

# LİBERAL-DEMOKRATİK TOPLUM, HUKUK VE DEVLET DÜZENİNDE İFADE HÜRRİYETİNİN SINIRI

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI \*

## Giriş

Konumuz ifade hürriyeti;<sup>1</sup>

Bilge kişi Esop'un dün dil hakkında dedikleri bugün de geçerliliğini korumaktadır.

Gerçekten, o gün, Sokrat'ın dili yüzünden başı derde girmiş, ölüme mahkum edilmiştir. Ne yazık ki bugün de pek fazla değişen bir şey yoktur. Gerçekten, hala dünyanın birçok yerinde, dili yüzünden mahkum edilenlerin, korkutulanların, hatta öldürülenlerin sayısı az değildir.

Burada, liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde ifade hürriyetini, kapsamını ve sınırlarını tartışmak istiyoruz.<sup>2</sup>

Ulaşmak istediğimiz sonuç, düşünce, inanç ve kanaat hürriyetine hiç bir sınır getirmeden, ifade hürriyetinin, demokratik toplumsal hayatın zorunlu kıldığı koşullar ile sınırlı olarak düzenlenmesini sağlayan, takdire değil ama, sadece tespite yer veren bir "norm" elde etmeye çalışmaktır.

## 1. Düşünce, İnanç ve Kanaat Hürriyeti ve Buna Bağlı Olarak İfade Hürriyeti Ancak Laik Bir Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde Mümkündür

Düşünce, inanç ve kanaat ve ifade hürriyeti ancak laik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde mümkün olabilir.<sup>3</sup>

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

<sup>1</sup> Bu çalışmanın başarıya ulaşmasında katkılarını esirgemeyen Ankara Barosu'nun saygın Avukatı Sn. Av. Dr. Bülent Hayri Acar'a teşekkürlerimi sunmayı borç biliyorum.

<sup>2</sup> Hafızoğulları, Liberal Demokratik Bir Hukuk Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Ekim 1994, Cilt II, Sayı 2, 10 vd.; *Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Özgürlüğü*, US-A Yayıncılık, Ankara 1997.

<sup>3</sup> Laiklik, felsefi anlamda evren ve evrende insanın akli algılanması, siyasal anlamda

İnanç suçuna yer veren, dinin emirlerine aykırılık oluşturan düşünce inanç ve kanaati yasaklayan teokratik toplum, hukuk ve devlet düzenlerinde,<sup>4</sup> düşünce, inanç ve kanaat hürriyeti mümkün değildir. Gerçekten, bu tip toplumsal düzenler, farklar karşısında görünüşte ne kadar hoşgörülü olurlarsa olsunlar, özünde çokçuluk ve çoğulculuğa karşıdır. Bu yüzden ki, teokratik toplum, hukuk ve devlet düzenlerini, bırakalım bir yana ifade hürriyetini, düşünce, inanç ve kanaatin kendisi yasağın, dolayısıyla suçun konusunu oluşturmaktadır.

Teokratik hukuk düzenlerinde hürriyetten değil, ancak hoşgöründen söz edilebilir. Hoşgörü ihсандır, hak değildir. Hürriyet haktır.

## 2. Aydınlanma ve Liberal Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde Düşünce İnanç ve Kanaat Hürriyeti

Aydınlanmanın temeli, beşeri akıl, yani akılcılıktır. Toplumsal-siyasal her oluşum insan aklının eseridir. Toplumun esas sözleşmedir. Her toplumsal-siyasal oluşum fert içindir. Devlet fert için vardır. Kişinin devletin dokunamayacağı temel hakları bulunmaktadır. Devlet ekonomik hayata karışmaz, kendi kanunlarına göre cereyan eden ekonomik hayatı teminat altına alır.

---

devletin zorunlu unsuru olan egemenliğin veya devlet kudretinin kaynağının beşeri irade olması, hukuki anlamda hukukun maddi kaynağının beşeri irade, şekli kaynağının kanun veya örf-î hukuku hukuk olmasıdır. Laik toplum, hukuk ve devlet düzeninde, dinin, din kurallarının, hukukta, doğrudan veya dolaylı olarak, bir kaynaklık değeri yoktur. Kaynağı ilahi irade olan din kuralları, kaynağı beşeri irade olan örf-î hukuka da dahil değildir. Laik toplum, hukuk ve devlet düzenlerinde din düzenleyen değil düzenlenendir. Bkz., Hafizoğulları, Laicism, Translated by m. İbrahim Yılmaz, *Atatürk Culture Centre Publications*, Ankara 2000. Bu eser Türkçe metninden ayrıca Almanca'ya ve Rusça'ya çevrilmiştir.

<sup>4</sup> Teokratik toplum, hukuk ve devlet düzenleri laik toplum, hukuk ve devlet düzeninin karşıtıdır. Esasen laik toplum, hukuk ve devlet düzenleri, teokratik toplum, hukuk ve devlet düzenlerini yıkarak gelmiştir. O yüzden, laiklik, insanlık tarihinde köklü bir değişimin, ileri bir aşamanın ifadesidir. Gerçekten, teokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninde, hükümet şekli ister mutlakiyet, ister meşrutiyet, isterse cumhuriyet olsun ve ister atanmış isterse seçilmiş meclislerle yönetilsin, teokrasi, felsefi anlamda evrenin ve evrende insanın vahiyssel algılanması, siyasi anlamda devletin temel unsuru olan egemenliğin kaynağının ilahi irade olması, hukukun maddi kaynağının ilahi irade ve şekli kaynağının din kuralları olmasıdır. Kuşkusuz, bu tür toplumsal düzenlerde, ilahi iradeye, yani din kurallarına aykırı hukuk kuralları konamaz. Kanun koyucu, ilahi iradeye uygun düzenlemeler yapmakla yükümlüdür. Bundan ötürü, teokratik düzenlerde din, düzenlenen değildir, düzenleyendir. Bkz., Hafizoğulları, "Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni", *AÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1996, sayı 1-4, Ankara 1998, s. 3 vd.

İnsanın temel hakkı olarak düşünce, inanç ve kanat hürriyeti aydınlanmanın, liberal toplum, hukuk ve devlet düzeni anlayışının armağanıdır. Tabii hukuk düşüncesi düşünce, inanç ve kanaat hürriyetini, düşünce inanç ve kanaatin açıklanması, ifadesi hürriyetini kişinin temel hakkı saymıştır.

Bu dönemde tartışılan konu, özellikle siyasal-toplumsal hayatın cereyanında düşünce, inanç, kanaat hürriyetinin ve ifade hürriyetinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı meselesi olmuştur.

Aydınlanmacı kimi düşünür, örneğin; Volter, Beccaria, Carrara, kişilerin özellikle toplumsal-siyasal hayatın cereyanına ilişkin davranışlarında, düşünce, inanç ve kanaatin hiçbir şekilde suç olamayacağını, ifade hürriyeti söz konusu olduğunda bunun sınırlandırılmayacağını kabul etmiştir. Hatta, Carrara, devlet aleyhine suçun mümkün olmadığı kanaatindeydi. Bunun için de Carrara, muhteşem eseri, *Programa*'da devlet aleyhinde suçlara yer vermemiştir.

Ancak uygulama farklı gelişmiştir.

