

## TCK'NUN 312. MADDESİNİN KORUDUĞU HUKUKSAL DEĞERİN KISA BİR ANALİZİ:

### TÜRK DEVLET DÜZENİ V. DEMOKRATİK KAMU DÜZENİ

*Doç. Dr. Fazıl Hüsnü ERDEM\**

İçinde TCK'nun 312. maddesinin de bulunduğu bir dizi yasa maddesi, 6.02.2002 tarih ve 4744 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"la değiştirilmiş, Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>1</sup>. İlgili maddenin değiştirilmesi sürecinde, yapılması düşünülen değişiklikler etrafında şiddetli ve yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Toplumun farklı kesimlerinin büyük ilgi gösterdiği bu tartışmalarda, söz konusu madde bağlamında Türkiye'deki düşünce özgürlüğü sorunu çeşitli boyutlarıyla ele alınıp incelenmiş ve demokratik kamuoyu bu konulara ilişkin geniş bir biçimde bilgilendirilmiştir. Ancak bu tartışmalarda, düşünce özgürlüğünün sınırlama sebeplerinden biri olan ve tartışma konusu olan maddenin korumayı amaçladığı bir değer olarak ortaya çıkan "kamu düzeni" kavramı üzerinde çok fazla durulmamıştır. Oysa, bu maddenin toplumsal-siyasal sistem içerisindeki yeri, önemi ve işlevini anlayabilmek, gerçekleştirilen değişikliği sağlıklı bir biçimde değerlendirebilmek, ileride yapılacak muhtemel değişikliklere ışık tutabilmek ve teorik öngörüler ile uygulama arasındaki açığı farkını ortaya koyabilmek için, söz konusu maddenin koruduğu hukuksal değerın çözömlenmesi gerekmektedir.

#### 1. Genel Olarak Kamu Düzeni Kavramı

TCK'nun 312. maddesi, "Ammenin Nizamı Aleyhine İşlenen Cürümler" başlıklı 5. babının birinci faslında düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında, "cürüm fiilini övme" ve "halkı kanunlara itaatsizliğe tahrik" suçları; ikinci fıkrasında ise, "halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik" suçu düzenlenmiştir. Gerek ilgili maddenin düzenlendiği bab'ın başlığından

---

\* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Bkz. Resmi Gazete, 19.02.2002-24676.

ve gerekse bu maddede düzenlenen suç tiplerinin niteliğinden, bu madde kapsamındaki suçlarla korunmak istenen hukuksal değer, “barış esasına dayalı kamu düzeni”<sup>2</sup> olduğu anlaşılmaktadır. Bu maddenin benzerlerine yer veren çeşitli ülke kanunlarında da bu suç tiplerinin, “kamu düzeni aleyhine işlenen cürümler” “insanlığa karşı suçlar”, “barışa ve insanlığa karşı suçlar” ve “kamu huzuruna karşı suçlar” arasında düzenlendiği görülmektedir<sup>3</sup>.

Kamu düzeni kavramı, özü itibariyle hukuksal bir nitelik taşımadığından dolayı nesnel bir tanımının yapılması çok güç olan bir kavramdır. Esas olarak toplumsal-siyasal içerikli bir kavram olduğundan, kamu düzeni kavramının, tıpkı diğer bu tür içeriğe sahip kavramlar gibi, hukuksal bir kalıp içerisinde ifade edilmesi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir anlatımla, söz konusu kavramın, değişkenlik ve görecelilik gibi özellikleriyle dikkat çeken toplumsal-siyasal nitelikli kavramlardan biri oluşu dolayısıyla, hukuk kalıbında yoğrulup şekillendirilmesi gibi önemli bir sorunla karşı karşıya bulunmaktayız.

Gerçekten, kamu düzeni kavramı, bu özelliği nedeniyle ki, farklı siyasal sistemlere, yönetimlere, toplumsal-siyasal koşullara, zaman ve mekânlara göre değişebilen bir kavramdır. Ancak, bu kavram, içeriği bakımından değişken ve göreliliğine karşılık, yine de değişmeyen bir özü bünyesinde barındırmaktadır. Bu öz, “toplum hayatında maddi bir karışıklığın olmaması, kaba kuvvetin, kaos ve anarşinin hüküm sürmemesi, aksine, belli bir düzenliliğin ve barışın hâkim olmasıdır”<sup>4</sup>. Başka bir anlatımla, kamu düzeni, “toplumun sosyal ve siyasal yapısını kurmasını, karışıklık içerisinde bulunmamasını, barış ve huzur içerisinde yaşamasını, düzenli ve uyumlu bir biçimde gelişmesini belirtmektedir”<sup>5</sup>. Yargıtay’a göre de kamu düzeni, “toplum hayatının huzur ve güvenlik içinde yürütülmesini sağlayan düzenin bütünüdür”<sup>6</sup>. Kısaca, kamu düzeni, insanların toplu halde yaşamasını mümkün kılan iç barıştır<sup>7</sup>.

Görüldüğü gibi, kamu düzeni, toplumsal yaşamın huzur, barış ve güvenlik içerisinde sürdürülebilmesinin gerekli maddi koşulu olarak ortaya

<sup>2</sup> ÖZGENÇ, İzzet: “Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ceza Hukuku”, 75. Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, Diyarbakır, 1998, s.188.

<sup>3</sup> Mukayeseli hukuka ilişkin geniş bir inceleme için bkz. GÖKÇEN, Ahmet: Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001, s.43-59.

<sup>4</sup> TANÖR, Bülent: Siyasî Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul, s.138.

<sup>5</sup> GÖKÇEN: s.66-67. Benzer bir tanım için bkz. SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler (Kişi ve Mala Karşı Cürümler), Cilt 2, Savaş Yayınevi, Ankara, 1996, s.133.

<sup>6</sup> Bkz. Yargıtay 9.CD, E.1974/2, K. 1974/2, k.t., 18.6.1974. Bu karar İstanbul Barosu Bilgi Bankası arşivinden alınmıştır.

<sup>7</sup> KABOĞLU, İbrahim Ö. : Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı), Genişletilmiş 4. Baskı, Afa Yayıncılık, İstanbul, 1998, s.60.

çıkılmaktadır. Buna göre, kamu düzeninden kasdedilen, kamunun “maddi düzeni”dir. Kamunun maddi düzeni ise, toplu halde yaşamı engelleyen ölçülerdeki rahatsızlık, huzursuzluk ve düzen bozukluklarının giderilmesini ifade eder<sup>8</sup>. Bu öğeleriyle kamu düzeni, aynı zamanda siyasal iktidarın varlık nedenini oluşturmaktadır. Zira, siyasal iktidar, herşeyden önce, kamunun dirlik ve dinginliğini sağlamak için vardır. Siyasal iktidar, kamunun dirlik ve dinginliğini sağlamak suretiyle toplumsal barışı tesis etmeye hizmet etmektedir. Dolayısıyla, kamu düzeni, özü itibarıyla, toplumsal barışı sağlamanın bir “araç-değeri” olarak ortaya çıkmaktadır.

Demek ki, TCK'nun 312. maddesinde tanımlanan eylemlerin cezai yaptırıma bağlanmak suretiyle işlenmesinin önlenmek istenmesi, toplumda barışı tesis etme amacına yöneliktir. Bu amaç özellikle maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suç tipinde çok daha belirgindir. Gerçekten, bu fıkra düzenleneni “halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik suçu”, farklı sınıf, ırk, din, mezhep ve etnik kökene bağlı insanlardan oluşan bir toplumun barış içerisinde birlikte yaşamasının hukuksal güvencesini oluşturmaktadır. Bu hukuksal güvence, demokratik devletin işlerliği açısından yaşamsal bir öneme sahiptir. Zira, demokrasi, barışçı bir toplumsal birlikteliğin ortak platformunu temsil etmektedir. Daha açık bir deyişle, demokrasi, “farklılıkların doğallıkla biraradılığıdır”<sup>9</sup>. Farklılıkların barış içerisinde biraradılığı ise, ayrı dünya görüşlerine, dinsel ve mezhepsel inanışlara, etnik köken ve toplumsal sınıflara mensup birey ve toplulukları kucaklamak, söz konusu farklılıklardan herhangi birine öncelik ya da üstünlük tanımamakla sağlanabilir. Eğer toplumda mevcut bu farklılıklardan biri ya da birkaçı diğerlerinin aleyhine olmak üzere öne çıkartılır ve bunlara daha fazla değer verilirse, bu gibi durumlarda demokrasinin varlığından söz etmek güçleşir<sup>10</sup>. Çünkü, bu tür ayrımcı politikalar, demokrasinin dayanağı olan “farklı yaşam tarzlarının meşruluğu” ve “barışçı toplumsal birliktelik”<sup>11</sup> temel değerlerini yok etmektedir.

TCK'nun 312. maddesinde değişiklik yapılmasını öngören 4744 sayılı Kanununun 2. maddesinin gerekçesinde de, bu maddenin koruduğu hukuksal değerlere ilişkin benzer değerlendirmelere yer verildiği görülmektedir. Gerçekten ilgili madde gerekçesinde -çağdaş yaklaşımlara koşut olarak- şu görüşlere yer verilmiştir: “Çağdaş uygar toplum çoğulcudur. Bunun anlamı, toplumun, değişik din, mezhep, ırk, sosyal sınıf, bölge farklılığı, siyasal görüşler, idealler, toplum insanlarına hizmet bakımından farklı yollar, metotlar, değişik zihniyetler taşıyan insanlardan oluştuğudur. Böyle bir

<sup>8</sup> KABOĞLU, İbrahim Ö. : Kollektif Özgürlükler, DÜHF Yayınları, Diyarbakır, 1989, s.134.

<sup>9</sup> KILIÇBAY, Mehmet Ali: “Demokrasiye Geçit Vermeyen Düşman Kardeşler: Dincilik ve Laikçilik”, Türkiye Günlüğü, Sayı 29, (Temmuz-Ağustos 1994), s.119.

<sup>10</sup> Ibid., s.120.

<sup>11</sup> ERDOĞAN, Mustafa: “Demokrasi, Laiklik, Resmi İdeoloji”, Türkiye Günlüğü, Sayı 29, (Temmuz-Ağustos 1994), s.114.

toplum yapısında demokratik ilke, farklılıklar içerisinde bütünleşmeyi sürdürerek birlikte, barış içerisinde yaşamayı zorunlu kılar; sosyal yapıyı oluşturan yapısal unsurlar birbirleriyle ahenkli bir bütün oluşturmakta devam etmelidir. Bütünleşme derecesi ne derecede yüksek olursa, demokratik özgürlükler de toplumda aynı oranda geniş olarak kullanılabilir. Bütünleşmenin temel koşullarının başında, değişik yapıdaki insanların, değişik fikir, kanaat ve inançları tam bir hoşgörü ile karşılamayı benimsemeleri, bu tutumu içlerine sindirmiş bulunmaları gelmektedir. O halde kişilerin, maddenin saydığı farklılıkları esas alarak düşmanlığa, kin beslemeye alenen tahrik edilmelerinin ortaya çıkaracağı tehlikeye karşı hukuk sisteminin savunma araçları getirmesi gerekli ve zorunludur. Hele toplum yapısı, geniş bir mozaik biçiminde olan ülkeler yönünden bu zorunluluk daha da önemlidir”<sup>12</sup>.

