

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2008/16
Karar Sayısı : 2008/116
Karar Günü : 5.6.2008
R.G. Tarih-Sayı :22.10.2008-27032

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Hakkı Süha OKAY, Kemal ANADOL ile birlikte 110 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine aykırılığı savıyla yokluğunun hükme bağlanması ya da iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- YOKLUK, İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

27.2.2008 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun, 1 nci maddesi ile Anayasamızın 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına, "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere **"ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında"** ibaresi; 2 nci maddesi ile de, Anayasamızın 42 nci maddesine, altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

"Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir."

5735 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun" un "Genel Gerekçe" sine bakıldığında şu tümceler göze çarpmaktadır.

"Yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafetlerinden dolayı bazı öğrencilerin eğitim ve öğrenim hakkının engellenmesi kronik bir sorun haline gelmiştir. Kurucusu ve üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyine üye ülkelerin hiç birinde üniversite düzeyinde böyle bir sorun mevcut bulunmamaktadır.

Buna rağmen ülkemizde uzun bir süredir üniversitelerde bazı kız öğrencilerin başlarını örtmede kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğrenim hakkını kullanamadıkları bilinmektedir.

Atatürk'ün hedef gösterdiği çağdaş uygarlık düzeyinde "fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür" nesiller yetiştirilmesi, kişilerin yükseköğrenim hakkından kanun önünde eşitlik ilkesi gereği hiçbir nedenle ayrımcılığa tabi tutulmadan yararlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenlerle, Anayasanın 10 uncu ve 42 nci maddesinde işbu değişikliklerin yapılması gereği doğmuştur."

1 nci maddenin gerekçesinin 2 nci paragrafına bakıldığında, getirilen düzenlemenin amacının, "tüm idare makamları gibi üniversitelerin de, yükseköğretim hizmeti sunarlarken dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep, **givism**, **kuşam** ve benzeri sebeplerle bu hizmetten yararlanan kişilerin arasında ayrımcılık yapmasını olanaksızlaştırmak" olarak ifade edildiği görülmektedir.

2 nci maddenin gerekçesinin son tümcesinde ise, ülkemizde münhasıran yükseköğretim hizmetlerinden yararlanan vatandaşlar arasında eşitliği sağlama ve yükseköğretim kurumlarında öğrenim haklarından mahrum edilen kişilerin bu hak mahrumiyetini ortadan kaldırma amacı belirtilmektedir.

5735 sayılı Kanunun genel gerekçesi, 1 ve 2 nci maddelerin gerekçeleri, Anayasa Komisyonunda ve Genel Kuruldaki görüşmelerde söz konusu maddeler üzerindeki konuşmacıların ve grup sözcülerinin açıklamaları incelendiğinde; yönelinen temel hedefin, kamu hizmetlerinden yararlanan veya yükseköğrenim hakkını kullananlar için dinî amaçlı örtünme serbestisi tanınması, bu şekilde örtünenlerin kamu hizmetlerinden yararlanmalarını önleyecek düzenleme veya yaptırımların engellenmesi olduğu anlaşılmaktadır. Türbana ilişkin düzenlemenin Anayasa Komisyonundaki görüşmelerinde, "Türban Yasasının" mimarlarından olan Komisyon Başkanının, "... Açıkça yapamayız çünkü. Açıkça deyince, açıkça teklif nasıl getirilir, böyle bir şey olabilir mi yani' İlk dört madde açıkça teklif burada nasıl görüşülür." şeklinde Komisyon Tutanağının 121. sayfasına yansıyan görüşü bu düşüncenin bir örneğidir.

Söz konusu Anayasa değişikliğinin Türkiye'nin siyasal gündemine "**türban yasası**" olarak girmesi ve teklifi hazırlayıp imzalayan milletvekillerinin, Başbakanın, Adalet ve kalkınma Partisi üst düzey yöneticilerinin, Milliyetçi Hareket Partisi Genel Başkanı ile üst düzey yöneticilerinin açıklamaları da bu saptamayı doğrulamaktadır.

5735 Sayılı Kanununla, yukarıda açıklanan hedefe ulaşmak için adı konulmadan ve dolaylı bir biçimde dinî amaçlı örtünme, dinî kıyafet dahil her türlü dinî simge ve üniformayı da içerecek, kapsamlı bir kıyafet serbestisi tanınmıştır.

Çünkü, 09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunun 1 inci maddesinde yapılan düzenlemeyle, Devlet organları ve idare makamlarına, bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uymak yükümlülüğünün yanı sıra kamu hizmetlerinden kişilerin kanun önünde eşitlik ilkesine uygun bir biçimde yararlanmalarını sağlamak yükümlülüğü; kişilere de Devlet organları ve idare makamlarından sundukları kamu hizmetlerinden kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak yararlanmalarını sağlamasını istemek imkânı getirilmiştir. Olaya kıyafet açısından bakıldığında, bu hüküm karşısında Devlet organları ve idare makamlarının, kişilere kıyafetleri nedeniyle yasak uygulayarak kamu hizmeti vermekten kaçınamayacaklarını; kişilerin kamu hizmetlerinden

yararlanmalarını da, kıyafet nedeniyle yapılan yasaklamalarla engelleyemeyeceklerini söylemek gerekmektedir.

Ancak bu düzenlemede yer alan "kamu hizmetinden yararlanılmasında" ölçütünün, hem hizmet alan hem de hizmet veren konumundaki kimseler için bir belirsizlik yaratacağı ortadadır. Şöyle ki; örneğin, üniversitelerdeki araştırma görevlileri öğrenim vererek kamu hizmeti sunduklarında getirilen kıyafet serbestisinin kapsamı dışında kalırken, yüksek lisans bağlamında öğrenim gören yani kamu hizmetinden yararlanan kimlikleri ile, getirilen kıyafet serbestliğinden kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde yararlanmak konumunda olacaktır.

Eğitim Fakültelerinin 3 ve 4. sınıf öğrencilerinin, "Okul uygulaması, öğretmenlik deneyimi" dersleri kapsamında ilköğretimde "stajyer öğretmen" statüsünde derslere türbanlı girmelerinin önünün açılacak olması, bunun örneklerinden biridir. Bu durumda, kamu hizmeti alanla verenin ayırımını kim yapacaktır' Yine benzer bir durumun tip fakültelerinde yaşanması da kaçınılmaz olacaktır.

Bu düzenlemeden yararlanılarak türban, dinî kıyafet ve simgeler dahil her türlü kıyafet ilköğretimden yükseköğretime, öğretim hizmetlerinden yararlanma bağlamında herhangi bir engelle karşılaşmadan yayılabilecektir.

09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanununun 2 nci maddesinde ise, kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimsenin yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemeyeceği bildirilmekle, yükseköğretim kurumlarında dinî amaçlı örtünme nedeniyle öğrenim hakkından yararlanmanın engellenmesinin de önüne geçilmektedir. Bunun da, yasa ile açıkça yasaklanmadıkça yükseköğretimde kıyafetin, (türban, dini amaçlı örtünme, dini ve siyasi üniforma dahil) serbest bırakıldığı; yükseköğrenim hakkını kullananlara bu kıyafetleri taşımaktan dolayı yüksek öğrenim hakkını kullanmaktan mahrumiyet sonucunu doğuracak bir yaptırım getirilemeyeceği ve uygulanamayacağı anlamına geldiğinde kuşku yoktur.

Halbuki dini amaçlı kıyafetlerin serbest bırakılması, Anayasa Mahkemesince E.1989/1, K.1989/12 tarih ve 07.03.1989 tarihli kararla Anayasaya aykırı bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi E.1990/36, K.1991/8 sayı ve 09.04.1991 tarihli kararıyla da bu hususu yinelemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Danıştay ve Anayasa Mahkemesinin kararları göz önünde tutulduğunda, 5735 sayılı Kanunla getirilmiş olan kıyafet serbestisinin söz konusu kararlarda Anayasamızdaki lâiklik ilkesi ile örtünme arasında kurulmuş olan ilişkiyi temelsiz ve Anayasa Mahkemesinin 1989 ve 1991 tarihli söz konusu kararlarını etkisiz bırakmaya yönelik olduğunu; başta lâiklik ilkesi olmak üzere, Anayasamızın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel nitelikleri ile bağdaşmayacağını; böyle bir serbestiyi tanımak için Anayasanın 10 uncu ve 42 nci maddelerinde yapılan değişikliklerin, Cumhuriyetimizin Anayasamızın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştirmek anlamını

taşıyacağını ve bu nedenle Anayasamızın 4 üncü maddesinde ifade edilen değiştirilemezlik ilkesine aykırı düşeceğini söylemek gerekir.

Bu saptamayı yaptıktan sonra, 5735 sayılı Kanunun 1 ve 2 nci maddelerinin Anayasaya aykırılık gerekçeleri şu şekilde ayrıntılı bir biçimde ortaya konulabilir.

1- 09.02.2008 Tarih ve 5735 Sayılı Kanunun 1 ve 2 nci Maddelerinin Anayasanın 2 nci Maddesine Aykırılığı

Anayasanın 2 nci maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti" hükmü yer almaktadır.

