle olunca, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki temel düzenleri, Anayasanın kurduğu ve Anayasa esas olmak üzere daha alt düzey normlarca kurulan düzenlerdir. Yargıtay, mezkûr maddede tadat olunan Devletin içtimai temel nizamı, bir toplumun varlığını ve devamını sağlayan kural ve kuruluşları; Devletin iktisadi temel nizamı, servetin üretim, dolaşım ve bölünüşünü, sermaye ve emek sahibi arasındaki münasebetleri düzenleyen esas ve usulleri; Devletin siyasal temel nizamı devletin varlığını, kuruluş şeklini ve onları düzenleyen kaideleri; Devletin hukuki temel nizamı, toplum için devletin her alanda koyduğu düzenleyici bütün kural-ları ifade eylemektedir derken,<sup>63</sup> hiç kuşkusuz bu hususa işaret etmektedir.

Varılan bu sonuç tartışılmaz. Hukuk düzenimizin bir niteliği egemenliğin kaynağının beşeriliği esası olduğuna göre, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı ilkesi karşısında, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki temel düzenlerinden maksat, Anayasaya uygun olarak kurulmuş olan toplumsal, ekonomik, siyasi ve hukuki hayatın kuralları, bu kural-

<sup>61</sup> Bkz. 24.7.1953 tarih ve 6187 sayılı Vicdan ve Toplanma Hürriyetinin Korunması Hakkında Kanun.

<sup>62</sup> Grisafullu, *Lezioni di diritto Costituzionale*, Padova, 1962, s. 99 vd.

<sup>63</sup> As. Y. 3. D. 24.10.1973 T., 146 E, 242 K.; Mumcu, *Türk Devriminin*, s. 135 vd.

lardan oluşan kurumları ve sistemleridir. Bu durumda, devletin toplumsal, ekonomik, siyasi ve hukuki temel düzenlerini kuran kuralların, kurumlar ve sistemlerin temel niteliği, kaynaklandığı temel normla bağıntılı olarak, beşeri aklın ve iradenin ürünü olmasıdır. Mesele bu şekilde alındığında, ilâhi kural, kurum ve sistemlere dayanan toplumsal, ekonomik, siyasi ve hukuki düzenler, niteliği lâiklik olan bir hukuk düzeninde, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenlerinin karşısını teşkil etmektedirler.<sup>64</sup>

### 3. TCK'nun 163. maddesinde din kavramı

TCK'nun 163. maddesi lâikliğe aykırı olarak devletin temel düzenlerini "dini esas ve inançlara uydurmaktan", "dini hissiyatı, dince mukaddes sayılan şeyleri, dini kitapları alet" etmekten söz etmektedir.

O halde din nedir?

TCK'nun 163. maddesi, 175. maddeden farklı olarak,<sup>65</sup> belli bir dinden veya belli dinlerden değil, sadece dinden söz etmektedir. Zaten tersi söz konusu olsaydı, bu, açıkça belirtilirdi. Kanun koyucunun tavsifte suskunluğu dinden belli bir dini anlamamayı zorunlu kılmaktadır.<sup>66</sup>

Belli bir dinin değil, ama dinin tanımını yapmak kolay değildir. Hatta üzerinde uyushulmuş bir din tanımının bulunmadığı da söylenebilir.<sup>67</sup> Bununla birlikte, din, genellikle, insan hayatını üstün bir düzene, özellikle her şeyin başlangıcı ve sonu olarak anlaşılan bir ilâha (tanrı) bağlayan inançlar ve ibadetler bütünü olarak tanımlanmaktadır.<sup>68</sup> Ancak dinin bu veya benzeri bir tanımı, TCK'nun 163. maddesinin yorumu ve uygulanmasında, bizi belirsizliklere götürebilir.

Bu durum karşısında, TCK'nun 163. maddesinde yer alan dinin ne olduğunu tayinde, iki ölçüden yararlanılabilir: Ya hukuk dışı ölçülere gidi-

<sup>64</sup> BAK. Erem, Ceza Hukuku, III, s. 108 vd; Özek, Lâiklik, s. 326 vd; Daver, Lâiklik, s. 197 vd.

