

LAİKLİK

ZEKİ HAFIZOĞULLARI*

I. KONU

Konu, hukuk düzenimizin, bu düzenle biçimlenen toplumumuzun özünü, esasını teşkil eden ¹ laikliktir.

Nitelikleri itibariyle teokratik bir devlet olan Osmanlı İmparatorluğu'nun ² yıkılması, yerine niteliği laiklik olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kurulmasıyla ³ Türk toplumunun siyasî, ekonomik, hukukî, toplumsal ve kültürel yapısına giren laiklik ⁴ nedense her zaman tartışma konusu

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Ana-bilim Dalı Öğretim Görevlisi.

¹ Hafizoğulları, "Türk Hukuk Devrimi ve Laiklik", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, cilt 4, 1988, sayı 12, s. 655-669.; 2907 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, madde 2.; 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu, madde 12: Türk millî eğitiminde laiklik esastır.

² Mosca, *Storia della Dottrine Politiche*, Bari 1966, s. 22; Arsal, *Teokratik Devlet ve Laik Devlet, Tanzimat I. Yüzdüncü Yıldönümü Münasebetiyle*, İstanbul 1940, s. 80: "Osmanlı Devleti bidayette teokratik bir devlet değildi. İnhitat devrine kadar hükümet süren sultanlar kendilerini dinî reis telâkki etmemişlerdir. Osmanlı Devleti'nin teokratikleşmesini inhitat devriyle başlayarak Kaynarca Muahadesi'yle birinci Teşkilât-ı Esasiye Kanunu arasındaki devir zarfında (1774-1876) gittikçe kuvvetlenmiş ve Abdülhamit devrinde Osmanlı Devleti tamamiyle teokratik bir şekil almıştır."; Mumcu, *Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi*, İstanbul 1981, s. 7 vd.; Okandan, *Umumî Amme Hukuku*, İstanbul 1976, s. 194 vd., 280 vd.

³ Memiş, "Millî Hakimiyet' Kavramının Pozitif Belgelere Girme Sürecinden İzlenimler", *Argumentum*, 1991, cilt 1, sayı 7, s. 96 vd.; Amasya Tamimi, madde 1: "... Ulusun bağımsızlığını yine ulusun azmi ve kararı kurtaracaktır."; Bkz., Mumcu, *Türk Devriminin...*, s. 36; 1921 Anayasası, madde 1: "Hakimiyet bilâkaydü şart milletindir"; 1924 Anayasası, madde 3: "Hâkimiyet bilâkaydü şart milletindir."; Bkz., Tanilli, *Türk Anayasaları*, İstanbul 1980, s. 30-35.

⁴ Gökalp, *Türkçülüğün Esasları*, İstanbul 1961, s. 117. 8: "Hukukî Türkçülüğün gayesi, Türkiye'de asrî bir hukuk vücuda getirmektir. Bu asrın milletleri arasına geçebilmek için en esaslı şart, millî hukukun bütün şubelerini teokrasi ve klerikalizm bakiyelerinden büsbütün kurtarmaktır. Teokrasi, kanunların, Allahın yeryüzündeki gölgeleri addolunan halifeler ve sultanlar tarafından yapılması demektir. Klerikalizm ise esasen Allah tarafından verildiği iddia olunan an'anelerin lâyetegayyer (değişmez) kanunlar addolunarak Allahın tercümanları itibar olunan ruhaniler tarafından tefsir edilmesidir." "Kurunu vustai devletlerin bu iki alâmeti mümeyyizesinden tamamiyle kurtulmuş devletlere "asrî devlet" namı verilir. Asrî devletlerde, evvelâ gerek kanun yapmak ve gerekse memleketi idare etmek selâhiyetleri doğrudan doğruya millete aittir. Milletın bu selâhiyetini tahdit ve tekyid edecek hiç bir makam, hiç bir an'ane ve hiç bir hak yoktur."

olmuştur ve halen tartışma konusu olmakta devam etmektedir.⁵ Ancak, pozitif bir değer olmasına rağmen, laikliğin bugüne dek bir tanımı yapılmadığından,⁶ tartışmaların birçoğu pek fazla işe yaramamış,⁷ dolayısıyla bu kavramın ne olduğu, kapsamı ve sınırlarının neden ibaret bulunduğu konusu yeterince açıklığa kavuşturulamamıştır.⁸

Kısır tartışma ortamından çıkmak, geçerli yeni bir tartışmayı başlatmak, ancak laikliği tanımlamak, kapsamını ve sınırlarını belirlemekle mümkündür.

Gökalp, daha 1923 yılında laiklik ilkesini büyük bir ustalıkla algılamayı başarmış, yeni kurulmuş olan devletin, siyasi, hukuki, kültürel ve toplumsal yapısını tümüyle laiklik esasına dayandırmıştır. Ancak, ne gariptir ki, Gökalp'ın bu düşüncelerinin anlamı hâlâ anlaşılabilmiş değildir. Belki, Gökalp, zamanında anlaşılabilmiş olsaydı, bugün, laiklik konusundaki tartışmalar, hiç kuşku yok, çok daha verimli bir zeminde cereyan ederdi. Gökalp'ın, anlaşılabilmiş, işlenmemiş olması bizce gerçekten bir kayıp olmuştur.

⁵ Bkz., örneğin, Daver, *Türkiye Cumhuriyeti'nde Layiklik*, Ankara 1955; Başgil, *Din ve Laiklik*, İstanbul 1962; Özek, *Türkiye'de Laiklik*, İstanbul 1962; Üçok B., *Atatürk'ün İzinde Bir Arpa Boyu*, Ankara 1985; Mumcu, *Türk Devriminin...* s. 133 vd.; Toplamacıoğlu, *Din Sosyolojisi*, Ankara 1983, s. 249 vd., 271 vd., 290, 293; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1986, s. 64 vd; Yayla, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1985, s. 91 vd.

⁶ Daver a.g.e., s. 207; Erem, *Türk Ceza Hukuku, II, Hususi, Hükümler*, Ankara 1965, s. 96.

⁷ Laiklik konusunda yazılmış eserlerin hemen hiç birinde nedense Hırş'in düşüncelerini yer verilmiş değildir. Oysa, Hırş, eserinde (*Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi*, Ankara 1949) iktidar olgusuyla bağıntılı olarak laiklik düşüncesini büyük bir ustalıkla açıklamış bulunmaktadır. Laiklik konusundaki çalışmalarda Hırş'in düşüncelerine yer verilmemiş olması herhalde bir eksiklik. Burada, yeri geldikçe, Hırş'in düşüncelerine en geniş şekilde yer verilecektir.

⁸ Gerçekten, laiklik, genelde ya din işleriyle devlet işlerinin ayrılması olarak (Anayasa, başlangıç), ya Devletin ülkede mevcut maruf ve müesses dinlere karşı tarafsızlığı, herhangi bir din ve mezhebin iç düzenine, ibadet ahkâm ve erkanına müdahale etmemesi (Başgil, a.g.e., s. 14) olarak ya da "devletin bütün vatandaşların din akidelerine hürmet etmesi, fakat hiçbir dini diğer dinlere tercih etmemesi, her dine karşı aynı muameleyi yapması, din ve itikat sahasını fertlerin hususî işi telâkki ettiği için dinî zümrelerin dinî işlerine müdahale etmemesi, hiçbir dini men etmediği gibi hiçbir dine hiçbir türlü muavenet dahi etmemesi, dinlere karşı bitaraf kalması" olarak (Arsal, a.g.e., s. 83) tanımlanmaktadır. (Ayrıca bkz., Erem a.g.e. s. 96: "Layiklik başlıca iki fikri birlikte ifade eden bir tabirdir: Bu tabir evvelâ vicdan ve din hürriyetini sağlayacak bir serbestiyi ifade eder. Sanien bu tâbirle Devletin dini otoritenin tesiri dışında kalması zarureti kastolunur"). Ancak bu ve benzeri tanımlar laikliğin esasında ne olduğu değil, olsa olsa kapsamı ve sınırlarının neden ibaret olduğunu veya olması gerektiğini açıklamaktadırlar. (bkz., böl. III, s. 12, 13). Bir bilinmeyenle diğer bir bilinmeyen açıklanamayacağına göre, kapsamı ve sınırlarından önce laikliğin ne olduğunun açıklanması gerekmektedir. Bu yapılmadıkça, bu konudaki tartışmaları bitirmek veya daha verimli zeminlerde tartışmak mümkün olmayacaktır.

Burada, kısaca, laiklik tanımlanmaya, kapsamı ve sınırları belirlenmeye çalışılacaktır.⁹

II. LAİKLİĞİN TANIMI

1. İktidar Olgusu

İnsan hayatı, toplum hayatıdır. Tek insan sadece bir soyutlamadır. Tarihsel olarak, insana, toplumsal gruplar dışında rastlanmış değildir.¹⁰

İster örgün, ister yaygın olsun, ilkel veya gelişmiş her toplumda, bir iktidar olgusuna rastlanmaktadır. Gerçekten, bugüne dek, bünyesinde iktidar olgusu cereyan etmeyen bir toplumla karşılaşmış değildir. Bu demektir ki, nerede bir toplum varsa orada bir iktidar olgusu vardır; nerede bir iktidar olgusu varsa, orada bir toplum bulunmaktadır.¹¹

Yaygın toplumdaki örgün topluma geçildikçe iktidar olgusunun giderek yaygınlıktan kurtulup örgünlüğe gittiği gözlenmektedir. İktidar olgusunun mükemmel düzeyde örgünleştiği toplumsal düzen Devlet düzenidir.¹² Devlet düzeninde, iktidar olgusu düzenin kurucu bir unsurunu oluşturmaktadır.¹³ Bu, genelde, “egemenlik” terimiyle ifade edilmektedir.¹⁴

2. İktidar Olgusunun Niteliği

İktidar olgusunun niteliğinin neden ibaret olduğunu ortaya koymak, ancak insanın niteliklerine gitmekle mümkündür.

İnsan, her canlı varlık gibi, çevrenin değişen şartlarına uyar. Beşerî organizmanın bu işlevine, uyma veya intibak denmektedir.¹⁵ İntibak olayı,

⁹ Ancak laiklik, burada, belli bir ülkenin hukuk düzeni veya hukukun belli bir dalı açısından değil, en genel çizgide yani hukukun genel teorisi açısından ele alınıp incelenecektir. Türk hukukunda laiklik için bkz., Hafizoğulları, “Laiklik ve T.C.K.’nın 163. maddesi”, *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Ankara 1987, cilt 42, no: 1-4, s. 201 vd.

¹⁰ Perassi, *Introduzione Alle Scienze Giuridiche*. Padova 1967, s. 9; Hirş. *a.g.e.*, s. 211; Okandan, *a.g.e.*, s. 1 vd.

¹¹ Hirş, *a.g.e.*, s. 424 vd., 405, 409 vd.; Mosca, *a.g.e.*, s. 11 vd.

¹² Bobbio, *Teoria della Norma Giuridica*, Torino 1958, s. 200, 216; Hafizoğulları, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara 1987, s. 161-6, 171, dipnot 13, 173-5, 79, dipnot 31; Esen, *Anayasa Hukuku*, Ankara 1970, s. 187 vd.

¹³ Del Vecchio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Roma 1936, s. 290, 295, 300, 301; I. D. Saggi, *Intorno Ollo Stato*, Roma 1935, s. 24; Esen, *a.g.e.*, s. 148 168; Okandan, *a.g.e.*, s. 747.

¹⁴ Bkz., Okandan, *a.g.e.*, s. 747; Akbay, *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, Ankara 1961, s. 464 vd.