Üniversitelerde ve her türlü öğrenim kurumunda kamu hizmetinden yararlananların, dinî amaçlı örtünmesine, dinî ve siyasî üniforma niteliğindeki kıyafetleri giyebilmesine, simgeleri taşıyabilmesine imkân tanıyacak bir düzenleme ise, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen 1/12 sayı ve 1989 tarihli ve 36/8 sayı ve 1991 tarihli kararlarına göre Anayasanın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri arasında gösterilen "**toplumun huzuru, millî dayanışma içinde**", "**insan haklarına saygılı**", "**Atatürk Milliyetçiliğine bağlı**", "**başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan**", "**demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti**" hususları ile bağdaşmamakta ve bunlara aykırı düşmektedir.

Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda incelendiğinde, 09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunun 1 ve 2 nci maddelerinin de Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hususlara aykırı olduğu görülmektedir.

a) 1 ve 2 nci maddelerin Cumhuriyetin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen "toplumun huzuru, millî dayanışma içinde**" niteliğine aykırılığı**

09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunun 1 ve 2 nci maddelerinin dolaylı bir biçimde getirdiği geniş kapsamlı kılık - kıyafet serbestisinin dinî amaçlı örtünmeyi, dinî ve siyasî üniformaları ve simgeleri de içereceğine yukarıda değinilmiştir.

Böylesi sınırsız ve koşulsuz bir kıyafet serbestisinin ise, toplumsal huzuru ve ulusal dayanışmayı zedelemesi hatta giderek ortadan kaldırması kaçınılmazdır.

Çünkü dinî örtünme amaçlı kıyafetlerin giyilmesinin sınırsız, koşulsuz serbest bırakılması halinde, bu tür kıyafetlerin giyilmesi, kamu yönetiminde ve toplumsal yaşamda ayrımcılığı davet edebilecek; bu tür kıyafetleri giyenlerin giymemeyi tercih edenlere yönelik bir etkileme, baskı, dayatma ve tehdit unsuru haline gelebilecek; örtünen - örtünmeyen, inançlı - inançsız, Müslüman olan - olmayan şeklinde din eksenli ayrışmalar, kutuplaşmalar ve bunlara bağlı olarak kamu düzenini ve huzurunu tehdit edecek gerginlikler ve çatışmalar ortaya çıkabilecektir.

Türbanın veya benzeri türden din kökenli kıyafetlerin ülkemizde artık bütünüyle masum bir alışkanlık ve kıyafet tercihi olmaktan çıkarak (Leyla Şahin dosyasında, Türkiye Cumhuriyeti adına beyanda bulunan dönemin Dışişleri Bakanlığının 19 Kasım 2002 tarihli dilekçede ifade ettiği gibi) kadın özgürlüğüne ve Cumhuriyetimizin temel ilkelerine karşıt bir dünya görüşünün simgesi haline gelmiş bulunmasının, bu kutuplaşma ve çatışmaların daha da büyük boyutlara taşınmasına neden olacağı ortadadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları incelendiğinde "eşitlik ilkesi"nin vurgulandığı görülmektedir. Ancak, siyasi iktidarın çözüm olarak ortaya koyduğu Anayasa değişikliği, "eşitliğe" değil "eşitsizliğe" hizmet etmektedir. Bireysel anlamdaki eşitlik ilkesi, kolektif anlamdaki cemaatçiliğe indirgenmektedir. Bununla birlikte, Leyla Şahin davasında AIHM'nin çoğu Müslüman olan bir ülkede dinsel bir simge olan türbanın üniversitelerde bu simgeyi giymeyenler üzerindeki etkisini dikkate almak gerektiği şeklindeki yorumu, konun özgürlükler bağlamında topluma sunulmasının yanlışlığını ortaya koymaktadır.

Dinî inanç ayrılıkları bağlamında ortaya çıkan kutuplaşmaların ve ona bağlı çatışmaların boyutlarının ülkemizde nerelere kadar uzanabileceği hakkında fikir verecek, yaşanmış pek çok olay vardır.

Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 7.3.1989 tarihli kararında da, kişilerin hangi inançtan olduklarını giysileriyle belli etmelerinin, onların yakınlaşmalarını, birlikte çalışıp karşılıklı yardımlaşmalarını ve işbirliğini önleyeceği; ayrılıklara, dinsel inanç ve görüşler nedeniyle çatışmalara yol açacağı belirtilmiştir.

5735 sayılı Kanunun 1 ve 2 nci maddelerinin TBMM'deki görüşmeleri sırasında izlenen toplumsal tepkiler ve kutuplaşmalar ise, bu tehlikenin daha söz konusu maddeler yürürlüğe girmeden kendisini göstermeye başladığını ortaya koymaktadır.

5735 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yaşananlar ise, bu tehlikenin boyutlarının giderek büyüme eğiliminde olduğunu kanıtlamaktadır.

Bu açıklamalardan hareketle, 5735 sayılı Kanunun 1 ve 2 nci maddelerindeki düzenlemelerin, aynen Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 07.03.1989 tarihli kararıyla iptal edilen 2547 sayılı Kanuna eklenmiş bulunan Ek madde 16 gibi Cumhuriyetimizin, Anayasamızın 2 nci maddesinde belirtilen "toplumun huzuru milli dayanışma anlayışı içinde" niteliği ile bağdaşmayacağını ve Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı olarak, dolaylı bir biçimde Anayasanın 2 nci maddesini değiştirmeye yönelik hükümler niteliğini taşıdıklarını söylemek gerekmektedir.

b) 1 ve 2 nci maddelerin Cumhuriyetin Anayasasının 2 nci maddesinde belirtilen "insan haklarına saygılı" niteliğine aykırılığı

Din ve vicdan özgürlüğü, Anayasamızın, 24 üncü maddesinde güvence altına almış olduğu bir insan hakkıdır.

Din ve vicdan özgürlüğü kişilere diledikleri inancı benimsemek, bu inancın gereklerini yerine getirmek, dinî inancını açıklamaya veya belli bir dini benimsemeye zorlanmamak imkânlarını tanımaktadır. Ancak bu özgürlük aynı zamanda kişilere, kendilerinden farklı inançlara sahip olanlara saygı göstermek, başkalarının üzerinde baskı kurarak veya zorla kendi inançlarına veya başka inançlara yönlendirmemek, kimseyi inancından dolayı kınamamak gibi yükümlülükler de getirmektedir.

Dinî inanca dayalı örtünme, benimsenen dini gösteren kıyafetler giyebilme özgürlüğü ise, benimsenen dinî inancı gösteren giysiler aracılığı ile toplumda ayrışmalara neden olabilir ve toplum kesimlerinin ve bireylerin giysilerinden kendileri ile aynı inancı paylaşmadıklarını anladıkları kimseler üzerinde baskı kurmalarına; birbirlerinin din ve inanç özgürlüğünü zedeleyici, engelleyici davranışlarda bulunmalarına hatta kendi inançlarından olmayanları dışlamalarına yol açabilir.

Bu gibi durumların da din ve vicdan özgürlüğünü özünden zedeleyeceği ortadadır. Bu nedenle, bu gibi durumlara yol açabilecek olan 1 ve 2 nci maddelerdeki düzenlemelerin, (aynen Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 07.03.1989 tarihli kararıyla iptal edilen 2547 sayılı Kanunun Ek 16 ncı maddesi gibi) Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin niteliği olarak gösterilen "insan haklarına saygılı" hususu ile bağdaşmadığını; dolaylı bir biçimde de olsa, Anayasanın ikinci maddesinde Cumhuriyetin "insan haklarına saygılı" olarak belirtilen temel niteliğini değiştireceğini söylemek gerekir.

Böyle bir değişiklik ise, Anayasanın 4 üncü maddesinde ifadesini bulan değiştirilemezlik ilkesine aykırı düşer.

c) 1 ve 2 nci maddelerin Cumhuriyetin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen "Atatürk Milliyetçiliğine bağlı" niteliğine aykırılığı

Atatürk milliyetçiliği, Anayasa Mahkemesince; "gelişme ve ilerleme yolunda, uluslararası işlem ve ilişkilerde çağdaş uluslara uygun ve onlarla uyum içinde yürümekle birlikte, Türk toplumunun özel yeteneklerini ve bağımsız kimliğini koruması olarak tanımlanan Türk milliyetçiliğinin Türk olma mutluluğunu duyan herkesi kapsayan biçiminin adı" olarak tanımlanmıştır. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, k.1989/12 sayı ve 07.03.1989 tarihli kararı)

Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Atatürk'ün 5.11.1925 günlü söylevinde belirttiği gibi, din ve mezhep bağının yerini Türk ulusçuluğu bağı almıştır. Bu tanıma göre, ulusu oluşturan öğeler arasında dil birliği, ulusal duyguyla yan yana insanlık duygusu, siyasal varlıkla birlik, yurt birliği, köken birliği, tarihsel ve ahlâksal yakınlıklar sayılır. Geçmiş ortaklığı, gelecek ve amaç birliği de öğeler arasına alınmaktadır. Türkiye Cumhuriyetini kuran Türkiye halkına Türk Ulusu diyerek başka ayrımlara yer vermeyen Atatürk milliyetçiliğinde dinsel öğe esas alınmamıştır.... Laiklik, devlet ve toplumun

karşılıklı laik tutumunu da içerir. Bu da birleştiricilikle sonuçlanır. (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin E.1989/1, k.1989/12 sayı ve 07.03.1989 tarihli kararı)

Anayasa Mahkemesi bu görüşten hareketle, dinsel inanç gereği örtünmeye imkân tanıyan düzenlemeyi iptal etmiştir.