<sup>65</sup> 15.1.1986 tarih ve 3255 sayılı kanunla değiştirilmeden önce TCK'nun 175. maddesinde "devletçe tanınmış dinler" terimi kullanılmıştı, 175. maddeyi değiştiren bu kanunla "semavi dinler" terimi kullanılmıştır. Söz konusu kanun, Anayasa Mahkemesinin 4.11.1986 tarih ve E. 1986/11, K. 1986/26 sayılı kararıyla Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

<sup>66</sup> Gerçekten, 163. madde, dinden, belli bir dini, özellikle müslümanlığı kastetmektedir denemez. Burada, dinden maksat, aşağıda da belirtileceği üzere, egemenliğin kaynağını ilâhi kılan her çeşit inanç ve ibadet sistemleridir. Erem, Türk Ceza Hukuku, ÖH., Ankara, 1985, s. 110: Hıristiyanlık propagandası bakımından mevzuatımızda bir boşluk olduğu zannındayız.

<sup>67</sup> Brelich, Introduzione, s. 3; Taplamacıoğlu, Din Sosyolojisi, s. 49 vd.

<sup>68</sup> Enciclopedia garzanti, Milano, 1964, II, s. 1169 vd., Dizionario garzanti della Lingua Italiana, Milano, 1965, s. 1424-5.

lır, ya da hukukî ölçülerden yararlanır. Hukuk dışı ölçüler, çok zaman sonuçsuz tartışmalara yol açar. Esas alınan başlangıç noktasına göre çeşitli tanımlar, bunun sonucu olarak çeşitli uygulamalar ortaya çıkar. Bu, sonuçta kanunilik, dolayısıyla hukukta kesinlik ilkesini zedeler. Hukuki bu zorunluluk, hiç kuşkusuz, TCK'nun 163. maddesinde yer alan dinden ne anlaşıldığını hukuk içinde kalarak açıklamayı gerektirir.

Hukuk içinde kalındığında, TCK'nun 163. maddesi bakımından önemli olan, dinin şu veya bu biçimde anlaşılması değildir, tersine kendisinin dini nasıl anladığıdır. Söz konusu madde hükmü, bilindiği üzere, lâik devlet ve toplum düzenini korumaktadır. Lâikliğin ifadesi, egemenliğin kaynağının beşeri olmasıdır. Böyle olunca, TCK'nun 163. maddesinde ifadesini bulan din, egemenliğin kaynağını ilahi irade kılan, dolayısıyla bu kaynak esas olmak üzere toplumsal, ekonomik veya hukuki toplumsal düzenler kuran davranış, inanç ve ibadet sistemleridir. Bu durumda, bu inanç ve ibadet sistemlerinin, ismi ne olursa olsun, ilkel veya gelişmiş olması, başka inanç veya ibadet sistemlerince tanınıp tanınmaması, muteber sayılıp sayılmaması, yaygın veya yerel olması her hangi bir önemi haiz bulunmamaktadır.

#### 4. Siyasi amaç, siyasi menfaat temin ve tesis eylemek

TCK'nun 163. maddesinde, "siyasi menfaat temin ve tesis eylemek maksadıyla dini veya dini hissiyatı ve dince mukaddes sayılan şeyleri alet ederek" propaganda yapmayı veya telkinde bulunmayı suç saymıştır. Burada, siyasi amaç, siyasi menfaat kavramlarının herkesce kabul edilebilir bir açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Aksi takdirde, bu kavramlara verilecek anlama bağıntılı olarak, hükmün alanı keyfi surette daralıp genişleyecektir. Bu, her halde kanunilik ilkesini ihlâl eder.