¹⁵ Hirş, *a.g.e.*, s. 406.

fizyolojik bakımdan, “dahilî uzvî intibak” ve “haricî uzvî intibak” olarak ikiye ayrılır.¹⁶ Tabî bu yeteneğin derecesi, kişiden kişiye değişmektedir.¹⁷ Uyma veya intibak, toplumda, ya “pasif”, ya da “aktif uyma” biçiminde ortaya çıkmaktadır.¹⁸

Belli bir tarihî toplumsal kesitteki, belli dengelerin bir ürünü olan toplumsal iktidarı kabullenme, buna uyma, pasif intibak;¹⁹ mevcut iktidara karşı olmak, yeni dengelere dayanan yeni bir iktidar yaratmak çabaları aktif intibaktır.²⁰ “Beşeriyet kendi inkişafını intibak kabiliyetinin bu aktif şekline medyundur.”²¹

Toplumsallaşma dokusunu oluşturan bu doğal olgu, toplumda idare eden/idare edilen farklılaşmasını sağlamakta, dolayısıyla her toplumda aktif uyma yeteneğine sahip bireylerden oluşan bir idare edenler grubuna yer vermektedir.²² Bu grup, uyulması zorunlu davranış kuralları koyarak toplumsal hayatı düzenlerken, fiilen toplumda egemenlik de icra etmektedir.²³

Böyle olunca, iktidar olgusunun kaynağı, insanların doğal olarak bu uyma veya intibak yeteneği olmaktadır. Bu, toplumda iktidar olgusunun, kaynağını, “insanın beşeri tabiatında” bulması; bu kuvvetin “insanın tabiatından” kaynaklanması demektir.²⁴ Bundan çıkan sonuç, toplumda iktidar olgusunun, niteliği bakımından, maddî ve manevî, deneysel bir veri olduğudur.

3. İktidar Olgusunu Düzenleme

İdare edenler/edilenler farklılaşması, aslında, iktidar olgusunun örgünleşmesidir.²⁵ İktidar, yaygınlıktan kurtularak örgünleştikçe, kurumlaşmakta, böylece etkinlik ve kalıcılık kazanmaktadır.²⁶ Gerçekten, iktidar

¹⁶ Hirş, *a.g.e.*, s. 406.

¹⁷ Hirş, *a.g.e.*, s. 406.

¹⁸ Hirş, *a.g.e.*, s. 406, 409.

¹⁹ Ayrıntılar için bkz., Hirş, *a.g.e.*, s. 407 vd.

²⁰ Ayrıntılar için bkz., Hirş, *a.g.e.*, s. 409 vd.

²¹ Hirş, *a.g.e.*, s. 409.

²² Hirş, *a.g.e.*, s. 407-9, 409-412. Mosca, *a.g.e.*, s. 40.

²³ Hirş, *a.g.e.*, s. 410.

²⁴ Hirş, *a.g.e.*, s. 426.

²⁵ Hirş, *a.g.e.*, s. 21, 325 vd., 365, 380.

²⁶ Bobbio, *Norma*, 10 vd., 13 vd., 17 vd., 34, 197 vd; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 35 vd., 48 vd., 161 vd.

olgusunun örgünleşmesi, açıkçası toplumlaşma, ancak söz konusu bu olgu üzerine uyulması zorunlu davranış kuralları oluşturmakla mümkündür.²⁷ Bu demektir ki, bir topluluk toplumlaşırken iktidar olgusu üzerine uyulması zorunlu davranış kurallarının oluşması, iktidar olgusunu düzenlemedir.²⁸

4. İktidar Olgusunu Düzenlemede Temel Düşünceler

İktidar olgusunu düzenleme, aslında, doğa düzeninden farklı normatif bir düzen oluşturmaktır.²⁹ Bugün, gerçekten, doğa salt bir olgular sistemi bütünü olarak algılanırken;³⁰ toplum, bir yandan doğanın bir parçası olarak, tıpkı doğa gibi bir olgular sistemi bütünü, öte yandan bundan tamamen farklı bir kurallar sistemi bütünü olarak algılanmaktadır.³¹

Kuşkusuz, her sistem temelde bir düşünceye, bir varsayıma dayanmak zorundadır. Bu olmadığı takdirde, her halde, bir sistemden söz etmek mümkün olmaz, İktidar olgusunun düzenlenmesi söz konusu olduğunda, sistemin temelini oluşturan düşünce, varsayım, ya deneysel, ya metafizik bir kavram olmaktadır. Öyle ki, iktidar olgusunu düzenlemede, düzeni oluşturan en son halkaya varıldığında, iktidarın kaynağı ya ilahî iradedir, ya beşerî iradedir denmektedir. Eşyanın tabiatı gereği zaten üçüncü bir seçenek mevcut değildir.³²

İktidarın kaynağının ilahî irade veya beşerî irade olduğunun kabulü, evrenin farklı algılanmaları sonucunu doğurması bir yana,³³ birbiriyle bağlaşıp olmayan farklı düşünce sistemlerine, dolayısıyla farklı düzenlere

²⁷ Rocco, *L'Oggetto del Reato e della Tutela Giuridica Penale*, (opere giuridiche, cilt I) Roma 1932, s. 444; Grisafulli, *Lezioni di Diritto Costituzionale I*, Anno Accademico, 196/61, Padova, 1962, s. 9 vd. ve özellikle 12; Perassi, *a.g.e.*, s. 9; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 22 vd., 25.

²⁸ Bobbio, *Teoria della Scienza Giuridica*, Torino 1958, s. 193; Perassi, *a.g.e.*, s. 10-12, 14 vd; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 25 vd.

²⁹ Kelsen, *Nedensellik ve İsnadiyet*, çev. Z. Hafizoğulları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 35, 1978, sayı 1-4, s. 219 vd.; I.D., *Teoria Generale Della Norme*, Torino 1985, s. 46 vd., 50 vd.

³⁰ Wittgenstein, *Tractatus, Logico Philosophicus*, çev. O. Aruoba, BFS, İstanbul 1985, s. 15.

³¹ Kelsen, *Lineamenti di Dottrina Pura del Diritto*, Trad, R. Treves, Torino 1952, s. 26, 28, 29, 31, 32, 179-180.

³² Krş., Hirş, *a.g.e.*, s. 164-145. Esasen bkz., Bölüm 3, Kısım: 2, s. 157 vd.

³³ Hirş, *a.g.e.*, s. 112 vd., 161 vd., 165; Bkz., Russel, *Din İle Bilim*, Ankara 1972, s. 7 vd., 16 vd., 132 vd., 147 vd.; Bayet, *Dine Karşı Düşüncenin Tarihi*, Çev. C. Süreyya, Varlık Yayınevi, İstanbul 1970.

vücut vermektedir. İktidarın kaynağının ilâhî irade olduğu kabul edildiğinde, buradan ilahî düşünce sistemleri, dolayısıyla ilâhî toplumsal yapılar ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık, iktidar kaynağının beşerî irade olduğu kabul edildiğinde, buradan beşerî düşünce sistemleri, dolayısıyla beşerî toplumsal yapılar doğmaktadır. İki ucun ortalamasını almak, mantuksal olarak mümkün olmamaktadır. Üstelik, toplumsal gerçeklik de bunu doğrulamaktadır. Hiç bir toplumsal gerçeklikte böyle telifci bir yapıya rastlanmamıştır.³⁴

Demek ki, burada, birbiriyle bağdaşır olmayan, kristalize, iki farklı düşünce sistemi, dolayısıyla iki farklı toplumsal yapılanmayla karşı karşıya bulunmaktadır. İktidarın kaynağı ilâhîdir dendiğinde, bundan teokratik/skolâstik düşünce sistemleri, dolayısıyla teokratik hukuk/devlet/toplum yapıları; iktidarın kaynağı beşerîdir dendiğinde bundan, ilâhînin karşısı laik düşünce sistemleri, dolayısıyla laik hukuk/devlet/toplum yapıları ortaya çıkmaktadır.³⁵

Böyle olunca, laikliğin tanımında, yegâne itibar edilebilecek beşerî bir esas belirlenmiş olmaktadır. Bu, iktidarın/buyurma erkinin/egemenliğin izafe edildiği kaynaktan yatmaktadır. Öyleyse, tanımlarsak, laiklik; bir toplumun siyasal örgütlenmesinin ifadesi Devletin temel unsuru olan iktidarın/devlet kudretinin/egemenliğin kaynağının beşerî irade olmasıdır.³⁶

³⁴ Ancak, kimi düşüncelerden teokratik düşünce sistemleri, dolayısıyla teokratik toplum düzenleriyle, laik düşünce sistemlerinin dolayısıyla laik toplum düzenlerinin bağdaşırılığı izlenimi çıkmaktadır (Bkz., Çağatay, "Laiklik ve Din İlişkileri", *Atatürk Araştırma Merkez Dergisi*, 1988, sayı 12, s. 357-365). Eğer böyleyse bu düşüncelere katılmıyoruz, çünkü söz konusu düşüncelerde iktidarın kaynağıyla iktidarın işlevi birbirine karıştırılmıştır. Gerçekten iktidarın kaynağının ilahî olduğu toplum düzenlerinde iktidarı elinde bulunduranların dinin düzenlemediği alanları düzenledikleri görülmüştür. Ancak, bu, iktidarın kaynağının ilahî olduğu toplum düzenlerinde laikliğin bir tür tezahürü olarak algılanamaz, çünkü iktidarın kaynağı başka şeydir, iktidarın işlevini yerine getirmesi başka şeydir. Burada söz konusu olan iktidarın kaynağı değil, iktidarın işlevidir, Böyle olunca, iktidarın kaynağının ilahî olduğu toplum düzenlerinde ilahî düzenin kapsamadığı alanlarda uyulması zorunlu davranış kurallarının üretimi laiklik sayılmayacak, dolayısıyla ortaya koyduğumuz düşünce geçerliliğini koruyacaktır.

³⁵ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar*, çev. Dr. Muhittin Göklü, İnkılâp ve Aka Kitabevleri, İstanbul, s. 102 vd., 113 vd., 117 vd., 121 vd., 124 vd., 129 vd., 329 vd.; Hirs, *a.g.e.*, s. 21 vd., 100, 110 vd., 112 vd., 157 vd., 233 vd., 237 vd.; Mosca, *a.g.e.*, s. 77 vd., 83, 104 vd., 188, 296 vd.

³⁶ Mosca, *a.g.e.*, s. passim ve özellikle, 296, 34; "Yunan kentlerinin sahip oldukları hürriyet, bunlarda, kanunun kutsal/ilahî, değişmez/mutlak bir karakteri haiz olmaması, tersine kendilerine uygulanması gereken yurttaşların iradesinden kaynaklanmış olması ve Helen

Madem fikrî menşei itibariyle her düzen insanın yarattığı bir eser, yani sunî veya insanî bir nizamdır,³⁷ zorunlu olarak, iktidarın/devlet kudretinin/egemenliğin bağlanabileceği yegâne deneysel temel beşerî irade olacaktır.

5. İktidar Meşruluğu

Temelde, iktidarın, dolayısıyla toplumsal düzenlerin, kaynağıyla meşruluğu arasında, zorunlu bir bağıntı kurulmuştur.³⁸ Zaten, iktidarın kaynağını aramak, bir yerde, iktidarı meşru kılmak ihtiyacından doğmuş bulunmaktadır.