Gerçekten, hala bugün liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet anlayışında baş yapıt olma niteliğini koruyan Zanardeli Kanunu, devlete karşı suçlar yanında, (örneğin; 145, 159, vs.,) Kamu'nun düzeni aleyhine işlenen suçlara da (311, 312, 313, vs.), yer vermiş bulunmaktadır.<sup>5</sup> Ancak, Zanardelli Kanunu, hukuk düzenini kuran temel değer olarak beşeri aklı esas aldığından, nesnelleşmiş olmadıkça, yani üçüncü kişilerce algılanabilir bir nitelik kazanmış olmadıkça düşünce, inanç ve kanaatin mutlaklığını kabul etmiş, dolayısıyla ne kadar tehlikeli veya zararlı olursa olsun, düşünce, inanç ve kanaatin kendisine bir sınırlama getirmemiştir. Açıkçası, bu düşüncede, düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin bir suçun konusu yapılamayacağı esası kabul edilmiştir.<sup>6</sup>

### 3. Düşünce, İnanç ve Kanaat Hürriyeti ve Dolayısıyla İfade Hürriyeti Ancak Liberal-Demokratik Bir Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde Mümkündür

Liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeni, ne liberal toplum, hukuk ve devlet düzeninde olduğu gibi imtiyazcı, ne Marksist toplum hukuk ve devlet düzenlerinde olduğu gibi sınıfçı, ne de aynı şekilde Nazi/Faşist toplum, hukuk ve devlet düzenlerinde olduğu gibi ırkçı toplum, hukuk ve devlet düzenidir.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> *Il Codice Penale per il Regno D'Italia*, Torino 1899, s. 58 (m. 58), s. 59 (m. 122, 123, 124, 126), s. 101 vd. (m. 246, 247, 248 vd.).

<sup>6</sup> *Il Codice Penale*, s. 8 vd., 27 vd., 54, 100 vd.

<sup>7</sup> Mantovani, *Diritto penale*, PG, Padova 1979, s. 15-23.

Bu tür toplumsal düzenlerin olmazsa olmazı çoğulculuktur.<sup>8</sup> Gerçekten, liberal-demokratik devlet, toplumun çoğulculuk karakterinin ortadan kaldırılmasına veya zayıflatılmasına matuf faaliyetler karşısında tarafsız olamaz. Her beşeri toplumsal düzen gibi, liberal-demokratik toplumsal düzende, kendi öz varlığını korumak zorundadır. Bundan ötürü, belirleyici karakteri çoğulculuk olan bu beşeri toplumsal düzen, hürriyetler arasında, hürriyeti yok etme hürriyetinin olmadığı (AİHS m. 17) esasını kabul etmiştir.

Böyle olunca, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzenlerinde, tezahürleri hürriyeti yok etme hürriyeti, açıkçası toplumun çoğulculuk karakterini gidermeye yönelik faaliyetler biçimine dönüşmedikçe, ne kadar zararlı veya tehlikeli olursa olsun, her çeşit düşünce, inanç ve kanaat ve bunların çeşitli yol, yöntem ve araçlarla ifade edilmesi serbesttir. Gerçekten, bu tip beşeri toplumsal düzenlerde, düşünce, inanç ve kanaat hürriyetinin mutlak, yani sınırsız olduğu, ama buna karşılık ifade hürriyetinin sınırlandırılabilir olduğu kabul edilmiştir.

Totaliter toplum, hukuk ve devlet düzenleri, çoğulculuğu kabul etmeyen, genel olarak temelinde beşeri sezgiye dayanan toplumsal düzenlerdir. Bunları vurgulayan temel özellik, ırkçılık veya sınıfçılıktır.<sup>9</sup> Bu özelliği taşıyan toplumsal düzenler, kendisinden farklı olanı yok etmek fikrine dayanmaktadırlar. Mantıklarının gereği olarak, farklılık, zararlılıktır. Bundan ötürüdür ki, bu düzenlerde, zararlı veya tehlikeli görülen düşünce, inanç ve kanaat, yani düşünce, inanç ve kanaatin kendisi yasağın, dolayısıyla suçun konusunu oluşturmaktadır.

#### 4. Liberal-Demokratik Bir Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyeti ve Sınırı

Kişinin kendi içinde cereyan eden her çeşit devinim, hesaplaşma felsefi anlamda, davranış, fiil sayılabilir ve buna çeşitli sonuçlar da bağlanabilir.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Çoğulculuk; düşünce, inanç ve kanaatte çokluk yanında, düşünce, inanç ve kanaatin her çeşit tezahüründe çokluktur. Böyle olunca, çoğulculuğun az veya çok giderilmiş olduğu bir toplumsal düzenin, insanlık tarihinin bu kesitinde, liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeni olduğu söylenemez. Ancak, bugünün değerleri ile dün yargılamaktan kaçınmak gerekir. Elbette, bu, demokrasi için de geçerlidir. Demokrasi düşüncesi, köklerini dünden alan, her gün evrime uğrayarak kendisini yeniden yaratan, önu açık, toplumsal bir yaşam biçimidir. Bugün, insanlığın bu büyük eserinin vazgeçilmesi mümkün olmayan temel karakteri çoğulculuktur. Öyleyse, çoğulculuk, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzenini, teokratik, teosantrik ve diğer totaliter toplum, hukuk ve devlet düzenlerinden ayırt etmede temel ölçüt olmaktadır.

<sup>9</sup> Mantovani, *A.g.e.*, s. 16-21.

<sup>10</sup> Antolisei, *Manuale di diritto penale*, PG., Milano 2000, s. 218 vd.

Ancak, bu, hukuku ilgilendirmez. Hukuk, kişinin dışına çıkarak nesnelleşen, dolayısıyla başkalarınca bilinebilir, algılanabilir olan davranışları ile ilgilidir.<sup>11</sup> Bugün, çağdaş ceza hukukları “*fiilsiz suç olmaz*” temel ilkesine dayanmaktadır.<sup>12</sup> Öyleyse, ifade hürriyeti, bir düşünce, inanç ve kanaatin, sahibi kişinin dışında, nesnelleşmesi, yani başkalarınca bilinebilir, algılanabilir olmasıdır.

Düşünce, inanç ve kanaat, tek veya toplu, örgün ve yaygın, çok farklı biçimler altında ortaya çıkabilmekte ve çok farklı biçimlerde ifade edilebilmektedir. Bilim, sanat, basın, vs. hürriyeti, ifade hürriyetinin farklı tezahürleridir. Hatta, daha ileri giderek, bireysel veya toplumsal olarak gerçekleştirilen, toplumsal, ekonomik, siyasal ve hukuksal her türlü etkinlik, beşeri düşünce, inanç ve kanaatin şu veya bu biçimde dışa vurmasından başka bir şey değildir.<sup>13</sup>

Ancak, ifade hürriyetinden, genelde, kişinin evreni ve evrende kendini açıklaması, yani duygularını belirtmesi, düşünce, inanç ve kanaatini açıklaması, kısaca bunların “*dil*” ile ifadesi anlaşılmaktadır. Tabii, bu anlamda, beşeri duygu, düşünce, inanç ve kanaatin kendisinde ifadesini bulduğu, nesnellik kazandığı iletişim sağlayan her çeşit araç dildir. Bu bağlamda, sadece konuşulan dil değil, müzikten yontuya, resimden dansa, şekilden tasarım vesaireye kadar beşeri duygu, düşünce, inanç ve kanaati anlatmada araç olan her beşeri etkinlik dildir.