Siyasetin ne olduğu konusu tartışmalıdır.<sup>69</sup> Siyaset, dilde; devlet şeklinde teşkilatlanmış olan toplumsal hayat bilimi, devlet teorisi, devlet yönetme sanatı, bir devletin yöneldiği amaçlar ve bu amaçlara ulaşmak için kullanılan vasıtalar bütünü, kamusal faaliyete taraf olan kimsenin faaliyeti, kamu hayatıyla ilgili her şey anlamına gelmektedir.<sup>70</sup> Doktrinde, siyaset, kimine göre ulusal toplulukta teşkilâtlanmış iktidar demek olan devlet bilimi, kimine göre bütün toplumlarda teşkilâtlanmış iktidar bilimi, hattâ kimine göre sadece iktidar bilimi olarak tanımlanmaktadır.<sup>71</sup> Ancak, siyaset kavramının izafi olduğu konusunda kuşku yoktur.<sup>72</sup> Bu-

<sup>69</sup> Duverger, *Introduzione alla politica*, Laterza, Bari, 1966, s. 7, 9 vd., 17 vd.; Mosca, *Storia delle dottrine politiche*, Laterza, Bari, 1966, s. 11 vd.

<sup>70</sup> Duverger, *Introduzione*, s. 9 vd.; *Dizionario garzanti*, s. 1289.

<sup>71</sup> Duverger, *Introduzione*, s. 12.

<sup>72</sup> Duverger, *Introduzione*, s. 12.

nunla birlikte, siyaset kavramının insan-vatandaş, açıkçası fert-kamu terimlerine dayandığı, dolayısıyla iktidarla, devlet teşkilât ve yönetimiyle ilgili olduğu açıktır.<sup>73</sup> Burada siyaset kavramının iki farklı yönü ortaya çıkmaktadır: Devlet denen kamu tüzel kişininin teşkili ve en genel anlamda bunun yönetimine katılma, devlette iktidar mücadelesine katılma. Gerçekten, hukuk düzenimiz genel çizgileriyle ele alındığında, siyasi hayatın bu iki farklı görünümüyle ele alındığı görülür. Hukuk düzeni bir yandan toplumun siyasi yönünü ifade eden devlet hayatına katılmayı düzenlerken, öte yandan devlet hayatında iktidar mücadelesine katılmayı düzenlemektedir. Birinci anlamda, siyaset, devlet hayatında her vatandaşın yapmakla zorunlu olduğu bir etkinliktir. İkinci anlamda, siyaset, ferden veya teşkilât olarak iktidarda kalma veya iktidara gelme etkinlikleridir. Birinci tür etkinlikler, her vatandaş için doğal ve zorunludur, çünkü başka türlü vatandaş olmak mümkün değildir. Oysa ikinci tür etkinlikler, her vatandaşın vatandaş olarak yapmakla zorunlu olduğu etkinlikler değildir, çünkü bunlar iktidar mücadelesine katılmayı, bu mücadelede taraf olmayı sağlayan etkinliklerdir. Bu durumda, TCK'nun 163. maddesinde yer alan "siyasi amaç", "siyasi menfaat" terimlerinden, acaba ne anlaşılması gerekir.

TCK'nun 163. maddesi anlamında siyasetten ne anlaşıldığını tayin için her halde gene hükmün kendisinden hareket etmek gerekecektir. Böylece hem belirsizlikler ortadan kalkacak, hem de keyfi tartışmalara yer bırakılmayacaktır.

Bilindiği üzere, TCK'nun 163. maddesinin tabanında yatan düşünce egemenliğin kaynağının beşeriliği ilkesidir. TCK'nun 163. maddesi anlamında siyaseti tayinde her halde en başta bu temel ilkedden hareket etmek gerekir. Ancak, bu yeterli değildir, çünkü siyaset kavramının farklı iki görünümünü birlikte düşünmeye imkân vermektedir. Böyle olunca, TCK'nun 163. maddesinin uygulanmasından amaçlanan kesinlik sağlanmaz. TCK'nun 163. maddesi, soyut siyaset yapmaktan değil, siyasi amaçla veya siyasi menfaat temin ve tesis eylemek maksadıyla dini veya dini hissiyatı veya dince mukaddes sayılan şeyleri alet etmekten söz etmektedir. O halde, bu hüküm karşısında, siyasetten anlaşılan, her vatandaşın devlet hayatında yapmakla zorunlu olduğu etkinlik değildir, ferden veya teşkilât olarak iktidarda kalma veya iktidara gelme, yani devlette iktidar mücadelesine katılma etkinlikleridir. Bu demektir ki, TCK'nun 163. maddesi, salt vatandaşlık sıfatından doğan etkinlikleri değil, dini veya dini hissiyatı veya dince mukaddes sayılan şeyleri alet ederek ferden veya bir teşkilâtın mensubu olarak iktidar mücadelesi vermeyi yasaklamaktadır.