İktidarı meşru kılmak olgusunun, karşılaştırmalı incelemelerine bakıldığında, her zaman ve her yerde metafiziğe dayandırıldığı gözlenmektedir.³⁹ “Bu metafizik her yerde ve her zaman din ile olur. Ve dinin bertaraf edildiği devirlerde de devlet mabudu, devlet putu bunun yerini alır. Zira bu gibi devirlerde muayyen bir devlet mabudu etrafında cereyan eden bir dünya görüşü hâkimdir. Zamanımızın tarihi bunu açıkça göstermiştir. Birçok memleketlerde ihtilaller neticesinde yeni rejimler meydana gelmiş ve bu rejimler mevcut devlet düzenini bertaraf ederek kuvvetle, cebirle başka bir sistem kurmaya çalışmışlardır. Fakat daima kendi rejimini meşru kılmak için ellerinden geleni yapmış ve bu maksatla din veya mezhebe dayanmadıkları hallerde, hususiyle laiklik, hattâ din aleyhtarlığı hâkim olan memleketlerde kâh Materyalist (ırk), kâh Spiritualist (millet), kâh Marksist (proleterya) mahiyetinde olan bir metafiziğe istinat ettirmişlerdir.”⁴⁰

Demek ki, iktidarı meşru kılma olgusunun temeli, “her yerde ve her zaman din veya din yerine kaim olan muayyen bir dünya görüşüdür (Weltanschauung).” “Burada, bu gibi telkinlere muhatap olan şey, halkın ruhudur. Halkın yani cemiyet içinde bulunanların duygularıdır. Hukuk duygusu, hukuka hürmet duygusu esas itibariyle din ve mezhep duygula-

halkının ahlâkî ve fikrî yücelmesine kesin katkıda bulunan bizzat yurttaşlarca seçilmiş hâkimler tarafından uygulanmış olmasıdır. Hafızoğulları, *Laiklik*, s. 203-4, 208; *Türk Hukuk Devrimi*, s. 665; Arsel, *Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına*, Ankara 1975, s. XVIII: “Atatürk Türkiyesi ile birlikte ilk kez, bir İslâm ülkesinde, egemenliğin kökeninin Tanrı değil toplum (Halk-millet beşerî iradesi) olduğu” düşüncesi ortaya çıkmıştır.; Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Ankara 1983, s. 54.

³⁷ Hırş, *a.g.e.*, s. 21, bkz., ve krş., s. 23.

³⁸ İktidar, dolayısıyla düzeni meşrulaştırma olgusu hakkında bkz., Hırş., *a.g.e.*, s. 399.

³⁹ Hırş, *a.g.e.*, s. 400.

⁴⁰ Hırş, *a.g.e.*, s. 400-401.

rna dayanmaktadır. Halkın dine karşı olan duygusu, bu suretle muayyen bir düzenin muayyen bir idarenin meşru olduğunu ispat hususunda vasıta olarak kullanılmaktadır.”⁴¹

Burada, kaynağını iki değerden birine bağlayarak iktidara meşruluk izafesi, temeldeki ikilemi ortadan kaldırmış değildir. İktidarın kaynağının ister ilahî ister beşerî irade olduğu kabul edilsin, meşruluk meselesi çözümlenmiş olmamakta, her iki halde de mesele varlığını korumaktadır. İktidarın kaynağı ilâhî iradedir dendiğinde iktidar ne kadar meşru iktidar olmazsa, iktidarın kaynağı beşerî iradedir dendiğinde de iktidar o kadar meşru iktidar olmaz.⁴² Meşruluk meselesi, her iki halde aynı bi-

⁴¹ Hirş, *a.g.e.*, s. 401.

⁴² Tarihte, çok zaman, iktidarın sınırlandırılmasıyla iktidarın meşruluğu aynı şey olarak görülmüştür. İktidarın kaynağının ilahî irade olduğunun kabul edildiği dönemlerde, ilahî hukuk pozitif hukuk ayrımı yapılmış, iktidarın sadece pozitif hukuk ilahî hukuka uygun olduğundan meşru olabileceği, ancak bu şartı haiz olmasa bile mutlaka pozitif hukuka uyulması gerektiği iddia edilmiştir (Hirş, *a.g.e.*, s. 159 vd. ve dipnot 12; Mosca, *a.g.e.*, s. 79 vd.). Teokratik devletlerin yerini laik devletlere bıraktığı, yani iktidarın kaynağının beşerî irade olduğunun kabul edildiği dönemde, tabii hukuk-pozitif hukuk ayrımı yapılmış, iktidarın ancak pozitif hukuku tabii hukuka uygun olduğunda meşru olabileceği, aksi takdirde kişilerin ihtilal yapmak haklarının olacağı ileri sürülmüştür (Bobbio, *Norma*, s. 23 vd., 49; Kelsen, *Lineamenti*, s. 38 vd., 149; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 64 vd., dipnot. 44; Hirş, *a.g.e.*, s. 18-21). Tabii hukuk düşüncesinin çöküşü, yerine hukukî pozitivizm düşüncesinin (bkz., Searpelli, *Cos'è il Positivismo Giuridico*, Milano 1965; Bobbio, *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, Milano 1972) geçmesiyle birlikte, yegâne hukukun beşerî iradenin bir tezahürü olan pozitif hukuk olduğu düşüncesi hâkim olmuş (Rocco, *il Problema e il Metodo della Scienza del Diritto Penale*, *Riv. di dir. e Proc. Pen.*, 1910, s. 515 vd.; Scarpelli, *a.g.e.*, s. 43; Hafizoğulları, “Hukuk ve Hukuk Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu”, *Hukuk Fakültesi Dergisi*, sayı 1-4, s. 235-279), dolayısıyla iktidarın, öyleyse hukukun meşruluğu meselesi hukukun dışından bir ölçüyle değil, bizzat hukuktan gelen bir ölçüyle açıklanmaya çalışılmıştır (Scarpelli, *a.g.e.*, s. 53 vd.; Perassi, *a.g.e.*, s. 40-41). Bu cümleden olarak bir yandan bir norma hukukîlik sıfatının o normun belli bir hukuk düzeninden mevcut olmasından geldiği (geçerlilik) kabul edilirken (Bobbio, *Norma*, Cap. II, s. 35 vd.) ve böylece kendisinden tüm düzenin kaynaklandığı bir temel norm varsayımına gidilirken (Kelsen, *Teoria Generale*, s. 432; I. D. *Lineamenti*, s. 71 vd., 74, 80; Perassi, *a.g.e.*, s. 39; Bobbio, *Teoria della Scienza*, s. 196 vd.), öte yandan temel normun, yani düzenin artık geçerliliğinden değil meşruluğundan söz edilmekte, temel normun, yani düzenin meşruluğu bir “postülat” olarak kabul edilmekte (Perassi, *a.g.e.*, s. 41) ve böylece her kurucu iktidarın meşruluğunu kendinden aldığı bunun da temelde fiilî hâkimiyetini kurmak (kuvvet) yanında asgari tasvip görmek (rıza) olduğu sonucuna ulaşılmaktadır (Bobbio, s. 54 vd., 201 vd.; Kapani *a.g.e.*, s. 63 vd. Ancak temel normun meşruluğuyla ilgili olarak, ayrıca bkz., Kelsen, *Teoria Generale*, Cap. LIX 1). Demek ki, iktidarın kaynağının ister ilâhî irade olduğu kabul edilsin, madem her kurucu iktidar meşruluğunu kendinden almaktadır, kaynağın ilâhî veya beşerî olması, iktidara meşruluk kazandırmakta, ama sadece evrenin iki farklı biçimde algılanabileceğini göstermektedir. İndirgemeci bir zihniyete sahip olunmadıkça, evreni bu iki farklı algılama biçimi normatiflik

çimde ortaya konduğundan, bugün, artık bu ikilemenin dışında tartışılmaktadır.⁴³

Böyle olunca, iktidarın kaynağını ilâhî veya beşerî irade saymak, iktidarın meşruluğundan çok, toplumu/ düzeni algılamakla ilgili olmaktadır. Toplum/ düzen, ya ilahî irade açısından algılanır, bu halde teokratik toplum düzenleri ortaya çıkar, ya beşerî irade açısından algılanır, bu halde laik toplum düzenleri ortaya çıkar. Öyleyse bu açıdan laiklik, toplumu, düzeni beşerî bir algılama biçimidir.

Burada laikliğin kapsamı meselesi ortaya çıkmaktadır.

III. LAİKLİĞİN KAPSAMI

6. Modern Devletin Niteliği

Devlet, bir halkın, belli bir toprak üzerinde, kendisini bir hükümetin buyruğu altına koyarak, siyaseten örgütlenmesi sonunda ortaya çıkan toplumsal bir kurumdur.⁴⁴ Demek ki, devleti vurgulayan özellik belli bir düzenlemeyle kurumlaşan iktidar olgusudur. Bu yüzden, devlet, yerel olarak egemen hukukî bir düzen yahut aslî hukukî bir düzen veya yerel olarak egemen bir tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır.⁴⁵

Burada, egemenlik, örgün iktidar devletin, soyut sujeliğini somut kılan niteliğidir ve devleti hukuk düzeni gerçekliğine sokmaktadır; devletin temel hukukî niteliğidir, yahut devletin hukukî ehliyetinin, yani hukuk düzeni alanında devletin yapabildiği veya yapmak zorunda olduğu şeyin kaynağıdır; devletin unsurlarından biri, hattâ tüm diğer unsurları tamamlayan bir unsur olarak içine toplumsal ve siyasal birlik fiilinin girdiği hukukî olgudur. Öyleyse, egemenlik kavramı, bileşimsel hukukî ifadesi olarak ortaya çıkan devlet kavramından ayrılmamakta, ama bununla sıkı sıkıya bağıntılı bulunmaktadır.⁴⁶

Bu demektir ki, egemenlik kavramı, zorunlu olarak ancak devlet kavramıyla bağıntılı olabildiğinden, devletten başka bir organa, kuruma veya

olgusunu kısırlaştırmamakta, tersine bu olguyu zenginleştirmektedir (Bkz., Bobbio, *Norma*, s. 5, 6, 13 vd., 22).

⁴³ Bkz., Perassi, *a.g.e.*, s. 24, 25, 26; Scarpelli, *a.g.e.*, s. VII, özellikle s. 72 vd.; Bobbio, "Sul Principio di Legittimità", *In Studi in Memoria di Antonio Falchi*, Milano 1964, s. 51-61.; Kapani, *a.g.e.*, s. 59 vd., 61 vd., 63 vd., 71.

⁴⁴ Ruffia, *Diritto Costituzionale*, cilt 1, Napoli 1949 s. 72.

⁴⁵ Ruffia, *a.g.e.*, s. 65, 66, 72.

⁴⁶ Pannain, *Manuale di Diritto Penale*, II, Torino, 1957, s. 16.

varlığa izafe edilemez.⁴⁷ Tersi düşünülduğünde, mantıksak olarak, ya devlet yoktur, ismine ne denirse densin egemenliğin izafe edildiği varlık vardır, ya bu varlık yoktur, devlet vardır. Bu, toplumsal gerçeklikle bağdaşmayan, kaba bir indirgemeciliktir. Burada, ya devlet/ hukuk düzeni devlet dışında bir varlığa/ düzene indirgenmekte, dolayısıyla devlet/ hukuk düzeni ortadan kaldırılmakta, ya bu varlık/ düzen, devlete/ hukuk düzenine indirgenmekte, dolayısıyla bu varlık/ düzen ortadan kalkmaktadır. Her ikisi de çelişkidir. Egemenlik, belirtildiği üzere, devletle bağımlılık veya eşitlik durumunda olan diğer kurumlara üstünlük ilişkisinde ifadesini bulmaktadır. Bundan ötürü, bugün, egemenliğin hem teokratik teorisi (omnis potestas a dea), hem toplumsal mukavele teorisi, hem de halk egemenliği teorisi (sovraniâ popolare) aşılmış bulunmaktadır.⁴⁸

Bu durumda, modern devlette egemenliğin teokratik anlayışı mümkün olmadığından, egemenliğin beşerî iradenin bir tezahürü olduğunu kabul etmek, tek çıkar yoldur. Böyle olunca, egemenliğin kaynağının beşerî irade olmasının ifadesi laiklik, modern devletin vazgeçilmez, zorunlu bir niteliği olmaktadır.⁴⁹

7. Hukuk Düzeni, Diğer Normatif Düzenler, Bu Düzenlerin Hukukta Kaynaklık Değeri

Bir toplumun, özellikle devletin hukuku ifadesini ister kanunda, ister toplumun yaşama biçiminde bulsun, hukuk daima o toplumun iradesini ifade etmektedir.⁵⁰ Bu demektir ki, hukuk, beşerî iradedir.⁵¹

Toplum bir kurallar sistemi bütünüdür.⁵² Ancak toplum, salt hukuk kurallarından oluşan bir kurallar sistemi bütünü değildir. Toplumda, hukuk kuralları yanında, din, ahlâk, vs. gibi, başka davranış kuralları da bulunmaktadır.⁵³ Bu, toplumun tek tür kurallar sisteminden değil, örgünleş-

⁴⁷ Del Vecchio, *Lezioni*, s. 295; Virga, *Diritto Costituzionale*, Milano 1967, s. 35; Ruffia, *a.g.e.*, s. 66, 68 vd.; Yayla, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1985, s. 26.