Bu demektir ki, ifade hürriyeti, düşünce, inanç ve kanaatin her çeşit tezahürü değildir,<sup>14</sup> sadece dilde ifadesini bulan tezahürleridir. Bu anlamda, ifade hürriyeti, ifadesini, Anayasa’nın 2. maddesinin göndermede bulunduğu AİHS’nin 9 ve 10. maddelerinde bulmuştur.

AİHS, düşünce, inanç ve kanaat hürriyetinin mutlak olduğunu, buna karşılık ifade hürriyetinin sınırlandırılabilir olduğunu kabul etmiştir. AİHS’nin koyduğu sınırlandırma geneldir. Genelde özel olarak suç söz konusu olduğunda, AİHS, düşünce, inanç ve kanaatin kendisine dokun-

<sup>11</sup> Antolisei, A.g.e., s. 218 vd.

<sup>12</sup> Mantovani, A.g.e., s. 147 vd.

<sup>13</sup> Bundan ötürüdür ki, ayrıca, arızî veya sürekli, yaygın veya örgün, toplumsal, ekonomik, siyasal ve hukuksal her çeşit bir araya gelme, toplanma ve örgütlenme, beşeri düşünce, inanç ve kanaatin bir tür ifadesinden baka bir şey değildir. Böyle olunca, temelinde düşünce, inanç ve kanaatin çokluğu ve çoğulculuğuna dayanan liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzenlerinde bu tür tezahürlerin sınırının da teokratik ve totaliter toplum, hukuk ve devlet düzenlerinden farklı olması gerekmektedir. Gerçekte, burada belirtileceği üzere, farklılık kişiye bırakılan hürriyet alanının niteliği ve genişliğinde ifadesini bulmaktadır.

<sup>14</sup> AİHS, m. 11, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü. Gerçekten toplanma ve örgütlenme geniş anlamda ifade hürriyetinin bir tezahüründen başka bir şey değildir.

madan, ifade hürriyetini sınırlandırmada sınırının ne olduğu sorusuna bir açıklık getirmemektedir.

Gerçekten, bugün, liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde, hürriyeti yok etme hürriyetinin yokluğu bağlamında, toplumsal ihtiyaçlar gerektirdiğinde, ifade hürriyetinin sınırı ne olmalıdır tartışmaları da genel olarak bu nokta üzerinde yoğunlaşmaktadır. Liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet çizgisinde kalınacaksa, bir düşünce, inanç ve kanaatin ifadesinin yasaklanması, aynı zamanda o ifadede ifadesini bulan düşünce inanç ve kanaatin kendisinin yasaklanması sonucunu doğurmamalıdır. Açıkçası, sınırlandırma, ne bir düşünce, ne de bir inanç suçu yaratmalıdır.

### **5. Liberal-Demokratik Bir Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde, Bir Düşünce, İnanç ve Kanaatin İfadesi Hangi Koşulu Taşıdığına Suç Olmalıdır**

Liberal-demokratik bir toplum hukuk ve devlet düzeninde, ne kadar zararlı veya tehlikeli olursa olsun madem düşüncenin, inancın ve kanaatin kendisi, fiilsiz suç olmaz ilkesi gereğince bir suçun konusu olamamaktadır, öyleyse ifade hürriyeti sonunda bizzat düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin yasaklanması sonucunu doğuracak bir biçimde düzenlenemez.

Bu durumda, ifade hürriyetini sınırlandırırken, yani genelde özel olarak bir fiil suç sayılırken, AİHS ile getirilen sınırlar yanında, kanunilik ilkesinin gereği olarak, ayrıca başka ek bir sınıra ihtiyaç bulunup bulunmadığı meselesi ortaya çıkmaktadır.

Liberal-demokratik bir ceza hukuku düzeninde, ifade hürriyeti kayıtlanırken, düşünce, inanç ve kanaat hürriyetinin teminat altına alınması zorunluluğu karşısında, ayrıca ek bir kritere ihtiyaç bulunmaktadır.

Sorunun çözümü, hukuk önermelerinin, yani beşeri davranış normlarının, amaç-araç bağıntısı esas olmak üzere yapılacak bir değerlendirilmesinde aranmalıdır.

Gerçekten, bir hukuk düzeninde, davranış normları, amaç meşru-araç meşru, amaç gayri meşru-araç gayri meşru, amaç meşru-araç gayri meşru, amaç gayri meşru-araç meşru biçiminde ifade edilebilirler.

Burada, ihtimalleri ne azaltmak, ne de çoğaltmak mümkündür.

Bu, kurulan bu bağıntının mutlak olması demektir.

Şimdi, elde ettiğimiz bu bağıntı esas olmak üzere, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninde, neyin yasak ve neyin serbest olduğunu bulmaya çalışalım.

Amaç meşru-araç meşru önermesini sağlayan beşeri davranışlar serbest, yani meşru davranışlardır. Buna karşılık, amaç gayri meşru-araç gayri meşru önermesini sağlayan beşeri davranışlar yasak, yani gayri meşru, genelde özel olarak suç olan davranışlardır.

Bu normatif temel yapı, gerek teokratik, totaliter, gerekse liberal-demokratik, tüm hukuk düzenlerinde ortaktır. Ortada bir tartışma yoktur.

Ancak ortaklık, amaç gayri meşru-araç meşru, amaç meşru-araç gayri meşru ifadelerini sağlayan davranışlar söz konusu olduğunda bozulmakta ve tartışma başlamaktadır. Gerçekten, teokratik, totaliter, toplum, hukuk, devlet düzenlerinde, hem amaç gayri meşru-araç meşru, hem de amaç meşru-araç gayri meşru önermelerini sağlayan beşeri davranışlar yasaktır, suç sayılmaktadırlar. Buna karşılık, liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde, sadece amaç meşru-araç gayri meşru önermelerini sağlayan beşeri davranışlar yasaktır, dolayısıyla sadece bu tür davranışlar suç sayılmaktadırlar.

Bu demektir ki, teokratik, totaliter toplum, hukuk ve devlet düzenlerinden farklı olarak, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninde, bir düşünce, inanç ve kanaatin kendisi, hürriyeti yok etme hürriyetinin yokluğu bakımından ne kadar zararlı veya tehlikeli görülürse görülsün (amaç gayri meşru), o düşünce, inanç ve kanaatin ifadesi, yani araç gayri meşruluk içermediği sürece (araç meşru), onların tek veya toplu, yaygın veya örgün olarak açıklanması, yayılması, öğrenilmesi, öğretilmesi, vs. bir suç oluşturmadığından, kişiye bırakılmış olan serbest alan, hürriyeti alanı çok daha geniş bulunmaktadır.

İfade hürriyeti söz konusu olduğunda, işte belirtilen bu temel özellik, liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzenini, teokratik ve totaliter toplum, hukuk ve devlet düzenlerinden ayırt eden ve üstün tutulmasını zorunlu kılan bir olmazsa olmazını oluşturmaktadır.