Bu karar, söz konusu 1 ve 2 nci maddelerde getirilen dini amaçlı kıyafet serbestisinin de "Atatürk milliyetçiliği" ile bağdaşmayacağını ortaya koymaktadır. Çünkü böyle bir serbesti toplumda, kıyafetler aracılığı ile din eksenli kutuplaşmalara yol açabilecek ve Atatürk milliyetçiliğinin devlet ve toplumun karşılıklı lâik tutumundan beklediği birleştiriciliğin, yerini ayrışmacılığa bırakmasına neden olabilecektir.

Cumhuriyetin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen "Atatürk milliyetçiliğine bağlı" niteliğine aykırı bir düzenlemenin ise, Anayasanın 4 üncü maddesinde belirtilen yasağa aykırı bir biçimde, Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen Cumhuriyetin niteliklerini değiştirmek anlamını taşıyacağından kuşku yoktur.

d) 1 ve 2 nci maddelerin Cumhuriyetin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen "başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan" niteliğine aykırılığı

Anayasanın Başlangıcında belirtilen, konumuzla ilgili başlıca ilkeler:

- Hiçbir faaliyetin Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliği karşısında korunma göremeyeceği (bkz. prg.5);

- Atatürk devrimlerine ve ilkelerine bağlılık, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma azmi (bkz.prg. 1 ve 2);

- Lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı (bkz.prg.5);

- Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu (bkz.prg.6);

- Topluca Türk vatandaşlarının birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve "yurtta sulh, cihanda sulh" arzu ve inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu (bkz.prg. 7);

- Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir iş bölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün Anayasa ve kanunlarda bulunduğudur. (bkz.prg.4).

Anayasanın tüm maddelerinin, Başlangıçta ifade edilen ilke ve esaslar doğrultusunda yorumlanıp değerlendirilmesi gerekmektedir.

Lâiklik, Atatürk ilke ve inkılâplarının en önemlisidir. Anayasa Mahkemesinin E. 1989/1, K. 1989/12 sayı ve 7.3.1989 tarihli kararında "**laiklik** ilkesi hakkında özetle şu temel değerlendirmeler yapılmıştır: "Lâiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir. Çağdaş bilim, skolastik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Lâiklik, dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumları yapılsa da, gerçekte toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretide paylaşılmaktadır. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Onurunu üstün tutarak bireye kişilik ve özgür düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset - vicdan ayrımını gerekli kılarak vicdan ve dinsel inanç özgürlüğünü sağlayan ilkedir. Dinsel düşünce ve değerlendirmelerin geçerli olduğu, dine dayalı toplumlarda siyasal örgütlenme ve düzenlemeler dinsel niteliklidir. Lâik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece, siyasal yaşamın dayanağı bilim ve hukuk olur. Düşünce ve inanç alanlarının ayrılması dinin kutsallığına en uygun durumdur. Dünya işlevinin hukuksal, din işlerinin de kendi kurallarıyla yürütülmesi ilkesi, batı demokrasilerinin dayandığı temellerden birisidir.

Lâik anlayış, devletin, göreviyle ilgili düzenlemelerinin salt günlük yaşamla ilgili olmasını gerektirdiği gibi içeriklerinin de mutlaka dinsel doğrultuda olmasını gerektirmemektedir. Dine uygunluğunun aranması zorunluluğu yoktur. Düzenlemenin kaynağı din değildir. Din ve dünya işlerinin ayrılmasıyla vicdan, din ve ibadet özgürlükleri daha belirginleşmekte ve özgür biçimde korunmuş olmaktadır.

Türkiye'de lâiklik ilkesinin uygulanması, rejimleri değişik kimi batılı ülkelerdeki lâiklik uygulamalarından farklıdır. Lâiklik ilkesinin, her ülkenin içinde bulunduğu koşullarla her dinin özelliklerinden esinlenmesi, bu koşullarla özellikler arasındaki uyum ya da uyumsuzlukların lâiklik anlayışına yansiyarak değişik nitelikleri ve uygulamaları ortaya çıkarması doğaldır. Klâsik anlamda, dinle devlet işlerinin birbirinden ayrılması tanımına karşın, İslam ve Hıristiyan dinlerinin özelliklerindeki ayrılıkları gereği, ülkemizde ve batı ülkelerinde oluşan durumlar ve ortaya çıkan sonuçlar da ayrı olmuştur. Dini ve din anlayışı tümüyle farklı bir ülkede lâiklik uygulamasının, batıyla geniş ilişkiler içinde bulunulsa da batı ülkelerindeki gibi olması, lâikliğin aynı anlam ve düzeyde benimsenmesi beklenemez. Bu durum, koşullar ve kurallar arasındaki ayrılığın olağan karşılanması gereken sonucudur. Kaldı ki; aynı dini benimseyen batı ülkelerinde bile devletlerin lâiklik anlayışı ayrılıklar göstermiştir. Lâiklik kavramı, değişik ülkelerde ayrı ayrı yorumlandığı gibi, kimi dönemlerde, kimi kesimlerce da kendi anlayış ve siyasal tercihleri gereği değişik biçimde yorumlanabilmiştir. Yalnızca felsefi ve ideolojik bir kavram olmayıp yasalarla yaşama geçirilerek hukuksal bir kurum niteliğini kazanan lâiklik, uygulandığı ülkenin, dinsel,

sosyal ve siyasal koşullarından etkilenmekte, kendisi de onları etkilemektedir. Türkiye için lâiklik anlayışı tarihsel gelişimi nedeniyle özellik taşımakta, Anayasa ile benimsenen yapısıyla, batıda ayrı biçimde ele alınsa da, özenle korunması zorunlu bir ilke olarak yaşatılmaktadır."

Anayasa Mahkemesinin 21.10.1971 günlü 53/76 sayılı; 3.7.1980 günlü, 19/48 sayılı; 25.10.1983 günlü, 2/2 sayılı ve 4.11.1986 günlü 11/26 sayılı kararlarında da lâikliğin hukuksal, sosyal, siyasal tanımları yanında ulusal ve hukuksal değeri de geniş bir biçimde belirtilmiş, özenle korunması gereken anayasal ilke niteliği vurgulanmış, Türk Ulusunun yücelmesi bakımından Anayasada öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden, Anayasada benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğu yinelenerek ortaya konulmuştur.

Bu kararların kimisi 1982 tarihli Anayasanın yürürlüğe girmesinden önce verilmiş oldukları halde, 1982 Anayasasının 153 üncü maddesi 1982 Anayasasına 174 üncü madde olarak olduğu gibi alındığı ve lâiklik ilkesi 1982 Anayasasında da gerekçeleri gösterilerek 1961 Anayasasındaki anlayışla değerlendirildiği için, bugün de geçerliliklerini korumaktadır. Bu kararlara göre;

- Dinin devlet işlerinde etkili ve egemen olmaması esasını benimseme,
- Dinin, bireyin manevî yaşamına ilişkin olan dinî inanç bölümünde, aralarında ayırım gözetmeksizin, dini Anayasa güvencesi altına alma,
- Dinin, bireyin manevî yaşamını aşarak toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenliğini ve yararını korumak amacıyla sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama,
- Kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla, devlete dinsel hak ve özgürlükler üzerinde denetim yetkisi tanıma, lâiklik ilkesinin gereği olarak anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, devlet, demokrasi, hukuk, din ve vicdan özgürlüğü, eğitim ve öğretim hakkı ile lâiklik arasındaki ilişkileri de şöyle tanımlamaktadır. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 07.03.1989 tarihli kararı):

"Modern devlette din, kimi haklara sahip olmanın şartı değildir. Günümüzde devlet, vicdan hürriyetine olabildiğince saygılı, bünyesinde çeşitli din ve mezheplere inananlara ve bunlara ait teşekküllere yer veren bir kurumdur. Lâik devlette herkes dinini seçmekte ve inançlarını açığa vurabilmekte, tanınmış olan din ve vicdan özgürlüğünün sınırları içerisinde serbesttir. Hiçbir dine itikadı olmayanlar için de durum aynıdır. Lâik bir toplumda herkes istediği dine ya da inanca sahip olabilir. Bu husus yasa koyucunun her türlü etki ve müdahalesinin dışındadır. Gerçek vicdan hürriyetinden ancak lâik olan ülkelerde söz edilebilir. Dinlerden birini devlet olarak tercih fikri, ayrı dinlere mensup vatandaşların kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşer. Lâik devlet, din konusunda, inancına bakmaksızın, yurttaşlara eşit davranan, yan tutmayan devlettir.

Çağdaşlaşmayı hızlandıran ve Türk Devriminin kaynağı olan lâiklik ilkesi toplumun akıl ve bilim dışı düşüncelerle yargılardan uzak kalmasını amaçlar. Böylece Devlet, bilimsel gereklere uygun biçimde kurumlaşmış, hukukla düzenlenmiş; karşılıklı saygı, hoşgörü ve anlayışa katkıda bulunan lâiklik, ulusal birliği sağlamıştır. Düşünce ve inanç özgürlüğü, kişileri ve toplum kesimlerini birbirine güvenle bağlayan uluslaşmayı sağlayan, ulusal dayanışmayı da güçlendiren özgür düşünce, özgür inanç, çağdaş uygarlığa yönelik ulusal yaşamda önemli bir aşamadır. Lâikliğin, insana, dine saygısı, dini kendi yerinde tutan anlayışı, akla, bilime, sanata, çağdaş yönetim biçimine ve tüm uygar gereklere kapıyı açmıştır. Atatürk'ün din hakkındaki sözleri anımsanacak olursa, lâiklik uygulamasının dine karşı olmadığı, dini kötülemediği, din düşmanlığı anlamına gelmediği ve dini asla yadsımadığı açıktır. Cumhuriyet ve demokrasi, şeriat düzeninin karşıtıdır. Genelde bir tür düşün ve anlayış biçimi, dünya görüşü sayılan bu ilke, "ümme"ten, "ulus"a geçmenin itici gücü olmuştur.

