

TCK.nun 141, 142 ve 163. maddeleri hakkında rapor :

TBB.Genel Kurulunun Yönetim Kuruluna verdiği talimatın bir bölümü TCK.nun 141, 142 ve 163. maddelerine ilişkindir.

141, 142, 163. maddelerin kapsadığı hükümler bakımından "genel değerlendirme" ile "Hukuksal değerlendirme" aynı ölçülere bağlanamaz. Objektif bir değer hükmü belli "Hukuk Kuralları"na bağlılıkla elde edilebilirler. Raporumuzda böylesine objektif ölçülerle neticeye varmağa çalıştık.

1-Toplumsal Ölçü: En önemli ve fikirlerde duraksamalar doğuran soru şudur! Özgürlük onu yok etme amacını güdenlere de tanınmalı mıdır? Bu soru kısaltılmış olarak şöyle isimlendirilmektedir: "Özgürlüğü yok etme özgürlüğü". Bu konuda üç görüşe rastlanmaktadır!

a)Bir anlayış şudur: "Hürriyetçi" demokratik düzen, her alanda her kесе düşünce ve hareket serbestliği tanıma prensibine dayandığına göre bu serbestiyi hürriyetten yana olmayan, hürriyet düzenini ortadan kaldırarak ve diktatöryal bir rejim kurma taraflısı olan kimselere de tanımak durumu da değildir? Bu hürriyetçi demokrasi için hem mantıki, hem de manevi bakımdan kaçınılmaz bir borç sayılmaz mı? Başka bir deyişle hürriyet prensibi adına (Hürriyeti yoketme hürriyeti) ni de tanımak gerekmez mi?(Kapani, M. Kamu Hürriyetleri, Ankara 1964, s.132).

Hiç bir sistem kendi kendini inkâr etmemelidir, çelişmeye düşmemelidir. Özellikle düşünce hürriyetinin kayıtlanması içdensizliğin bir biçimidir. Kaldıki kısıtlamaya gidince nerede durulacağı bilinmez. Her şeyin açıkca tartışılabilmesi "demokratik bünyenin sağlığı bakımından da gereklidir" (Kapani, s.133). "Düşüncelerini açıklamakta serbest bırakılması gereken kimselere dokunulmaksızın, sadece hürriyeti yoketme taraflısı kişileri kapsayan bir kanun yapmak imkânsızdır. Bu maksatla çıkarılmış kanunların tatbikatına bir göz atmak buna kanaat getirmemize yeter" (Chafee Kapani'den naklen, s.133, nt.50). Her dönemde memnun olmayanlar da vardır. Kendileri gibi düşünenleri okumak özgürlüğünü onlardan sakınmak haksızlıktır".

Kısaca, bu görüşü savunanların tutumu şöylece özetlenebilir: "Demokrasi bir inanma ve inandırma rejimidir, Şu halde bu rejim kendisi karşı yapılan bütün hucumları -bu hucumlar ne kadar kıyasıyla yıkıcı, ne kadar öldürücü olursa olsun- ancak gene kendi inandığı ve dayandığı usul

lerle karşılamak ve cevaplandırmak zorundadır" (Kapani, s.134).

b)İkinci görüş şöyle özetlenebilir: Demokrasiye sadık kalmak istemekle beraber aksini savunanlar da vardır, diğer bir deyimle evvelki görüşün karşısında olanların maksatları demokratik görünüm içinde aksini savunmak değildir. Özgürlüğe taraf olanlardan bu özgürlüğün, günün birinde ortadan kaldırılmasına, peşinen rıza göstermeleri beklenemez. Her rejim gibi "demokratik rejimde varlığına yöneltilecek tehlikeler karşısında kendi kendini koruma hakkına sahiptir" (Kapani, s.134).

c)Arabulucu üçüncü inanış şudur: Eger demokrasi bir memlekette sağlam bir tabana oturmuş ise özgürlükleri sınırlamak için neden yoktur. "Eğer demokratik rejim bir toplumda sağlam temeller üzerine oturmuş bulunuyorsa, yani o toplumu meydana getiren insanlar tarafından geniş ölçüde benimsenmiş hürriyet fikri ve geleneği de şuurlarda kökleşmiş ise böylesine kuvvetli bir demokrasi fazla endişeye kapılmaksızın kendisine karşı olan totaliter akımlara rahatça yer verebilir. Fakat demokrasi henüz kurulma ve yerleşme çabaları içinde ise, bu durumda kendi varlığı için ciddi bir tehlike teşkil eden anti-demokratik ideolojilere ve faaliyetlere aynı hoşgörülüğü göstermek elbette beklenemez" (Kapani, s.135).