İlgili maddenin değişiklik gerekçesinden de açıkça anlaşılacağı gibi, kamu düzeni kavramı, çağdaş toplumun çoğulcu niteliği ve farklılıkların barış içerisinde uyumlu biçimde yaşatılması gerekliliğinin doğal ve vazgeçilmez bir hukuksal değeri olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, insan haklarına dayanan çağdaş çoğulcu toplum yapısının kurucusu niteliğindeki birçok uluslararası belgede de bu hukuksal değer korunmak istendiğini görmekteyiz. Sözgelimi, 1966 tarihli “Sivil ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”nin 20. maddesinde, “1. Her türlü savaş propagandası kanunla yasaklanır. 2. Ayırım, düşmanlık yahut şiddete yol açan ulusal, ırksal yahut dinsel nefret savunuculuğu kanunla yasaklanır” ifadesine yer verilmektedir. Yine benzer şekilde, 2000 tarihli “Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi”nin “ayrımcılık yasağı” başlıklı 21.maddesi, “1. Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, kalıtsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, hususiyet, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel eğilim gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılması yasaktır. 2. Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşma ve Avrupa Birliği Antlaşmasının uygulanması kapsamı çerçevesinde ve söz konusu Antlaşmaların özel hükümleri saklı kalmak üzere milliyet nedeniyle her türlü ayrımcılık yasaktır” demek suretiyle, barış esasına dayalı kamu düzeni korunmak amaçlanmaktadır.

## 2. Özgürlükleri Sınırlama Sebebi Olarak Kamu Düzeni Kavramı

Kamu düzeni kavramına ilişkin yukarıda yapılan genel değerlendirmelerden, bu kavramın, hem özgürlüklerin kullanımının gerekli koşulunu ve hem de özgürlükleri sınırlamanın temel sebeplerinden birini oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda kamu düzeni kavramı, özgürlüklerin ancak bir “düzen” içerisinde mevcut olabileceği ve kullanılabilceği gerçeği ile, “ ‘herkes için özgürlük’, ‘paylaşılmış

<sup>12</sup> Bkz. <http://www.belgenet.com/yasa/k4709-u2.html>.

özgürlük'tür; paylaşılmış özgürlük ise 'sınırlı'dır'<sup>13</sup> önermesinin ifade ettiği gerçekliğin keşiştiği noktada yer almaktadır.

Özgürlüklerin bireyler açısından pratik bir değer ifade etmesi, toplumsal yaşamın gereği olarak paylaşılan özgürlüğün kötüye kullanılmasının önlenmesi ve çatışan özgürlüklerin uzlaştırılması gerekliliği, bunların hukuk tarafından düzenlenmesini ve böylelikle sınırlanmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Hukukun, özgürlükleri düzenlerken/sınırlarken dayandığı ölçüt-değerlerin başında "kamu düzeni" kavramı gelmektedir.

Nitekim, gerek uluslararası hukuk belgelerinde ve gerekse iç hukuk düzenlemelerinde kamu düzeni kavramı, özgürlükleri sınırlamanın meşru bir değeri olarak kabul edilmiştir. Gerçekten, "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi"nin 29. maddesi, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"nin 6, 8, 9, 10 ve 11. maddeleri<sup>14</sup>, "Sivil ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme"nin 12, 14, 18, 21 ve 22.maddeleri, "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi"nin 13, 15, 16 ve 22. maddeleri "kamu düzeni"ni kimi özgürlükleri sınırlamanın meşru sebebi olarak kabul etmektedirler.

Aynı şekilde, çeşitli demokratik ülke anayasalarında da "kamu düzeni" kavramı, özgürlükleri sınırlama sebebi olarak öngörülmektedir. 1949 tarihli Alman Anayasası'nın 13. maddesi, 1929 tarihli Avusturya Anayasası'nın 10 ve 102. maddeleri, 1983 tarihli Hollanda Anayasası'nın 8. maddesi, 1978 tarihli İspanya Anayasası'nın 16 ve 21. maddeleri, 1975 tarihli İsveç Anayasası'nın 8. Bölümü'nün 7. maddesi, 1999'da kabul edilip 2000 yılında yürürlüğe giren İsviçre Anayasası'nın 185. maddesi ve bunlar gibi birçok ülke anayasasının ilgili maddelerinde "kamu düzeni", özgürlüklerin sınırlama sebepleri arasında sayılmaktadır<sup>15</sup>.

Ülkemizde de, başta Anayasa olmak üzere çeşitli yasalarımızda "kamu düzeni" sebebine dayanılarak özgürlükler sınırlanabilmektedir. Anayasa'da düzenlenen "özel hayatın gizliliği" (m.20), "konut dokunulmazlığı" (m.21), "haberleşme hürriyeti" (m.22), "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" (m.26), "basın hürriyeti" (m.28), "kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı" (m.31), "dernek kurma hürriyeti" (m.33), "toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı" (m.34) ve "sendika kurma hakkı" (m.51) gibi hak ve özgürlüklerin "kamu düzeni" gerekçesiyle sınırlandırılacakları açıkça ifade edilmektedir. Anayasadaki düzenlemelere koşut olarak, ilgili hak ve özgürlüklerin düzenlendikleri

<sup>13</sup> KABOĞLU: Özgürlükler Hukuku, s.59.

<sup>14</sup> AİHS'nin 6 ve 9. maddelerinde "kamu düzeni"nden, 8. maddesi "ülkenin dirlik ve düzeni" ile kamu düzeninin önemli bir unsuru olan "kamu güvenliği"nden, 10. maddesi "kamu güvenliği"nden ve son olarak 11. maddesi hem "kamu güvenliği"nden ve hem de "barış ve düzen"den söz etmektedir.

<sup>15</sup> İlgili devletlerin anayasaları için bkz. <http://www.uni-wuerzburg.de/law>.

yasalarda da bu sınırlama sebebine yer verildiği görülmektedir. Örneğin, 3713 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu”nun 1. maddesi, 5680 sayılı “Basın Kanunu”nun Ek 1. maddesi, 3984 sayılı “Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun”un 4. maddesi, 2911 sayılı “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu”nun 17 ve 19. maddeleri, 2908 sayılı “Dernekler Kanunu”nun 5 ve 54. maddeleri ve bunlara benzer birçok yasa maddesinde “kamu düzeni”, bir sınırlama sebebi olarak yer almaktadır.

Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, ulusal ve uluslararası hukuk belgelerinde özgürlükleri sınırlamanın başlıca sebeplerinden biri olarak yer alan kamu düzeni kavramı, gerek yasa koyucuların ve gerekse uygulayıcıların elinde, özgürlükleri aşırı sınırlamanın ve bastırmanın etkin bir silahına dönüşebilmektedir. Öyle ki, söz konusu kavram, niteliği ne olursa olsun kurulu olan herhangi bir düzenin korunması ve sürdürülmesinin bir mücadele aracı olarak kullanılabilir<sup>16</sup>. Nitekim, totaliter ve/veya baskıcı rejimlerde bu tür eğilimlere sık rastlanmakta; kamu düzeni kavramı, özgürlükleri güvence altına almanın değil, onları bastırmak suretiyle mevcut düzeni korumanın hukuksal ve söylemsel aracını oluşturmaktadır. Oysa, bu tür rejimlerden farklı olarak demokratik rejimlerde kamu düzeni, özgürlükler açısından bir güvenceyi ifade etmektedir<sup>17</sup>. Bu güvence ise, kamu düzenininin, çatışan özgürlükler arasında uzlaşmayı sağlayan, toplumsal barış ve bütünlüğe hizmet eden özellikleriyle sağlanmaktadır.

Demek ki, kamu düzeni kavramının demokratik bir toplumda özgürlükleri güvenceli kılma, barışı koruma ve sürdürme işlevini yerine getirebilmesi, bu sınırlama ölçütünün her türlü ideolojik içerikten uzak tutulmasına bağlıdır. Bu husus, demokratik çoğulcu toplum yapısını korumanın onsuz-olmaz (sine qua non) koşuludur. Zira, kamu düzenini korumak gerekçesi altında belli bir ideolojinin dokunulmazlık zırhına büründürülmesi ya da “en fazla korunmaya mazhar” bir ideolojik kategorinin yaratılması çoğulculuğu baltalayacaktır. Halbuki, demokratik ve çoğulcu bir kamu düzenini korumak demek, belli bir ideolojiyi değil, ideolojik içerikten arındırılmış bir toplumsal ve hukuksal düzenliliği korumak demektir<sup>18</sup>. Başka bir anlatımla, çoğulcu demokratik toplumlarda, özgürlükleri sınırlama ölçütü olarak kamu düzeni kavramı, ideolojik tekçiliği değil, tam tersine ideolojik çoğulculuğu koruma ve güvence altına alma amacıyla kullanılır.

Düşünce özgürlüğü bağlamında söyleyecek olursak, kamu düzenini korumak adı altında doğrudan ya da dolaylı olarak belli bir ideolojiyi ve bunun temsilcilerini himaye etmek mümkün olmadığı gibi, bu ideolojiyle

<sup>16</sup> KABOĞLU : Kollektif Özgürlükler, s.136.

<sup>17</sup> SUNAY, Reyhan: İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001, s.196.

<sup>18</sup> TANÖR: Siyasi Düşünce Hürriyeti, s.140.

ters düşen siyasi düşünceleri yasaklamak da mümkün değildir. Zira, kamu düzenini koruma ile kastedilen, belirli bir dünya görüşü, siyasal felsefe ya da ideolojinin eleştiri ve tartışmalara konu edilmemesi değil, toplumun maddi ve fiziki düzenini bozacak nitelikteki faaliyetlerin engellenmesidir<sup>19</sup>. Dolayısıyla, bu kavrama dayanılarak getirilebilecek sınırlamalar ideolojik içerik sınırlamaları değil, sadece düşüncenin açığa vuruluş şekli, zamanı ve yeri bakımından düzenlenmesidir<sup>20</sup>.

Kamu düzeni gerekçesiyle düşünce özgürlüğünün sınırlandırılmasında çatışan iki değerın uzlaştırılması sorunu ortaya çıkmaktadır. Bir yandan, bütün diğer özgürlük türleriyle iç içe geçmiş olduğu için “kavşak özgürlük” ve birçok özgürlüğün varlık sebebini oluşturduğundan dolayı “çekirdek özgürlük” olarak değerlendirilen “düşünce özgürlüğü”nün güvence altına alınması, diğer yandan da, bütün özgürlüklerin kullanımının asgari koşulu olan toplumsal ve hukuksal düzenliliğin sağlanması ile özgürlüklerin kötüye kullanılmalarının önlenmesinin bir gereği olan “kamu düzeni”nin korunması zorunluluğuyla karşı karşıya bulunmaktayız. Bu sorunun çözümünde, söz konusu değerlerden biri diğerine feda edilmeden, her ikisinin birlikteliğinin sağlanması gerekmektedir. Kuşkusuz, her iki değerın birlikte varoluşlarının sağlanması, karşılıklı sınırlama ve dengeleme çabalarını beraberinde getirmektedir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, sınırlama ve dengeleme çabaları, hiçbir zaman düşünce özgürlüğü aleyhine işleyecek ve bu özgürlüğü işlevsiz hale getirecek bir anlayışın ürünü olmamalıdır. Zira, insan haklarına dayalı demokratik bir toplumda sayısız işlevler yerine getiren ve böyle bir toplum yapısının “onsuz-olmaz” koşulunu oluşturan düşünce özgürlüğü, korunması gereken değerlerin başında gelmektedir. Dolayısıyla, “özgürlüklerin esas, sınırlamanın istisna” olduğuna ilişkin genel ilkeden hareketle, düşünce özgürlüğünün, ancak kamu düzeni açısından zorunlu ve istisnai bir tedbir olarak sınırlandırılması kabul edilmelidir<sup>21</sup>.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) çerçevesinde oluşturulmaya çalışılan “Avrupa Ortak İnsan Hakları Hukuku” da, yukarıda ortaya konulan sorunun çözümüne ilişkin olarak benzer sonuçlara varmaktadır. “Avrupa Anayasal Belgesi” olarak adlandırılan AİHS'nin uygulanması ve yorumlanmasında temel bir işlev üstlenen, bu bağlamda Sözleşme kapsamına giren özgürlükler açısından geçerli olan standartları oluşturmaya çalışılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin, “Avrupa kamu düzeni karakterine yaslanarak”<sup>22</sup> geliştirdiği içtihatlar incelendiğinde, Mahkeme'nin, her iki değer arasındaki hassas dengeyi

<sup>19</sup> SUNAY: s.85.