Bu yolla dogmatik değerlerin yerine akılcı ve insancıl değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır. Değişik din ve mezheplere inananlar, bu ayrımlara karşın birlikte yaşama gereğini benimseyerek devletin kendilerine karşı eşit yaklaşımından güven duymuşlardır. Böylece bölünmeler durmuş, iç barış sağlanmış, yurttaşlar, ulus bilinciyle, Türkiye Cumhuriyetini kuran Türk Ulusunun bireyleri olmuşlardır. Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü lâiklikten almış, milliyetçilik ilkesi lâiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi lâiklikle anlam kazanmıştır. Bu ilkenin Anayasa'dan çıkarılması da olanaksızdır. Lâiklik, dinselikle bilimselliği birbirinden ayırmış, özellikle dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır. Gerçekte lâiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir, insanlık idealidir. Lâik düzende özgün bir sosyal kurum olan din, devlet kuruluşuna ve yönetimine egemen olamaz. Devlete egemen ve etkin güç, dinsel kurallar ve gerekler değil, akıl ve bilimdir. Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı-insan arasındaki inanış olgusudur. Kişinin iç-inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde söz sahibi ve çağdaş değerlerle, hukukun yerine geçerek yasal düzenlemelerin kaynağı ve dayanağı olması düşünülemez.

Hukukun ikiliğini, ayrıcalık ve eşitsizlikleri kaldıran,- dinsel sömürüyü önleyen, siyasal ve sosyal kurumları güçlendiren lâiklik, öğretim ve eğitime de ışık tutmuştur. Lâik öğretim ve eğitim bilimsel çalışmaların en olumlu ortamıdır. Dine karşı yansızlık nasıl dine karşıtlık olarak alınamazsa, lâik öğretim-eğitim de inanç özgürlüğü engeli sayılamaz. Öğretim ve eğitimin zorunluluk koşulları, inanç özgürlüğünü ortadan kaldırmaz. Bu özgürlük de anayasal güvenceye bağlanmıştır. Ancak, din ve ahlâk eğitim ve öğretimi, devletin gözetim ve denetimi altında yapılır.

Devlete, dinsel konularda denetim ve gözetim hakkı tanınması, din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir sınırlama sayılamaz. Devlet-din özdeşliğinin yol açtığı zararlar lâiklikle önlenmiş, çağdaş uygarlık yolu lâiklik ilkesiyle açılmış, bağımsız bir hukuk kurumu olarak yeni yapısına kavuşmuştur. Demokrasiye geçişin de aracı olan lâiklik, Türkiye'nin yaşam felsefesidir. Lâik devlette,

kutsal din duyguları politikaya, dünya işlerine, hukuksal düzenlemelere kesinlikle karıştırılmaz. Bu tür düzenlemeler, dinsel gerekler ve düşüncelerle değil, bilimsel verilerden yararlanılarak kişi ve toplum gereksinimlerine göre yapılır. Bireyin özgür iradesine bağlı din duygularının zorlamadan korunması da bu biçimde sağlanmış olmaktadır. Eğitsel ve kültürel yaşantıyı yönlendirmek amacıyla lâikliğe aykırı eğitim ve öğretim de gerçekleştirilemez."

"..... Laikliğin, Türk Devriminin, Cumhuriyetin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğu bir gerçektir. (Dinsel inanç gereği) sözcükleri kullanılsa da Cumhuriyetin niteliklerine yönelik, bu amaç ve anlamdaki dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimler Anayasa karşısında geçerli olamaz. Özgürlükler Anayasa ile sınırlıdır. Anayasadaki lâiklik ilkesine ve lâik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip lâiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur."

"Lâik hukuk düzeni, lâik eğitim ve öğretim ve lâik yönetim birbirinden ayrı düşünülemez. Anayasanın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesinin 3. fıkrasında "Eğitim ve öğretim Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz" denildikten sonra 4. fıkrasında "Eğitim ve öğretim hürriyeti Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz" kuralıyla Başlangıçtaki ilkelere bağlılık pekiştirilmiştir. Yükseköğretim kurumları bu yükümlülükler dışında tutulmamışlardır."

"..... Eğitim ve öğretimde, dinsel inanca devlet gücünün özel bir katkı vermesi düşünülemez. Lâiklik bir bütündür. Özellikle eğitim ve öğretim alanında lâikliğe bağlılık ve saygı, ulusun geleceği açısından da üzerinde önemle durulacak bir konudur. Siyasal alanda dinsel çabalar, dinsel geleneklere uygunluğu aranan düzenlemeler, eylem ve işlemler ne kadar geçersizce, öğretim ve eğitim alanında da din buyruklarıyla ilişki kurulamaz. Demokrasinin güvencesini ve Cumhuriyetin özgün niteliğini oluşturan bu ilkenin büyük bir duyarlık ve özenle korunması Anayasa gereğidir."

" Egemenliğin ulusta oluşuna dayanan hukuk düzeniyle tanrısal buyruklara dayalı ilâhi istenç arasında ilişki kurulamaz. Hukuk düzeni, dinsel düzeni dışarıda bırakan, varlığını hukuktan alıp hukukla sürdüren devlettir. Egemenlik insana dayalıdır. Özünde insan değeri bulunan egemenliğin hukuksal biçimlenmeyle devlet gücüne dönüşmesi, hukuk devletinin uygar yapısını açıklamaktadır. Bu yapıyı etkileyecek olumsuzluklar, hukuk devleti ilkesini tartışma konusu yapar. Yasalar dine dayanamaz ve bağlanamaz.

Yasalar ilkelerini dinden değil, yaşamdan ve hukuktan almazlarsa hukuk devleti niteliği zedelenir. Dine dayanan yasalar, vicdan özgürlüğünü benimsemediğinden, her din için ayrı yasa gereğini ortaya çıkarır; ulusal bir devlette bu tür bir düzenleme olamaz. Böyle düzenlemeler din kurallarını benimsemeyenler için baskı aracı sayılabileceği gibi ayrı dinler için de ayrılık aracı olur. siyasal

düzenlemelerin kaynağı hukuk, dayanağı Anayasadır. Hukuksal düzenlemeler dünya işidir, din işi değildir. Yasalar dinsel temele oturtulamaz.

.... Demokrasi, insan hakları, hukuk konularında da Anayasa düzeyi ve sınırları geçerlidir. Dilek ve öneri türünde ya da özlem niteliğinde görüşlerle, Anayasanın öngördüğü sınırlamaları, lâikliğin korunması için getirilen kuralları hiçe saymak olanaksızdır. Dava konusu somut olayı soyutlaştırarak sınırsız bir demokrasi anlayışıyla açıklayan görüşler Anayasa ile çatışır. Herkesin her istediğini yapması en eski ve en yeni demokrasilerde bile söz konusu değildir. Özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılması da düşünülemez. Özelde korunması gerekli görülen lâiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunamaz."

" Ulusal egemenlik kavramı demokratik yapının temelidir. Demokratik düzen ise, dinsel gerekleri egemen kılmayı amaçlayan şeriat düzeninin karşıtıdır. Dinsel gereklere yönetimde ağırlık veren bir düzenleme demokratik olamaz. Demokratik bir devlet, ancak lâik devlettir. Dinsel gerekli düzenlemeler dinsel çabaları, zorlamaları, bunlar da dinsel ayrılıkları getirir. Sonuçta demokrasinin özgürlükçü, çoğulcu, hoşgörü niteliği kalmaz."

" Devletin temsil ettiği ve egemenlik gereği olarak kullandığı siyasal gücün düzenleyicisi hukuktur. Gerçekten hukuksal bir kurum olan devletin tüm işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğu başlıca geçerlik koşuludur. Devlet yönetiminde tüm düzenlemeler ancak hukuk kurallarına göre yapılır. Din kurallarına göre yapılan düzenlemeler hukuksal nitelik taşımaz. Din kurallarının kaynağı Tanrıdır. "İlahî istenç (irade)", tanrı buyrukları, din kurallarının başlıca dayanağıdır. Hukukun kaynağı ise, hukuku yaratan istenç olarak kendi ulusunun istencidir. Din, ulustan kaynaklanan bir değer olmadığından temelini ulusal istencin oluşturduğu bir düzende hukuk kaynağı sayılması olanaksızdır. Egemenliğin ulusta oluşuna dayanan hukuk düzeniyle tanrısal buyruklara dayalı ilahî istenç arasında ilişki kurulamaz. Hukuk düzeni, dinsel düzeni dışarıda bırakan, varlığını hukuktan alıp hukukla sürdüren devlettir. Egemenlik insana dayalıdır. Özünde insan değeri bulunan egemenliğin hukuksal biçimlenmeyle devlet gücüne dönüşmesi, hukuk devletinin uygar yapısını açıklamaktadır. Bu yapıyı etkileyecek olumsuzluklar, hukuk devleti ilkesini tartışma konusu yapar. Yasalar dine dayanamaz ve bağlanamaz. Yasalar ilkelerini dinden değil, yaşamdan ve hukuktan almazlarsa hukuk devleti niteliği zedelenir. Dine dayanan yasalar, vicdan özgürlüğünü benimsemediğinden, her din için ayrı yasa gereğini ortaya çıkarır; ulusal bir devlette bu tür bir düzenleme olamaz. Böyle düzenlemeler din kurallarını benimsemeyenler için baskı aracı sayılabileceği gibi, ayrı dinler için de ayrılık aracı olur. Siyasal düzenlemelerin kaynağı hukuk, dayanağı Anayasadır. Başka kaynak ve dayanak aranamaz. Hukuksal düzenlemeler dünya işidir, din işi değildir. Yasalar dinsel temele oturtulamaz."