ç)Sonuç şudur: Türk toplumu demokrasi bilinci içindedir. Kaldığı kısıtlayıcı kanun hükümleri ile gerçekte hiç bir şey önlenmiş değildir.

Siyasi anlamlı fikirlerin açıklanmasını engelleyen davranışların "Kanunlar" dan gelmesi daha da sakıncalıdır. Demokrasinin korunmasını "totaliter stilli silâhlarla oynamakla değil, demokratik rejimi müesseseleştirmekle" başarılabilceği (Giritli, İ. Fikir Hürriyeti ve Suç; Cumhuriyet, n.13810), "düşüncenin düşünce ile savunulmadığı hiç bir rejimin demokratik olamayacağı" (Tanyol, C. Düşünce Hürriyeti, Cumhuriyet, 18.1.1963), kanısında isabet vardır. "Bütün yeni hakikatlar, evvela yalnız bir tek adamın hakikat sandığı fikirler olarak doğarlar", "Medeniyet, vaktiyle insanların fevkalade mükemmel saydıkları sistemlerin harabeleri üzerine kurulmuştur" (Laski).

Özgürlüklerin sınırınının kanunla çizileceğinde bir güvence görmek mümkün değildir. Kanun her türlü kısıtlanayı getirebilirse özgürlüklerin Anayasada sayılmasının hiç bir anlamı yoktur. Nitekim kayıtlamanın kanunla yapılabileceği kuralı eski Anayasada da yeni Anayasada da uygulamada bir güvence getirememiştir.

Özgürlüklerin sınırlandırılması olanağı tanınca pek çok soru birbirini izler: "Özgürlüklerin hepsi sınırlandırılabilir mi? Özgürlükler nasıl sınırlandırılabilir? Özgürlükler ne gibi nedenlerle sınırlandırılabilir? Özgürlükler ne ölçüde sınırlandırılabilir?" (Sosyal, M. Anayasanın anlamı, 1974, s.139). Bu sorulara kesin cevap verilemez.

2-Düşünce Özgürlüğünün Düzenlenmesi : Düşünce özgürlüğü açısından üç görüş ileri sürülmektedir:

a)Devlet düzeninin korunması: "Bazı memleketler cemiyet nizamını her şeyin temeli addederek bu nizamı, insanın insiyakleri ile ortaya atacağı fikirlere, insiyakleri ile sarfedeceği sözlere ve neşredeceği yazılara karşı korumak taraftarıdır" (Arsel, İ.Türk Anayasa Hukukunun umumi esasları, Ankara, s.464). Bunun doğal sonucu şudur: Sansür. Mademki Devlet düzeni her şeyin üstündedir, o halde en iyi tedbir sansür uygulamaktır (!)

b)Sınırsız özgürlük : Kuşkusuz toplum düzeni çok önemli bir kavramdır. Fakat düşünce, bilim, sanat özgürlüğü ondan daha az önemli değildir. Düşünce, bilim, sanat Devleti yıkmaz. O halde "tenkit özgürlüğü" ile beraber olmak şartıyla tam bir özgürlüğün kabulünde hiç bir sakınca yoktur.

c)Sınırlı özgürlük : Kural olarak özgürlük kabul edilmeli, fakat Kanunla bazı "yıkıcı fikirler" yasaklanmalıdır.

ç) Sonuç : Anayasamızın kabul ettiği sistem; Anayasamızın 20, 21. maddelerinde sınırlamaya cevaz verebilen hiç bir kayıt yoktur. Devlet düzeninin her şeyin üstünde olduğu tutucu bir düşüncedir. Tarih göstermiştir ki Devlet düzenleri sürekli olarak değişmiştir. İnsanın gelişimi sürekli, insanın fikir üretme gücü sonsuzdur. İnsanlık determinizminin gereği olan bu gelişim ancak düşünce ve bunu yayma özgürlüğü ile sağlanabilmektedir. İnsanlar ve pek çok ülkeler "Orta Çağlar" yaşadılar, bunları hep "rönesanslar" izledi. Duraksamalı da olsa çağlar hep özgür düşüncenin haklı çıkması ile kapandı.

Fikir özgürlüğüne sınır tanıyınca bu bir tercihin, bir "kıymet Hükümü" nün sonucudur, genellikle bu tercihi "iktidar" yapar. O halde düşünce özgürlüğünün sınırlanması sonucu daima "Fikirce tek biçimlilik"te toplanır. Her ülkede "Düşünce Yaşamının Ölümü" hep böyle olmuştur.