Bu bağlamda, içinde şiddeti barındırdığından kendisi zararlı veya tehlikeli olan bir düşünce, inanç ve kanaatin ifadesinin, yani aracın gayri meşru olması demek, şiddeti içeren o düşünce inanç ve kanaatin, ayrıca ifadesinin de, şiddet içermesi, yani ifadede şiddetin bulunması demektir.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninde, düşünce, inanç ve kanaatin AİHS'nin ifadesi ile açığa vurulması (m. 9/2), açıkça ifade edilmesi (m. 10/1), idaresinin eylem ve işlemlerini değerlendirme, eleştirme, haber verme temel hakkının dışında kalan devletin bizzat erklerinin ve kuvvetlerinin ve egemenlik alametlerinin "tahkirini (veya tezyifi)" (Zanardelli Kanunu, m. 115, 123, 126), "tehdidi" (Zanardelli Kanunu, m. 154, 156), bir kişinin yüzüne karşı veya başkalarıyla ihtilat halinde onurunu kırarak bir biçimde değerlendirilmesinin "hakaret ve sövmeyi" (Zanardelli Kanunu, m. 122, 393, 395 ), bilim ve sanat ölçüleri dışında kalan "beşeri ar ve haya

O halde, hürriyeti yok etme hürriyetinin yokluğu normuna aykırı olarak, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzenini yok etme, ortadan kaldırma amacını güden düşünce, inanç ve kanaat açıklamaları söz konusu olduğunda, ifadede şiddet unsuru, liberal-demokratik toplum, hukuk devlet düzeninde, yasakla serbesti, suçla suç olmayan davranışı ayırt etmeye yarayan sınır çizgisini oluşturmaktadır.

Bu demektir ki, söz konusu bu sınır çizgisi, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninin kimliğini, bir olmazsa olmazını ifade etmektedir, tabiri caizse onun kafa kağıdıdır.

### **6. Ancak, Öğretilde, İfade Hürriyetinin Sınırını Belirlemede, Yani Suç Olan Fiille Suç Olmayan Fiili Ayırt Etmek Konusunda Başka Düşünceler de İleri Sürülmüştür<sup>16</sup>**

Kimi suç olan fiille suç olmayan fiili ayırt etmede düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin şiddeti içermesini esas almaktadır.<sup>17</sup> Bu düşünce kabul edilemez. Çünkü kabul edilmesi halinde, ifade yanında düşünce, inanç ve kanaatin kendisi de yasaklanmış olur. Bu, totalitarizme de imkan sağlayabileceğinden, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninde değerli görülmesi mümkün değildir.

---

duygularına aykırılığı" (Zanardelli Kanunu, m. 339), kamunun düzenine aykırı olarak "suç işlemeyi tahriki", "kanunlara itaatsizliği teşviki" ve "kamunun sükûnetini tehlikeye sokacak bir biçimde toplumun" muhtelif sınıfları arasında kinin (veya nefretin, vs.) tahrikini (Zanardelli Kanunu, m. 346, 347) içermesi durumunda, kuşkusuz araç gayri meşrudur. Bu durumda, diğer bazı değerlerin korunması zımında, ifade hürriyetinin kayıtlanması ve bu fiillerin suç sayılması toplumsal barışın korunması bakımından zorunlu olmaktadır.

Gerçekten, AİHS 9/2. maddesinde, bu şartların varlığı halinde ifade hürriyetinin kayıtlanabileceğini, dolayısıyla araç gayri meşru ifadesini sağlayan davranışların suç sayılabileceğini açıkça hükme bağlamış bulunmaktadır.

Liberal-demokratik bir hukuk düzeninde, idarenin eylem ve işlemlerini değerlendirmek, eleştirmek ve haber vermek, bu işlemler hakkında yargı yoluna gitmek kişinin temel hakkıdır. Bu hakkı eksik tanıyan veya tanımayan bir hukuk düzeni, ismi öyle bile olsa, erişkin liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeni değildir. Ayrıca, eleştirinin doğrusu-eğrisi, hafifi-ağırı, yapıcısı-yıkıcısı olmaz. Eleştiri öznel düşünce, kanaattir. En geniş anlamda idarenin "eylem ve işlemlerini" değerlendirme ile sınırlı kalmak kaydıyla (hukuka uygunluk nedeni) her hangi bir suçla vücut vermez.

Hakaret söz konusu ise, özellikle "ispat hakkı" ve "savunma muafiyeti" ifade hürriyetini teminat altına alan dahiyane kurumlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Liberal-demokratik bir hukuk düzeninde, bilim ve sanat, yaşağın, dolayısıyla suçun konusu olamaz. Ancak, bu görüntü altında, beşeri ar ve haya duygularını zedeleyen, kısaca "insan değerini" alçaltan davranışlara izin verildiği görülmemiştir. Liberal-demokratik hukuk düzenleri de kurdukları kamu düzenini etkin kılmak



Kimi suç olan fiille suç olmayan fiili ayırt etmede ABD uygulama ve öğretisinden ortaya çıkan "açık ve mevcut tehlike" ölçütünü<sup>18</sup> esas almaktadır.

Ancak, başka bir hukuk ikliminde oluşmuş olan söz konusu ölçütün, temelde esaslı farklılıklar gösteren Kara Avrupası ceza hukuku düzenlerinde ifade hürriyetini kayıttlayan bir suçun unsuru olarak ne kadar uyarlanabilir olduğu, ciddi düşünülmesi gereken bir konudur.<sup>19</sup>

Bu bir yana, asıl kötüsü, bu ilke kabul edildiğinde, yakın tehlike yarattığı gerekçesi ile, düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin de yasaklanması mümkün olmaktadır. Oysa liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde, düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin yasağın konusu olmaması gerekmektedir. Gerçekten, bu tür bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde, ne kadar genele aykırı düşerse düşsün, hiçbir düşünce, inanç ve kanaat tehlike doğurmaz. Kuşkusuz, olmayan bir tehlikenin, ne yakını, ne de uzağı olur.

Ayrıca, bu ilke, tehlikenin varlığının ve yakınlığının tahminini, yani yere, zamana ve şartlara göre takdirini hakime bırakmaktadır. Bu demektir ki, ortada bir tespit hükmü değil, tersine bir takdir hükmü bulunmaktadır. Hakimin de olsa, her takdir hükmü özneldir, nesnellikten yoksundur. Öznellik, özellikle demokrasi geleneğinin yetersiz olduğu ülkelerde, hukukta istikrarı, güveni bozar. Çoğu kez kanun önünde eşitsizlik yaratır.

---

ihtiyacı içerisindedir. Gerçekten, niteliği ne olursa olsun, ihlallere karşı kendisini savunmayan bir hukuk düzenine rastlanmış değildir. Bu bağlamda olmak üzere, kanunları, kanunun gösterdiği usul ve esaslar içinde kalarak değiştirmenin her zaman mümkün olduğu bir hukuk düzeninde suç işlemeyi ve kanunlara itaatsizliği teşvik doğal olarak suç sayılmıştır.

Liberal-demokratik bir hukuk düzeninde kanun önünde eşitlik veya ayrımcılık yasağı bu düzenlerin olmazsa olmazlarından biridir. O nedenle, din, mezhep, ırk veya sınıf kavgasını tahrik (AİHS m. 9/2) suç sayılmıştır. Bu demektir ki, din, mezhep, ırk veya sınıf kavgası tahrik edilmediği sürece, her çeşit din, mezhep, ırk ve sınıf tartışmaları, toplumda var olan kurumlar olarak bunlardan birinin kendisini diğerinden üstün görmesi, tahkir ve tezyif niteliği taşımadığı sürece (araç gayri meşru) serbesttir, ifade hürriyeti içindedir.