Anayasa Mahkemesi, belirlediği bu ilkeler çerçevesinde, yükseköğretim kurumlarında dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılmasını serbest bırakan 3511 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa eklenen Ek Madde 16'yı incelemiş ve şu sonuçlara varmıştır:

- İncelenen kural, kamu kuruluşlarından sayılan yükseköğretim kurumlarındaki bayanların giyimlerini düzenlerken, dinsel gereklere uygunluğu nasıl olursa olsun, başörtüsü kullanımına dinsel inanç nedeniyle geçerlik tanımakla, kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmak suretiyle lâiklik ilkesine aykırılık oluşturmuştur.

- "..... Lâiklik bir bütündür... Demokrasinin güvencesini ve Cumhuriyetin özgün niteliğini oluşturan bu ilkenin büyük bir duyarlık ve özenle korunması Anayasa gereğidir. Dersliklerde ve ilgili yerlerde dinsel inançları simgeleyen belirtilerden uzak kalınması zorunluluğu nedeniyle yükseköğretim kurumlarında dinsel gereğe bağlanan başörtüleri lâik bilim ortamıyla bağdaştırılmaz.

- "..... Lâiklik ilkesine uygun çalışmalar yapmakla yükümlü üniversitelerde bu çalışmalara katılacaklar, hangi statüde olurlarsa olsunlar, dinsel gereklere göre biçimlendirilmemelidir."

- "..... dersliklerde, laboratuvarlarda, klinik, poliklinik ve koridorlarda bilimsel yöntemlerle yetiştirilerek gerçeği bulmak için birlikte çalışmalar yapanların kardeşlikleri, arkadaşlıkları, dayanışmaları, yarınları için bile gerekli iken, onları dinsel gereklerle ayırmak, kimin hangi inançtan olduğunu gösteren bir işaretle belli etmek, onların yakınlaşmalarını, birlikte çalışıp karşılıklı yardımlaşmalarını ve işbirliğini önler; ayrılıklara, dinsel inanç ve görüşler nedeniyle çatışmalara yol açar..."

- "..... Lâiklik, herkesin vicdan, dinî inanç ve kanaat özgürlüğüne saygılı olmasını gerektirir. İnançların ayrı olmasının doğallığı, demokrasilerde düşünce ve inanç özgürlüğü ile doğrulanır; bu iki tür özgürlük birbirini tamamlar, güçlendirir ve birbirinin güvencesidir. Dinsel inancı ne olursa olsun insanların birlikteliklerini sürdürmeleri uygarlık gereğidir. Vicdan özgürlüğünü kimi simgelerle kullanılamaz, yararlanılamaz duruma düşürmek Anayasal ilkelere aykırılık oluşturur. Din seçimine, ibadete kimse karışamazken, dinsel simgelerle yaratılacak ayrılıklarla toplumun bu haklardan yoksun kalması tehlikesi doğabilir. Her hakkın kaynağı insan olduğuna göre, eski çağlarda doğaya, yönetenlere, kendi yaptıklarına tapan, bunlardan korkan insanlar, düşünerek kabul ettiği, özgürce seçtiği dinlere inanarak belli bir aşamaya gelmişken bu düzeyi yıkacak eylemleri vicdan ve dinsel inanç özgürlüğü ile bağdaştırmak olanaksızdır. Yükseköğretim kurumlarında giysilerin, başörtü ve türbanın dinsel inanca dayandırılması çağın gereklerine aykırıdır. Belli biçimde giyinmek özgürlüğü, dinsel inancı aynı, ayrı olanlar ve olmayanlar arasında farklılık yaratmaktadır. Vicdan özgürlüğü, istediğine inanma hakkıdır. Laiklikle vicdan özgürlüğü karıştırılarak dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz. Giyim konusu Türk Devrimi ve Atatürk ilkeleri ile sınırlı olduğu gibi vicdan özgürlüğü konusu da değildir. Zorlamayı uygun bulmayan din alanında, hukuk kuralları gibi nesnel yaptırımlar niteliğinde kural getirilmesi dinsel inanç özgürlüğüne ters düşmektedir."

- "..... 3.12.1934 günlü 2596 sayılı "Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun"un gerekçesinde "Din ile Devletin ayrılığını ve dini akidelerin Devlet hayatı haricinde sırf vicdani bir mahiyette kalıp memleketin hayatında dinin hiçbir tesiri olmamasını yani laiklik esasını inkılabın ve rejimin ana umdesi tanımış olan Cumhuriyet

Hükümeti..." denildikten sonra, Yasanın amacı belirtilirken "Teşkilat-ı Esasiye Kanunumuzla müeyyet ve ekalliyetler için de ayrıca hususi hükümleriyle tanınmış olan ve esasen Türk inkılâbının ana umdelerinden bulunan vicdan serbestisi hakkını tahdit yollu bir müdahale mevzubahis olmayıp bu hüküm ile takip edilen gaye bilakis vicdan hürriyetini takviyeye matuftur, çünkü ehemmiyetsiz kıyafet müsavatsızlıkları dolayısıyla memleket amme nizamını muhil olabilecek ihtimallerde halkın huzur ve sükûnunu korumaktan ve Türkiye'de yan yana yaşayan insanların birbirlerine karşı medenî ve insanî saygılarla yaşayabilmelerini ve her türlü soğukluk ve geçimsizlik bahanelerinin bertaraf edilmesini teminden ibarettir. Binaenaleyh bu kanunun hedefi, Cumhuriyetin sınırları içinde yaşayan insanların hangi din ve mezhebe mensup olurlarsa olsunlar serbesti vicdan hususunda tam bir müsavata mazhariyetlerini ekseriyetten olsun, ekalliyetten olsun, yabancı bulunsun, yerli olsun, Türkiye'de vicdanî hürriyetin lüzumsuz bir kasru tahdidi asla düşünülmezsizin Türkiye'de herkesin dinî hürriyetin tazimi hususunda müsavat üzerine nizamı ammenin icaplarına tabî tutulmasını temin etmektedir." görüşlerine yer verilmiş; daha sonra sözü edilen eşitliği ve laiklik ilkesini zedeleden düzenleme yapıldığı belirtilerek amacın, ulusal birliği incitici, ulusal duyguyu kışkırtıp kızdıracak durumlara engel olmak olduğu açıklanmıştır. Bu yasa yürürlükteyken, dinsel inanç gereği örtüyü getiren dava konusu madde, açık biçimde, lâiklik ilkesini güçlendirip koruyan kurallarla çatışmaktadır. Her tür baskıyı reddeden demokrasiyle, yükseköğretim kurumlarında ayrılıklar yaratarak zamanla toplumun öbür kesimlerine sıçrayıp kutuplaşmalara neden olacak, başka eğitim, öğretim yerleri ve kamu kurumları için kötü örnek sayılacak dinsel baskılı uygulamaları bağdaştırmak olanaksızdır. Devlet laik olunca, ulus çoğunluğunun belli bir dine bağlı olması da düzenlemelerin dinsel gereğe dayanmasını haklı kılamaz. İçtenlik, sadelik isteyen, temizlik, sevgi ve saygı kaynağı olması gereken dinin gösteri niteliğinde bir belirtiye gereksinimi olduğu da düşünülemez. Dinler, doğaları gereği lâik değillerdir. Ancak lâikliğe karşı olmaları da zorunlu değildir. Başka dinlere, dinsel inancı olmayanlara hoşgörü olanaklıdır. Çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkma, Türk Devriminin amaçladığı ulusal aşamadır. Anayasa'nın 174. Maddesi kapsamındaki 29.11.1934 günlü, 2950 sayılı Yasa'nın gerekçesinde, Türk Devrimi'nin en belirgin niteliğinin demokratlık olduğu, Türk Devrimi ve Cumhuriyetinin yasalar önünde herkesi eşit kıldığı anlatılmaktadır. Özellikle Tevhid-i Tedrisat Kanunu, aklın ve bilimin öncülük ettiği tek tür eğitim düzeni içinde duygu ve görüş birliğini, dayanışmayı amaçlayarak lâik eğitim ve öğretime dayanak olmuştur. Önyargılardan arınmış, araştırmacı, akla ve bilime bağlı, bağnazlığa karşı, ulusal değerlere saygılı, özgür düşünceli, özgür vicdanlı, çağdaş görüşlü insan yetiştirme ereği Anayasa'nın 42. ve 130. maddeleriyle de doğrulanmaktadır.