Düşünce özgürlüğünde kısıtlamalar ile "temel hakların özüne dokunulmazlık" kavramı bağlantılıdır.

3-Temel Hakların Özü : 141, 142, 163. maddeler hakkında hukuksal değerlendirmede rastlanan "Temel hakların özüne dokunulmazlık" kavramı üzerinde anlaşma yoktur. Anayasa kurucu mecliste tartışılırken Komisyon sözcüğü "Hakkın özü kavramı"nın tanımının yapılmasının mümkün olmadığını ileri sürerek şunları söylemişti: "Bu öz, her temel hak için ayrı ayrıdır. Belli bir hürriyetin özünün belli bir sınırlama sonucunda yok edildiğini, mahkemeler efkarı umumiye, yani o memleketin hukuk anlayışı ve zihniyeti tesbit eder" (Öztürk, K.Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Zabıtları, Ankara, 1966, II,s.1253 bk.Akın,İ.Kamu Hukuku, İstanbul, 1974, s.393).

a) Doktrin de bir açıklık getirememiştir: "Hürriyetin özü, henüz özü bilinmeyen bir kavramdır... Yargı organları olaylarla prensipler arasındaki bağlantıyı kurarak içtihatlarını vucuda getirirler" (Tunaya, T.Z.s.111) "Bir hak ve hürriyetin özünün ne olduğu ayrıca bir tartışma konusudur, bu hususta başlıca görev Anayasa Mahkemesine düşmektedir" (Aldıkaçtı, O.S.48).

"Hürriyetlerin düzenlenmesinde her şey kanun koyucunun göstereceği olgunluğa, ölçüye ve sorumluluk duygusuna bağlıdır. Kanun koyucu şayet demokrazi idealini tam manası ile benimsemiş, insan hak ve hürriyetlerine gerçekten inanmış ise, zaten ortaya -belki temele inmeyen bazı yorum farkları dışında- önemli bir mesele çıkmayacaktır. Aksi halde, çıkacak meseleleri sun'i tedbirlerle halletmek hiç de kolay olmayacaktır" (Kapani, s.152).

b) Yanılgı şudur: Temel hak ve özgürlüklerin aynı statüye tabi tutulmaları Demokratik Anayasaların kusuru olmuştur. Çünkü bunları aynı yapay bir üst kavramda toplayıp, hepsine aynı biçimde uygulanabilecek genel sonuçlar çıkarmak suretiyle bazı özgürlüklerin de kısıtlanabileceği sonucuna varmak, diğer bir deyinle mantıkta çıkış noktasını hatalı saptayarak, kıyas yoluyla mademki o da bir temel haktır, o halde o da sınırlanabilir kıyaslaması, bir çeşit "aldatmaca"dır. Bir örnek verelim: Mülkiyet hakkı temel haktır, sınırlanmalıdır, çünkü bu hakkın bittiği yerde, bir başkasının hakkı (veya hakları) başlar, ikisi arasındaki sınırı kanun çizmelidir. Bu kuralı "düşünce özgürlüğü"ne uygulamayız. Bir hak, ancak sahibi başkasını sömürebilecek nitelikte ise, kısıtlanmalıdır. Özellikle "Sosyal Adalet" açısından bu pek önemlidir. Acaba bu gerekçe "düşünce özgürlüğü" için geçerlimidir? Düşünce özgürlüğünün bir tek sınırlaması düşünülebilir: Başkasının düşüncesini kabul etmemek (ve de karşı olduğunu açıklayabilmek) özgürlüğü. 141, 142 ve 163. maddenin değerlendirilmesi böyle olmalıdır.

c) Anayasa Mahkemesi aynı yanılgıya düşmüştür: Anayasa Mahkemesi şu gerekçe ile TCK.nun 141 ve 142. maddelerini Anayasaya aykırı bulmuştur: 141 ve 142. maddelerin yasakladığı eylemler, Anayasanın özünü teşkil eden insan haklarına, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan Milli demokratik, layık ve sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetini temelinden yıkarak bu niteliklerle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejime çevirme çabalarından ibaret bulunmasına göre, bu eylemleri yasaklamak suretiyle düşünce hürriyeti üzerinde yapılan sınırlamaların Anayasaya aykırı bir yönü bulunmamaktadır (26.9.1965, 175/40, RG, 25.7.1967, n.12656)!