<sup>20</sup> TANÖR: Siyasi Düşünce Hürriyeti, s.143.

<sup>21</sup> SUNAY: s.73-74.

<sup>22</sup> SELÇUK, Sami: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması”, Türkiye Günlüğü, Sayı 54, (Ocak-Şubat 1999), s.6.

düşünce özgürlüğü lehine kurmaya çalıştığı görülmektedir. Demokrasiyi, “Avrupa kamu düzeni”nin temel bir unsuru olarak kabul eden<sup>23</sup> ve düşünce özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki yaşamsal önem ve işlevini dikkate alan AİHM, kararlarında, kamu düzeninin (ve diğer meşru sınırlama sebeplerinin)<sup>24</sup> “dar yorumlanması ve sınırlamaya duyulan ihtiyacın ikna edici bir biçimde ortaya konulması” gerektiğine yer vermektedir<sup>25</sup>. Bu suretle AİHM, meşru bir sınırlama sebebi olarak kamu düzeni kavramının ulusal makamlarca keyfi bir biçimde yorumlanamayacağını; aksine, söz konusu kavramın düşünce özgürlüğü lehine olmak üzere dar bir biçimde ve “Sözleşmenin anlam bütünselliği içinde”<sup>26</sup> yorumlanması gerektiğini vurgu yapmaktadır. Öte yandan AİHM, AİHS’nin 10/2. maddesinde yer alan ve sınırlamanın “demokratik bir toplumda gerekli bir tedbir” niteliğinde olmasını şart koşan hükmün uygulanmasında kabul ettiği esaslarla ilgili özgürlüğün sınırlanmasına birtakım kayıtlar getirmektedir.

Gerçekten, “demokratik toplumda gerekli olma” ölçütünün uygulanmasında AİHM şu unsurları gözönünde bulundurmaktadır: (a) “Zorlayıcı toplumsal ihtiyaç”. Demokratik toplumda gerekli olma ölçütü, düşünce açıklamasının sınırlanmasına ilişkin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın varlığını öngörmektedir. Buna göre, eğer düşünce açıklamasını sınırlama gerekliliği zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanmıyorsa, bu takdirde düşünce açıklaması sınırlanamayacaktır<sup>27</sup>. (b) “Takdir yetkisi”. Sözleşmenin uygulanmasında üye devletlerin birincil sorumluluğu, üye devletlerin, düşünce özgürlüğüne ilişkin sınırlama sebeplerini oluşturmada takdir yetkisi (değerlendirme serbestliği)ne sahip olmalarını gerektirmektedir. Sözleşme ile üye devletlerin iç hukukları ve uygulamaları arasında uyum sağlamayı amaçlayan bu ilke<sup>28</sup>, hiçbir zaman devletlerin sınırsız bir değerlendirme serbestliğine sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Zira, devletlerin bu alandaki yetkisi Mahkeme’nin denetimine tabidir<sup>29</sup>. (c) “Ölçülülük”. Düşünce özgürlüğüne yapılacak müdahale ile elde edilmek istenen amaç arasında bir dengenin kurulması

<sup>23</sup> Bkz. Loizidou/ Türkiye (İlk itirazlar), 23 Mart 1995, A. 310.

<sup>24</sup> AİHS’nin 10/2 maddesinde sayılan meşru sınırlama sebepleri şunlardır: Milli güvenliği, toprak bütünlüğünü, kamu güvenliğini, toplumun sağlık ve ahlâkı ile başkalarının şöhret ve haklarını korumak, asayişsizliği veya suç işlenmesini önlemek, gizli haberlerin açıklanmasına engel olmak veya yargı gücünün tarafsızlığını ve otoritesini sağlamak.

<sup>25</sup> Bkz. The Observer and Guardian/İngiltere, 26 Kasım 1991, A.216.

<sup>26</sup> LESTER, Antony: “Freedom of Expression”, The European System for the Protection of Human Rights. (ed. R.St.Macdonald, F. Matscher, H.Petzold). Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1993, s.487.

<sup>27</sup> JACOBS, Francis G./ WHITE, Robin C.A.: The European Convention on Human Rights, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1996, s.306.

<sup>28</sup> TÜRMEİN, Rıza: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9-13 Ocak 2001), Ankara, s.311.

<sup>29</sup> LESTER: s.490.



gerekliliğini ifade eden bir ilkedir. Buna göre, müdahale, ulaşılmak istenen amaçla sınırlı olmalıdır. Şu halde, elde edilmek istenen amaç ileri sürülmek suretiyle başka bir amaca ulaşmak mümkün olmadığı gibi, bu amaca daha az sınırlama yaparak ulaşılabiliriyorsa daha fazla sınırlama yoluna gitmek de mümkün değildir.

Düşünce özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin geliştirdiği bu ölçütler çerçevesinde vermiş olduğu kararlar incelendiğinde<sup>30</sup>, AİHM'nin, yalnızca kanaatlerin ifadesi olan düşünce açıklamaları ile, kamu düzenini (ve bunun bir ögesi olan kamu güvenliğini) şiddet yoluyla bozmaya yönelik olan düşünce açıklamaları arasında ayırım yaptığı anlaşılmaktadır. AİHM'ne göre, sınırlama ancak bu ikincisi için söz konusu olabilir. Örneğin, Castells/İspanya davasında İspanyol senatörü olan Castells'in, Bask bölgesindeki faili meçhul cinayetlerin devletçe desteklenen milis gruplarınca gerçekleştirildiğine ve bu grupların devletçe korunduğuna ilişkin bir dergide yayımlanan makalesi nedeniyle mahkum olmasını AİHM, düşünce özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>31</sup>. Yine AİHM, açıkça şiddete teşvik içermemekle birlikte, Fransız Polinezyası'ndaki bir ayrılıkçı parti lehine açıklamalarda bulunan Alman vatandaşı Avrupa Parlamenti Bayan Piermont'un Fransız makamlarınca sınırdışı edilmesini düşünce özgürlüğünün ihlali olarak kabul etmiştir<sup>32</sup>. Aksoy/Türkiye davasında da AİHM, Türkiye devletinin mevcut düzenini, ilkelerini ve yapısını sorgulayan, ancak şiddete ya da silahlı direnişe teşvik edici hiçbir unsur içermeyen konuşma ve yayımların cezalandırılmasını düşünce özgürlüğünün ihlali olarak görmüştür<sup>33</sup>.

Öte yandan AİHM, açıklanan düşüncenin salt saldırgan bir nitelik taşımasının dahi, düşünce açıklamalarının cezalandırılması için yeterli olmadığını, düşüncenin açıklandığı yer ve zaman koşullarının dikkate alınmak suretiyle bir sonuca varılması gerektiğini vurgulamıştır. AİHM'ne göre, saldırgan nitelikteki düşünce açıklamalarının potansiyel tehlikesini azaltıcı/hafifletici faktörlerin bulunması halinde, bu tür düşünce açıklamaları cezalandırılmamalıdır. Örneğin, Gerger/Türkiye davasında AİHM, Gerger'in, Deniz Gezmiş ve iki arkadaşı (Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan) için düzenlenen bir anma törenine gönderdiği mesajın okunması nedeniyle, "devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü aleyhine bölücü propaganda yapmak" suçundan dolayı hapis ve para cezasına mahkum olmasını, elde edilmek istenen amaçla orantılı olmadığı ve bu nedenle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM, bu

<sup>30</sup> Düşünce özgürlüğüne ilişkin AİHM tarafından verilen kararların tümünün incelendiği çalışma için bkz. BIÇAK, Vahit: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü", İzmir Barosu Dergisi, Sayı 2002/1, s.44-70.

<sup>31</sup> Bkz. Castells/İspanya, 23 Nisan 1992, A.236.

<sup>32</sup> Bkz. Piermont/Fransa, 27 Nisan 1995, A.314.

<sup>33</sup> Bkz. Aksoy/Türkiye, 10 Ekim 2000, Reports of Judgments and Decisions, 2000.

kararında, sayısı sınırlı bir katılımcı topluluğa okunan mesajın yarattığı tehlikenin “ulusal güvenlik”, “kamu düzeni” ve “toprak bütünlüğü” üzerindeki etkilerinin sınırlı kaldığını; mesajın, karşı koyma, mücadele ve bağımsızlık gibi kelimeleri içermesine rağmen, şiddete, silahlı karşı koymaya ya da isyana teşvik eder nitelikte olmadığını göz önünde bulundurmıştır<sup>34</sup>.

Ayrıca AİHM, birçok kararında<sup>35</sup>, düşünce özgürlüğünün yalnızca zararsız bilgi ve düşünceler açısından değil, “Devleti veya halkın bir bölümünü rahatsız eden, taciz eden/şoke eden veya kaygılandırılan” bilgi ve düşünceler açısından da geçerli olduğunu kabul etmiştir. AİHM’nin Türkiye aleyhine vermiş olduğu birçok kararında bunu görmek mümkündür. Gerçekten, AİHM, özellikle Kürt sorunu bağlamında Türkiye aleyhine yapılan başvurulara ilişkin vermiş olduğu birçok kararında, Türkiye’de gerek devlet katında ve gerekse toplumun geniş kesimlerinde rahatsızlık uyandıran ve bunlar tarafından kabul edilemeyecek nitelikte olan düşünce açıklamalarının cezalandırılmasını, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Örneğin, Sürek ve Özdemir/Türkiye davasında<sup>36</sup>, AİHM, yasa dışı bir örgütün lideriyle yapılan söyleyişi yayınlayan yayıncının mahkum olması dolayısıyla vermiş olduğu kararında, yapılan söyleşide devletin Kürt sorununa ilişkin izlemiş olduğu politikaların ciddi bir biçimde eleştirilmiş olmasının düşünce özgürlüğünün sınırlanması için yeterli olamayacağını ifade ederek söz konusu özgürlüğün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Yine AİHM, Okçuoğlu/Türkiye davasında<sup>37</sup>, başvuru sahibinin Kürt kökenli Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının durumunu uluslararası ilişkiler çerçevesinde değerlendiren görüşleri dolayısıyla mahkum olması üzerine vermiş olduğu kararında; yapılan değerlendirmede kullanılan dilin tarafsız olmamakla birlikte aşırı veya uç nitelikli olmadığını ve şiddet unsuru içermediğini tespit ederek düşünce özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir. Bu ve benzeri kararlarla<sup>38</sup> AİHM, şiddet unsuru içermemek koşuluyla, toplum ve devlet katında yaygın olan siyasal görüşlerin sorgulanabileceğini, bunlara ters düşen düşüncelerin özgürce açıklanabileceğini ortaya koymuş ve böylece çoğulcu toplum yapısını

<sup>34</sup> Gerger/Türkiye, 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999. Benzer kararlar için bkz. Arslan/Türkiye, 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999 ve Karataş/Türkiye, 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

<sup>35</sup> Bkz. Handyside/İngiltere, 7 Aralık 1976, A.24; Lingens/Avusturya, 8 Temmuz 1986, A.103; Sunday Times/İngiltere 2, 26 Kasım 1991, A.217.

<sup>36</sup> Bkz. Sürek ve Özdemir/Türkiye, 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

<sup>37</sup> Bkz. Okçuoğlu/Türkiye, 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

<sup>38</sup> Benzer kararlar için bkz. Erdoğan/Türkiye, 15 Haziran 2000, Reports of Judgments and Decisions, 2000; Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye, 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999; Ceylan/Türkiye, 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

korumak istemiştir. Bu bağlamda AİHM, devletlerin, “kamu düzeni”ni koruma gerekçesinin arkasına sığınmak suretiyle meşru siyasal muhalefeti etkisiz kılma çabalarını engellemiştir.