..... başörtüsü ve onunla birlikte kullanılan belli biçimdeki giysi, bir ayrıcalıktan ötede bir ayırım atacı niteliğindedir. Şimdiye kadar başörtüsü kullanmadan yükseköğretim kurumlarını bitirmiş bayanlarla şimdi yükseköğretim kurumlarında bulunan bayanları dine karşı ya da dinsiz göstermek için kullanılma olasılığı da kaçınılmazdır. Çağdışı bir görünüm veren bu durumun giderek yaygınlaşması Cumhuriyet, devrim ve lâiklik ilkesi yönünden sakıncalara da açıktır. Demokrasiden yararlanarak lâikliğe karşı çıkışlar, din özgürlüğünün kötüye kullanılmasıdır. Dinin birleştiriciliğine, hoşgörüsüne inandırarak benimsetme özenine aykırı yanlış yorum ve

değerlendirmelere dayalı bölücülükler, dinden soğutmaya neden olacak tutumlar din saygısıyla da bağdaşmaz. Türk Devrimi temeline oturan ve bu yapıda lâiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşın lâiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kıydırılmasına olanak tanımamıştır."

Anayasa Mahkemesi bu belirtilen saptamaları yaptıktan sonra 10.12.1988 tarih ve 3511 sayılı kanunla, 2547 sayılı Üniversiteler kanununa "Ek Madde 16" olarak eklenen; "Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarda çağdaş görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir." hükmünü Anayasanın Başlangıcına, 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine, 10, 24 ve 174 üncü maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Daha sonra E.1990/36, K.1991/8 sayı ve 09.04.1991 tarihli kararında da dini amaçlı örtünme ve kıyafetlerin Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğu hususunu teyit etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin belirtilen kararlarında da ifade edilen bu hususlar çerçevesinde, 5735 sayılı Kanunun 1 ve 2 nci maddelerinde yapılan düzenlemeler incelendiğinde, "dinî gereğe dayalı" sözcükleri kullanılmasa ve dolaylı bir biçimde tanınmış olsa da, dinî amaçlı ve dinî gereğe dayalı örtünmeyi ve giysileri de kapsayacak biçimde getirilmiş olan kıyafet serbestisinin Anayasanın Başlangıcında yer alan lâiklik ilkesine aykırı düşeceği görülmektedir. Çünkü:

- Bu düzenlemeler, bir takım din buyruklarının, geçerliği tartışmalı da olsa, gereğini karşılamak amacıyla yani dinî esaslara dayanılarak yapılmıştır. Halbuki Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 7.03.1989 tarihli kararında da belirtildiği gibi, lâik bir devlette kamu hukuku alanındaki bir düzenleme dinsel gerek ve temellere dayandırılmaz; din ve devlet işlerinin birbirinden ayrı tutulacağı ilkesi gözardı edilemez. Yasa metninde "**dinî inanç gereği**" ibaresinin yer almaması, durumda herhangi bir değişiklik yapmamaktadır.

- Dinî amaçlı örtünmeye imkân tanıyan bir düzenleme, benimsenen dinî inançların, kıyafetler simge olarak kullanılmak suretiyle açığa vurulmasına yol açar. Bu da inanan- inanmayan, örtünen - örtünmeyen, Müslüman olan - olmayan gibi ayrışmalara; farklı dinden olanların hatta aynı dine farklı ölçülerde bağlı bulunanların, birbirleri üzerinde etki ve baskı kurmalarına ve çatışmalara neden olabilir. Kişiler, toplumsal baskı altında, dinin gereği olduğu iddia edilen bazı giysileri giymeye kendilerini mecbur hissedebilir veya bu giysileri giymedikleri için giyenler tarafından kınanabilir. Bu da din ve vicdan özgürlüğünün zedelenmesi sonucunu doğurur. Lâik bir devlette ise, din ve vicdan özgürlüğünün tüm unsurlarıyla güvence altında olması gerekir. Bu güvenceyi sağlayamayan bir düzenleme, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararlarında da ifade edildiği gibi, lâiklik ilkesiyle bağdaşmaz.

- Bu düzenlemeler eğitim hizmeti alanların ve yükseköğrenim hakkını kullananların, yükseköğretim kurumlarına, ilk ve ortaöğretim kurumlarına dinî amaçlı giysiler, dinî simgelerle girmesine imkân verecektir. Halbuki dersliklerde ve ilgili yerlerde dinsel inançları simgeleyen belirtilerden uzak kalınmasının, lâiklik ilkesinin

eğitim alanına yansımış bir gereği olduğu Anayasa Mahkemesinin E. 1989/1, K.1989/12 sayı ve 07.03.1983 tarihli kararında ifade edilmiştir.

5735 Sayılı Kanunun 1 ve 2 nci maddelerinde yapılan düzenlemelerin, lâiklik ilkesini zedelemekle, Başlangıçta yer alan "**Atatürk ilke ve devrimlerine bağlılık**" ilkesine de aykırı düştüğünü ifade etmek gerekmektedir. Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi, Atatürk ilke ve devrimlerinin en önemlisi lâikliktir.

Söz konusu düzenlemeler, lâiklik ilkesinin yanısıra, Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 07.03.1989 tarihli kararından da anlaşılacağı gibi, en önemli devrimlerden olan kıyafet devriminin ve özellikle 3.12.1934 tarih ve 2596 sayılı Kanunun amacı ile de bağdaşmamaktadır.

Çünkü bu amaç, önemsiz kıyafet farklılıklarının, kamu düzenini bozmasını önlemek, halkın huzur ve sükûnunu korumaktır.

1 ve 2 nci maddelerde yapılan düzenlemeler ise herhangi bir sınırlama ve koşul getirmeksizin her türlü kıyafete serbestî tanımakla, yukarıda da açıklandığı gibi, kamu düzenini, toplum huzur ve sükûnunu tehlikeye atmaktadır.

2596 sayılı Kanunun ve kıyafet devriminin amaçları ile bağdaşmayan böyle bir durumun da "**Atatürk ilke ve devrimlerine bağlılık**" ve "**çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma azmi**" hususlarına aykırı düşeceği açıktır.

5735 sayılı Kanunun 1 ve 2 nci maddelerinde yer alan düzenlemelerin, Anayasanın Başlangıç kısmında yer alan "**lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı**" ilkesine de aykırı düştüğü görülmektedir.

Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi, lâikliğin en önemli unsurlarından birisi, din duygularının Devlet işlerine karıştırılmaması ve dolayısı ile yasaların din esasına dayandırılmamasıdır. Halbuki 1 ve 2 nci maddelerin, İslam dininin örtünme konusunda öne sürdüğü düşünölen buyruğunun gereğini yasa yoluyla karşılamak için düzenlendiği herkesin bildiği bir gerçektir. Öyle ki, söz konusu Kanun, "Türban Kanunu" olarak adlandırılmaktadır. Bu da, bu Kanunla dinin devlet işine karıştırıldığını açıkça göstermektedir.

5735 sayılı Kanunun 1 ve 2 nci maddelerindeki düzenlemeler, Anayasanın Başlangıç kısmında yer alan; "**Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetisine doğuştan sahip olduğu**" anlayışına da uymamaktadır. Çünkü dinî amaçlı örtünme ve giysi serbestîsini de içerecek bir kıyafet serbestîsi, benimsenen dinî inançların, kıyafetler simge olarak kullanılmak suretiyle açığa vurulmasına yol açar. Bu da toplumda din eksenli bölünmelere, inanan inanmayan, örtünen - örtünmeyen gibi ayrışmalara ve farklı dinden olanların hatta aynı dine farklı ölçülerde bağlı bulunanların, birbirleri üzerinde etki ve baskı kurmalarına ve

çatışmalarına neden olabilir. Böyle bir ortamın da kişinin din ve vicdan özgürlüğünden gereğince yararlanmasına, maddî ve manevi varlığını geliştirmesine elverişli olduğu söylenemez.

5735 sayılı Kanununun 1 ve 2 nci maddeleriyle yapılan düzenlemeler, Anayasanın Başlangıç kısmında belirtilen "**kuvvetler ayrılığı**" ilkesine de aykırıdır. Bunun nedeni, bu düzenlemelerin Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 7.3.1989 tarihli kararıyla E. 1990/36, K.1991/8 sayı ve 9.4.1991 tarihli kararlarını etkisiz kılmaya, bu kararlarda dinî amaçlı örtünme ile Anayasanın lâiklik ilkesi arasında kurulmuş olan ilintinin hukukî temelini ortadan kaldırmaya, Anayasaya aykırılığı bu kararla belirlenmiş bir hususun Anayasaya uygunluğunu sağlayabilmek için Anayasayı değiştirmeye yönelmiş olmalarıdır. Bu yapılanın, yasamanın yargıya müdahalesi olduğu açıktır. Bu şekilde yasama, yargı üstünde üstünlük sağlamaktadır.

Halbuki Anayasanın Başlangıç kısmının 4 üncü paragrafında, kuvvetler ayrımının Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün Anayasa ve kanunlarda bulunduğu ifade edilmiştir. Anayasanın 7, 8 ve 9 uncu maddelerinde de yasama, yürütme ve yargı erklerini kullanacak organlar açıklanmıştır.

Diğer yandan Anayasanın 138 inci maddesinde yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları; bu organların ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükmü yer almaktadır.

Anayasanın 153 üncü maddesinde de Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı ifade edilmiştir. Burada, kararların gerekçelerinin de bağlayıcılık kapsamında olduğu söylenmelidir.