<sup>73</sup> Gentile F., *Politica* (filosofia), in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1985, C. XXXIV, s. 60 vd.

Bununla güdülen amaç, egemenliğin kaynağı olan beşeri iradenin katıksızlığını sağlamak, böylece beşeri iradenin tahribine yol açabilecek davranışları etkisiz kılmaktır.

##### 5. Şahsi nüfuz veya menfaat temin etmek

TCK'nun 163. maddesi "şahsi nüfuz veya menfaat temin etmek maksadıyla" dini veya dini hissiyatı veya dince mukaddes sayılan şeyleri veya dini kitapları alet ederek propaganda yapmayı veya telkinde bulunmayı yasaklamaktadır. Burada şahsi nüfuz veya menfaat kazanmak maksadından, acaba ne anlaşılmalıdır? Bu terim, belli bir esasa bağlanmadan tanımlandığında herkes için bir başka anlam ifade edebileceğinden,<sup>74</sup> hükmün uygulanmasında keyfiliğe götürür. Sonuçta, kanunilik ilkesi ihlâl edilebilir.

Nüfuz, dilde, içe geçme, sözü dinlenme, sözü geçer olma, erk, etkili olma anlamlarına gelmektedir.<sup>75</sup> TCK'nun 163. maddesi, din alet edilerek başkaları üzerinde etkili olmak maksadıyla propaganda yapmayı yasaklamıştır. Ancak, nüfuzu dildeki bu anlamı içinde almak, yasağın sınırlarında belirsizlik sonuçlarını doğurmaya elverişlidir. O nedenle, TCK'nun 163. maddesinin uygulanmasında kanuniliğin sonucu olarak kesinlik sağlanmak isteniyorsa, hukukun içinde kalarak yasağın sınırlarını belirleyen bir ölçüyü bulmak zorunludur.

Yukarıda belirtildiği üzere, TCK'nun 163. maddesinin temelindeki düşünce, lâik devlet ve buna bağlı olarak toplum düzeninin korunmasıdır. Bu düşüncenin doğal sonucu, kanun önünde eşitlik, din ve vicdan hürriyetidir. Eşitlik; en başta bir din veya mezhepten olmayı veya olmamayı, fiilen veya hukuken kişiyi kişiye farklı kılan, kişiye diğer kişiler karşısında bir iktidar bahşeden, yahut üstünlük sağlayan bir nitelik olarak görmeye engeldir. Bu durum, bir dinin mensubu olma veya olmama, yahut bir dinin şu veya bu şekilde mensubu olma, bir dinde şu veya bu mertebeye ulaşmış bulunma şeklindeki kişiye diğer kişiler karşısında olumlu veya olumsuz toplumsal bir değer izafesini imkânsız kılar. Zaten Anayasa, kişilerin dini inanç ve kanaatlerinden ötürü kınanmalarını ve suçlanmalarını yasaklamaktadır. O halde keyfilikten kaçınmak, "şahsi nüfuz veya menfaat temin etmek maksadını" ancak Anayasanın 10 ve 24. maddeleriyle bağıntılı açıklamakla mümkündür.

Bu açıdan alındığında, şahsi nüfuz, menfaat temin etmek, din alet edilerek farklılaşmak, dinsel bir kişilik kazanmak, bu suretle fiilen veya

<sup>74</sup> Özek, Lâiklik, s. 410 vd.; Daver, Lâiklik, s. 207; Erem, Ceza Hukuku, III, s. 105, 109.

<sup>75</sup> Türkçe Sözlük, TDKY, Ankara, 1983, II, s. 888; Özon M.N., Osmanlıca Türkçe Sözlük, Ankara, 1971, s. 692.

hukuken dinsel bir iktidar birimi, dinsel bir erkin hamili olmak anlaşıl-  
mak gerekir.<sup>76</sup> Öyleyse, TCK'nun 163. maddesindeki yasak, dini veya dini  
hissiyatı veya dince mukaddes tanınan şeyleri veya dini kitapları alet  
ederek dinsel bir iktidar birimi, dinsel bir erkin hamili olmak maksadıyla  
propaganda yapmakla sınırlıdır. Öyle sanıyoruz ki, hukuk düzeni, bu ya-  
pıyla, ülkede, beşeri iktidarlar dışında, kişisel veya toplumsal, fiili veya  
hukuki hiçbir dinsel iktidara imkân vermemeyi sağlamak istemektedir.