ç) "İnsan için en kıymetli değer olan düşüncenin demokrasi düzeni kuran Anayasamızda teminat altına alınması tabii idi. Anayasanın 20. maddesi, düşünce hürriyetini, bütün sonuçları ile birlikte, Anayasanın fevkesinde hukme bağlamıştır. Teminat altına alınan yalnız düşünce ve kanaat hürriyeti değildir. Esasen yalnız düşünce ve kanaat hürriyetini

fertilere tanıyıp, sonra bu düşünce ve hürriyeti açıklamak hakkını tanınamak mürai bir sistem kurmak olurdu. Düşünce, fonksiyonunun yapabilmesi için açıklanmalı ve yayınlanabilmelidir" (Aldıkaçtı, O.Anayasa Hukukumuzun gelişmesi, İstanbul, 1970, s.190).

Anayasamız (10) "Devlet kişinin temel hak ve hürriyetlerini.. sosyal adalet ilkeleri... ile bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırır". Sosyal konuları kapsayan Düşünce Özgürlüğü ve bunu açıklama özgürlüğü kısıtlanırsa "engeller" nasıl kaldırılabilir (bk.Sarıca, M.Siyasi Düşünce Tarihi, s.262).

d)"Düşüncenin açıklanmasını sınırlamak, düşünce özgürlüğünün yalnız sınırlanması değil, özüyle birlikte ortadan kaldırılması demek olur: düşünce özgürlüğü, (özgürlük) ile (özgürlüğün özü) arasında ayırım yapılmasına olanak tanımayacak kadar bir bütünlük taşıyor. Düşünceye vardır, ya yoktur (bazı düşünceler açıklanabilir, bazıları açıklanamaz) denildiği andan itibaren düşünce özgürlüğünü, özüyle birlikte ortadan kaldırılmış olur" (Sosyal, s.147).

Tek kişinin kafasının içinde hapsolan bir özgürlük, özgürlük değildir" (Perin, C.Düşünce ve Basın Özgürlüğü, İstanbul, 1947, s.17).

4-Eyleme (fiile) dayalı ceza Hukuku: Demokratik ülkelerin ceza hukuku insanların ne düşündüklerini değil, ne yaptıklarını esas alır. Bu nedenle "eylemsel ceza hukuku" kavramını benimsemiş ülkelerde "ceza hukukunun demokrasileştirilmesi" akımı güç kazanmıştır.

Brötanyalıların davasında Başkan, duruşmaya başlarken şunları söylemişti: "Fransız hukukunda, düşünce suçu diye bir şey yoktur...Burada yargıladığımız maddi olaylardır, bu olaylara ilham veren fikirler değildir" (Le Monde, 12.1.972).

Anayasanın 11. maddesinde 1971 tarihinde yapılan değişiklikle getirilen hükümler farklı bir yoruma olanak sağlamamaktadır. Çünkü "bu Anayasada yer alan/ve hürriyetlerden hiç birisi... Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz. -Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir", yolundaki hüküm "eylem ve davranış kasdı"nı aramaktadır (bk.Sosyal,s.148). Bu anlayışı karşılayabilecek olan hükümler Ceza Kanunumuzda esasen mevcuttur (TCK 146,172). Bir davranışın "kışkırtıcı" sayılabilmesi ancak bu hükümlerde gösterilen eylemlere dönüşmesi halinde kabul edilebilir.

5-Ekonomik Düşünce Özgürlüğü : "Türkiye'de felsefî düşüncenin eksikliğinde doğan problemler ve felsefi bir bakışın bunlara tutabileceği ışık" sorunu, Hukukçuya -her şeyden evvel- bir özgürlük konusu olarak gözüktür. 141, 142. maddeler bu açıdanda incelenmelidir.

Yalnız tek kişinin çabası ile kurulmuş bir felsefe sistemi mevcut değildir, böyle görünmesine rağmen, Ne Aristo, ne Sokrat, ne Eflâtun, ne de diğer pek çokları, fikirleri açısından "tek kişinin zaferi"ni yansıtmazlar. Bir çevrenin, bir sitenin, belki de bir ulusun düşüncelerinin teşhisi o toplumun sisteminin somutlaşması görevini bir düşünürde görünür hale getirmiştir. O halde düşünülen açıklanabilmelidir.