Bu kararların incelenmesinden de anlaşılacağı gibi, AİHM, “özgürlüklerin esas, sınırlamanın ise istisna” olduğuna ilişkin temel ilkeden hareketle, düşünce özgürlüğü ile kamu düzenini (ve bu arada diğer meşru sınırlama sebeplerini) uzlaştırma çabasında, düşünce özgürlüğünü sınırlamanın sınırları olarak kabul ettiği ölçütlerle özgürlükçü yaklaşımını ortaya koymaktadır. Daha açık bir anlatımla, AİHM, düşünce özgürlüğüne müdahaleyi çok sıkı koşullara tabi tutmaktadır. Bununla AİHM, demokratik toplumun vazgeçilmez koşullarını oluşturan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği olarak gördüğü düşünce özgürlüğünü güvence altına almak istemektedir. Başka bir deyişle, AİHM, herhangi bir “devlet düzeni”ni değil, “demokratik kamu düzeni”ni esas almakta ve bu kavramın sınırlarını düşünce özgürlüğü lehine belirlemektedir. Böylelikle AİHM, düşünce özgürlüğüne getirilecek kayıtlamaları güvence almak suretiyle “Avrupa ortak kamu düzeni”ni oluşturmaya çalışmaktadır.

“Avrupa ortak kamu düzeni”nin şekillenmesinde Sözleşme organlarının kararlarında dikkat çeken ve üzerinde durulması gereken önemli bir başka eğilim, “ayrımcılık yasağı”nın katı bir biçimde uygulanmasıdır. İki dünya savaşı arasında yaşananların Avrupa mekanında yarattığı travmalar, barış ve özgürlük esasına dayalı yeni bir demokratik Avrupa’nın inşasında aktif rol üstlenen Sözleşme organlarını “ayrımcılık” konusunda hassas olmaya itmiştir. Bu hassasiyet yalnızca Sözleşme organlarınca değil, bir bütün olarak Avrupalı hukukçular tarafından da büyük oranda paylaşılmıştır. Öyle ki, 20.yüzyılda Avrupa’nın yaşadığı trajik jenosit ve totalitarizmin acı tecrübesi, Avrupalı hukukçuları, demokratik toplumları özellikle ırk ve etnik köken esasına dayalı ayrımcılık propagandasına karşı koruma konusunda, Amerikalı hukukçulara oranla daha ihtiyatlı ve hatta kötümser olmaya sevk etmiştir<sup>39</sup>. Gerçekten, düşüncelerin özgürce rekabet ettiği pazar yeri olarak kabul eden Amerikan anayasal doktrinine oranla, bireysel onura saygı ve azınlık haklarıyla ilgilenmeye çok daha fazla önem veren ve Sözleşme’nin içtihat hukukunda yansımaları bulan “Avrupa” yaklaşımı, ayrımcılığa ilişkin düşünce açıklamalarını, korunmayı hak eden düşünce açıklamaları olarak kabul etmemektedir<sup>40</sup>.

Nitekim, Sözleşme’nin 17. maddesi<sup>41</sup>, uygulamada çok büyük oranda, ırkçı propagandanın yayılmasını sınırlayan hukuksal düzenlemelere ilişkin

<sup>39</sup> LESTER: s.474.

<sup>40</sup> İbid., s.473.

<sup>41</sup> Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılma yasağının düzenlendiği bu maddede şu hükme yer verilmektedir: “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha

olarak yapılan başvurularla ilgili olarak kullanılmıştır<sup>42</sup>. Glimmerveen ve Hagenbeek/Hollanda davasında 17. maddeyi uygulayan Komisyon, bu maddenin amacının, totaliter grupların Sözleşme’de ilan edilen ilkeleri kötüye kullanmasını önlemek olduğunu belirtmiştir. Komisyon, bu tür düşünce açıklamalarının, 17. madde anlamında, Sözleşme ve diğer uluslararası belgelerce yasaklanmış olan ırk ayrımcılığını teşvik eden bir eylem oluşturduğu sonucuna varmıştır. Buna göre, bu tür açıklamalar 10. maddenin sınırları dışında kalmaktadır. Başka davalarda Komisyon, düzensizliği ya da suçları önlemede veya başkalarının onurunu korumada gerekli olan ve 10/2’nin müdahaleyi haklılaştırdığı ırkçı açıklamaları suç kabul eden yasaları uygun bulmuştur<sup>43</sup>. Öte yandan , Jersild/ Danimarka davasında, AIHM, ırk ayrımcılığının her türlü şekliyle mücadele etmenin yaşamsal önemine ve –“Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme”ye uyum sağlamak amacıyla-Sözleşme’nin “olabildiğince geniş” yorumlanması gerekliliğine vurgu yapmıştır<sup>44</sup>.

Sözleşme organlarının bu yaklaşımı, özellikle İkinci Dünya Savaşı öncesi ve savaş sırasında yaşanan acı deneyimlerden ders çıkaran birçok Avrupa ülkesinin ulusal hukuklarına paralellik arz etmektedir. Gerçekten bu dönemde yaşanan olumsuzluklar, devletleri, düşünce özgürlüğünün kapsam ve sınırlarına ilişkin eski tutumlarını gözden geçirmelerine yol açmıştır. Bu bağlamda çeşitli ülkelerde faşist, ırkçı, ayrımcı ve savaş kışkırtıcı düşünce açıklamaları yasaklanmıştır<sup>45</sup>. Örneğin, etnik sorunlar nedeniyle en fazla acı deneyim yaşayan Almanya’da, Hitler döneminde Yahudilere yönelik “kurban yakma” olaylarının gerçekleşmediğini söylemek ve savunmak, düşünce özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmektedir. Gerçekten, 28.10.1994 tarihli “Suçla Mücadele Yasası”, bu türden düşünce açıklamalarının kamusal barışı bozmaya elverişli olması halinde cezai yaptırıma tabi tutulacağını öngörmektedir<sup>46</sup>. Alman Yüksek Mahkemesi de buna paralel bir içtihat geliştirmiş ve Nazilerin kurban yakmadığını söylemenin düşünce özgürlüğünün korunması altında olamayacağına karar vermiştir<sup>47</sup>. Benzer bir yaklaşım İsviçre’de de geçerli kılınmıştır. İsviçre’de -

---

geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir faaliyete girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağladığı şeklinde yorumlanamaz”.

42 GROSZ, Stephan/BEATSON, Jack/ DUFFES, Peter: Human Rights Act and The European Convention, London, Sweet and Maxwell, 2000, s.376.

43 LESTER: s.472-473.

44 GROSZ /BEATSON / DUFFES: s.376.

45 TANÖR, Bülent: Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri (TÜSİAD Raporu), Ajans Medya Reklamcılık A.Ş., İstanbul, 1997, s.113.

46 HAKYEMEZ, Yusuf Şevki: Militan Demokrasi ve 1982 Anayasası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000, s.69.

47 ÇAĞLAR, Bakır: “Türkiye’de Siyasi Katılımın Hukuki Sınırları”, Türkiye’nin Demokratikleşme Sorunu, Sempozyum I, İstanbul, 1995, s.69.

neofaşistlerin bütün karşı koyuşlarına rağmen- 1994 yılında referandumla yürürlüğe giren bir yasa ile, ırk, etnik ve dinsel ayrımcılığı açıkça tahrik etmek, bundan da öte, “revizyonizm”, yani İkinci Dünya Savaşı’nda temerküz kamplarının olmadığını ve “kurban yakma” olaylarının gerçekleşmediğini söylemek yasaklanmıştır<sup>48</sup>.

Oysa, aynı Avrupa ülkeleri, komünist, anarşist ve ayrılıkçı düşünce açıklamaları konusunda daha esnek bir tutum sergilemiş; soyut olarak bu tür düşüncelerin savunulması ve propagandasının yapılmasını yasaklamamışlardır. Buna karşılık bu ülkelerde sadece şiddete ve suç işlemeye tahrik eden eylemlerin yasaklanması yoluna gidilmiştir<sup>49</sup>. Özellikle ayrılıkçı düşünce açıklamaları konusundaki esnek tutumda, Avrupa Kitası’nın etnik, dinsel ve mezhepsel farklılık ekseninde yaşadığı acı deneyimler belirleyici olmuştur.

Görüldüğü gibi, Avrupa düşünce pazarında hiçbir şekilde hukukun koruması altında olmayan tek düşünce kategorisi, faşist, ırkçı, ayrımcı, Yahudi düşmanı, savaş yanlısı ve kışkırtıcısı niteliğindeki düşünce açıklamalarıdır. Bütün bu türden siyasi düşüncelere getirilen sınırlamaların özünde ise, farklılıkların barış içerisinde birlikte yaşayabilmelerini mümkün kılmak ve bu suretle demokratik toplum düzeninin temel öğelerinden biri olan “çoğulculuk”u korumak ve güvence altına alma düşüncesi yatmaktadır. Bu mekânda, sivil barışın korunmasında, çoğunluklardan farklılaşan azınlıkların korunması büyük önem taşımaktadır.

Özetle ifade etmek gerekirse; özgürlükleri sınırlama sebebi olarak ortaya çıkan kamu düzeni kavramı, niteliği ne olursa olsun mevcut bir siyasal düzenin korunmasının bir aracını değil, özgürlükçü ve çoğulcu bir demokratik toplum yapısının asgari güvencesini oluşturmaktadır. Böyle bir kamu düzeni kavramının özellikle düşünce özgürlüğü açısından işlevsel olabilmesi için, herşeyden önce düşünce açıklaması ile kamu düzeni arasındaki ilişkinin doğru bir biçimde kurgulanması gerekmektedir. Bu bağlamda, kamu düzeni gerekçesiyle bir düşünce açıklamasının sınırlandırılabilmesi, ancak düşünce açıklamasının kamu düzenini bozmaya yönelik gerçek/somut bir tehdit olarak ortaya çıkması halinde mümkün olmalıdır. Öte yandan, düşünce açıklamalarına getirilecek sınırlamalar kamu düzenini bozmaya yönelik tehlikelerle orantılı olmalı, zaman ve mekâna ilişkin koşullar da dikkate alınmalıdır<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> ÇAĞLAR: Türkiye’de Siyasi Katılımın Hukuki Sınırları, s.69; BATUM, Süheyl: “Türkiye’de Düşünce ve Bilim Özgürlüğü”, Türkiye’nin Demokratikleşme Sorunu, Sempozyum II, İstanbul, 1996, s.42-43.

<sup>49</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TANÖR, Bülent:Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu. Genişletilmiş Yenilenmiş 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul, s.61-62.

<sup>50</sup> SUNAY: s.196-197.

### 3. Türkiye Pratiği: Devlet Düzeni v. Kamu Düzeni

Türkiye’de, gerek Anayasa ve kimi yasaların ideolojik niteliği ile bunun oluşturduğu egemen siyasal söylemden ve gerekse bu söyleme koşut gelişen uygulamadan kaynaklanan nedenlerden ötürü, kamu düzeni kavramı, ideolojik yüklü bir kavram olarak algılanmakta ve bu doğrultuda özgürlükleri sınırlayıcı bir işlev görmektedir. Gerçekten, resmi bir anayasa ideolojisinin varlığının kabul edildiği, siyasal alanın bu ideolojiye aykırı olan düşünce ve akımlara kapalı tutulduğu<sup>51</sup> ve böylelikle “militan demokrasi” anlayışının çok kaba bir biçimde kurumsallaştırıldığı bir siyasal sistem içerisinde “kamu düzeni” kavramının ideolojik bir içerikle tanımlanması kaçınılmaz bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

Nitekim, “hikmet-i hükümet”çi bir ideolojiye yaslanan 1982 Anayasası ve bundan beslenen yasalar demeti, “dost-düşman karşıtlığı” temelinde oluşturduğu siyaset tarzını toplumda egemen kılmaya çalışırken, düşünce açıklamalarını da bu karşıtlık ekseninde algılamakta ve bunları “zararlı-zararsız”, “sakıncalı-sakıncasız” ve “tehlikeli-tehlikesiz” gibi ayrımlara tabi tutmaktadır. Böylece, kamu düzeni kavramı, bu şekilde kimi düşüncelerin “zararlı”, “sakıncalı” ya da “tehlikeli” kabul edilerek “yasak düşünce alanı” yaratılırken kullanılan hukuksal meşrulaştırım araçlarından birini oluşturmaktadır. Bu bağlamda kamu düzeni kavramı, demokratik siyasal ve toplumsal muhalefeti suskunlaştırma, etkisizleştirme ve baskı altında tutma amacına yönelik hukuksal tasarrufları haklılaştırıcı bir işlev görmektedir.