<sup>16</sup> Tüm tartışmalar için bkz., Hakyemez, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Seçkin Kitabevi, Ankara 2000.

<sup>17</sup> Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Voluma quarto, UTET, Torino 1981, s. 361 vd., 375 vd., 403 vd.

<sup>18</sup> Hakyemez, *A.g.e.*, s. 72 vd.

<sup>19</sup> Bizce açık ve yakın tehlike ölçütü, sadece Kanun koyucunun, toplum için açık ve yakın bir tehlike doğurmadıkça, ne kadar zararlı veya tehlikeli olursa olsun, bir fiili suç saymamasını sağlayabilir. Gerçekten, bugün, örneğin; XIX. yy modası Anarşizm düşüncesinin propagandası toplum için artık bir tehlike doğurmamaktadır. Böyle olunca, Anarşizm propagandasını suç saymaya kalkışmak, Kanun koyucu bakımından herhalde hakkın kötüye kullanılması olur. Ancak, bir davranışı suç saymakta veya

Kimi, bir düşüncenin, inancın ve kanaatin ifade edilmesi ile oluşan suçların tanımında yer alması gereken bir unsur olarak ifadede şiddet unsuru ile suçun failinin ayrıca başkaları üzerinde zor kullanmasını karıştırmakta, dolayısıyla başkaları üzerinde zor kullanılmadığı sürece fiilin suç teşkil etmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu düşünce, iki ayrı fiili, dolayısıyla iki ayrı suç, suçların içtimai kurallarını göz ardı ederek, tek bir suç sayma hatasına düşmektedir. Bundan ötürü, söz konusu düşüncenin ciddiye alınabilir bir yanı bulunmamaktadır.

**7. Anayasa, İfade Hürriyetine Sınır Getirirken, Yasağın Sınırı, Suçun Unsuru Olarak İfadede Şiddet Unsuruna Açık Bir Biçimde Yer Vermemiş, Sadece Düşüncede Şiddet Unsuruna Yer Vermiş, Böylece Düşünce, İnanç ve Kanaat Hürriyetinin Kısıtlanması Tehlikesine İmkân Hazırlamıştır.**

Anayasa, 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la değişik 14 ve 24. maddesinde, hürriyeti yok etme hürriyetinin olmadığını kabul etmek, yani temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını yasaklamakla birlikte, sözel olarak bakıldığında, ifade hürriyetini kısıtlamada sınır olarak "*düşüncede şiddet*" unsuruna yer vermiş, yani kendisi şiddeti içeren kimi düşünce, inanç ve kanaatin şiddeti içermeyen ifadesinin suç sayılmasına kapı açmıştır. Gerçekten, Anayasa, bu maddelerinde, sözel olarak, aracın meşru olup olmamasına, yani ifadenin şiddet içerip içermemesine bakmamış; bir ifadenin, yasağın, suçun konusunu oluşturması için, amacın gayri meşru olmasını, yani düşüncenin kendisinin şiddet içermesini yeterli görmüştür.<sup>20</sup>

Bu demektir ki, kanun koyucu, ifade hürriyetini sınırlandırmak, yani suç koymak ihtiyacını duyduğunda, suçu tanımlarken, suçun unsurları arasında, düşüncede şiddet unsuruna yer vermiş olması yeterli olmaktadır. Bu, hukuk düzenimizde, düşünce, inanç ve kanaatin ifadesinin suç sayılabilir olması yanında, ayrıca bizzat düşünce, inanç ve kanaatin de suç sayılabilir olması anlamına gelmektedir.

Ancak, burada, tek bir hükümden hareketle bir sonuca varmak yanlış olur. Eğer doğru bir sonuca ulaşılmak isteniyorsa, sadece "*şerh*" ile sınırlı

---

saymamakta bu kriter işe yarasa da, ifade hürriyetini sınırlandırma bağlamında suçun tanımında yer aldığına, düşünce, inanç ve kanaati koruyamamakta, dolayısıyla liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninin bir niteliği olan düşünce, inanç ve kanaat hürriyetinin mutlaklığını sağlayamamaktadır. Kısacası, tabiri caizse, ceviz ağacı üzerine elma ağacı aşısının yapıp yapılamayacağı hususunun iyi düşünülmesi gerekmektedir.

<sup>20</sup> Gerçekten, Anayasa, 14. maddesinde "... bozmayı, ... ortadan kaldırmayı, ... yok edilmesini amaçlayan bir faaliyete bulunmaktan" söz ederek, yasağın sınırı olarak, bizzat düşünce, inanç ve kanaatte şiddeti aramış, ifadede şiddete yer vermemiştir.

kalmamak, her hükmü ait olduğu sistem içerisinde yorumlamak gerekmektedir. Bu durumda, Anayasa'nın 14 ve 24. maddeleri, münferiden değil, Anayasa'nın 2. maddesi ile birlikte yorumlanmak zorundadır. Gerçekten, söz konusu maddeler, Anayasa'nın 2. maddesi ile birlikte yorumlandığı (sistemik yorum) takdirde, hukuk düzenimizde, zorunlu olarak bir düşünce, inanç ve kanaat yaşayının bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Aksinin düşünülmesi mümkün değildir, çünkü bünyesinde düşünce, inanç ve kanaat yaşayına yer veren bir hukuk düzeninin, liberal-demokratik bir hukuk düzeni olması mümkün olmaz.

Tabii kafaların karışmasını önlemek için, Anayasa'nın 14 ve 24. maddelerinde öngörülen ifade hürriyetini sınırlandırmada, ifadede şiddet unsuruna açıkça yer verilmiş olması her halde isabetli bir davranış olur. Ancak, bugüne kadar, bu yola gidilmemiş olması, esasen önemli bir eksiklik de oluşturmamaktadır. Bundan böyle, kanun koyucular, uygulamacılar, ifade hürriyetini sınırlandırırken, özellikle bir fiili suç sayarken, suçun tanımında ifadede şiddet unsuruna yer vermeye özen göstermelidirler.

Geçmişte ceza mevzuatında yer alan bazı hükümler, Anayasa'ya açık aykırılık oluşturmasına rağmen, Anayasaya uygun bulunmuştur. Gerçekten, yakın zamana kadar, ceza mevzuatında kimi düşünce inanç ve kanaatin kendisini suç sayan düzenlemelere ve uygulamalara sıkça rastlanmıştır. Bugün yürürlükten kaldırılmış olan TCK'nın 141, 142<sup>21</sup> ve 163.<sup>22</sup> maddeleri, TMK'nın 8. maddesi, suçun tanımında ifadede şiddet unsuruna yer vermemiş, dolayısıyla bir düşünce, inanç ve kanaatin kendisini yasaklamışlardır. Yürürlükte olmadan da öte, Anayasa'nın 2. maddesinin göndermesi ile ayrıca Anayasal bir metin niteliği kazanan AİHS<sup>23</sup> karşısında, söz konusu bu maddelerin, tabii bu halleriyle uzun süre yürürlükte kalmaları yanlış olmuştur.