## 6. Sonuç

Lâiklik, iktidar olgusu üzerine verilen bir değer hükmüdür.

Lâiklik, siyasi açıdan nasıl tanımlanırsa tanımlansın, Türk hukuk dü-  
zeninde egemenliğin kaynağının beşeriliği anlamındadır. Bu açıdan hu-  
kuk, ifadesini ister kanunda, ister toplumun yaşama biçiminde bulsun,  
düzeni olduğu toplumun iradesidir.

Lâiklik ilkesinin zorunlu ve temel sonucu, kanun önünde eşitlik, din  
ve vicdan hürriyetidir.

TCK'nun 163. maddesinde öngörölmüş olan suç, lâikliğin ve bunun  
sonucu olan kanun önünde eşitlik, din ve vicdan hürriyetinin bir temina-  
tıdır. O nedenle, söz konusu suç, din ve vicdan özgürlüğünü kısıtlama-  
makta, tersine, en kâmil anlamında gerçekleşmesine katkıda bulunmak-  
tadır.

TCK'nun 163. maddesinde yer alan Devletin sosyal, ekonomik, siyasi  
veya hukuki temel düzeni terimlerinden Anayasanın koyduğu sosyal, eko-  
nomik, siyasi ve hukuki düzen anlaşılmalıdır. Anayasanın dışında  
bir ölçüyle Devletin sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki düzenlerini tayin  
ve tanıma kalkışmak, kanunilik ilkesinin ihlâlidir.

TCK'nun 163. maddesi, her din veya dini inanışla değil, egemenliğin  
kaynağını beşerilikten çıkarıp ilâhi kılan dinler veya dini inanışlarla il-  
gilidir. Çünkü egemenliğin kaynağının beşeri iradeden çıkarılıp ilâhi ira-  
deye bağlanması kanun önünde eşitlik, din ve vicdan hürriyetinin ihlâline  
vücut verir.

<sup>76</sup> Erem, şahsi nüfuz ve menfaat temin için dini alet ederek propaganda yapma-  
nın yasaklanmasıyla korunan değer "din" olduğunu ifade etmektedir. Erem  
demektedir ki "Kanun koyucu dini yabancı tesirlerden uzak tutmak gibi doğ-  
ruluğundan şüphe olmayan bir maksat takip etmiştir (Ceza Hukuku, III, s.  
105). Bu düşünceye katılmıyoruz. TCK'nun 163. maddesiyle korunmak istenen  
değer din değildir, devletin bir niteliği olan lâiklik ilkesidir. Ferdi/toplumsal  
bir değer olarak din, TCK'nun 175. ve devamındaki maddelerinde korunmuştur.

TCK'nun 163. maddesinde yer alan siyasi amaç, siyasi menfaat terimleri, iktidar mücadelesinde taraf olmayı, dini hissiyatı, dince mukaddes sayılan şeyleri alet ederek iktidar mücadelesi vermek anlamına gelmektedir.

TCK'nun 163. maddesinde sözü edilen şahsi nüfuz veya menfaat terimi, kişinin bulunduğu toplumda, dini, dince mukaddes sayılan şeyleri, din kitaplarını alet ederek farklılaşması, dinsel bir erk kazanması anlamındadır.

Türk hukuk düzeninde ferdi/toplumsal bir kurum olarak ifadesini bulmuş olan din, Devletin bir lütfu değildir. Tersine Devlete karşı da ileri sürülebilen kişinin temel hak ve hürriyetidir. Bu hürriyetin temel teminatı, TCK'nun 163. maddesidir.<sup>77</sup>

<sup>77</sup> Erem, Ceza Hukuku, s. 188... Lâikliğe aykırı hareketi suç sayan 163. madde memleketimizde demokrasinin inkişafını sağlayacak kanun hükümlerinden biridir.