⁴⁸ Virga, *a.g.e.*, s. 35; Ruffia, *a.g.e.*, s. 66, 67; Yayla, *a.g.e.*, s. 56, 58 vd.

⁴⁹ *Senteza* n. 203, Anno 1989, "Repubblica Italiano in nome del popolo Italiano, La Corte Costituzionale", s. 10, 11, 12; Velidedeoğlu, "Kişiler Laik Olamaz Devlet Laiktir," *Cumhuriyet*, 17 Mart 1971.

⁵⁰ Then, *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo*, Irad. dell A. Levi, Padova 1951, s. 11 vd.

⁵¹ Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 20; I. D. *Türk Hukuk...*, s. 605.

⁵² Kelsen, *Lineamenti*, s. 179: Toplum beşeri bir davranış düzenidir. Perassi, *a.g.e.*, s. 9 vd.

⁵³ Kelsen, *Teoria Generale*, s. 3 vd.; Bobbio, *a.g.e.*, s. 3 vd. 6 vd.; Perassi, *a.g.e.*, s. 13 vd.

me derecesine göre, eşit veya madun, çok zaman içiçe geçmiş birçok tür kurallar sisteminden oluşan bir kurallar sistemi bütünü olması demektir.⁵⁴

Ortakdaki bu yapısal zorunluluk, “normatif önermelerin” değeri⁵⁵ me-selesine vücut vermektedir. Normatif önermeler madem hem bir emir hem de bir değer hükmüdürler, fizik âlemin tersine, zorunlu olarak, bunlar hakkında doğruluk/ yanlışlık hükmü verilemez, ancak geçerlilik/ âdillik/etkinlik hükümleri verilebilir.⁵⁶ Bundan çıkan sonuç, normatif âlemi teşkil eden din, ahlâk, hukuk vs. kurallarının, bunların meydana getirdiği sistemlerin birbirini geçersiz kılmamaları, tersine, çeşitli bağlamlarda birlikte yaşayabilmeleridir.⁵⁷

Elbette, din, ahlâk, hukuk normatif dünyanın farklı görünümelerini ifade/teşkil etiklerinden, birbirleriyle etkileşim içerisindeyler. Hattâ, bu bağlamda, “hukuk asgari ahlâktır” da denebilmektedir.⁵⁸ Kuşkusuz, hukukun etik değeri inkâr edilemez;⁵⁹ ancak, bu, hukukun ahlâk olduğu anlamına da gelmemektedir.⁶⁰ Söz konusu düşünce bizi olsa olsa ahlâkın hukukta maddî kaynak olabileceği sonucuna götürebilir. Bu yanlış olmaz, çünkü ahlâktan farksız olarak hukuk, halkın vicdanından kaynaklanmaktadır, ulusun ruhunun bir ürünüdür.⁶¹

Beşerî bir tasvibe ihtiyaç duymayan dine gelince, laik bir hukuk düzeninde, dine hukukta kaynaklık izafe etmek mümkün değildir. Beşerî

⁵⁴ Bkz., Bobbio, *Norma*, s. 13 vd.; Perassi, *a.g.e.*, s. 14-16.

⁵⁵ Kelsen, *Teoria Generale*, s. 46 vd., 81 vd., 216 vd., 267 vd.; Bobbio, *Norma*, s. 35 vd.; Hafızoğulları, *Ceza Normu*, s. 50 vd.

⁵⁶ Kelsen, *Teoria Generale*, s. 255 vd., 290 vd.; Bobbio, *Norma*, s. 36 vd., 87, 88; Hafızoğulları, *Ceza Normu*, s. 90.

⁵⁷ Bobbio, *Norma*, 15 vd.; Perassi, *a.g.e.*, s. 14-16; Özyörük, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1959, s. 30 vd.: “Çeşitli sosyal hayat kaidelerinin birbiriyle olan münasebetlerini bir şema halinde göstermek mümkündür. Şemanın fazla karışmaması için, umumiyetle muaşeret kaideleri dışarıda bırakılarak sadece hukuk, din ve ahlâk kaideleri nazara alınıp her biri diğer ikisini de kesen bir daire çizilir. Bu dairelerin kesişmesinden çıkan sahalar müşterek kaidelerin sahalarıdır. Fakat hemen şuna işaret edelim ki ahlâk kaidelerinin dinler tarafından desteklenmeyeni bulmak zordur; zira... hiçbir din ahlâka aykırı herhangi bir harekete cevap vermediği gibi medeniyet âleminde caiz olan dinler gene medenî âlemdeki ahlâk kaidelerini daima benimsemişlerdir.”

⁵⁸ Maggiore, *Diritto Penale*, I, PG., Bologna 1955, s. 18; Bettiol, *Diritto Penale*, PG., Padova 1978, s. 106.

⁵⁹ Mantovani, *Diritto Penale*, Padova 1979, s. 7.

⁶⁰ Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, PG., Milano 1980, s. 7, 8.

⁶¹ Antolisei, *Manuale...*, s. 47.

bir irade olan hukuk, madem hukuku olduğu toplumdan kaynaklanmaktadır, toplumun ihtiyaç ve değerlerinin bir sentezidir.⁶² Bundan dolayı, hukukun, düzeni olduğu toplumun din ve ahlâk değerlerinden etkilenmesi doğaldır. Ancak, bu ne hukukun kaynağının ilahî olduğu, ne de hukukun din düzeni olduğu anlamına gelir. Tersini düşünmek, yani “hukuk düzeni din düzenidir”; “din düzeni hukuk düzenidir” demek, hukukun beşerî irade olduğu, açıkcası düzeni olduğu toplumun iradesi olduğu düşüncesiyle çelişir.⁶³ Demek ki, dinin hukukta kaynaklık değeri, sonunda, “beşerî irade ilahî iradeye tâbi midir, yoksa bundan bağımsız mıdır” meselesine gelip dayanmaktadır.⁶⁴ Tabii burada, yukarıda belirttik, “beşerî irade ilâhî iradeye tâbidir” denir, dolayısıyla bundan teokratik toplum/hukuk/ devlet düzenleri ortaya çıkar.⁶⁵ “Beşerî irade ilahî iradeden bağımsızdır” denir, dolayısıyla bundan laik toplum/devlet/hukuk düzenleri ortaya çıkar.⁶⁶ Bu soyutlamanın zorunlu sonucu, laik bir toplum/hukuk/devlet düzeninde, dinin, ancak sayılabildiği takdirde belki bir etik değer⁶⁷ olarak hukukun kaynağı olabileceğidir. Bu hal dışında, dinin hukukta bir kaynaklık değerinin bulunmaması gerekir.

Gerçekten, hukukun aslî kaynağından hukuka vücut veren iradenin çıktığı yer anlaşılırsa,⁶⁸ bu anlamda hukukun nihai kaynağı, hukuku olduğu ulusun vicdanıdır: Hukuk, temel çizgilerinde, dil, sanat, diğer ifade biçimleri, törenler vs., gibi içinden çıktığı toplumun ruhunun bir ürünüdür.⁶⁹ Böyle olunca, dinin hukukta bir kaynaklık değerinin bulunmaması gerekmektedir, çünkü din, mahiyetinin gereği olarak, ulusun yarattığı bir ürün değildir.⁷⁰ Öte yandan, dinin, hukukta, hukukun şekli kaynağı olarak da bir değeri bulunmamaktadır: İradenin tezahür ettiği biçim hukukun şekli kaynağına vücut vermektedir.⁷¹ Bu anlamda, hukukun

⁶² Del Vecchio, *Lezioni*, s. 333; Bobbio, *Teoria della Scienza Giuridica*, Torino 1950, s. 201; Perassi, *a.g.e.*, s. 9; Rocco, *L'oggetto*, s. 444.

⁶³ Rocco, *Il Problema*, s. 497 vd.; Del Vecchio, *Lezioni*, s. 377 vd.

⁶⁴ Kelsen, *Teoria Generale*, s. 8-9.

⁶⁵ Hirş, *a.g.e.*, s. 157 vd.; Özyörük, *a.g.e.*, s. II; Mumcu, *a.g.e.*, s. 134.

⁶⁶ Hirş, *a.g.e.*, s. 164 vd., 401; Yayla, *a.g.e.*, 56 vd., 91.

⁶⁷ Pannain, *a.g.e.*, s. 274; Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, PS., II, Milano, 1966, s. 604; Sentenza, s. II.

⁶⁸ Antolisei, *Manuale...*, PG., s. 47.

⁶⁹ Antolisei, *Manuale...*, PG., s. 47.

⁷⁰ Özyörük, *a.g.e.*, s. 14; “Din kaidelerinin kaynağı Tanrının iradesi, yani ilahî iradedir.” Ahlâk kaidelerinin kaynağı ise ilâhî irade değildir. Bu kaynak insanların maşeri vicdanıdır.” Hirş, *a.g.e.*, 161 vd.

⁷¹ Antolisei, *Manuale...*, I, PG., s. 48.

kaynağı, kanun, örf ve âdet, önüne gelen somut olayda hâkimin ihtilafın çözümü için yarattığı hukuk olmaktadır.⁷² Kuşkusuz, bu bağlamda, dinin hukukta kaynaklık değeri yoktur. Din, ne kanun ne örf ve âdet, ne de hâkimin yarattığı hukuktur, çünkü din, ne beşerî iradenin ürünüdür, ne de beşerî bir tasvibe ihtiyaç duymaktadır. Ne kadar uzun süre kullanılmış olurlarsa olsunlar, din kuralları, salt bu nitelikten ötürü, örf ve âdet hukuku kuralı olamazlar. Bir örf ve âdetten söz edilebilmesi için, bir davranış kuralının sürekli ve uzunca bir süre kullanılmış olması yetmez, ayrıca bu kurala herkesin uyması konusunda bir kanaatin de bulunması gerekir.⁷³ İşte, beşerî tasvibi ifade eden bu kanaat, din kuralından farklı olarak, örf ve âdet denen davranış kuralını, kaynağı itibariyle, beşerî iradenin ürünü kılmaktadır.

Demek ki, laik bir toplum/hukuk/devlet düzeninde, din, hukukun, ne aslî/maddî ne de şekli kaynağıdır. Böyle olunca, laik bir toplumda, hukuk kuralı yanında din kurallarının, açıkçası hukuk düzeni yanında din düzenlerinin varlığına bakarak, dine hukukta, hukuka dinde kaynaklık değeri izafe edilemeyecek, bunlar, ilkeleri tamamen farklı, normatif düzenler olarak kabul edileceklerdir.

8. Millî İrade

Egemenliğin maddî ve manevî deneysel bir veri olan iktidar olgusunun bir tür örgünleşmesi, yani kurumlaşması olarak ortaya çıkmasından; böylece egemenliğin kaynağında salt beşerî irade olmasından; skolâstik/teokratik düşünce sistemlerinden laik düşünce sistemlerine geçişte, egemenliğin/buyurma erkinin kime ait olduğu, açıkçası “en yüksek hâkimiyet sahibi”nin kim olduğu meselesi ortaya çıkmıştır.⁷⁴

Burada, “hukuk milletin genel iradesidir” denmiştir:⁷⁵ Hukuk bir iradedir, ama ne Tanrı’nın, ne de en kuvvetlinin iradesidir, hukuk milletin genel iradesidir.⁷⁶ Bu düşüncenin temelindeki düşünce, “ferdin hür olarak doğduğu” düşüncesidir.⁷⁷ Hür olarak doğan fertler, “âdeta aralarında ev-

⁷² Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara 1979, s. 55-137.