Anayasanın 153 üncü maddesi, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir iptal kararı üzerine aynı konunun yeniden düzenlenmesi durumunda yasama organını sınırlayıcı niteliktedir ve iptal kararı gerekçesi ile birlikte yeni yasal düzenlemelerin temelini oluşturur. Bu yüzden Anayasa Mahkemesi kararlarının yasakoyucu için zaman sınırı tanımayan bir etkisi vardır. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı üzerine yasakoyucu aynı konuda yeni bir düzenleme yapmak istediğinde, yapılacak düzenlemenin iptal kararına ve iptal gerekçesine uygun olması zorunludur. Ters durumda Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olma niteliği dolayısıyla Anayasa kurallarının bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi sözde kalır.

Söz konusu 1 ve 2 nci maddelerde yapılan düzenlemelerle ise Anayasaya aykırı bulunduğu bir kıyafet serbestisini Anayasaya uygun hale getirmek amacıyla Anayasanın değiştirilmeye kalkışılması, etkisizleştirilmeye ve başkalaştırılmaya çalışılması, yasama erkinin Anayasanın 138 ve 153 üncü maddelere aykırı biçimde ve Anayasanın belirlediği sınırlara uyulmaksızın "hukukun üstünlüğü" ilkesi gözardı edilerek, bütün devlet organlarının işlemlerinde başta Anayasa olmak üzere hukuk kurallarına bağlı

olmasını gerekli kılan "hukuk devleti" ilkesine aykırı biçimde kullanıldığını ortaya koymaktadır.

Söz konusu 1 ve 2 nci maddelerde yapılan düzenlemeler, bu bakımdan da, Anayasanın 2 nci maddesine aykırı ve bu maddeyi değiştirici niteliktedir.

e- 1 ve 2 nci maddelerin, Cumhuriyetin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen "demokratik, lâik ve sosyal hukuk devleti" niteliğine aykırılığı

İptali istenen 1 ve 2 nci maddelerin amacının, dolaylı biçimde de olsa kamu hizmetlerinden yararlanılmasında ve yükseköğrenim hakkının kullanılmasında dinî amaçlı örtünme veya giysileri serbest bırakmak olduğu, 09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı kanunun gerekçelerinden ve yapılan açıklamalardan anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 7.3.1989 tarihli ve E.1990/36, K.1991/8 sayı ve 09.04.1991 tarihli kararlarına bakıldığında, böyle bir serbestinin Cumhuriyetin "demokratik, lâik, sosyal, hukuk devleti niteliği ile bağdaşmayacağını söylemek gerekir. Söz konusu karara göre: "Ulusal egemenlik, demokratik yapının temelidir... Demokratik düzen ise, dinsel gerekleri egemen kılmaya çalışan, şeriat düzeninin karşıtıdır. Dinsel gerekçelere yönetimle ağırlık veren bir düzenleme demokratik olamaz. Demokratik devlet, ancak lâik devlettir. Dinsel gerekli düzenlemeler dinsel çabaları, zorlamaları, bunlar da dinsel ayrılıkları getirir. Sonuçta demokrasinin özgürlükçü, çoğulcu, hoşgörücü niteliği kalmaz..."

"..... Devletin temsil ettiği ve egemenlik gereği olarak kullandığı siyasal gücün düzenleyicisi hukuktur. Gerçekte hukuksal bir kurum olan devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu başlıca geçerlik koşuludur. Devlet Yönetiminde tüm düzenlemeler ancak hukuk kurallarına göre yapılır. Din kurallarına göre yapılan düzenlemeler hukuksal nitelik taşımaz. Din kurallarının kaynağı Tanrı'dır. İlahî istenç (irade), tanrı buyrukları, din kurallarının başlıca kaynağıdır. Hukukun kaynağı ise, hukuku yaratan istenç olarak kendi ulusunun istencidir. Din, ulustan kaynaklanan bir değer olmadığından, temelini ulusal istencin oluşturduğu bir düzende hukuk kaynağı sayılması olanaksızdır. Egemenliğin ulusta oluşuna dayanan hukuk düzeniyle tanrısal buyruklara dayalı ilahî istenç arasında ilişki kurulamaz. Hukuk düzeni, dinsel düzeni dışarıda bırakan, varlığını hukuktan alıp, hukukla sürdüren devlettir. Egemenlik imana dayalıdır. Özünde insan değeri bulunan egemenliğin hukuksal biçimlenmeyle devlet gücüne dönüşmesi, hukuk devletinin uygar yapısını açıklamaktadır. Bu yapıyı etkileyecek olumsuzluklar, hukuk devleti ilkesini tartışma konusu yapar. Yasalar dine dayanamaz ve bağlanamaz. Yasalar ilkelerini dinden değil, yaşamdan ve hukuktan almazlarsa hukuk devleti niteliği zedelenir. Dine dayanan yasalar, vicdan özgürlüğünü benimsemediğinden, her din için ayrı yasa gereğini ortaya çıkarır; ulusal bir devlette bu tür düzenleme olamaz. Böyle düzenlemeler din kurallarını benimsemeyenler için de ayrılık sayılabileceği gibi ayrı dinler için de ayrılık aracı olur. Gelişmek ve ilerlemek için durağan din kurallarına değil insanlığa ayak uydurmak, akla ve bilime öncülük tanımak gerekir. Siyasal düzenlemelerin kaynağı hukuk, dayanağı Anayasa'dır. Başka kaynak ve dayanak aranmaz. Hukuksal düzenlemeler dünya işidir, din işi değildir... Yasalar dinsel temele oturtulamaz.

... Egemenliğin bağımsız koşulsuz ulusta olması ilkesi, dinde olmadığını kanıtıdır. Cumhuriyet, ulusal egemenliğin hukuksal biçimi olduğundan dinsel olguların etkisi dışındadır. Teokratik devlet düzeni lâik olamaz ama dinlere hoşgörü ile bakabilir. Demokrasi, insan hakları, hukuk konularında da Anayasa düzeyi ve sınırları geçerlidir. Dilek ve öneri türünde ya da özlem niteliğinde görüşlerle, Anayasanın öngördüğü sınırlamaları, lâikliğin korunması için getirilen kuralları hiçe saymak olanaksızdır."

"... Kuşkusuz burada demokrasinin bir özgürlükler rejimi olduğu göz ardı edilmemelidir. Ancak, dinî amaçlı örtünme ve dinî kıyafet serbestisi konusu nasıl lâikliğe aykırı bir anlayışla düzenlenemezse, sınırsız bir özgürlük anlayışı ile de açıklanamaz. Herkesin her istediğini yapması en eski ve en yeni demokrasilerde bile söz konusu değildir. Özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılamayacağı gibi, özgürlük, bir başkasının özgürlüğünden yararlanmasına imkân bırakmayacak bir biçimde de kullanılamaz."

Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararında da ifade edildiği gibi, demokratik bir hukuk devletinin gerçekleştirilebilmesi için gereken unsurların en önde gelenlerinden birisi, kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasıdır. Bu yapılırken de, özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılmasına imkan tanınmaması ve özgürlüklerin, başkalarının özgürlüklerinden yararlanmalarını engelleyecek biçimde kullanılmasına izin verilmemesi, öncelikle gözetilmesi gereken hususlardır.

Halbuki 5735 sayılı Kanunun dinî gerekleri karşılamak amacıyla düzenlenen 1 ve 2 nci maddelerinde getirilen ve dinî amaçlı örtünmeyi de kapsayan kıyafet özgürlüğü, dinî simge niteliğindeki kıyafetler aracılığı ile kişilerin, farklı dinî yaklaşımları olanları denetim ve baskı altına almalarına imkân hazırlayarak, çağdaş bir demokrasinin en temel özelliği olan çoğulculuğa ve hoşgörüye bir tehdit oluşturacak; kişilerin kıyafet özgürlüğünü başkalarının din ve vicdan özgürlüğünü zedeleyecek biçimde kullanmalarına yol açabilecektir. Bu da Cumhuriyetin "demokratik" olmak niteliği ile bağdaşmayacak bir durumdur.

Böyle bir durumun Cumhuriyetin "**lâik hukuk devleti olma**" niteliğine de aykırı düşeceği ortadadır.

Çünkü "**hukuk devleti**" adı verilen yönetimi biçiminin gerçekleştirilmesinde gerekli unsurların en başında da "**kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması**" gelmektedir. Din ve vicdan özgürlüğünü herkes için karşılıklı olarak yeterince güvence altına alamamış olan bir düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması da olanaksızdır.

Diğer yandan, 5735 sayılı kanunun 1 ve 2 nci maddelerinde yer alan düzenlemelerin dinsel gerekleri karşılamak amacıyla ve dinsel temellere dayalı olarak yapıldığı da görülmektedir. Halbuki lâik ve demokratik bir hukuk devletinde, yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği gibi, egemenlik ulustan kökenlendiği için hukuk düzeninin halkın iradesi doğrultusunda şekillendirilmesi, dinsel gereklere göre ve din kuralları temel alınarak hukuk düzeni oluşturulmaması,

özgürlüklerin laikliğe aykırı bir anlayışla düzenlenmemesi gerekmektedir. Din kuralları temel alınarak ve din gereklerini karşılamak üzere yasa yapılması, "laik, demokratik hukuk devleti" anlayışına aykırı bir durumdur ve yönetimde dine üstünlük tanımak anlamına gelmektedir. Söz konusu 1 ve 2 nci maddelerdeki düzenlemelerin bu açıdan da Cumhuriyetin "laik, demokratik, hukuk devleti olma" niteliğine aykırı düştüğü söylenmelidir.