<sup>21</sup> TCK'nın yürürlükten kaldırılmış olan 141 ve 142. maddeleri Zanardeli Kanunu'nda bulunmamaktadır. Bu suçlar 1930 İtalyan Rocco Kanunu'ndan alınmıştır. Ancak, başlangıçta kaynaktan doğru alınmış, yani suçun unsuru olarak "ifadede şiddet" unsuruyla birlikte alınmış, ama her nedense daha sonra, ifadede şiddet unsuru madde metninden çıkarılmıştır (Hafizoğulları, TCK'nın kaldırılan 142. maddesinin Türk/İtalyan Hukuk Düzeninde Anlamı, Kapsamı ve Sınırları, *Ankara Barosu Dergisi*, 1989/6). Böylece, TCK'nın 141, 142. maddeleri ifade yanında düşüncenin kendisini de yasaklayan hükümler haline gelmişlerdir. İtalyan Anayasa Mahkemesi'nce bazı fıkraları iptal edilmiş olmakla birlikte, İCK'nın 270 ve 272. maddeleri halen yürürlükte bulunmaktadır ve uygulanmaktadır. Hatta, İtalyan kanun koyucu, demokratik toplumu teröre ve terörizme karşı savunmada (m. 270 bis) bu yeni suç tipinden yararlanmayı ihmal etmemiştir. İtalya liberal-demokratik bir devlettir. Herhalde bunda kimsenin kuşkusuz yoktur. Öyleyse, bir şey İtalyan hukuk düzeninde mümkünse, aynı nitelikleri taşıyan diğer bir hukuk düzeninde o şeyin niçin mümkün olmadığı açıklanmalıdır. Biz, sanıyoruz ki, ifade hürriyeti tartışılırken, bütün eleştirilere rağmen (Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, PS, Volume I, Bologna, 1993, s. 31vd., 34, 36, 70),

Kaldırılmaları doğrudur.

Ancak burada yanlış olan, demokratik toplum düzeninin, sınıfçı, dinci ve ırkçı teröre karşı, AİHS'nin 17. ve Anayasa'nın 14 ve 24. son maddeleri hükmüne açıkça aykırı olarak, savunmasız bırakılmış olmasıdır. Gerçekten, iddiaların aksine, TCK'nın, 125, 146 ve 312. maddeleri, hatta bu haliyle Terörle Mücadele Kanunu, bugün demokratik toplumsal düzene karşı terörü çok yoğun seyrettiği ülkemizde,<sup>24</sup> toplumsal savunma ihtiyacını karşılamamaktadır.

Bunun kanıtı, birçok değişikliğe uğramış olmasına rağmen halen yürürlükte bulunan İtalyan Ceza Kanunu ve İtalyan Cumhuriyeti Anayasası'dır. Gerçekten, İtalyan Ceza Kanunu, TCK'nın anılan maddelerinin muadili maddelere sahip olmasına rağmen (m. 241, 289, 415), bunu yeterli görmemiş, yıkıcı faaliyetlere karşı demokratik toplum, hukuk ve devlet düzenini korumak amacı ile, bu düzene düşman sınıfçı, dinci, ırkçı terörün ve terörizmin her çeşit tezahürünü, halen tartışılan konular olmakla birlikte,<sup>25</sup> düşünce, inanç ve kanaat hürriyetinin mutlaklık karakterine bir zarar vermeden sınırlandırmak, dolayısıyla suç saymak (m. 270, 270 bis, 272; Cost. fin. XII.; Legge, 20 giugno 1952, n. 645) başarısını göstermiştir.

## 8. Yeni Türk Ceza Kanunu ve İfade Hürriyeti

Yeni Türk Ceza Kanunu, hem kimi suçları tanımlarken ifade hürriyetini kabul edilebilir ölçekte kayıtlamak yerine, bu görüntü altında düşünce, inanç ve kanaatin kendisini yasaklamak yolunu seçmiş, hem de özellikle dinci, ırkçı ve sınıfçı terörün demokratik toplumsal düzeni yıkma amacı güden faaliyetlerinde ifade hürriyetinden yararlanmalarına kayıtsız kalmış, dolayısıyla daha işin başında, gereksiz yere, AİHS'nin 9, 10 ve 17. ve Anayasa'nın, 2, 5, 14, 23, ... 26 ve 27. maddeleri hükümleri ile çelişir olma tartışmasını yaratmıştır.

İtalyan deneyinin (bkz., Crespi-Zuccala-Stella, *Commentario breve al Codice Penale, I-II*, CEDAM, 1992, 631 vd., 272 vd., 894) göz önünde tutulmasında yarar bulunmaktadır.

<sup>22</sup> TCK'nın 163. maddesi TCK'nın 141, 142. maddelerine benzer olarak bizim ürettiğimiz bir suç türüdür. Bu suçta da suçun tanımında ifadede şiddet unsuruna yer verilmiştir. Bu madde hükmü de düşünceyi kendisini yasaklamaktadır.

<sup>23</sup> AİHS 1954 yılından beri ülkemizde yürürlüktedir. Sadece 1982 Anayasası değil, 1961 Anayasası da AİHS'ye göndermede bulunmuştur. Ama, her nedense, Anayasa Mahkemesi, söz konusu bu maddeleri Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

<sup>24</sup> Hafizoğulları, *Terör ve Hukuk, Türkiyede Terörizm, Dünü, Bugünü, Gelişimi ve Alınması Gereken Tedbirler*, Türk Tarih Kurumu, Ankara 2003, s. 41 vd.

<sup>25</sup> Pannain, *Manuale di diritto penale, II, Parte speciale*, Tomo primo, UTET, Torino 1957,

Kanun, 125. maddesinde hakaret ve sövme suçunu birlikte düzenlemiş, 127. maddesinde ispat hakkına, 128. maddesinde savunma hakkına yer vermiştir. Her iki hüküm liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde olmaması gereken bir biçimde ifade hürriyetini kayıtlamakta, hatta çoğu kez düşüncenin, inancın ve kanaatin kendisini yasağın konusu yapmaktadır. Öyle ki söz konusu hükümlerle getirilen düzenlemeler karşısında, en başta kişinin temel bir hakkı olan ve ayrıca kamusal bir hak niteliğini taşıyan basın hürriyeti, savunma hakkı, haklı bir neden yokken, kişinin salt bireysel nitelikte olan diğer bir temel hakkına feda edilmiştir. Her iki hüküm insanların düşüncelerini, inançlarını ve kanaatlerini korkusuzca açıklamalarına imkan vermemektedir. Kanun, suç olanla ile suç olmayanın çerçevesini çizme başarısın gösterememekte, sonunda düşüncenin, inancın ve kanaatin kendisini yasaklamak yoluna gitmektedir.