⁷³ Antolisei, *Manuale...*, PG., s. 58; Bobbio, *Norma*, s. 68; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 73, dipnot 48.

⁷⁴ Bkz. Hirş, *a.g.e.*, 112 vd., 157 vd., 104 vd.

⁷⁵ Hirş, *a.g.e.*, s. 170.

⁷⁶ Hirş, *a.g.e.*, s. 165 vd., 170 vd.; Beccaria, *a.g.e.*, s. 118 vd., 302 vd.

⁷⁷ Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, Can yayınları, 1969, s. 12.

velce bir mukavele akdetmişler gibi birbirine bağlıdırlar”,⁷⁸ “her fert bu mukaveleye dayanarak cemiyetin üyesi olur. Ve bir üye sıfatıyla bu cemiyete giren bir kısım hürriyetlerden vazgeçer, fakat buna mukabil, kanun vasıtasıyla himaye edilmiş yani “medeni” ve hakiki bir hürriyet iktisap eder.” “O halde, fert, mukavele vasıtasıyla cemiyetin üyesi olduktan sonra kanunlara ihtiyariyle tâbi olduğu gibi, hukukun meydana gelmesine de iştirak eder”.⁷⁹ Buradan, fertlerin iradelerinden bağımsız, bir “millî irade” olduğu fikri ortaya çıkmıştır.⁸⁰

Metafizik bir kavram olduğu hakkındaki düşünceler bir yana⁸¹ millî irade düşüncesinin sonucu olarak, laik toplum/hukuk/devlet düzenine geçişte, bir yandan teokratik toplum/hukuk/devlet düzenlerine ait ümmet fikri, yerini millet fikrine bırakırken öte yandan, kul/tebaa fikri, yerini insan/vatandaş fikrine bırakmıştır. Böylece, bugün hararetle savunulan ve uluslararası sözleşmelerle korunması, geliştirilmesi devlete temel bir yükümlülük olarak yüklenen “insan hakları” düşüncesinin temelleri bu düşüncelerle⁸² atılmış olmaktadır. Bugün, gerçekten, insan hakları ancak laik-demokratik bir toplum/hukuk/devlet düzeninde söz konusu olabilmektedir. Teokratik bir toplum/hukuk/devlet düzeninde, mantığı gereği, egemenin müdahale edemeyeceği ferde özgü bir özgürlük alanı bulunmadığından, insan hakları kavramının yeri yoktur. Bazan, bu düzenlerde, insan haklarının bazı tezahürlerine yer verilmiş olması, örneğin farklı inançtan olanlara hoşgörülü davranılması, insan haklarının olmasını değil, egemenin ihvanını ifade eder.⁸³ Bu demektir ki, laiklik ve insan hakları, biri

⁷⁸ Rousseau'nun düşünceleri Hırş'ten alınmıştır. Hırş, *a.g.e.*, s. 171 vd. Bu düşünce İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'ne girmiştir: “Bütün insanlar hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğarlar” (madde 1); İçel, Yenisey, *Ceza Kanunları*, İstanbul 1989, s. 59.

⁷⁹ Hırş, *a.g.e.*, s. 174.

⁸⁰ Hırş, *a.g.e.*, s. 174, 283, 200; Ruffia, *a.g.e.*, s. 27; Kapani *a.g.e.*, s. 50 vd., 54 vd.

⁸¹ Hırş, *a.g.e.*, s. 400 vd.; Kapani, *a.g.e.*, s. 55.

⁸² Ulusal ve uluslararası metinlerle ilgili olarak bkz., Özman, *İnsan Hakları İle İlgili Temel Metinler*, Ankara 1967; Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası, madde 1: “İnsan şahsının haysiyeti mukaddestir. Kamu kudretinin bütün memurları onu korumak, ona hürmet etmekle mükelleftir.” “Bu sebeple Alman halkı dokunulmaz ve ferağ olunmaz insan haklarının varlığını her nevi insan topluluğunun barışın ve yeryüzündeki adaletin emeli olarak tanıır” (Lütem, *Yeni Anayasalar*, Kitap I, Ankara, 1953, s. 38).

⁸³ Del Vecchio, *a.g.e.*, s. 257; Ruggero, *Storia della Filosofia*, Bari, 1968, s. 253; Mumcu, *a.g.e.* s. 113; Egemenlik hakkı belli bir dine dayandırılınca devlet işleri yalnızca o dinin esaslarına göre yürütülmek zorundadır. Durum böyle olunca dinsel kurallar düşünce özgürlüğünü boğar.” Hafizoğulları, *Laiklik*, s. 214.

olmadıkça diğeri de olmayan anlamında, biri diğeriyle bağıntılı kavramlardır.

9. Eşitlik, Din ve Vicdan Hürriyeti

Egemenliğin kaynağının beşerî irade olmasının zorunlu bir sonucu, kanun önünde eşitliktir.⁸⁴ Anayasalar egemenlik millete/halka aittir⁸⁵ dedikten sonra, herkesin, eşit toplumsal itibara sahip olduğunu, cinsiyet, ırk, dil, din, siyasal düşünce, toplumsal ve kişisel şartlara bakılmaksızın kanun önünde eşit olduğunu hükme bağlamaktadır. Gerçekten egemenliği kullanan halk milletse,⁸⁶ devlet iktidarının kullanımında herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olması dolayısıyla hiç bir kişiye, zümreye, sınıfa imtiyaz tanınmaması gerekir. Aksi halde, egemenliği kullanan halk arasındaki ayırım, ismi ne olursa olsun, özünde kişisel, zümresel veya sınıfsal egemenliğe vücut verir. Kuşkusuz, bu, millî egemenlik ilişkisiyle⁸⁷ çelişir.

⁸⁴ Erem, a.g.e., s. 188. Demokrasinin iki unsuru vardır: "Hürriyet ve eşitlik". Vatandaşlar arasında mutlak bir eşitlik ancak hürriyetten fedekârlık etmekle mümkün olabilir. Buna mukabil mutlak ve hudutsuz bir hürriyet musavatı yok eder. Vicdan hürriyeti bahsinde bu makbul muvazenenin ölçüsü "laiklik prensibi"dir.

⁸⁵ Örneğin, İtalyan Cumhuriyeti Anayasası madde 1 (Conso, *Codice Penale*, Milano 1984 s. 3). İsviçre Konfederasyonu ve Kantonlar Anayasaları için bkz., Dareste R.F.- Dareste P., *Esas Teşkilât Kanunları*, çev. E. Menemencioğlu, cilt 2, s. 116 vd. Çekoslavakya Cumhuriyeti Anayasası, madde 1 (Lütem, *Yeni Anayasalar*, II,) Ankara 1953, s. 331. Burma Birliği Anayasası, madde 3 (Lütem, a.g.e., s. 297). Çin Cumhuriyeti Anayasası, madde 3 (Lütem, a.g.e., s. 381). Endonezya Cumhuriyeti Geçici Anayasası, madde 1 (Lütem, a.g.e., s. 445). Finlandiya Anayasası, madde 1 (Lütem, a.g.e., s. 499). 2 Ekim 1946 Fransız Cumhuriyeti Anayasası, madde 1 (Lütem, a.g.e., s. 535). Haiti Cumhuriyeti Anayasası, Başlık III, Bölüm I (Lütem, a.g.e., s. 600). İngiltere için bkz., Lütem, a.g.e., s. 313. Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası, madde 20/2 (Lütem, a.g.e., I, s. 43).

⁸⁶ Del Vecchio, *Lezioni*, s. 290 vd., 295; Hirş, a.g.e., s. 182; Kuşkusuz, millet/ulus/halk kavramını belli bir kesitteki halkla veya seçmen kitlesiyle eş tutmak elbette mümkün değildir (Yayla, a.g.e., s. 23). Ancak demokratik hukuk düzenlerinde millî iradenin seçimle tezahür ettiği de bir gerçektir (Virga, a.g.e., s. 41, 43 vd.). O nedenle "egemenliği kullanan halk milletür" ifadesi doğrudur. Zor kullanma yetkisiyle ilgili olmakla birlikte aynı doğrultuda olmak üzere bkz., Kelsen, *Lineamenti*, s. 113 vd.

⁸⁷ Del Vecchio, *Lezioni*, s. 295; Yayla, a.g.e., s. 26, 59, 94: "Egemenlik, gerçekte, bir özneyi bir de nesneyi gerektirir. Yani, egemenlik, bir gücün başka bir güç üzerinde hâkimiyeti demektir. Ama egemenlik bütün millete ait olunca, bunun anlamı, hiç bir kişinin, zümrenin veya sınıfın millete hâkim olamayacağıdır."

Kanun önünde eşitlik, her şeyden önce din ve vicdan hürriyetini zorunlu kılmaktadır.⁸⁸ O nedenle, laik-demokratik hukuk düzenleri, herkesin vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahip olduğunu kabul etmektedir. Bir dine inanmak, bir yandan ibadet etmek ve dinî ayinlerde bulunmak hakkını birlikte getirirken öte yandan dini öğrenme, öğretme, yayma ve örgütlenme hakkını da birlikte getirmektedir.⁸⁹ Ancak, vicdan, dinî inanç ve kanaate sahip olmak hakkı devletin hiç bir şekilde müdahale edememesi anlamında mutlak bir hakken; ibadet, dinî ayin ve tören yapmak hakkı, dini öğrenme, öğretme, yayma ve örgütlenme hakkı mutlak bir hak sayılmamaktadır. Uluslararası ve ulusal düzenlerde, bu hakların kullanımının, “genel ahlâk” veya “kamu düzenini” gözetmek veya “varlığını korumak” amacıyla düzenlendiği gözlenmektedir.⁹⁰ Elbette, laik hiç bir hukuk düzeni, varlığını sürdürmek istiyorsa, örneğin sonunda kendisini ortadan kaldıracak veya kendisinin üstünde olacak dinî bir örgütlemeye müsaade edemez.

Kuşkusuz, bu bağlamda, herkesin inancını serbestçe yaşaması imkânı ortaya çıkmaktadır. Laik-demokratik bir hukuk düzeninde zaten, ferden, kimsenin inancını yaşamasına engel olunmamaktadır. Tersine, bu düzenlerde mantığının gereği olarak, inançta çoğulculuk tanınarak, insanların ayırmsız inançlarını yaşamaları istenmiştir. Tabii ki, böyle bir düzende bir kimsenin inancını yaşaması, diğer bir kimsenin inancını yaşamasının

⁸⁸ Erem, *a.g.e.*, s. 188: “Vicdan hürriyeti amme haklarından, dolayısıyla insan haklarından. Din hürriyeti, vicdan hürriyetinin tezahürüdür. Vicdan hürriyeti ancak laik olan bir muhitte mevcudiyetini idame ettirebilir.”; Toplamacıoğlu, *a.g.e.*, s. 250: “Hukuk yönünden laiklik, demokrasinin bir gereğidir. Demokrasi iki ana temele dayanır: Özgürlük ve Eşitlik. Laiklik bu iki ana ilkenin tabii bir sonucudur.”

⁸⁹ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, madde 18: “Her şahsın fikir, vicdan ve din hürriyetine hakkı vardır; bu hak din ve kanaat değiştirmek hürriyetini, dinini veya kanaatını tek başına ve topluca, açık olarak veya özel surette, öğretim, tatbikat, ibadet ve ayinlerle izhar etmek hürriyetini gerektirir.”

⁹⁰ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, madde 29/1-2: “Her şahsın, şahsiyetinin serbest ve tam gelişmesi gerekir. Ancak içinde yaşamasıyla mümkün olan topluluğa karşı vecibeleri vardır.”