Dolayısıyla, TCK’nun 312. maddesinin koruduğu değer “çoğulculuk ve barış esasına dayalı” bir kamu düzeni değil, sınırları resmi söylemce belirlenmiş ideolojik yüklü bir kamu düzeni anlayışıdır. TCK’nun 312. maddesinin böyle bir kamu düzenini korumayı hedeflemiş olması, yıllarca benzer bir işlev yerine getirmiş olan Türk Ceza Kanunu’nun mülga 141, 142 ve 163. maddeleri ile Terörle Mücadele Kanunu’nun 8. maddesi yerine ikame edilmesine kullanılmak istenmesinden de anlaşılmaktadır. Gerçekten, 12.4.1991 tarih 3713 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu”nun 23. maddesiyle Türk Ceza Kanunu’nun 141,142 ve 163. maddelerinin yürürlükten kaldırılmasından önce, ilgili madde hükümleri, -tıpkı bugün yürürlükte bulunan 312. madde gibi- resmi söylem dışı düşünce açıklamalarını cezalandırmanın, bireylerin ve örgütlü toplumun demokratik taleplerini bastırmanın ve siyasal muhalefeti suskunlaştırmanın aracı olarak kullanılmışlardır. İlgili maddelerin özellikle 12 Mart ve 12 Eylül dönemlerinde yoğun bir şekilde uygulanması, ülkedeki bilim, sanat ve kültür alanlarındaki gelişmeleri engellemesi açısından olumsuz sonuçlar doğurmuştur. Bu maddelerin yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, sanki bir

<sup>51</sup> ÇAĞLAR, Bakır: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, Anayasa Yargısı-7, Ankara, 1990, s.63.

boşluk doğmuşçasına, Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesi işletilmeye başlanmış ve birçok gazeteci, yazar ve düşünür bu madde kapsamında mahkum edilmiştir. Bu maddenin uygulanmasında Yargıtay özel suç kastı aramamış, genel kastın bulunmasını mahkumiyet kararı için yeterli saymıştır. Ancak, 1995 yılı sonunda Türkiye'nin Gümrük Birliği'ne girme arifesinde bu maddenin değiştirilerek<sup>52</sup> düşünce özgürlüğü lehine kısmen yumuşatılmasıyla birçok dava düşmüş olmakla birlikte, bu kez oluşan boşluk, yıllardır yürürlükte olan, adından ve sanından kimsenin haberi olmadığı TCK'nun 312. maddesiyle doldurulmaya çalışılmıştır.

TCK'nun 312. maddesinin, "devlet düzeni"ni koruma refleksiyle ve adeta bu alanda -TMK'nun 8.maddesinin değiştirilmesi sonucu oluştuğu iddia olunan- boşluk doldurulurcasına uygulamaya sokulduğu izlenimini yargı kararlarında görmek mümkündür. 1994 yılında Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde görülen bir dava dosyasında yer alan ifadenin Yargıtay 8. Dairesi'nce aynen tekrarlanmış olması böyle bir izlenimi doğrular niteliktedir. Gerçekten, ilgili dava dosyasında yer alan "TCK'nun 163. maddesinin kaldırılmış olmasının verdiği cesaret ve pervasızlıkla..."<sup>53</sup> ifadesi, somut olaya ilişkin bir hukuki çözümleme çabasından çok, bir boşluk doldurma çabası olarak gözükmektedir. Öte yandan, savcıların bu maddeyi, daha önce pek rastlanmadık bir şekilde, maksadının bir hayli dışına taşan biçimde işletmeye ve yargıçların da bu doğrultuda kararlar vermeye başlamaları, böyle bir yönelimin var olduğunu ortaya koymaktadır. TCK'nun 312. maddesine ilişkin önemli bir çalışmayı gerçekleştirmiş olan Gökçen, "... son birkaç yılda mahkemelerimiz, eleştiri dozu yüksek hemen her konuşmayı 312. madde kapsamında değerlendirmeye başlamışlardır. Hatta 7-8 yıl önce halka açık aleni toplantılarda yapılmış ve o günlerde hiç dikkati çekmediği için soruşturma bile açılmamış konuşmalar, yazılar son bir iki yılda tahkikat konusu yapılmış, bunlardan dava zamaşımı dolanlar açısından takipsizlik, zamaşımı süresi dolmayanlar için ise dava açılıp mahkumiyet kararları verilmiştir"<sup>54</sup> demek suretiyle bu gerçekliğin altını çizmektedir. Ayrıca, TCK 141, 142, 163 ve 312. maddeleri ile TMK'nun 8. maddesine ilişkin istatistiki veriler de bu kanımızı destekler niteliktedir<sup>55</sup>.

Türkiye'de kamu düzeni kavramının ideolojik yüklü bir "devlet düzeni" olarak algılandığını ortaya koyan önemli göstergelerden bir diğeri de, uygulamada, gerek TCK'nun mülga 141, 142 ve 163 maddeleri ile TMK'nun 8. maddesi ve gerekse bunların yerine bugünlerde yoğunlukla işletilen TCK'nun 312. maddesiyle, genellikle, devletin ve onun ideolojisinin korunmaya çalışıldığıdır. Yalnızca bu maddelerle değil, özgürlüklere kabul

<sup>52</sup> 27.10.1995 tarih ve 4126 sayılı Kanun.

<sup>53</sup> Aktaran, KUZU, Burhan: "Gündemde yine 312 var", Zaman, 8 Aralık 2001.

<sup>54</sup> GÖKÇEN: s.280.

<sup>55</sup> Bu konuya ilişkin istatistiki veriler için bkz. <http://www.adli-sicil.gov.tr/istatist.htm>.

edilemez ölçülerde sınırlamalar getiren çeşitli yasa hükümlerinin uygulanmasında da, çoğunlukla resmi ideolojinin ve onun tekabül ettiği “devlet düzeni”nin korunmaya çalışıldığı görülmektedir.

Gerçekten, Türk yargı mercilerinin kamu düzenini yorumlayan kararları incelendiğinde, bu kararların bir kısmında söz konusu kavrama, toplumun maddi düzenini sağlama işlevinin ötesinde bir işlev yüklendiği ve genellikle ideolojik bir içerik kazandırılmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır<sup>56</sup>. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, kuruluşunun ilk yıllarında vermiş olduğu bir kararında kamu düzeninin, “toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği(ni)” bildirmiştir<sup>57</sup>. Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, “**devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını**” kamu düzeninin bir parçası olarak kabul etmek suretiyle söz konusu kavramı olabildiğince geniş yorumlamış ve bu kavrama, “devlet düzeni” ve “devlet güvenliği” kavramlarına denk düşen bir anlam yüklemiştir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, 3511 sayılı “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 44 üncü Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Ek ve Dört Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun”un 2. maddesiyle 2547 sayılı Yasa’ya eklenen “Ek Madde 16”nın Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan davada vermiş olduğu kararında, “denetlenen Yasa maddesi, dinsel inançları simgeleyen başörtüsü ya da türbanla yükseköğrenim kurumlarına gelip öğrenimlerini ve bilimsel çalışmalarını bu durumda sürdürmelerine olur vermekle yükseköğrenim ilgilileri, özellikle gençler arasında sosyal görüş, inanç, din ve mezhep ayrılığını kışkırtarak bölünmelerine yol açabilecek, sonuçta devlet ve ulus bütünlüğünü, kamu düzenini ve güvenini bozabilecek niteliktedir. Böylece, dinin, bireyin manevî yaşamını aşarak toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara neden olmasına izin verilmiş, din özgürlüğünün anayasal sınırları kaldırılmış olmaktadır”<sup>58</sup> diyerek, kamu düzeni kavramını “**devletin bütünlüğü**” ile ilişkilendirmiş ve bu kavramı “Türk tipi laiklik anlayışı” (aktif ya da militan laiklik anlayışı) nın koruyucu zırhı haline getirmiştir. Böylelikle Anayasa Mahkemesi, var oluş sebebine aykırı bir biçimde, yasa koyucu tarafından tanınan bir özgürlüğün kapsamını “kamu düzeni” adına daraltmıştır<sup>59</sup>.

Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu bir başka kararında da, resmi laiklik anlayışını koruma ve kollama adına kamu düzeni kavramını kullanarak din ve vicdan özgürlüğüne aykırı bir hükümü iptal etmekten kaçınmıştır. Dava konusu olay şu şekilde gelişmiştir: Nüfus kütüğündeki

<sup>56</sup> SUNAY: s.197.

<sup>57</sup> Bkz. E.1963/128, K.1964/8, k.t. 28.1.1964, AMKD, Sayı 2, s.47.

<sup>58</sup> E.1989/1. K.1989/12, k.t. 7.3.1989, AMKD, Sayı 25, s.153.

<sup>59</sup> ERDOĞAN, Mustafa: “Başörtüsü, İnsan Hakları ve Teamüller”, Türkiye Günlüğü, Sayı 56, (Yaz 1999), s.11.



“İslam” kaydının silinerek yerine “Bahai” sözcüğünün yazılmasını isteyen bir kişinin bu yöndeki talebinin idare tarafından reddedilmesi üzerine İdari Mahkemesi’ne açılan dava, istem sahibinin aleyhine sonuçlanmıştır. Bu karar aleyhine Danıştay’a başvurulmuş ve Nüfus Kanunu’nun ilgili maddesinin<sup>60</sup> Anayasaya aykırılığı iddia olunmuş; bu iddiayı ciddi bulan Danıştay, Anayasa Mahkemesi’nden ilgili hükmün iptalini istemiştir<sup>61</sup>. Anayasa Mahkemesi, “Devletin, vatandaşlarının özelliklerini bilmesi gerekir. Devleti oluşturan topluluğun bireylerini ve bunların özelliklerini bilme isteği, kamu düzeni ve kamu yararı ile ekonomik, siyasal ve sosyal gereklere ve gereksinimlere dayanmaktadır (...) Kütükteki bu bilgilerin, kişinin askerlik durumu, ceza ehliyeti, kimi vergiler konusundaki yükümlülüğü, seçme ve seçilme hakları ve kimi toplumsal gereksinimlerle ilgisi nedeniyle kamu hukuku ve kamu düzeni yönlerinden büyük önemi olduğu gibi; medenî hakları kullanma, evlenme, evlenme yasakları, nafaka yükümlülükleri, kanunî miras ve saklı pay (mahfuz hisse) ilişkileri, vasiyet ehliyeti gibi özel hukuk kuralları yönünden de büyük önemi bulunmaktadır (...) Sonuç olarak, söz konusu 43. madde zorlayıcı nitelikte hiçbir hüküm

<sup>60</sup> 1587 sayılı Nüfus Kanunu’nun aile kütükleri ile ilgili 43. maddesinde: “Aile kütükleri, ailenin bütün fertlerinin cinsiyetini, adı, soyadı, baba ve anası adıyla soyadlarını, sağ olup olmadıklarını il ve ilçe itibarıyla doğum yeri ve tarihlerini vücutlarındaki belirli değişiklikleri, dinini, okur-yazar olup olmadıklarını, medenî hallerini ve diğer şahsi hal değişikliklerini ihtiva eder” hükmü yer almaktadır.

<sup>61</sup> Danıştay ilgili madde hükmünün iptal gerekçesinde şu görüşlere yer vermiştir: “İnanç özgürlüğü, bir dine katılmakla inançsızlık arasında seçim yapma ve dinin gerekliliklerini bireysel veya toplu uygulama serbestliğidir.