İnsanın "beyin gücü"nü ürünün olduğuna göre "Düşünce"nin üstün bir değer sayılması olağandır. "Düşüncenin maddi fizyolojik mekanizması" (Pavlov) bilinmelidir. Fakat bu yeterli olmayacaktır. Bu ürünün elde edilmesi, kullanılması, geliştirilmesi bir çeşit "teknik"e ihtiyaç gösterir. Sosyal açıdan alırsak bu tekniğe "Demokrasi" diyebiliriz, fakat bundan bir sonuç çıkar: Biçimsellikten öteye gideneyen Demokrasiler Halkın düşünme oranını arttırıcı teknikten çok uzaktırlar. Biçimselliğe bir de "azlemek" isteğine dayalı, kanıtsız düşünceye inanmak rahatlığına halkın alıştırılması politik araç olarak kullanılması eklenirse, artık "Demokrasilerde Halki en geniş boyutlu, ayrıntılı düşünceye yöneltmek tekniği"nden söz edilemez. Bundan sonra Demokrasi yozlaşır.

"En eski ve en istikrarlı demokrasiler olan Batı devletleri -İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri- demokrasinin, ihtilâlden ziyade tekâmül vetiresi neticesinde meydana gelmiş müessese ve tatbikatlarla, birdenbire değil, fakat yavaş yavaş doğduğunu görmüşlerdir. Çünkü bu devletlerde ihtilâller bile, vukua geldikleri zaman, çabucak yatışmışlar ve daha geniş tekâmül vetiresi tarafından masedilmişlerdir. Demokrasi bu devletlerde ileri derecede sanayileşmiş ve teknoloji bakımından inkişaf etmiş ekonomik sistemler vücuda getiren bir milletin içinde olgunlaşmıştır. Halkları birbirine zıt fikirlerin serbestçe ifade edilmesine tahammül etmeği ve hatta bundan zevk almayı, şikâyetlerin alenen açıklanmasını hoş görmeği öğrenmiştir ve böylece yavaş ve sebat ede ede kendini idare etmeğe alışmıştır" (David Spitz). Onlar bu düzeye çatışarak değil, düşünerek gelebilmişlerdir. Bu düşünce ekonomik konularda yoğunlaşmıştır.

Demokrasi en üstün ve en güç rejimdir. Başarılı olması büyük düşünsel çaba ister, içtenlik de. Eğer bir ülkenin halkı toplumsal sorunlarda aydınlatılmışsa, onlar o ülkenin "vatandaş"ı, aydınlatılmamışlarsa sadece "taba"sıdırlar. "Tercihli aydınlatma" aydınlatılmamaktır. 141,142. maddelerin getirdiği yasağı bu açıdan da değerlendirmek gerekir.

Fikirce "yasak bölge" kurmakla yetinileceği yerde, her fikir akımı, objektif olarak, karşıtı akımlarla birlikte anlatılrsa, en büyük güvence sağlanmış olur. Aydınlatmak yerine kandırmak usulünün yoğunlaştığı toplumlarda demokrasinin sadece biçimsellikte devam ettiği, gerçekte yitirildiği görülür.

Kuşkusuz diyebilirizki, "eğer vatandaş her şeyi bilmek hakkına sahipse her şeyi söylemek hakkına da sahip olacaktır". Çünkü bildikten sonra -doğru veya yanlış- düşünmemek kabil değildir. O halde hem bilmek hem söylemek hakkının kullanılabilmesi koşullarının sağlanması, böyle bir ortamın yaratılması gereklidir.

Duyular yolu ile elde edilen bilgi ile zihin yoluyla elde edilen bilgi arasında derece farkı gözetmek doğru olmaz, fakat hiç düşünmeden kabullendirilene "bilgi" denilemez. O halde toplum, düşünsel eğitiminde "batıl inançlar"dan arınmak önemli bir çaba olacaktır. Bunlar arasında sökülüp atılması güç olanlar özellikle "ekonomik basıl inançlar"dır.

Ekonomi biliminde bir akım "otomatizm" fikrini savunur: Bu akım "Ekonomi Kanunlarının kendiliğinden haklılığı" ilkesine veya varsayımına dayanır. Ekonomik olaylar bir sistem içinde sürüp gider. Denge bozulmamalıdır(!). Basit bir örnek verelim: Piyasada bir mal "talep"i karşılama haline gelirse, "fiat"lar artar, üretici daha fazla üretmeye, tüketici daha az tüketmeye yönelir. Bütün ekonomiyi böylesi otomatik bir sistem sayalım. sonuç ne olacaktır? Öneri şudur: bir yerinde beklemeyin, yıkılır (Sauvy). 141, 142. maddelerin sağladığı budur.