“Herkes haklarını kullanmak ve hürriyetlerinden istifade etmek hususunda, ancak kanun ile sırf başkalarının hak ve hürriyetlerinin tanınmasını ve bunların saygı gösterilmesini sağlamak maksadıyla ve demokratik bir cemiyette ahlâk, nizam ve genel refahın muhik icaplarını karşılamak için tesbit edilmiş kayıtlamalara tabidir”; İtalyan Anayasası, madde 19-20 (Conso, *Codice Penale*, s. 6.); İsviçre Federal Esas Teşkilât Kanunu, madde 49, 50, 51, 52, 53, 54 (Dareste F.R.- Dareste D., *a.g.e.*, II, s. 152); Bkz., Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası, madde 4/3 (Lütem, *a.g.e.*, I, s. 39).

engeli olamaz. Elbette, bu, bazı kısıtlamaları birlikte getirmektedir. Ama bu kısıtlama, bir kimsenin özgürlüğünü ortadan kaldırmak değildir, bir başka kimsenin aynı nitelikteki bir özgürlüğünü teminat altına almaktır, açıkçası bir kimsenin bir değerini başka bir kimsenin aynı nitelikteki değeriyle dengelemektir.⁹¹

Bu cümleden olarak, bugün, herkes “dinini yaşama hakkına sahiptir” denmektedir. Bununla kastedilen ferdin, hukuk düzeni yanında, bu düzenle uyumlu olmak kaydıyla, eşit veya madun yaygın veya örgün, başka bir düzenin de muhatabı olabilmesiye, zaten, bugün, laik-demokratik düzenlerde bu engellenmemekte, tersine korunmaya çalışılmakta ve geliştirilmektedir.⁹²

Ancak, bu ifadeyle kastedilen, normatif deneyimin salt dinsel deneyime indirgenerek ferdin sadece din düzeninin muhatabı kılınmasıysa, bu halde ortada zaten laik bir devlet düzeni yoktur, teokratik bir devlet düzeni vardır. Kuşkusuz, böyle bir devlet düzeninde artık “dini yaşama hakkı”ndan değil, olsa olsa “dini yaşama mecburiyeti”nden söz edilir. Elbette, dini yaşamının ferde bir mecburiyet olarak yüklendiği toplumsal bir düzende, eşitlik, din ve vicdan hürriyeti yoktur. Öyleyse, teokratik bir düzenin gereklerine uymayı ifade ettiğinde, “dini yaşamak” biçiminde bir insan hakkının varlığı, laik-demokratik bir hukuk düzeninde mümkün olmaması gerekir.

10. Laik Düzende Din

Din ve vicdan hürriyetinin sonucu, din, laik düzende, kamusalılıktan arındırılmış, salt ferdi-toplumsal bir değer olarak ortaya çıkmaktadır.⁹³

Din insana vergidir.⁹⁴ İnsan dışındaki varlıkların, özellikle insanın yarattığı varlıkların dininden söz edilemez. Bundan ötürü toplumun ve bunun egemen ifadesi olan devletin dini olmaz.⁹⁵ Ya dinsel devlet veya top-

⁹¹ Hirsch, *a.g.e.*, s. 172; Rocco, *L'Oggetto*, s. 444; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 23.

⁹² Bobbio, *Norma*, s. 6; Bobbio-Pierandrei, *Introduzione Alla Costituzione*, Bari 1985, bölüm 5, s. 141 vd.

⁹³ Croce, *Storia D' Europa*, Bari 1965, bölüm I., s. 22 vd.; Toplamacıoğlu, *a.g.e.*, s. 173 vd., 186 vd.

⁹⁴ Brelich, *Introduzione Alla Storia della Religioni, Parte Prima*, Anno Accademico, 1961-62, Edizioni delle Ateneo, Roma, 1963, s. 2, 3.

⁹⁵ Erem, *a.g.e.*, s. 186: Hukuk devletinde “Devlet dini olmaz. Çünkü hukuk devleti fikri ile mevcut dinlerden birini tercih fikri kabili telif değildir.”; Toplamacıoğlu, *a.g.e.*, s. 173 vd., 218 vd. Ancak egemenliğin millete ait olduğunu ifade eden bazı anayasalar da, ya gi-

lum düzenleri olur, ya devlet veya toplum düzenlerinde din olur. Dinsel devlet veya toplum düzenleri, egemenliğin kaynağının ilahî olduğu toplumsal düzenlerdir, yani teokratik düzenlerdir. Bu düzenlerde, din, laik düzenlerin tersine, salt kamusal bir değer olarak ortaya çıkmaktadır. Dinin kamusal bir değer olarak algılandığı bu düzenlerde, doğal olarak din ve vicdan hürriyeti eşitlik ortadan kalkmakta, millî devletin yerini zümresel devlet almakta, sonunda dinin mutlaklık, evrensellik karakteri⁹⁶ dinin siyasî örgütlenmesi teokratik devlete mal edilmekte, böylece teokratik düzenin, yegâne mutlak, evrensel meşru bir toplumsal düzen olduğu kanıtlanmaya çalışılmaktadır.⁹⁷

Ancak, din, madem insana vergidir, kamusal bir değer olamaz, karakteri kamusal olamaz. Teokratik devletin dine izafe ettiği kamusalılık, dinin ne mutlaklık, ne de evrensellik karakterinin bir sonucudur. Dinin, kamusalılık izafe edilmeksizin, salt ferdî-toplumsal bir kurum olarak algılanması, ne mutlaklık, ne de evrensellik karakterini giderir. Öyleyse, laik toplumsal düzenlerde ortadan kalkan, ferdî-toplumsal bir kurum olarak din değildir; dine izafe edilen kamusalılık değeridir, yani teokratikleştirilmiş toplumsal düzendir.

Bu, bir olgular sistemi bütünü olarak algılanması yanında aynı zamanda bir kurallar sistemi bütünü olarak algılanabilen toplumda, normatiflik olgusunun çoğulcu karakteri giderilmek istenmiyorsa, bu olgunun farklı yönlerini ifade eden din ve hukukun birbirinin varlığını ortadan

rişte (Bkz., İsviçre 9 Mayıs 1974 Federal Esas Teşkilat Kanunu: "Kâdri Mutlak Allah'ın izniyle." Dareste F.R.-Dareste P., *a.g.e.*, II, s. 131; Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası: "Allah ve İnsanlar karşısındaki mes'uliyetini müdrük olan..."; Lütem *a.g.e.*, I, s. 38.) ya temel hükümler arasında (1924 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, madde 1, 26: Anayasa 1928'de tadil edilmiş, dine ilişkin bu maddeler kaldırılmıştır: "Laiklik" terimi ilk kez 1937'de Anayasa'da yer almıştır) dine işaret edildiği görülmüştür. Egemenliğin kaynağının beşeri irade olduğunu kabul eden bu hukuk düzenlerinde, devlete dinin izafesi, ne devletin laik karakterini gidermeye ne de kamu tüzel kişisi devletin bir dininin olduğunu belirtmeye matuftur. Bununla ifade edilmek istenen, egemen iradesiyle belli bir toprak üzerinde devleti meydana getiren bir halkın/ulusun/milletin fertlerinin çoğunluğunun inancaşal niteliğidir. Bu itibarla, laik bir devlet düzeninde devlete bir dinin izafesi dini devletin bir unsuru olan egemenlik/buyurma erki ile değil, ama devletin diğer bir unsuru olan halk/ulus/ milletle, hattâ çok zaman halk/ulus/milletin üzerinde egemenliğini icra ettiği ülkeyle irtibatlandırmaktır. Zaten bu gün, bazı teokratik devlet düzenleri hariç, dinler karşısında tarafsız olan laik-demokratik devlet düzenlerinde, devlete bir dinin izafesinden özellikle kaçınılmaktadır (Ancak, bkz., farklı düşünce, Başgil, *a.g.e.*, s. 13).

⁹⁶ Mosca, *a.g.e.*, s. 16, 20, 22, 29; Moscati, *a.g.e.*, s. 245.

⁹⁷ Hirsch, *a.g.e.*, s. 157-161; Mosca, *a.g.e.*, s. 70 vd., 77 vd.

kaldırmaması veya birinin ötekini istilâ etmemesi zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda, hiçbir din mutlaklık ve evrensellik karakterinden ötürü başka bir dinin varlığını kabul etmediğinden, laik düzenlerle bağdaşamaz. Ama, laik düzenler, mantığının gereği olarak, her dinin, her dinî inanışın bir diğeriyle birlikte yaşamasına imkân verdiğinden, her dinle, adına din denen her inanç düzeniyle bağdaşabilir.

Buradan, laikliğin sınırı meselesi ortaya çıkmaktadır.

IV. LAİKLİĞİN SINIRI

11. Alan Farklılaşması

Halkının örgünleştiği, yani iradesiyle hukukunu oluşturduğu bir ülkede, aslî tek bir kamusal iktidar, yani tek bir egemen vardır. Bu, o ülkede halkın hukuku olarak ifadesini bulan devlettir.⁹⁸ Devletin, dolayısıyla devletin hukuk düzeninin bir unsuru olarak egemenlik, sadece devlete, dolayısıyla devletin hukuk düzenine izafe edilebildiğinden, bir ülkede ancak tek bir egemen düzen olabilir. Bu, o devletin hukuk düzenidir.

Demek ki, bir ülkede hem hukuk düzeni, hem de din düzeni egemen olamaz. Egemen, ya o ülke halkının iradesiyle oluşturduğu devletin hukuku, hukuk düzeni olur, ya o ülkede örgün din düzeni aynı zamanda devletin hukuku, hukuk düzeni olur. Birinci halde laik devlet düzenleri, ikinci halde teokratik devlet düzenleri ortaya çıkar. Bu bağlamda, laik devlet düzenleri, ülkede, kurallarına aykırı olmamak kaydıyla kendine eşit veya madun din düzenlerine imkân verirken;⁹⁹ teokratik devlet düzenleri, mantığının gereği olarak, ülkede, halkının iradesinin ifadesi olan bir hukuk düzenine imkân vermez. Bu demektir ki, teokratik devlet düzenlerinde hukuk düzeni aynı zamanda din düzeni, din düzeni aynı zamanda hukuk düzeniyken; laik devlet düzeninde hukuk düzeni aynı zamanda din düzeni, din düzeni aynı zamanda hukuk düzeni değildir; iki düzen, normatiflik karakterleri dışında, birbirinden tamamen farklıdır.

Bu durum, bir yandan hukuk ve dinin kendilerine özgü düzenleme alanlarının tesbitini,¹⁰⁰ dolayısıyla din kurallarının tasnifini zorunlu kılarken, öte yandan hukuk düzeni yanında din düzenine yer verilip verilme-

⁹⁸ Kelsen, *Lineamenti*, s. 105 vd., 111 vd., özellikle s. 113-4.

⁹⁹ Bobbio-Pierandrei, *a.g.e.*, s. 141.

¹⁰⁰ Bobbio-Pierandrei, *a.g.e.*, s. 143.

yeceğinin, verilecekse ne biçimde yer verileceğinin belirlenmesini¹⁰¹ dolayısıyla bu konuda yegâne mümkün sistemlerin neler olabileceğinin ortaya konulmasını zorunlu kılmaktadır.

12. Din Kurallarının Tasnifi

Henüz üzerinde uyuşulan bir tanımı olmamakla birlikte,¹⁰² normatif âlemin bir parçası olarak yaygın veya örgün her din gene bu âlemin bir parçası olan hukuk, ahlâk vs. gibi, kendine özgü bir kurallar sistemi bütünüdür.¹⁰³ Birlikte din denen bir bütünü oluşturan bu kurallar, bir yandan inananla inanılan arasındaki ilişkileri, inanılana yapılan ibadet ve âyinleri¹⁰⁴ düzenlerken, öte yandan inananlar arasındaki, inananlarla aynı inanıştan olanların birliğini ifade eden cemaat arasındaki ve farklı cemaatlerin biribiri arasındaki ilişkileri düzenlemektedirler.¹⁰⁵ Böyle olunca, ismi, örgünlük düzeyi ne olursa olsun, din denen her kurallar sisteminde, sistemi oluşturan kurallar, inanç, ibadet ve “muamelât”¹⁰⁶ kuralları olarak ayrılabilirler.