Din ve vicdan özgürlüğünün korunabilmesi, bireylere sahip oldukları dinsel kanaati açıklamama hakkının tanınması halinde mümkündür. Din özgürlüğünün özünü oluşturan inanç özgürlüğü de bireylerin sahip olduğu dinsel kanaati açıklamaya zorlanmaması olgusuyla özdeştir.

Lâik Devletin, din özgürlüğüne toplumdan veya kişilerden gelecek baskı ve müdahaleleri engellemesi, ayrıca din ve inançlar karşısında tarafsız kalması gerekir. Yasalarla bireylere dinsel kanaatlerini açıklama zorunluluğunun getirilmesi, din ve inanç özgürlüğünün özünü zedelemektedir. Mevzuatta bu şekilde yer alan hükümler devletin lâik niteliği ile bağdaşmamaktadır. Zira lâik hukuk devleti düzeninde inanç ve vicdan özgürlüğünün belli bir düzenleme ve sınırlamaya tabi kılınmayıp sadece güvenceye alınması yeterlidir.

Nüfus Yasasının 43. maddesinde yer alan bireye “dini” açıklama zorunluluğunu getiren hükmü, bireyin özel ve kişiye özgü durumunu saklı tutma hakkını ve din özgürlüğünün dinini açıklamama ögesini ortadan kaldırmaktadır.

Öte yandan, bireyin dininin öğrenilmesinin Devlet hayatı yönünden hiçbir değeri de yoktur.

Anayasanın Din ve Vicdan Özgürlüğünü düzenleyen 24. maddesinin 3.fıkrası, kimsenin dinsel inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağını kesin bir biçimde hükme bağlamaktadır. Bu hükmün Yasa koyucuya yönelik anlamı; kişilerin dinsel inanç ve kanılarını açıklamalarını zorunlu tutan bir Yasa hükmünün vicdan ve din özgürlüğü ile bağdaşmayacağı, dolayısıyla belirtilen biçimde bir yasal düzenlemeye gidilemeyeceğidir.

Hangi nedenle olursa olsun ve hangi düzeyde kahrırsa kalsın, vatandaşın dinsel inanç ve kanısını açıklamaya zorlanmaması, Cumhuriyetin temel niteliklerinden biri olan lâikliğin zedelenmesinden başka bir anlama da gelmez” (Bkz. E.1995/17, K.1995/16, kt.21.6.1995, AMKD, Sayı 31/2, s.539-540).

içermemektedir. Nüfusa kaydolunurken kişinin, Anayasa'nın öngördüğü anlamda dinî inanç ve kanaatlerinin değil, sadece kişinin özgün durumu yönünden kamu yararı, kamu düzeni ve sosyal gereksinimlerle ilgili olarak gözönünde bulundurulmak üzere dinînin ne olduğunun açıklanması söz konusu olmaktadır ki, bu kuralın da zorlayıcı bir niteliği ve zorlama ile bir ilişkisi bulunmamaktadır” diyerek, iptal istemini reddetmiştir<sup>62</sup>. Din ve vicdan özgürlüğünün zedelenmesine yol açan bu kararıyla Anayasa Mahkemesi, savunduğu “aktif/militan laiklik” anlayışını “kamu düzeni” kavramıyla meşrulaştırmaya çalışmıştır.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bu ve benzeri kararlarla, esas itibarıyla, resmi Anayasa ideolojisinde ifadesini bulan “devlet düzeni”nin sınırlarını çizmekte ve “kamu düzeni”ni de bu sınırlar içerisinde değerlendirmektedir. Yüksek Mahkeme, özellikle siyasi parti kapatma davalarında vermiş olduğu kararlarla bu yaklaşımını çok açık bir biçimde ortaya koymakta ve “devlet düzeni”ni ve bununla eşanlamlı kullanılan “kamu düzeni”ni “anayasal düzen” kavramı içerisinde ifade etmektedir. Başka bir anlatımla Anayasa Mahkemesi, siyasal özgürlükleri, ideolojik içerikli “devlet düzeni” ve “kamu düzeni” kavramları yerine “anayasal düzen” kavramını kullanarak sınırlama yoluna gitmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu'nda yer alan - siyasal faaliyetleri belirli sınırlar içinde tutmaya yönelik olan- yasakları katı bir biçimde yorumlamak suretiyle “anayasal düzeni koruma teorisi”ni siyasal yaşamda egemen kılmaya çalışmaktadır<sup>63</sup>. Gerçekten, siyasal partilere ilişkin sınırlamalarla ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında, “anayasal düzen”i koruma gerekçesiyle, Anayasa tarafından saptanan “resmi ideolojiye aykırı siyasi akımlar”ın meşru politik alanın dışında tutulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Anayasal düzen (devlet düzeni) açısından herhangi bir tehdit oluşturmadığı anlaşılan faşist partilerle ilgili bir kararı bulunmayan Anayasa Mahkemesi'nin, laik devlet ve milli (üniter) devlet düzeniyle ilgili konularda resmi söylem dışına taşan siyasal partilere geçit vermemesi, söz konusu Mahkeme'nin, sınırları Anayasa tarafından çizilmiş resmi ideoloji ve

<sup>62</sup> Bkz. E.1995/17, K.1995/16, kt.21.6.1995, AMKD, Sayı 31/2, s.544-548.

<sup>63</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki kararlarına istisna teşkil edecek iki kararı vardır. Bunlardan birincisi, Sosyalist Parti'nin kapatılması istemi üzerine vermiş olduğu karardır (E.1988/2, K.1988/1, k.t. 8.12.1988, AMKD, Sayı 24, s.586-600). Gerçekten Anayasa Mahkemesi, “bu kararda meşru siyasal faaliyet üzerindeki sınırlamaları; hukuk devleti ilkesinin, çok-partili çoğulcu sistemin ve iktidarların seçimle değişilebilirliği kuralının, tek kelimeyle hürriyetçi demokratik düzenin korunması amacına ilişkin sınırlamalara hasretmiş bulunmaktadır. Böylece AYM'nin içtihadı, resmi bir ideoloji anlayışından, ideolojik bakımdan tarafsız, liberal devlet anlayışına doğru kayda değer bir evrim göstermiş olmaktadır” (ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4.baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s.67). Anayasa Mahkemesi'nin ikinci kararı ise, Demokratik Barış Hareketi Partisi karardır (E.1996/3, K.1997/3, k.t. 22.5.1997, AMKD, Sayı 36/2, s.978-1027). Bu kararda Anayasa Mahkemesi ilk kez, tek başına “düşünce açıklaması”nın bir parti kapatma nedeni olamayacağını belirtmektedir.

bununla yüklü bir kavram olan “anayasal düzen”i koruma iradesini ortaya koymaktadır. Öyle ki, bu doğrultudaki irade, Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu’ndaki yasaklamalara paralellik göstermektedir. Gerçekten, tıpkı Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu’nda olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi kararlarında da, siyasal partilere ilişkin en yoğun yasaklamalar, milli (üniter) devlet ilkesiyle, yani “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği” ilkesiyle ilgili yasaklamalardır<sup>64</sup>. Nitekim, Anayasa Mahkemesi’nin, kuruluşundan bugüne kadar “Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü İlkesi” ile “Azınlık Yaratma Yasağı”na aykırılık gerekçesiyle oniki siyasi parti hakkında kapatma kararı verdiği bilinmektedir<sup>65</sup>. Bu sayısal veri de göstermektedir ki, “(...)AYM’nin siyasi parti yasaklamaları ve dolayısıyla anayasal politik alanın sınırlarını belirlemede, militan demokrasinin en yoğun uygulamasını sergilediği alan, milli devletin yani devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunmasıdır”. Anayasa Mahkemesi kararlarında yoğunluk bakımından ikinci sırada ise, laiklik ilkesini korumaya yönelik yasaklamalar yer almaktadır<sup>66</sup>. Bu veriler, aynı zamanda, “anayasal düzen” (devlet düzeni) açısından tehlike oluşturduğu ileri sürülen siyasi düşüncelerin “tehdit sıralaması”ndaki yeri hakkında da bize bilgi vermektedir.

Siyasi parti kapatma davalarına ilişkin verdiği kararlarla siyasal alanı, Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu’nda yer alan yasaklayıcı düzenlemelere koşut olarak, “Anayasa ideolojisi”ne aykırı akımlara kapalı tutan Anayasa Mahkemesi, “militan/mücadeleci demokrasi” anlayışının da gerisinde

<sup>64</sup> YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: “Siyasi Parti Yasaklamaları Rejimi”, Baro Gündemi, Sayı 3, Haziran- Temmuz 1997, s.23.

<sup>65</sup> Kapatılan siyasi partiler ve kararları için bkz. Türkiye İşçi Partisi, E.1971/3 (Siyasi Parti Kapatma), K.1971/3, k.t. 20.7.1971, RG, 6.1.1972-14064; Türkiye Emekçi Partisi, E.1979/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.1980/1, k.t. 8.5.1980, RG, 26.7.1980-17059; Türkiye Birleşik Komünist Partisi, E.1990/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.1991/1, k.t. 16.7.1991, RG, 28.1.1992-21125; Sosyalist Parti, E.1991/2 (Siyasi Parti Kapatma), K.1992/1, k.t. 10.7.1992, RG, 25.10.1992-21386; Halkın Emek Partisi, E.1992/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.1993/1, k.t. 14.7.1993, RG, 18.8.1993-21672; Özgürlük ve Demokrasi Partisi, E.1993/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.1993/2, k.t. 23.11.1993, RG, 24.2.1994-21849; Sosyalist Türkiye Partisi, E.1993/2 (Siyasi Parti Kapatma), K.1993/3, k.t. 30.11.1993, RG, 9.8.1994-22016; Demokrasi Partisi, E.1993/3 (Siyasi Parti Kapatma), K.1994/2, k.t. 16.6.1994, RG, 30.6.1994-21976 (mükerrer); Sosyalist Birlik Partisi, E.1993/4 (Siyasi Parti Kapatma), K.1995/1, k.t. 19.7.1995, RG, 22.10.1997-23148; Demokrasi ve Değişim Partisi, E.1995/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.1996/1, k.t. 19.3.1996, RG, 23.10.1997-23149; Emek Partisi, E.1996/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.1997/1, k.t. 14.2.1997, RG, 26.6.1998-23384; Demokratik Kitle Partisi, E.1997/2 (Siyasi Parti Kapatma), K.1999/1, k.t. 26.2.1999, RG, 22.11.2001-24591.

<sup>66</sup> Anayasa Mahkemesi, laiklik ilkesine aykırılıktan dolayı bugüne kadar 4 partiyi kapatmıştır. Kapatılan siyasi partiler ve kararları için bkz. Milli Nizam Partisi, E.1971/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.1971/1, k.t. 20.5.1971, RG, 14.1.1972-14072; Huzur Partisi, E.1983/2 (Siyasi Parti Kapatma), K.1983/2, k.t. 25.10.1983, RG,15.10.1984-18546; Refah Partisi, E.1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.1998/1, k.t. 16.1.1998, RG, 22.2.1998-23266; Fazilet Partisi, E.1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K.2001/2, k.t. 22.6.2001, RG,5.1.2002-24631.

kalmaktadır. Zira, militan demokrasinin temel hedefi, mevcut “devlet düzeni”ni ya da “anayasal düzen”i değil, “özgürlükler”i ve “özgürlükçü demokratik düzen”i, bunları yok etmeye yönelik çabalar içerisinde bulunan siyasi akımlara karşı korumaktır<sup>67</sup>. “Demokraside önemli olan özgürlükler ve özgürlükçü ve çoğulcu düzenin korunmasıdır. Faşizm ya da komünizm gibi yıkıcı düşünce sahibi kişi veya gruplar eğer özgürlükçü demokratik düzeni yok etmeyi amaçlıyorsa ancak o zaman bunların özgürlüklerine militan demokrasi gerekçesiyle sınırlama getirilebilir; yoksa bunun yerine devleti ve anayasada öngörülen mevcut düzeni korumak militan demokrasinin amacı olmamalıdır. Böyle bir durumda ‘özgürlüğü yok etme özgürlüğü olamaz’ ifadesi ‘anayasal düzeni değiştirme özgürlüğü olamaz’ biçimine dönüşebilir (...) Görüldüğü gibi militan demokraside bireylere ve gruplara tanınan kimi özgürlükler ile özgürlükçü demokratik düzenin korunması arasında bir dengenin sağlanması söz konusudur. Bu denge çok hassas biçimde belirlenmelidir. Aksi durumda dengenin bir tarafa fazla kayması ile ya özgürlükçü demokratik düzen tek sesliliğe dönüşebilir ya da özgürlükçü düzen yıkıcı ve totaliter görüş sahipleri tarafından demokrasinin tanıdığı özgürlüklerin araç olarak kullanılmasıyla yıkılır ve yerine totaliter bir yönetim kurulabilir”<sup>68</sup>.