Kanun, 216. maddesinde halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama suçlarına yer vermiştir. Bu suçun esası, alenen, halk arasında kamunun esenliğini bozacak bir biçimde kini (veya düşmanlığı) tahrik etmektir. *"Halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmek"* ile, *"halk arasında kin (veya düşmanlığı) tahrik etmek"* ifadeleri birbirinden farklıdır, her halde bunlardan biri ötekinin anlamdaşı değildir. Öte yandan, kanun, suçun unsuru olarak başka bir hukuk ikliminde ortaya çıkmış olan *"açık ve mevcut tehlike"* kavramına yer vermiş, böylece ifadeyi sınırlandırmak yerine, bu görüntü altında sonunda düşünce, inanç ve kanaatin kendisini sınırlamış, dolayısıyla düşünce, inanç ve kanaatin kendisini suç saymıştır. Gerçekten, bu ölçü esas alındığında, birçok dinin, felsefi kanaatin veya ideolojinin açıklanması, yayılması, öğrenilmesi, öğretilmesinin *"kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike"* yaratıyor düşüncesiyle suç sayılması mümkün olabilecektir. Dün de bugün de, birçok din, felsefi kanaat ve ideoloji kendi karakterlerinden ötürü *"mutlaklık"* iddiasındadır. Günümüzde bazı çabalar olmakla birlikte,<sup>26</sup> mutlaklık iddiasında olan dinlerin *"kardeş"* olmaları tabiatlarına aykırıdır. Bunun içindir ki, insanlık, tarihte, büyük acılar karşılığı olarak, laik toplum, hukuk ve devlet düzenini yaratma başarısını göstermiştir. Böyle olunca, çatışan düşünce, inanç ve kanaatler alemini düzenlemede, en azından hukuk düzenimiz bakımından *"açık ve yakın tehlike"* kavramı maksada uygun bulunmamaktadır. Bu konuda en uygun düzenleme, liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninin kanunu olan Zanardelli Kanunu'nun

s. 194 vd.; Fiandaca-Musco, A.g.e., s. 31 vd, 70.; Manzini, A.g.e., s. 403 vd.

<sup>26</sup> Gerçekten, Papa, geçen yıllarda ve özellikle 2000' li ve sonrası yıllarda, yönettiği Pazar ayinlerinde, sık sık dinler arası sevgi,bağışlama ve barışa işaret etmiştir. Gene, 2000 yılında semavi dinlere mensup din adamları, ülkemizde, Urfada, "Halil İbrahim Sofrası" adıyla yapılan toplantıda bir araya gelmişler ve dinler arası sevgi, bağışlama ve barışa gereksinme duyulduğunu ifade etmişlerdir (Basın, Nisan 2000).

gerçekleştirmiş olduğu düzenlemedir.<sup>27</sup> “Snobizm” kimseyi bir yarar sağlamaz. Amerikan kaşığı ile her zaman Türk çorbası içilemiyor. Her halde, herkesten önce kanun koyucunun bunu bilmesi gerekir.

Kanun’un 301. maddesi hükmü de liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde kabul edilebilir nitelikte değildir. Bir kere, bu suçta cezaî himayenin konusunu, Devletin erkleri ve kuvvetleri olmak zorundadır. Kanun “askeri ve emniyet muhafaza kuvvetleri” kavramı yerine “askeri veya emniyet teşkilatı” kavramını getirerek, cezaî himayenin konusunu erk olmaktan çıkarmış, teşkilata indirgemiş, dolayısıyla hiçbir neden yokken hürriyet alanını daraltmış, buna karşılık yasak alanını genişletmiştir. Ayrıca, gerekçede yer alan “ Türklük ” tanımı 1924 Anayasası, 1961 ve 1982 Anayasaları’nın 2. maddesi hükmü ile açık çelişki halindedir. Bu tanımın “Atatürk milliyetçiliği” ile hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır. Türklükten maksat tarih boyunca “Türkiye ahalisinin” yarattığı kültürdür. Başkasının değil ancak bunun aşağılanması suç sayılmalıdır.<sup>28</sup> Bu sınırın aşılması suç alanını genişletmektedir. Kanun’un gerekçesine itibar edilirse, hem suç alanı genişler, hem de gereksiz ırkı tartışmalar ortaya çıkar. Öte yandan, kanun, gereksiz yere, ne anlama geldiği belirsiz olan “eleştirme maksadına” yer vermiş, ancak her nedense “haber verme (veya alma) maksadına” yer verilmemiş, böylece, gerekçede “lafla” aksi iddia edilse bile, ifade hürriyeti alanını belirsiz bir biçimde daraltmıştır. Özellikle siyasi çekişmelerin çok yoğunluk kazandığı günümüzde “Aşağılama kastı” kavramı da belirlenebilir bir nitelik taşımamaktadır. Böyle olunca, ifade hürriyeti, eskiden olduğundan daha çok, bilirkişilerin insafına terkedilmiş olacaktır. Kanun’un, basın hayatının ve siyasi hayatın cereyanı kolaylaştırmamış, bunlar bakımından önceden öngörülemeyen büyük tehlikeler yaratmıştır. Gerçekten, basın sadece eleştirmez, asıl işlevi haber vermektir. Kurumsallıklarına dokunmadan eylem ve işlemlerinden ötürü siyasi iktidarları beğenmemek, kötülemek, yermek

<sup>27</sup> “... incitare all’ odio fra le varie classi sociali in modo pericoloso per la pubblica tranquillita’ ...” Yürürlükteki İtalyan Ceza Kanunu, Codice Penale, m. 415. Istigazione a disobbedire alle Leggi-Chiunque pubblicamente istiga alla disobbedienza delle leggi di ordine pubblico, ovvero all’ odio fra le classi sociali e’ punuto... Bkz., ayrıca, La Corte Cost., Sentenza, 23 April 1974, no. 108 (Chiavario-Manziona-Padovani, Codici e leggi per l’udienza penale, Zanichelli, 2000.1., s. 76). Görüldüğü üzere, kanunun düzenlemesi, ne Zanardelli Kanunu’ndaki, ne de yürürlükteki İtalyan Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeye benzemektedir. İtalya AB üyesi bir ülkedir. En azından bu kanunlara bakılmış olsaydı düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin yasaklanması yoluna gidilmezdi. Kanun’un bu düzenlemesi liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninde kabul edilebilir bir düzenleme değildir.

<sup>28</sup> Buna benzer bir örnek bugün yürürlükte bulunan İtalyan Ceza Kanunu’nun 291. maddesi hükmünde yer almaktadır. Kanun “İtalyan Ulusu”nu aşağılamayı suç saymıştır ( Fiandaca-Musco, A.g.e., s. 80 ).

ve gene devletin bizzat erklerine saldırmadan, kamu idaresinin eylem ve işlemlerini bu sınırlar içinde kalarak isteyeninin istediği biçimde değerlendirmesi demokratik toplumsal-siyasi hayatın bir olmazsa olmazıdır. Kamu idaresinin eylem ve işlemlerinde bir dokunulmazlığı yoktur.

“Ermeni iddialarını” haklı kılacak bir biçimde “insanlığa karşı diğer suçlara” yer vermiş olmasına rağmen (m. 77), kanun, her nedense, demokratik toplumun düşmanı olan, özellikle ülkemiz bakımından dün de bugün de “yakın ve mevcut tehlike” doğuran dinci, ırkçı, sınıfçı teröre ve terörizme karşı mücadelede, Anayasa’nın 5, 14, 23 ve AİHS’nin 17. maddeleri hükmünü göz ardı etmiş, ifade hürriyetinin yıkıcı amaçlarla kullanılmasına imkan vermiş, dolayısıyla demokratik toplum düzeni terör ve terörizme karşı savunmasız bırakmıştır.