Özgürlüğün en sade tanımı şudur. Bağlı olmamak. Tutsaklık dönemi çoktan kapandı. Acaba "ekonomik bağlılık" tutsaklığın değişik çağdaş biçimidir? Eski Yunan düşünürlerinde ekonomik bağlılıklar üzerinde sadece, "erdemlik" açısından durulmuş, yalnız Aristo, malın biri kullanma, diğeri de tirmeye üzere iki değeri olduğunu sezmiş. bugün ekonomi biliminde ilke olarak benimsenen pek çok fikirlerin ilkel biçimini açıklamıştı. Ort çağ ekonomik olayların, dinsel kuralları yalanlayan görüşlerini zayıflatmak çabalarına ile geçti. İnsanlık Aristoculuğu, benimsedi, İbni Haldun, ekonomide "Kadercilik"e karşı çıktı, "Ekonomik Kamu Düzeni"nin gerçek öncüsü olarak İbni Haldun kabul edilebilir. Fakat düzeni -bugünkü deyimle- "Liberalizm" açısından değerlendiriyordu. Çünkü o çağda "kadercilik"i liberalizm temsil ediyordu. "En doğruyu sevmek için hak terası" isimli yapıtında 17. yüzyılın Kâtip Çelebisi, dinsel açıdan diyalektikliği, işlemişti.

Fizyokratlar (1559) olanı yorumlamakla göçüp gittiler, 14. Louis enen ünlü Bakanı Colbert (1619-1683) büyük bir gerçeği şöylece ifade etti: "Ulus, ekonomik bir örgüttür". O tarihte Fransa'yı Colbert kurtardı, deri

"Fizyokratlar, Tabiî Kanun felsefesine bağlılıklarını, açıkça belirtmiştir. Klâsik iktisatçılar, iktisattan daima "politik iktisat" olarak bahsetmekle, iktisadın gerisindeki toplum felsefesini ima etmişler ve A.Smith ve J.S.Mill gibi açıkça bununla uğraşmışlardır. Oysa Neoklâsik iktisatçılar, serbest rekabeti (daha sonraki teorik gelişmelerle tam rekabetçi piyasa ekonomisinin işleyişini açıklayan teorilerini, evrensel olarak geçeri

li kanunlar koydular. Bundan, "salt iktisat" diye bahsettiler. Böylece belirli bir felsefi sistemden doğan varsayımlar ve ilkeler, tamamiyle gazli kaldı" (Gülten Kazgan). "Piyasa ekonomisinden gözlemler"i "bilimsel metod" sayarak bunu bir "Memleket ekonomisi"ne, hatta daha ileri giderek "evrensel ekonomi"ye uygulanak, sonuçlar çıkarmak, öngörülerde bulunmak isteyenlerin hepsi "çıkış noktası"nı hatalı seçmekle başarısız kalmışlardır.

Emeğin, mala katkısından, emeğin yarattığı şeyin değerinden daha fazla olmaya zorlanmasından doğabilecek sosyal sorunları, hatta Marx'ın ünlü "artık-değer" kavramını, İngiliz Düşünürü John Locke (1632-1704) ilk defa görüp, açıklayandır. "Devletin çıkarı, Halkın çıkarıdır" diyen Alman Sehröder (1640-1688), Liberal ve kapitalist anlayışlı olmasına rağmen işçi otomatikleştirerek törleştiren sisteme karşı çıkan Adam Smith (1723-1790), daha az insafli David Ricardo (1772-1823) unutulmamalıdır. "Bununla beraber A.Smith'in, iktisadi analizini toplumsal felsefesiyle bağdaştırma denemisi çok başarılı olmadı. Kurduğu iktisat teorisi -ki, klâsik okulun temelini oluşturan- toplum için, tamamiyle farklı bir görüşü de destekleyebilirdi. Bir hâkim sınıf ideolojisi olarak Smith'in ideolojisi, kendi karşıtını kendi içinde taşıyamıyordu. Nitekim, daha Ricardo'da, Smith'in teorisi, iyimser unsurlarını kaybetmiştir" (Gülten Kazgan). Bununla beraber Smith ve Malthus "politik iktisat"ı "servetin mahiyet ve kaynağının araştırılması"; Ricardo "ürünün yaratılmasına katılan sınıflar arasında, ürünün bölüşüm kanunlarının araştırılması" olarak tarif eder (Kazgan). Bu tanımlar doğru veya yanlış olabilir, eksik de olabilir. Fakat hepsi "ekonomik düşünce"ye yol açmak hizmetini başarmışlardır. Gelir dağılımının haksızlığını gösteren, toprağın nasıplılaşmasını ilk kez öneren Jahn Stuart Mill (1806-1873), "Birey için doğru olan toplum için doğru olmayabilir. Aksi de mümkündür". "Ekonomide doğal yasalardan önce insan iradesi konmuştur. İnsan toplumda en uygun ekonomik düzeni kurabilir" fikrini işleyen Keynes (1883-1946), Endüstrileşmesi, çalışanları sömürme biçimine dönüşen Batı Avrupasının en güçlü tenkidini yapıp işçi haklarının tanımında payı bulunan Karl Marx'a kadar ekonomik düşünceye katkıda bulunanlar "insanlık determinizimi"nin -çok defa birbirinde düşman- ortaklarıdır. Fakat hepsinin ekonomik düşünce gelişiminin sağlanmasındaki payı büyüktür.