Kamu düzeni kavramını demokratik içeriğinden soyutlayıp ona otoriter ve baskıcı bir içerik kazandırma çabası içinde bulunan bir başka kurum “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı”dır. Gerçekten, siyasi parti kapatma davalarında ileri sürdüğü görüşleriyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın, kamu düzeni kavramına ideolojik bir perspektifle yaklaştığı anlaşılmaktadır. “Demokratik Kitle Partisi’nin kapatılması davasına ilişkin esas hakkındaki görüşlerini ifade ederken, Başsavcı, kamu düzenin korunması ile Diyanet İşleri Başkanlığı’nın genel idare içerisinde yer alması arasındaki ilişkiyi şu şekilde ortaya koymaktadır: “(...) Anayasa koyucunun Diyanet İşleri Başkanlığının Anayasada ve idare örgütü içinde yer almasını öngörürken hedef aldığı birinci amacın, laiklik anlayışı doğrultusunda din adamlarının yetenekli olarak yetiştirilmesi yoluyla, toplumsal bir kurum olan dinin toplum yaşantısında bağnazlık oluşturarak toplumun huzurunu tehdit etmesi sonucu kamu düzeninin bozulmasının önüne geçmek, ayrıca dinin toplum yaşantısında bir siyasal merkez haline gelerek siyasal iktidarı denetlemesini engellemek olduğu anlaşılmaktadır”<sup>69</sup>. Bir başka parti kapatma davasında Başsavcı, aynı mantıktan hareketle şunları söylemektedir: “(...) Parti programında kabul edildiği üzere, devletin din işlerine karışmaması, dinin cemaatlere bırakılması halinde, devletin kamu düzenini sağlama amacıyla ve

<sup>67</sup> HAKYEMEZ: s.260.

<sup>68</sup> İbid., s.260-261.

<sup>69</sup> Bkz. E.1997/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1999/1, k.t. 26.2.1999, AMKD, Sayı 37/2, s.773-774. Benzer ifadeler için bkz. E.1996/3 (Siyasi Parti Kapatma), K.1997/3, k.t.22.5.1997, AMKD, Sayı 36/2, s.1003.

inzibati düşüncelerle dini işlerin bir kesimine karışmasına olanak veren ve hatta bunu gerekli kılan lâiklik ilkesi çığnemiş olacak, Cumhuriyet, onun nitelikleri arasında sayılan ve değiştirilemeyeceği kabul edilen lâiklik niteliğinden soyutlanmış olacaktır<sup>70</sup>.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın yukarıdaki açıklamaları dikkatle okunduğunda, ilgili makamın kamu düzeni kavramını, "Cumhuriyet'in Büyük Yasakları" içerisinde yer alan ve "Kemalist Anayasa İdeolojisi"<sup>71</sup> nin iki kurucu unsurundan birini oluşturan "Türk tipi laiklik" anlayışına ters düşen söylem ve düzenlemeleri bastırmanın bir aracı olarak kullandığı görülmektedir. Kuşkusuz, söz konusu makamın bu görüşü, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın devlet yönetimi içinde yer almasına ilişkin Anayasanın 136. maddesi hükmüne aykırı amaç gütmelerinin Siyasi Partiler Kanunu'na göre bir siyasi parti kapatma nedeni olarak kabul edilmesine dayanmaktadır<sup>72</sup>. Ancak hemen belirtelim ki, gerek laikliğin korunmasıyla doğrudan ilişkisi bulunmadığı ve gerekse Anayasa'nın 136. maddesinde yer alan düzenlemeyi siyasal partiler açısından uyulması zorunlu bir anayasa hükmü haline getirmesi bakımından Anayasa'ya aykırılığı açık olan bu yasağın<sup>73</sup> kamu düzeni gerekçesiyle savunulması, ilgili makamın bu kavramın sınırlarını ne kadar geniş tuttuğunu ve ona ideolojik bir içerik giydirmeye çalıştığını ortaya koyması açısından önemli bir veri oluşturmaktadır.

Kamu düzeninin hukuksal bir değer olarak korunduğu TCK'nun 312. maddesine ilişkin yerel mahkemelerin vermiş olduğu kararları temyizen inceleyen Yargıtay'ın kimi kararlarında da bu kavrama, "demokratik kamu düzeni kavramı"yla bağdaşmayan anlamların giydirildiğine ve "kamu düzeni" kavramı ile "devlet düzeni" kavramının birbirine karıştırıldığına rastlanmaktadır. Örneğin, Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin İstanbul 1. Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesinin -TCK'nun 312. maddesinde düzenlenen "suç işlemeye tahrik" suçunun oluşmadığı dolayısıyla- vermiş olduğu beraat hükmünü bozduğu kararında şu ifadelere yer vermiştir: "(...) Devlet ve halk düşman kutuplar halinde gösterilmekte, halkta Devlet karşı başkaldırı tohumları ekilmekte, kin ve nefret duyguları yaratılıp, ateşi körüklemek istenmektedir (...) yazı bütünü itibarıyla yöre halkını, etnik köken ve bölge ayrımı gözetilerek, Devlete karşı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edecek biçimde özel kasıtlı yayımlanmış(tır)"<sup>74</sup>. Dikkat edilecek olursa, kullanılan

<sup>70</sup> Bkz. E.1996/3 (Siyasi Parti Kapatma), K.1997/3, k.t.22.5.1997, AMKD, Sayı 36/2, s.1004.

<sup>71</sup> "Cumhuriyet'in Büyük Yasakları" ile "Kemalist Anayasa İdeolojisi" tanımlaması Bakır Çağlar'a aittir. Bkz. ÇAĞLAR, Bakır: Bir Anayasasının Seyir Defteri, Su Yayınları, İstanbul, 2000, s.50.

<sup>72</sup> Bkz. 22.4.1983 tarih ve 2820 sayılı "Siyasi Partiler Kanunu"nun 89.maddesi.

<sup>73</sup> SAĞLAM, Fazıl: Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1999, s.172.

<sup>74</sup> Bkz. Yargıtay 8.CD, E.1994/6163, K. 1994/7188, k.t., 10.6.1994. Bu karar İstanbul Barosu Bilgi Bankası arşivinden alınmıştır.

bu ifadelerden, Mahkemenin, “kamu” kavramından “devlet”i anladığı ve dava konusu eylemi “devlet aleyhine işlenen” bir suç olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Oysa, bu hükmün verildiği dönemde yürürlükte olan madde metni, “halkı, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik” etmekten söz etmektedir. Dolayısıyla, TCK’nun 312/2’de düzenlenen suçun oluşması için, halkın devlete karşı değil, birbirine karşı kamu düzenini bozacak bir şekilde kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi gerekmektedir. Bu madde ile korunan hukuksal değer “devlet” ve onun kurduğu “düzen” değil, “kamu düzeni”dir. Nitekim, TCK’nun 312. maddesi “kamu düzeni aleyhine cürümler” arasında düzenlendiği gibi, bu maddede 6.02.2002 tarih ve 4744 sayılı kanunla yapılan değişiklikle söz konusu metne “halkı birbirine karşı” ibaresi eklenmek suretiyle bu hususa açıklık kazandırılmıştır<sup>75</sup>. Bu nedenledir ki, dava konusu eylem, kin ve düşmanlığa tahrik suçu açısından “tipik” değildir. Mahkeme, dava konusu olan ifadelerin “halkı birbirine karşı kin ve düşmanlığa tahrik” edici niteliğini değerlendirmesi gerekirken, bunu yapmamış; bunun yerine, söz konusu ifadelerin “devlet” açısından taşıdığı sakıncalara değinmiştir. Bununla Mahkeme, “kamu düzeni” değil, “devlet düzeni”ni koruma kaygısıyla hareket ettiği izlenimini vermiştir.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin TCK’nun 312. maddesinin işletildiği bir olaya ilişkin vermiş olduğu bir başka kararında da benzer değerlendirmeye rastlanmaktadır. İlgili Ceza Dairesi’nin kararda kullandığı şu ifadeler, “kamu düzeni/kamu güvenliği” kavramı ile “devlet güvenliği” kavramlarının birbirlerine nasıl karıştırıldıklarını açıkça ortaya koymaktadır: “Düşmanlığa tahrik fiillerinin milli bayram sayılan bir günde, kalabalık insan topluluğunun ve buna bağlı olarak yığın ruhiyatı bakımından herkesin heyecan içinde olduğu bir ortamda işlenmesi dolayısıyla doğrudan doğruya devletin güvenliğini ilgilendirdiğinden şüphe yoktur”<sup>76</sup>.

Yargıtay’ın vermiş olduğu bir başka kararda da benzer bir yanlışlığın yapıldığı görülmektedir. Yargıtay 8. Ceza Dairesi, sanığın 3.9.1997 tarihinde Kayseri’de düzenlenen “Türkiye Demokrasinin Neresinde” konulu konferanstaki konuşmasını aktardıktan sonra şu değerlendirmeyi yapmıştır:

<sup>75</sup> TCK’nun 312. maddesinin yeni şekli şu şekildedir:

“Bir cürmü alenen öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna uymamaya tahrik eden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye de birinci fıkradaki ceza verilir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen araçlar veya şekillerle işlendiğinde verilecek cezalar bir katı oranında artırılır”.

<sup>76</sup> Bkz. Yargıtay 9.CD, E.1974/2, K. 1974/2, k.t., 18.6.1974. Bu karar İstanbul Barosu Bilgi Bankası arşivinden alınmıştır.

“... halkın masum din duygularını alet ederek onları yönetenlere ve Ordu'ya karşı alenen ve açıkça tahrik ettiği ve bu şekilde eylemleri TCK'nun 312. maddesinin 2.fıkrasında tanımı yapılan suç tipine uyar nitelikte olduğu anlaşılmıştır”<sup>77</sup>. Karardan açıkça anlaşılacağı gibi, halkın bir kesiminin “yönetenlere” ve “Ordu”ya karşı tahrik edildiğinden söz edilmektedir. Sanığın sarf etmiş olduğu sözlerin TCK'nda düzenlenmiş bir başka suç açısından tipik olup olmadığı tartışması bir tarafa, TCK'nun 312. maddesinde düzenlenen suç açısından tipik olmadığı çok açık olan bu sözlerin ilgili madde çerçevesinde değerlendirilmesi, Mahkeme'nin kamu düzeni kavramından neyi anladığına açıklık kazandırması bakımından önemli bir veri oluşturmaktadır.