Sözün kısası, Yeni Türk Ceza Kanunu, Anayasa’nın 2. maddesinin ve bu maddenin göndermede bulunduğu AİHS’nin kapsamını ve sınırlarını belirlediği liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzenini sağlayan temel nitelikleri taşımamaktadır. Kanun, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninin zorunlu ögesi çoğulculuğun gereklerine uygun olmayan bir biçimde ifade hürriyetini sınırlandırmış, tabii bunun sonucu olarak da düşünce, inan ve kanaatin kendisini suç saymıştır. Gerekçelerinde aksini ileri sürse bile, kanun, bu hali ile totaliter bir devletin ceza kanunu görünümündedir.

## 9. Sonuç

Liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninde, ifade hürriyeti, sadece amaç meşru-araç gayri meşru ifadesini sağlayan davranışlarla sınırlıdır.

Böyle olunca, ne kadar tehlikeli veya zararlı görülürse görülsün (amaç gayri meşru), bir düşünce, inanç ve kanaatin ifadesi gayri meşru olmadığı sürece (araç gayri meşru), o ifade hiçbir kayıtlamanın veya suçun konusu yapılamaz.

Ancak ifade şiddeti içerdiğinde, yani ifadenin kendisi şiddetin ifadesi olduğunda, araç gayri meşrudur, dolayısıyla ifade suç olmaktadır.

Toplum bakımından zararlı veya tehlikeli görülerek yasaklanmak istenen bir düşünce, inanç ve kanaatin ifadesi suç sayıldığında, tabii kanunilik ilkesinin gereği olarak, suçun unsurları arasında ifadede şiddet unsuruna yer verilmelidir. Gerçekten, suçun tanımında sadece düşünce inanç ve kanaatin kendisindeki şiddeti ifade etmek, yeterli değildir. Bu

tür eksik bir tanımlama, sonunda, ifade hürriyetinin yanında, düşünce, inanç ve kanaat hürriyetinin de, kayıtlanması sonucunu doğurur. Elbette, liberal-demokratik toplum hukuk ve devlet düzeninin karakterine aykırı düşün böyle bir uygulamanın kabulü mümkündür.

Liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninde, kanun koyucu, hürriyeti yok etme hürriyetinin yokluğu bağlamında, demokratik toplum için zararlı veya tehlikeli gördüğü bir düşünce, inanç ve kanaatin ifadesini yasaklamak, yani suç saymak istiyorsa, AİHS'nin 9 ve 10. maddelerinde koyduğu kayıtlar yanında, suçun tanımında, kanunilik ilkesinin gereği olarak, ifadede şiddet unsuruna yer vermek zorundadır. Aksi halde, kanun koyucu, istemiş olmasa da, ifade hürriyetini sınırlandırayım derken, mutlak olan düşünce hürriyetini sınırlandırmış olur. Kuşkusuz, bu tür bir düzenleme, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet fikriyle bağdaşmaz.

Böyle olunca, görevi AİHS hükümlerini uygulamak olan AİHM, üye devletin ifade hürriyetini kayıtlayan bir işlem, Sözleşme'nin 9 ve 10. maddelerine uygunluğunu denetlerken, bu maddelerde yer alan kayıtlar yanında, ayrıca suçun tanımında yer alması zorunlu olan ama ihmal edilmiş bulunan ifadede şiddet unsurunun yargılanmış olan fiilde bulunup bulunmadığını denetlemek zorundadır. Bu demektir ki, suçun unsuru olarak, ifadede şiddet unsuru, AİHM'nin göz önüne almak zorunda olduğu geçerli tek ilke olmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin niteliğinin liberal-demokratik bir devlet olduğunu kabul etmiştir. Anayasa'nın 1, 2 ve 3. maddelerinin karşısında, düşünce, inanç ve kanaat hürriyeti mutlaktır, hiçbir ad ve maksatla kayıtlanamaz.

İfade hürriyeti, Anayasa'nın 2. maddesinin yaptığı gönderme ile Anayasa'nın 2. maddesinde niteliği belirtilen Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, toplumsal, ekonomik, siyasi ve hukuksal içeriğini oluşturan AİHS'nin 9 ve 10. maddelerinin koyduğu esaslar içinde kalınarak kısıtlanabilir.

Hürriyeti yok etme hürriyetinin yokluğu ilkesini tehlikeye sokan veya bu ilkeye zarar veren davranışların suç sayılması gerekli görüldüğünde, kanun koyucu, ifade hürriyetini sınırlandırırken, suçun tanımında, ifadede şiddet unsuruna yer vermek zorundadır. Aksine bir davranış, düşünce, inanç ve kanaatin kendisini yasaklamak olur. Kuşkusuz, bu, kapsamı ve sınırları Anayasa'nın 2. maddesi ve bu maddenin göndermede bulunduğu AİHS ile içeriği belirlenmiş olan liberal-demokratik Türk toplum, hukuk ve devlet düzeninin yara alması sonucunu doğurur.

Böyle olunca, toplumunun Anayasa'nın 2. maddesi ile belirlenmiş bu-



lunan toplumsal, ekonomik, siyasal ve hukuksal temel düzenlerini yıkmaya matuf faaliyetler, düşünce, inanç ve kanaat bazında ne kadar zararlı veya tehlikeli olurlarsa olsunlar, açıklanmaları, ancak tanımında “ifade şiddet unsuruna” yer verilmesi halinde suç sayılabilirler.

Gerçekten, düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin suç olmadığı bir hukuk düzeni isteniyorsa, başta Ceza Kanunu olmak üzere tüm ceza mevzuatı taranmalı, ifadede şiddet unsuruna yer vermeyen ifade hürriyeti kayıtlamaları, ya hürriyeti yok etme hürriyetine imkan tanıyan bir ortam yaratılmadan ortadan kaldırılmalıdır, ya da bu kayıtlamalar gözden geçirilerek, suçların tanımlarında ifadede şiddet unsuruna yer verilmelidir.

Düşünce, inanç ve kanaati yasaklayan TCK'nın 141, 142, 163. maddelerinin ve TMK'nın 8. maddesinin kaldırılması yerinde olmuştur.<sup>29</sup>

Ancak, demokratik toplumun toplumsal, ekonomik, siyasal ve hukuksal temel düzenlerinin, ifade hürriyeti bağlamında, kökten dinci, ırkçı ve sınıfçı teröre karşı savunmasız bırakılması, hiç de isabetli olmamıştır. Anayasa'nın 14, 24. maddeleri ve AİHS'nin 17. maddesi emrine uyararak, liberal-demokratik bir toplum hukuk ve devlet düzeninde kabul edilebilir ölçüler içerisinde, Türk toplumu, teröre ve terörizme karşı savunmasız bırakılmamalıdır.

Amacı sadece demokratik düzeni ortadan kaldırmak olan terör mensuplarının, amaçlarına ulaşmak amacıyla, ifade hürriyetinden yararlanmaya hakları yoktur.

Terör ve terörizmi algılamada özensizlik gösteren uluslar, bedelini ağır ödemişlerdir.

Yeni Türk Ceza Kanunu, teröre ve terörizme kayıtsız kalmak yanında, bir yandan kabul edilemeyecek bir biçimde ifade hürriyetini sınırlandırırken, öte yandan düşünce, inanç ve kanaatin kendisini suç saymıştır. Kanun, maalesef, liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninin gereklerini sağlayamamıştır.

<sup>29</sup> Hafizoğulları, TCK'nın 141, 142 ve 163. Maddeleri Üzerine Düşünceler, *GÜ Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, sayı. 1, 1990, s. 261 vd.