Toplumun, demokrasilerde oyları ile ortaya resmen koyacağı "gelir dağılımının ekonomik teşhisi"ni önlemek (TEK. 141,142), yanıltmak ve demokrasilerin kaderini çizen, "filinçli oy"u etkisiz, anlamsız, değersiz hale getiren somunda, bir talende demokrasiyi yok etmek. Bazı çevreler "Türk Oyu"nun bilinçsizliğinden şikâyet ederler, çaresini söylemezler. Umutsuzluğu, rejim

değişikliğine gerekçe göstermek isterler. Eğer 37 milyon Türk Demokrasiyi kabul etmiş ise bu şahane bir olaydır. "Lüks Anayasa" değişiminin altında derebeylik yatar. "Türk Oyu"na, inanan, inandığı için de onu bilinçleştirmek isteyen kesin, politika çıkarlarını değil Demokrasiyi gerçekten yaşatmak isteyen "Büyük Vatanseverler kesimi"dir. Türkiye Barolar Birliği bu kesimin sorumluluğu içindedir.

Nereye gittiğini ve nereye sürüklendiğini anlayabilip, idare edenlere düşüncelerini açıklayarak yön verebilen toplumlar, başarılı demokrasiler kurabilmişlerdir. "İnsan uzun süre, kendi özgürlüğünü, diğer bir deyişle insanlığını bilmeden yaşamıştır. Gerçekte insanlık, özgürlükte bağlıyordu. İnsanla doğaya bağlı diğer yaratıklar, yirmi milyon yıl geride, özgür olmayan bir Ata'da birleşiyorlardı. Özgürleşenler, insan oldu, özgürleşmeyenler öyle kaldı" (Hançerlioğlu). Bizce özgür düşüncüyü ne maksatla ne yolla olursa olsun kısıtlayanları "insanlığa karşı en büyük suç"u işlemişlerdir.

TCK.nun 141, 142. maddelerinin "tendiç gücü" ekonomik düşünce özgürlüğüne büyük zarar vermektedir.

6- Dinsel İnanç: Anayasamızın, 19/5. maddesinde yer alan hüküm TCK.nun 163. maddesi açısından önem taşımaktadır. 141 ve 142. maddeler açısından Anayasamızda açık bir dayanak bulunmadığı halde 163. maddenin metni Anayasanın yasaklayıcı bir hükmü haline getirilmiştir. Fakat Anayasanın bu yasaklayıcı hükmünün de aynı mantıkla (eylemsel ceza hukuku mantığı ile) yorumlanması lazımdır. Anayasamız "istismar"dan, "bütüye kullanmak"dan, "kışkırtmak"dan söz etmektedir. O halde ancak "eylan" cezalandırılabilir. Anayasamız şu kurala da yer vermiştir: "Kimse, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz". Bir kimseyi kınayabilmek için o kimsenin dini inanç ve kanaatlerini açıklayabilmesi lazımdır.

163. madde, anaçına hiç bir zaman ulaşamamıştır. Buna karşın Devletin niteliğinde laiklik "Anayasal koşul"dur. O halde "dinsel inancı açıklamak özgürlüğü"ne bir çeşit "yasal tehdit" haline dönüşen 163. madde terk edilmelidir. Çünkü laikliği (Anayasa 2) korumak kadar "vicdan ve din özgürlüğü"nü de (Anayasa 19/1) korumak gerekir. O halde sistemde değişiklik gereklidir, şöyleki:

Laikliğin yasal tanımı yapılmadığında kamuîyet kararlarının kanuna uygunluğu, bazı olaylarda tereddütler doğmaktadır.