Hukuk, din, ahlâk düzenlerinin kesiştikleri alan, genelde “muamelât” kurallarınca düzenlenen beşerî ilişkiler alanıdır. Hukuk, hem norm,¹⁰⁷ hem müessese,¹⁰⁸ hem de süjelerarası¹⁰⁹ ilişkidir.¹¹⁰ Süjelerarası ilişkiden anlaşılan, bir kimsenin bir hakkı veya yükümlülüğü karşısında diğer bir kimsenin bir yükümlülüğünün veya hakkının bulunmasıdır.¹¹¹ Dinin muamelât kuralı denen kurallarla düzenlediği beşerî ilişkiler alanı, aslında, bir kimseye bir hak veya yükümlülük yüklerken karşılık olarak diğer bir

¹⁰¹ Bobbio-Pierandrei, *a.g.e.*, s. 144.

¹⁰² Brelich, *a.g.e.*, s. 3; Toplamacioğlu, s. 49 vd.

¹⁰³ Bobbio, *Norma*, s. 4-5, 6; Brelich, *a.g.e.*, s. 113 vd.

¹⁰⁴ Toplamacioğlu, *a.g.e.*, s. 294, 295; Özellikle bkz., Brelich, *a.g.e.*, s. 53 vd., 61 vd., 81 vd.

¹⁰⁵ D’Eril-Mandelli-Corrieri, *Il Fiume della Storia*, cilt 1, Mondadori, 1967, s. 76; Moscati, *a.g.e.*, s. 254, 266; Başgil, *a.g.e.*, s. 137 vd.

¹⁰⁶ Toplamacioğlu, *a.g.e.*, s. 304; Başgil, *a.g.e.*, s. 137: “...din sırf inançtan ve ibadetten ibaret değildir; aynı zamanda muayyen bir hayat ve cemiyet sistemi ve bir fiil ve hareketler kanunudur”; Moscati, *a.g.e.*, s. 254; D’Eril-Mandelli-Corrieri, *a.g.e.*, s. 75, 76.

¹⁰⁷ Bobbio, *Norma*, s. 3 vd.; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 31 vd.

¹⁰⁸ Bobbio, s. 10 vd.; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 35 vd.; Bkz., Romano, *L’ordinamento Giuridico*, Firenze 1951.

¹⁰⁹ Bobbio, *Norma*, s. 23 vd.; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 42 vd.

¹¹⁰ Bobbio, *Norma*, 30 vd. Özellikle s. 33, 34; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 48-49.

¹¹¹ Kant, *Metafisica dei Costumi*, ediz. UTED., 1956, s. 406, 407; Scarano, *I Rapporti di Diritto Penale*, Milano 1942, s. 5; Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Çev. S. Erman, İstanbul 1952, s. 120 vd., 129.

kimseye bir yükümlülük veya bir hak yükleyen hukukun düzenleme alanıdır, çünkü din, norm, örgünleşmişse, müessese olmakla birlikte, sadece hakkı olup karşılığında mükellefiyeti olmayan bir sūje (Tanrı) ile hak ve mükellefiyetleri olan bir sūjenin münasebeti olduğundan,¹¹² hukuktan farklı olarak sūjelerarası bir ilişki değildir. O nedenle, laik toplumsal düzenlerde, dinle hukukun sınırı bu sūjelerarasılık olmaktadır. Bu, genelde, dinle devletin ayrılması olarak ifade edilmektedir.¹¹³ Gerçekten, dinle devlet aynıysa, hukuk dindir, din de hukuktur. Bu, teokratik devlettir.

¹¹² Beşeri davranış, Kant'a göre (*Metafisica*, s. 406), dört biçimde ortaya çıkmaktadır (Kant'ın düşünceleri için bkz., Hirş, *a.g.e.*, s. 199 vd): Sadece hakkı olup karşılığında mükellefiyeti olmayan (Tanrı) bir sūje ile hak ve mükellefiyetleri olan bir sūjenin münasebeti. Bu din düzenidir. Sadece mükellefiyetleri olup karşılığında hakları olmayan (köle) bir sūje ile hakları ve mükellefiyetleri olan sūjenin münasebeti. Ne hakları ne mükellefiyetleri olan bir sūje ile (hayvanlar ve şeyler) hakları ve mükellefiyetleri olan bir sūjenin münasebeti. Hakları ve mükellefiyetleri olan bir sūje (insan) ile hakları ve mükellefiyetleri olan bir sūjenin münasebeti. İşte bu münasebetlerden sadece bu sonuncusu Kantçı felsefede hukuki münasebet sayılmaktadır (Bkz., Bobbio, *Norma*, s. 25; Hafızoğulları *Ceza Normu*, s. 43, dipnot 34). Böyle olunca, dinle hukukun düzenleme alanları birbirinden kesinlikle ayrılmış olmaktadır. O halde, toplum düzeninden yegâne toplum düzeni biçiminin teokratik devlet düzeni olduğu anlaşılmadıkça, din düzeninden devlet düzeninin bunun tersi, devlet düzeninden din düzeninin ayrılması bir keyfilik değil bir zorunluluktur.

¹¹³ Zaten, İsa "Benim saltanatım bu dünyada değildir" ve "Tanrınınkini Tanrı'ya Kayserinkini Kayser'e verin" demekte dünyevî devletin işlerine karışmak istemediğini belirtmiş bulunuyordu" (Hirş, *a.g.e.*, s. 158; Mosca, *a.g.e.*, s. 70) "Toplamacıoğlu, *a.g.e.*, s. 299-304: "İslâmın doğuşta ve oluşta en büyük kuvveti gerçekçi ve devrimci olmasıdır." "İlme, fazilete ve uzmanlığa bu kadar saygı gösteren İslâmiyetin uzun süreden beri yenilik ve yorumlara bütün kapıları kapanmış görünmesi sisteme hâkim olan ilkelere aykırıdır. ..." "Fakat uzun yıllar yoruma yer verilmemesi, bu dinin çağdaş hayata uygulanması konusunda düşünürler arasında fikir ayrılıkları yaratmıştır." Geleneksel sistem "siyaset ve dini birleştiren bir geleneği yorumlayarak, din ile hayatın diğer yön ve görünüşlerinin birlik arzettiğini savunur ve böylece bugüne kadar uygulanan İslâmiyeti olduğu gibi devam ettirmek amacını güder." "Temel ilkelere dönme görüşünde olanlar" peygamber ve dört halife devrinde gerçeklikte olan Müslümanlığa "Batı dünyasında iyi olan her şeyi ve özellikle icmanın çağdaş bir yorumu saydıkları siyasî demokrasinin İslâmiyete uygulanmasını isterler." Laik sistem taraftarları "kesin olarak din ve dünya işlerini birbirinden ayırdetme yolunu tutmuştur. İslâm'da dünya işleri (emr-ü dünya) ve din işleri (emr-ü âhiret) şeklinde yapılan bölümlmeler bu kere kanun maddeleriyle doğrulamıştır." Bu konuda, ayrıca bkz., Başgil, *a.g.e.*, s. 143-146: Özellikle "...Bugün Türkiye'de dinî usûl ve hukukun yeniden hâkim olmasını istemek, bizce, muhali temenni etmektir. Binâenaleyh makul olan dinî usûl ve hukuku Müslüman ferden takip ve takdirine bırakmak ve bu usûl ve hukukun Devlet hukukuyla mücadeleyle meydana meydan vermemektir."

Demek ki, hangi açıdan bakılırsa bakılsın, madem hukuk dinden farklı olarak norm, müessese olmak yanında ayrıca sūjelerarası münasebettir, ulaşılan uygarlığın bir gereği olarak bugün, dinle hukukun ayrılması bir keyfilik değil bir zorunluluktur.

Dinle devlet farklıysa, hukuk din, din de hukuk değildir. Bu, laik devlettir. O halde, laik toplum düzenlerinde, din başka bir normatif düzen, hukuk başka bir normatif düzendir. Buradan, zorunlu olarak, bir yandan beşerî iradenin ilahî iradeyi, ilahî iradenin beşerî iradeyi ortadan kaldırmadığı ve dolayısıyla hukukun dini, dinin hukuku geçersiz kılmadığı, daha özelde hukuk kuralının din kuralını, din kuralının hukuk kuralını ilga etmediği sonucu çıkarken, öte yandan, bununla bağıntılı olarak, hukukun muhatabı olan kimsenin, tabîi isterse, dininin de muhatabı olabildiği sonucu çıkmaktadır.

Bu sonuç, doğal olarak, laik hukuk düzenlerinde dinin düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Düzenleme, ülkelerin tarihsel siyasal ve toplumsal koşullarıyla bağıntılı olmakla birlikte, katıksız şekillerinde, ya örgün dini tanımak, ya yaygın dini tanımak, ya da dine karşı olmak biçiminde ortaya çıkmaktadır.

13. Örgün Dini Tanıyan Hukuk Düzenleri

Örgün dini tanıyan hukuk düzenlerinde, devlet, ülkede mevcut maruf ve müesses dinleri tanır, bunlara karşı tarafsızdır, herhangi birinin iç düzenine, ibadet ahkâm ve erkânına müdahale edemez.¹¹⁴ Bu hukuk düzenlerinde, devlet karşısında dinin örgünlük düzeyi, her ülkenin kendi tarihsel, siyasal ve toplumsal koşullarıyla bağıntılı olarak değişebilmektedir. Bunun en tipik örneklerinden biri İtalyan hukuk düzenidir.¹¹⁵

İtalyan Anayasası, “temel ilkeler” başlığı altında, egemenliğin halka ait olduğunu belirttiikten sonra madde 1, Devletin ve Katolik Kilisesi’nin herbirinin kendi düzeninde bağımsız ve egemen olduğunu kabul etmekte, aralarındaki ilişkilerin Laterano Anlaşmaları’yla düzenlenmiş bulunduğunu ifade etmektedir (madde 7). Ancak, Anayasa, bununla kalmamakta, tüm dinî inanışların kanun önünde eşit olduklarını ilân etmekte, Katoliklikten farklı dinî inanışların, İtalyan hukuk düzeniyle çatışmamak kaydıyla, kendi esaslarına göre örgünleşme hakkına sahip olduklarını kabul etmekte, bunlarla Devletin ilişkilerinin, kendi temsilcileriyle anlaşmalar esas olmak üzere kanunla düzenleneceğini belirtmektedir (madde 8).¹¹⁶ Böylece, hukuk düzeniyle örgün bir düzen olarak dinin ilişkileri belirlendikten sonra, anayasada, ayrıca temel bir hak olarak din ve vicdan

¹¹⁴ Başgil *a.g.e.*, s. 14; Arsal, *a.g.e.*, s. 83.

¹¹⁵ Bkz., Toplamacıoğlu, *a.g.e.*, s. 300.

¹¹⁶ Conso, *Codice Penale*, s. 3.