Kamu düzeni kavramının demokratik özünden yoksun bir şekilde kullanıldığı bir başka örnek yargı kararı, Yargıtay'ın onamasından geçtikten sonra AİHM tarafından Türkiye'nin mahkum edildiği ünlü “İncal” kararıdır. Kararı veren İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi, hüküm fıkrasında şu ifadelerle yer vermiştir: “ (...) buna benzer deyimler kullanarak Devletin terörist ilan edilip, aynı vatandaşlık bağı ile devlete bağlı insanları ayırma tabi tutarak, seyyar satıcılığın yasaklanmasının Kürt halkına karşı girişilen bir özel savaş olduğu da vurgulanarak buna karşı durmaya ve mahalle komisyonu gibi kanunlarda yeri olmayan bir takım direniş yöntemi ile halkı birbirine kin ve düşmanlığa sevk edilmek istendiği açıktır”<sup>78</sup>. Görüldüğü gibi, esas itibariyle halkın bir kesiminin devlete karşı kışkırtılmasından söz edilmekte; ancak bu durum, halkın birbirine karşı kin ve düşmanlığa sevk edilmesi şeklinde değerlendirilmektedir. Bir başka anlatımla, sarf edilen sözler halkı birbirine karşı kin ve düşmanlığa sevk edecek nitelikte olmamasına karşın, Mahkeme, söz konusu ifadeleri bu çerçevede değerlendirilmiş ve TCK'nun 312/2'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Böylece, ilgili Mahkeme, TCK'nun 312. maddesini kamu düzenini değil, devletin güvenliğini koruma amacıyla işletmiştir<sup>79</sup>.

Kamu düzeni kavramının devlet düzeniyle özdeşleştirildiğini ve keyfi uygulamalara tabi tutulduğunu, Danıştay'ın vermiş olduğu bir kararda da açıkça görmek mümkündür. Yabancı uyruklu bir kişinin Hıristiyanlık propagandası yaptığı gerekçesiyle ikamet tezkeresinin iptali ile Türkiye'ye girmesi yasak kişiler kapsamına alınması ve sınırdışı edilmesine ilişkin idari işlemin iptal edilmesi istemiyle açılan dava sonucunda Ankara 8. İdare

<sup>77</sup> Bkz. Yargıtay 8.CD, E.1999/71810, K.1999/10820, k.t.24.6.1999. Karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Kasım 1999, s.1613 vd.

<sup>78</sup> Bkz. İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin E.1992/100, K.1993/7 ve 9.2.1993 tarihli kararı.

<sup>79</sup> Benzer değerlendirmelerin yer aldığı mahkeme kararları için bkz. Yargıtay 9. CD, E.1992/11430, K.1993/592, k.t. 9.2.1993; Yargıtay 8.CD, E1994/6163, K.1994/7188, k.t.10.6.1994. Kararlar için bkz. YENİSEY, Feridun/ÖZEL, Cevat: İçtihatlı Basın Mevzuatı, İstanbul, 1996, s.105-107.

Mahkemesi'nin anılan idari işlem hakkında iptal kararı vermesi üzerine, bu kararı temyizden inceleyen Danıştay, "her ne kadar, davacının eylemiyle ilgili olarak açılan dava sonucunda beraat kararı verilmişse de ... ilgilinin fiilinin suç niteliği taşıması ya da bu eylemin yargı kararıyla belirlenmiş olması zorunlu bulunmadığından, davacının ikamet tezkeresinin iptal edilip sınır dışı edilmesinde ve Türkiye'ye girmesi yasak kişiler kapsamına alınmasında, kamu düzeninin korunması amacına ve mevzuata aykırılık bulunmamaktadır" diyerek<sup>80</sup>, idarenin yapmış olduğu keyfi bir uygulamayı "kamu düzeni" adına haklı bulmuştur. Bu kararlar Danıştay, suç teşkil etmeyen eylemlerin dahi kamu düzenini bozabileceğini kabul etmek suretiyle, bu kavramın sınırlarını özgürlükler aleyhine olabildiğince genişletmiştir. Danıştay, söz konusu kararıyla, idari işlemin konusu olan "Hıristiyanlık propagandası"nı, kamu düzeni bozan bir eylem olarak kabul etmiş ve böylelikle, devletin bütün dinler karşısında tarafsız olması gerektiğini ifade eden ve "barışçı birliktelik" ile din ve vicdan özgürlüğünün teminatı olan laiklik ilkesine ters düşmüştür. Zira, bütün dinlerin özlerinde var olan "misyonerlik" faaliyetlerinin çoğunluk dinine mensup kişilerce gerçekleştirilmesinin değil de, azınlık dinine mensup olanlarca yapılmasının kamu düzenini tahrip edeceğini kabul etmek, devletin, mevcut dinlerden herhangi birine özel bir himaye ve ayrıcalıklı bir statü tanımamasını ve bu dinlere eşit uzaklıkta bulunmasını öngören laiklik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Öte yandan anılan karar, şiddet ve suç işlemeye tahrik niteliği taşımayan soyut dini propaganda eylemini cezalandırması nedeniyle "din ve vicdan özgürlüğü"ne de aykırılık oluşturmaktadır. Hıristiyanların Türkiye'de dinsel bir azınlık oldukları dikkate alındığında, çoğulcu demokratik toplum düzeninin bir gereği olarak, bu dinsel topluluğa çoğunluğun dini görüşleri karşısında ezilmeden kendilerini ifade edecekleri bir alanın sağlanması, hem Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin ve hem de Türkiye Cumhuriyetini laik ve demokratik bir devlet olarak tanımlayan Anayasanın bir gereği olduğu açıktır. Bu açık gerçeklik karşısında böyle bir hükmün tesis edilmiş olması, Danıştay'ın, çoğulculuk esasına dayalı demokratik bir kamu düzenini değil, "devletin dini anlayışı" (Sezaropapizm)ndan beslenen "Türk tipi laiklik" anlayışının dayandığı "devlet düzeni"ni korumaya çalıştığı anlaşılmaktadır.

Türkiye'de kamu düzeni kavramının ideolojik niteliğini ortaya koyan en ciddi verilerinden bir diğeri de, söz konusu kavramın uygulamadaki algılanışı ile devletin resmi söylem ve politikalarının örtüşmesidir. Bu husus, özellikle TCK'nun 312. maddesinin uygulanmasında çok açık bir biçimde görülmektedir. Gerçekten, bu maddeye ilişkin verilmiş yargı kararlarının incelenmesinden, bu kararların, resmi ideolojinin iki saç ayağı olan "laiklik" ve "bölünmez bütünlük" ilkelerinin korunmasına yönelik hassasiyetin birer

<sup>80</sup> Danıştay 10. Daire, E.1997/6513, K.2000/128, k.t. 20.1.2000. Karar metni için bkz. Danıştay Dergisi, Sayı 104, 2001, s.544-546.



ifadeleri olduğu anlaşılmaktadır. Çoğulcu demokratik toplumsal yapının hukuksal güvencesini oluşturma amacıyla vazedilen bu hüküm, esas itibariyle, sınıfsal, etnik, dinsel ve mezhepsel açıdan azınlıkta kalanların korunmasına yönelik olarak işletilmesi gerekirken, bizdeki uygulamanın tam tersi yönde olduğunu söylemek abartılı bir değerlendirme olmasa gerek. Bunun tek istisnası, dinsel açıdan çoğunlukta bulunanlar aleyhine de ilgili maddenin işletiliyor oluşudur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, dinsel açıdan çoğunlukta bulunanların, “resmi dini söylem” dışına taşan düşünce açıklamaları cezalandırılmaktadır. Bunun dışında, söz konusu maddenin, Türkiye’de sosyolojik gerçeklik olarak var olan dinsel, mezhepsel ve etnik azınlıkların lehlerine olmak üzere işletildiği pek duyulmuş değildir. Sözgelimi, uygulamada, “ayrılıkçı” düşünce açıklamalarının cezalandırılmasına ilişkin çok sık ve yaygın örneklere rastlamak mümkünken, “ayrımçılık” yasağını ihlal eden düşünce açıklamalarının cezalandırılmasına yönelik örneklere pek rastlanmamaktadır. Öte yandan, gerek aralıklı olarak Türkiye gündemine giren “Ermeni sorunu”na ilişkin yapılan açıklamalarda ve gerekse kişilere yönelik eleştiri yüklü değerlendirmelerde<sup>81</sup>, zaman zaman, bu coğrafyanın kadim uluslarından Ermeni yurttaşlarımıza yönelik aşağılayıcı ve tahrik edici ifadelerin kullanılması karşısında yargı makamlarının suskun kalması da, bu tespitemizi doğrular niteliktedir.

### **Sonuç Yerine Kısa Bir Değerlendirme**

*TCK'nun 312. maddesinin koruduğu hukuksal değer olan “kamu düzeni”, gerçekte, toplumun huzur, güvenlik ve barış içerisinde yaşamasını ifade eden bir kavramdır. Toplumun maddi ve dış düzenine karşılık gelen bu kavram, ideolojik açıdan nötr bir nitelik taşımaktadır. Zaten, söz konusu kavramın ifade ettiği toplumsal huzur ve barışın sağlanması, bu kavramın her türlü ideolojik içerikten uzak tutulmasını zorunlu kılmaktadır. Başka bir anlatımla, demokratik kamu düzeni kavramının kendinden beklenen işlevi yerine getirebilmesi, onun, toplumun doğal yapısında mevcut olan dinsel, mezhepsel, etnik, kültürel, ideolojik ve benzeri farklılıklardan herhangi birine dayandırılarak tanımlanmaması; tam tersine, bütün bu farklılıkları kucaklayacak ve böylelikle çoğulculuğu güvence altına alacak bir anlam içeriğine sahip kılınmasını gerektirmektedir. Zira, ancak böyle bir kamu düzeni kavramı, demokrasinin hedeflediği “barışçı birlikte-yaşam”ın zeminini sağlayabilir.*

<sup>81</sup> Eski İçişleri Bakanı Meral Akşener’in PKK lideri Abdullah Öcalan’ı “Ermeni dölü” olarak ilan etmesi, Ermeni yurttaşlarımıza yönelik ayrımcı düşüncenin resmi ağızlardan dışı vurumuna örnek gösterilebilir. Anılan ifade için bkz. ALPAY, Şahin: “Ayak yıkatmak pahalıya patladı”, Milliyet, 17 Nisan 1997.

Oysa Türkiye’de, gerek mevzuattan ve gerekse uygulamadan kaynaklanan nedenlerden ötürü kamu düzeni, demokratik içeriğinden yalıtık bir biçimde tanımlanmakta; kamu düzeni ile devlet düzeni kavramları arasında olması gereken ayırım gözetilmemekte, hatta bunlar eş anlamlı olarak ele alınmaktadır. Genel olarak kamu düzeninden, kişi ve/veya toplulukların huzur, güvenlik ve barış içerisinde yaşamalarını sağlamaktan bağımsız olarak, sınırları Anayasa ve yasalarca çizilmiş “devlet düzeni”nin korunması akla gelmektedir. Böylece, kamu düzenini koruma adı altında özgürlüklere getirilen sınırlamalarla, resmi ideolojiyi içkin olan devlet düzeni korunmak istenmektedir. Bu durum, çatışmaların ve huzursuzlukların yaygınlaşması ve süreklileşmesine yol açmaktadır. Zira, sözde kamu düzeni, gerçekte ise devlet düzenini koruma adına özgürlüklerin bastırılması, paradoksal olarak, kamu düzeninin bir türlü sağlanamaması, hatta bozulması sonucunu doğurmaktadır.

Bundan kurtulmanın yolu, kamu düzeni kavramını, mevcut/kurulu düzeni savunma ve sürdürmenin bir aracı olarak özgürlükleri sınırlama ve bastırma amacıyla değil, tam tersine, özgürlüklerin asgari güvencesini oluşturan güvenli bir ortamda kullanılabilmesini gerçekleştirme amacıyla ele almaktan geçer. Zira, yaşanan deneyim göstermiştir ki, kamu düzeni, baskı ve korkuya dayalı olarak değil, özgürlüklerin yaygın kullanım olanağına sahip kılınmasıyla daha sağlıklı biçimde güvence altına alınabilir. Nitekim, AİHM’nin yerleşik kararlarında da ifade edildiği gibi, özgürlükler, demokratik toplum düzeninin ve Avrupa ortak mekânında oluşturulmaya çalışılan “Avrupa kamu düzeni”nin özünü oluşturmaktadır.