Laikliğin en sade, en içten, klâsik tanımı Din-Devlet ayrılığıdır. Bu ayrılığı zayıflatır, istisnalara yer veren her sistem, her uygulama laiklik ilkesine aykırıdır. O halde Devlet-Din ayrılığını kesinlikle tutabilecek "yapısal (organik) kanunlar hazırlanmalı, yürürlükteki kanunlar gözden geçirilmelidir. Bütün bu metinler tek bir belgede toplanmalı, 1905 Fransız Kanunu (Loi de séparation) esas tutulmalıdır.

Fransanın 1905 tarihli ayrılık kanunu ile Devlet bütçesinden Dini teşekküllere ve kişilere her çeşit yardım kaldırılmıştır (bk. Duguit-Monnier, Les constitutions, Paris 1908, s.352). Bu kanundan evvel Fransada kilisenin suiistimallerine karşı zaman zaman yardımın kesilmesi usulü de denenmişti (Duguit, Le régime du culte catalique, Paris, 1907, s.237).

7- Genel Sonuç : Memleketimizde 141, 142 ve 163. maddeler düşünce ve vicdan özgürlüğünü tutanlarca kusurlu sayılmaktadır. Bu maddeler bir haksuzluk kaynağı olmuşlardır. Esasen uygulama göstermektedirki, bu maddelere göre verilen mahkuniyet kararlarının bu maddede lafzan aranan koşullarla hiç bir ilgisi yoktur. Mahkuniyet kararları bu maddeler adına ve fakat bir başka anlayışa göre verilmektedir. O halde gerçek durum şudur. Uygulama Anayasal kural olan "kanunsuz suç olmaz" ilkesine aykırıca sürüp gitmektedir. "Kanunsuz suç olabileceği" anlayışına dönüşen uygulamanın en büyük sakıncası düşünce özgürlüğünün kesinliğini zayıflatmış olmasıdır. Bu kesinlik yoğunluğunu yitirdikçe, onun yerini "ceza korkusu" alır ve bunun sonunda da düşüncesini korkusuzca açıklamak özgürlüğü fiilen ortadan kalkar. Kuşku, daima özgürlüklerin zararına olmuştur.

Her üç maddenin kaldırılması ile bir boşluk meydana gelmeyecektir. TCK'nun 146, 172. maddeleri yeterli hükümlerdir. Anayasamızın sistemini de aşmamaktadır. Eğer Anayasa değişmedikçe bu çeşit hükümlere ihtiyaç olduğu ileri sürülüyorsa ve bu içdenliğe dayalı bir inanç ise maddelerin yeni baştan düzenlenmesi olanağı da vardır. Vaktiyle harçanan "cebir unsuru" nun bu maddelere eklenmesi çabası başarı kazanmış olsa idi, bugünkü şikâyetlerin hiç birine lüzum kalmayacaktı.

İtalya'da 141 ve 142. maddelerin esasını teşkil eden 270-272. maddelerin ilga edilmediğini ileri sürmek mümkündür. Fakat bu gün İtalya'da bu maddelerin varlığına rağmen komünist partisi ve propagandası yapılmaktadır. Çünkü İtalyan Ceza Kanununun bu maddelerinde "cebir unsuru" vardır. Bizde, bir zamanlar çetin çekişmelere sebep olan "cebir unsuru" maddelere alınmış olsa idi, bugün bu maddelerin yürürlükte olmasını düşünce, düşünceyi yayma, dernek kurma özgürlüklerine karşı bir kısıtlama olduğu iddiası akla bile gelmezdi. (bk. Pannain, R. Manuale di diritto penale, Parte speciale, II, 1957, s.193).

İtalyan Yargıtayı 1950 yılında verdiği bir kararda şunları belirtmiştir: "Devlet ne faşist ne de komünist ve ne de demokrat hristiyanlar. Devlet, düzeni ve her kesin özgürlükler düzenini sağlamak yöneltmiş hukuksal bir organizmadır" (Çelenk, s.33).

Bu üç maddenin uygulanmasında Adliyemiz zaman zaman sert bir tutuma geçer. Böyle dönemlerde "sosyal adalet"den bahsetmek, ahlâki sayılması mümkün dinsel sözler söylenecek bile suç sayılmıştır. Bundan sonra daha hoşgörülü bir dönem gelir, tutum pek farklı olur. Bu sürekli olmayan, değişen, bazan zıtlaşan durum şunu göstermektedir: Bu kadar değişebilen uygulama bu maddelerde "kanunsuz suç olmaz" kuralına uymayan niteliğin varlığını kanıtlar. Bu durum Anayasanın temel ilkesine aykırıdır.

TÜSTAV
TÜRKİYE SOSYAL TARİH ARAŞTIRMA VAKFI