özgürlüğü düzenlenmektedir. Anayasa, "Vatandaşların hakları ve ödevleri" başlığını taşıyan birinci bölümünde, medeni ilişkiler başlığı altında öteki temel haklar yanında din ve vicdan hürriyetine yer vermektedir. Anayasa herkesin ferden veya örgünlenecek dinî inancını serbestçe açıklamak, propaganda yapmak, genel adap ve ahlâka aykırı olmamak kaydıyla, ibadette bulunmak hakkına sahip olduğunu kabul etmekte (madde 19), ancak örgün dinin hiçbir şekilde özel sınırlandırmaların nedeni olamayacağını kaydetmektedir (madde 20).¹¹⁷

Demek ki, bu tip hukuk düzenlerinde, fert, bir yandan devletin vatan-daşı, yani devletin hukukunun muhatabı olurken, öte yandan, muhatabı olduğu hukukla oluşan kamusal düzenle kayıtlı olarak, örgün dinî bir cemaatin mensubu, yani bir dinin emirlerinin muhatabı olabilmektedir.¹¹⁸ Böyle olunca, hukukla oluşan kamusal düzenine aykırı olmadıkça, fert, dini öğrenme, öğretme, yayma ve teşkilatlandırma yanında dininin emirlerine uymak imkânına da sahip olacaktır.¹¹⁹ Kuşkusuz, teokratik devleti isteme eğilimlerinin, yani dinî-siyasî iktidar çatışmalarının artık tarihe karıştığı toplumlarda, toplumun bir oluşumu sonucunda ortaya çıkan böylece devletin hukuk düzeni yanında örgün dine imkân veren bu düzenlerde, hem laik devlet hem de örgün din, mümkün tüm boyutlarıyla gerçekleşebilmektedir. Bundan ötürü, bu düzenlerde laiklik veya din ihlallerine artık pek fazla rastlanmamaktadır.¹²⁰

14. Yaygın Dini Taniyan Hukuk Düzenleri

Yaygın dini taniyan hukuk düzenlerinde, Devlet, ülkede bilinen yaygın dinleri tanır, ancak bunların örgünleşmesine izin vermez. Din ve vicdan hürriyetini taniyan bu hukuk düzenlerinde, Devlet, hukukuyla oluşan kamusal düzene aykırı olmadıkça, kimsenin dininin emirlerine uymasına karışmaz. Din hizmetleri, dinin eğitim öğretim vs. bir kamu hizmeti olarak, devlet eliyle yürütülür. Bu düzenlerin tipik örneklerinden biri, bizim hukuk düzenimizdir.

Anayasa, laikliği devletin bir niteliği olarak görmekte (madde 2), ege-menliği millete izafe etmekte (madde 6), herkesin kanun önünde eşit ol-

¹¹⁷ Conso, *Codice Penale*, s. 6.

¹¹⁸ Bobbio-Pierandrei, *a.g.e.*, s. 141 vd. Sistemin değerlendirilmesi için, bkz., s. 150.

¹¹⁹ Başgil, *a.g.e.*, s. 137 vd., 143 vd.

¹²⁰ Bkz., *La Tutela della Libertà di Religione, Ordinamento Internazionale e Normative Con-fessionali*, a Cura di Silvio Ferrari e Tullio Scovazzi, Padova 1988.

duğunu (madde 10), din ve vicdan hürriyetine sahip bulunduğunu (madde 24) kabul etmektedir. Ancak, bu düzende, tüm kurum ve kuruluşlarıyla örgün din kaldırılmış,¹²¹ dinin siyasete karıştırılması engellenmiş (madde 68), laik devlet düzenini din adına yıkarak teokratik devlet düzenini getirmeye matuf fiiller yasaklanmıştır (bkz., madde 163)*. Buna rağmen, Anayasa, antlaşmalardan doğan yükümlülükler hariç, yaygın dini tanımaktadır. Dini ferdî-toplumsal bir kurum olarak alan Anayasa,¹²² din hizmetlerini, dinin eğitim-öğretimini (madde 24/2, ayrıca bkz., ve krş., madde 26, 27) vs., bir kamu hizmeti saymakta (madde 136), dolayısıyla hizmetin gerektirdiği bir örgütlenmeye yer vermektedir.¹²³ Tabii, bu örgütlenme, ülkedeki maruf ve müesses bir dinin devlet eliyle örgünleştirilmesi değildir, sadece bir kamu hizmetinin kamu hukuku ilkeleri esas olmak üzere teşkilâtlandırılmasıdır.

Demek ki, tarihî, toplumsal, siyasal koşullarının belirlediği bu hukuk düzenlerinde, fert, devletin hukuk düzeni yanında, ona eşit veya dūn örgün bir dinin yani müessesleşmiş bir din düzeninin değil, ancak yaygın bir dinin muhatabı olabilmektedir. Kısacası bu hukuk düzenlerinde,

¹²¹ 431 sayılı Hilafetin Kaldırılmasına ve Hanedan-ı Osmanî'nin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun: madde 1. "Halife hal'edilmiştir. Hilafet, Hükümet ve Cumhuriyet mâna ve mefhumunda esasen mündemiç olduğundan Hilafet makamı mülgadır" (3 Mart 1340 ve 26 Recep 1342). 429 sayılı Şer'îye ve Efkâr ve Erkânî Harbiye Umumiye Vekâletlerinin İlgasına Dair Kanun: madde 1. "Türkiye Cumhuriyeti'nde muamelâtı nasa dair olan ahkâmın teşri ve infazı Türkiye Büyük Millet Meclisi ile onun teşkil ettiği hükümete ait"tir (8 mart 1340 ve 26 Recep 1342); 1924 Anayasası'nı değiştiren 10 Nisan 1928 tarih ve 1222 sayılı kanun. Bu kanunla Anayasa'nın 1. maddesinde "Türkiye Devletinin Dini, İslâmdır" hükmü, 26. maddesinden "ahkâmı şer'iyenin tenfizi" hükmü çıkarılmıştır. 3.2.1937 tarih ve 3115 sayılı kanunla 1924 Anayasası'nın 1. maddesine Türkiye Devleti "Laik"tir ibaresi konmuştur. 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhid i Tedrisat Kanunu. 30 Teşrinisani 1341 tarih ve 677 Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Birtakım Ünvanların Men ve İlgasına Dair Kanun. 3. Kanunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun (Bkz., Anayasa, madde 174).

* Bu hüküm 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 23. maddesiyle yürürlükten kaldırmıştır. Ancak, bu konuyla ilgili olarak bkz., bir kanun, madde 1, 7.

¹²² Yayla, *a.g.e.*, s. 91.

¹²³ 429 sayılı Şer'îye ve Efkâr ve Erkânî Harbiye Umumiye Vekâletlerinin İlgasına Dair Kanun, bu kanunla "itikât ve ibadete dair bütün ahkâm mesâilinin tedviri ve müessesatı diniyenin idaresi için". "bir Diyanet İşleri Reisliği makamı tesis edilmiştir (madde 1); 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun madde 1": İslâm dininin inançları, ibadet ve ahlâk esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek üzere Başbakanlığa bağlı Diyanet İşleri Başkanlığı kurulmuştur.

normatif hayattaki çeşitleme, henüz ileri bir düzeye ulaşmamıştır, ayrıca kendisini belirleyen koşullarda böyle ileri bir düzeye ulaşmasına da imkân yoktur. Bununla birlikte, bu düzenlerde, fert, bir dine kayıtsız inanabilmekte, muhatabı olduğu hukuk düzeniyle oluşan kamusal düzene aykırı olmamak şartıyla inandığı dinin emirlerine serbestçe uyabilmekte, Devletin bir kamu hizmeti olarak sunduğu din hizmetlerinden isterse, kamu hukuku kuralları uyarınca yararlanabilmektedir. Kuşkusuz, bu tip hukuk düzenlerinde, bir yandan örgün dine yer verilmemiş olması, ama din hizmetlerinin Devlet eliyle yürütülmesi, öte yandan laiklik düşüncesinin, çok zaman iktidarı meşrulaştırma dışında, bilimsel, tarihî, siyasal, toplumsal zorlamaların sonucunda ortaya çıkmamış olması, siyasî iktidarların tavırlarıyla da bağıntılı olarak, ya ardı arkası kesilmeyen laiklik ihlalleri iddialarına, ya da, teokratik düzeni isteme eğilimleri hariç, din ve vicdan hürriyeti ihlalleri iddialarına yer vermektedir. Ancak, bu iddiaların bir çoğu, bızce sistemin özüründen değil, sistemi tanımamaktan, laiklik geleneğinin henüz toplumda yeterince oturmamış olmasından kaynaklanmaktadır.

15. Dine Karşı Olan Hukuk Düzenleri

Dine karşı olan hukuk düzenleri, genelde Marksıcı düşüncelerden etkilenen hukuk düzenleridir.¹²⁴ Marksıcı düşüncede bir üst yapı kurumu olarak algılanan din feodal, kapitalist düzenlerin bir ürünü sayılmakta, dolaşısıyla proleter sınıfı sömürmenin bir vasıtası olarak görülmekte, sömürünün kalkmasıyla, yani proleterya diktatörlüğünün kurulmasıyla birlikte, zorunlu olarak, ister örgün ister yaygın olsun, dinin ortadan kalkacağına, böylece toplumsal yeni değerlerin doğacağına inanılmaktadır. Kısacası, Marksıcı düşünceden kaynaklanan hukuk düzenlerinde, “din afyondur”,¹²⁵ öyleyse yasaklanması, toplumdan tasfiye edilmesi gerekmektedir. Bundan ötürü, dini kötölemek, dinsizlik propagandası yapmak serbesttir. Dini ortadan kaldırmak, dinsizliği yaygınlaştırmak devletin görevidir. Bu düzenlerin tipik örneklerinden biri S.S.C.B. hukuk düzenidir.

¹²⁴ Toplamacıoğlu, *a.g.e.*, s. 300; Ancak bkz., Yugoslavya Anayasası, madde 11, Darest R.F.-Dareste P., *Esas Teşkilat Kanunları*, cilt 3, çev. Menemencioğlu, Hukuk İlmini Yayıma Kurumu, s. 305.

¹²⁵ Marx-Engels, *Opera Scielte, a Cura di Luciano Gruppi*, Editori Riuniti, Roma 1964, s. 57 vd.; Marx-Engels, *Scritti Sull' Arte, a Cura di Carlo Salinavi*, Bari 1967, s. 40 vd., ve özellikle, 46; Marx-Engels, *La Concezione Materialistica della Storia*, Editori Riuniti, Roma 1966.

Sovyet Anayasası, Sosyalist Sovyet Cumhuriyetleri Birliği'nin, işçilerin ve köylülerin devleti olduğunu (madde 1), iktidara tamamen şehir ve köy işçilerinin malik bulunduğunu (madde 3) belirttikten sonra, "yurttaşlara vicdan hürriyeti temin zımında" "kilise ve kilise mektebini" devletten ayırmış, "dinî mezheplerde ibadet hürriyeti gibi din aleyhine propaganda hürriyeti"ni de tüm vatandaşlara tanımıştır (madde 124).¹²⁶

Demek ki, bu hukuk düzeninde din, ne örgün ne de yaygın normatif bir düzen olarak tanınmıştır. Din, burada, tamamen ferdi bir değer olarak algılanmaktadır. Bundan ötürü, bu düzenlerde bir din ve vicdan hürriyetinden değil, olsa olsa sadece bir "vicdan hürriyeti"nden söz edilebilir. Zaten, dayandıkları düşünce sistemi itibariyle, bu hukuk düzenleri, üst yapı kurumlarını altyapı kurumlarına göre yeniden oluşturmak sevdasındadırlar. Böyle olunca, sömürünün bir aracı olarak görülen dinin üstyapı kurumları arasında bir yerinin olmaması doğaldır. Gerçekten, bu hukuk düzenlerinde, normatif bir düzen olarak dinin yeri, tabiri caizse, bir tür inanç sistemi haline getirilmek istenen inançsızlıkla daha doğrusu "komünist ahlâkı" ile doldurulmaya çalışılmaktadır.¹²⁷

¹²⁶ Sosyalist Sovyet Cumhuriyetleri Birliği Esas Teşkilat Kanunu Dareste R.F.-Dareste P., *a.g.e.*, s. 264 vd.

¹²⁷ King, *Il Concetto di Ideologia della Pedagogia Comunista*, İn. Educazione Nei Paesi Comunisti, a Cura di E. King, Firenze 1968, s. 1 vd.