Hukuk devleti adı verilen yönetim biçiminin gerçekleştirilmesinde temel unsurlardan birisi de kuvvetler ayrılığıdır. Söz konusu 1 ve 2 nci maddelerde yapılan düzenlemelerle, yukarıda açıklandığı gibi kıyafet serbestisi konusunda Anayasa Mahkemesinin verdiği kararları etkisiz kılmak ve Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı gördüğü bir hususu Anayasaya uygun hale getirebilmek için Anayasal dayanak hazırlamaya yönelmiş olunması, yukarıda da açıklandığı gibi yasamanın yargı üzerinde üstünlük kazanması anlamına gelmekte ve Anayasanın Başlangıç kısmında tanımlanmış olan kuvvetler ayrılığı ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin yanısıra Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilmiş olan "hukuk devleti" ilkesine de aykırı düşmektedir.

Söz konusu düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesi gözardı edilerek yapılmış olması da yukarıda açıklandığı gibi "hukuk devleti" ilkesine aykırılık oluşturan bir başka husustur.

5735 sayılı Kanununun 1 ve 2 nci maddelerinde getirilen dinî amaçlı örtünmeyi de içerecek kıyafet serbestisinin, Cumhuriyetin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen "sosyal devlet" niteliği ile de bağdaşmadığı görülmektedir. Çünkü yukarıda belirtildiği gibi, dinî esaslı giysiler bağlamında ortaya çıkacak toplumsal ayrışma, kutuplaşma ve çatışmalar toplumsal huzuru bozacak ve sosyal devlet adı verilen yönetim biçiminin en önemli yapıcı unsuru olan sosyal birlik ve dayanışmayı ortadan kaldıracaktır.

Bununla birlikte göz ardı edilmemesi gereken bir nokta da, YÖK Kanununun Ek 17. madde için AKP ve MHP'nin birlikte verdiği ve Komisyonda bekleyen Yasa Teklifinin, belli bir inanç grubuna imtiyaz tanıma sonucunu doğuracak olmasıdır. Belli bir biçimde başını örtenlere yüksek öğrenim hakkı tanıyan bu düzenleme, Anayasanın 10. maddesine eklenen ibarenin de belli bir inanç grubuna imtiyaz tanınmasına yönelik olduğunu ortaya koymaktadır.

Bütün bu açıklamalar, 5735 sayılı Kanununun 1 ve 2 nci maddelerinde yapılan düzenlemelerin Cumhuriyetin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen "laik, demokratik, sosyal hukuk devleti" niteliklerine aykırı düştüklerini ve Anayasanın 4 ncü maddesindeki yasağa karşın, Cumhuriyetin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen ve yukarıda açıklanan niteliklerini değiştirdiklerini ortaya koymaktadır.

2- 09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanununun 1 ve 2 nci maddeleriyle yapılan düzenlemelerin Anayasanın 4 ncü maddesi karşısındaki konuları

"Anayasa Devlet yapısının temelidir. Devlet kuruluşlarının yapısı ve düzeni, bu kuruluşların yetkileri, görevleri ve birbirleriyle olan ilişkileri ile karşılıklı durumları,

Devlet ve kişilerin haklarıyla ödevleri, bu hukuksal yapının bütünü oluştururlar. Anayasa düzeni diye adlandırabileceğimiz bu yapının öyle kuruluşları, hak ve ödev kuralları vardır ki, bunların hukukun üstün kurallarına ve çağdaş uygarlığın oluşum ve gelişim süreci gerçeklerine aykırı düşen kimi hükümlere bağlanması, sözü geçen düzenin bütünlüğünü bozabilir. Anayasamızın 1. maddesinde yer alan "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir" hükmü bu çeşit kuralların başında yer alır. Bu hükmün değiştirilmesi, hiç kuşku yok ki, Anayasa yapısını temelinden yıkar.

..... Çağdaş Anayasalar, kendilerini böyle istenmeyen ve uygun olmayan değişikliklere karşı koruyan ve güvence altına alan hükümleri ve kuruluşları birlikte getirme yolunu seçmişler ve sonunda sağlamayı başarmışlardır. Bu nitelikte bir yolu seçmenin bir anlamı da, klâsik demokrasiden daha ayırmalı bir sistem olarak, Anayasayı yasama organının kendisine ve daha açık bir deyimle çoğunluğun baskısına karşı koruyacak hükümlere ve kurumlara da yer verilmiş bulunmasıdır. Böyle bir sisteme gidip, yurdumuzda siyasal iktidarın bütün öğeleri ile birlikte ulusa geçişi demek olan Cumhuriyetin kurulmasından sonra, onu, temelinden sarsacak tutum ve davranışlara karşı ulusun direnişinin ve yine temeline oturtularak bu kez daha da anayasal ilke ve güvencelere ve hukuksal kurallarına bağlama zorunluluğunun doğurduğu gereksinmelerin kaçınılmaz bir sonucu olmuştur.

Bu gereksinmeler 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 4 ncü maddesine de, "Anayasanın 1 nci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 ncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" hükmünün yerleştirilmesine neden olmuştur. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 1973/19, K. 1975/87 sayı ve 15.4.1975 tarihli kararı)"

4 ncü madde incelendiğinde önce bir değişmezlik ilkesi konulduğu, buna ek olarak da bir teklif yasağı getirildiği görülmektedir.

Anayasanın 4 ncü maddesine göre; Anayasanın 1 nci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 ncü maddesi hükümlerinde değişmeyi öngören veya Anayasanın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamayacaktır. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasanın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir.

Anayasanın 4 üncü maddesinde yer alan bu yasak, belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemez, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır. (Bkz.

Anayasa Mahkemesinin E.1970/1, K.1970/31 sayı ve 16.06.1970 tarihli ve E.1973/19, K.1975/87 sayı ve 15.04.1975 tarihli kararı)

Görüldüğü gibi 4 üncü maddedeki yasak, Anayasanın 7 nci maddesinde TBMM'ne verilmiş olan yasama yetkisi için bir sınır oluşturmaktadır. Yani, Anayasanın 1, 2 ve 3 üncü maddelerindeki hükümlerin kapsamını oluşturan konular, yasama erkinin konusal alanının dışında bırakılmış ve bu suretle TBMM, bu alanda, yasama yetkisini kullanmaktan men edilmiş; yetkisiz kılınmıştır.

Kuşkusuz Anayasanın 7 nci maddesine göre yasama yetkisi münhasıran Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Ancak TBMM'nin bu yetkisi mutlak değildir. TBMM bu yetkisini Anayasanın 4, 138 ve 153 üncü maddeleriyle sınırlı olarak kullanacaktır. Yani Anayasanın 138 inci maddesinin son fıkrasına göre, mahkeme kararlarına uyacak, mahkeme kararlarını değiştiremeyecek ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyecek; 153 üncü maddenin son fıkrasına göre de Anayasa Mahkemesi kararlarının ve gerekçelerinin bağlayıcılığına uyacaktır. Anayasanın 4 üncü maddesi de TBMM için yetkisizlik alanı çizmiştir.

Bu yetkisizlik 4 ncü maddede "**değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez**" şeklinde öylesine açıktır, mutlak ve emredici bir dille ifade edilmiştir ve bu koruma mekanizmasına öylesine bir anlam yüklenmiştir ki, aksi yöndeki bir Anayasa değişikliği, Anayasa buyruğu ve yasağının çiğnenmesi içerikli "**ağır ve açık yetki tecavüzü**" oluşturacaktır. Bu tür bir yetki tecavüzü taşıyan bir işlemin "yok" hükmünde (keenlemyekun) olduğu ve bu nedenle hukuken hiç doğmamış sayılacağı; bu yüzden hiçbir makam ve kişiyi bağlamayacağı ve uyma ve uygulama görev ve yükümü getirmeyeceği, Türk hukukunda öğreti ve içtihadın birleştiği doğrulardandır. Bu tür işlemlerin resen veya istem üzerine "yok"luğunun tespitinin ise, tüm yargı organlarının doğal yetki alanı içerisinde olduğu tartışmasızdır.

Kuşkusuz burada yetkisizlik kapsamında olanın sadece Anayasanın ilk üç maddesi olmadığını tekrar belirtmekte yarar vardır.

Anayasanın ilk üç madde dışındaki hükümlerinde yapılacak ve ilk üç maddede belirtilen hususları değiştirip başkalaştırma sonucunu doğuracak tüm yasa düzenlemeleri de 4 ncü maddedeki yasağın kapsamına girmektedir. (Bkz. Prof. Dr. Sait Güran, "Anayasada Türban Değişikliği" Cumhuriyet Gazetesi, 27.01.2008)

Aksini kabul, Anayasanın ilk üç maddesindeki hükümlerin özünün Anayasanın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle boşaltılmasına, başkalaştırılmasına, "**Anayasaya karşı hile**" yapılmasına imkân tanımak anlamına gelecektir.

Bu husus Prof. Dr. Erdoğan Teziç tarafından da, Anayasanın lâiklik ilkesini düzenleyen 2. maddesi ve onu koruyan 4 üncü maddesi karşısında, türban yasağının başka Anayasa maddelerinde yapılacak düzenlemelerle kaldırılamayacağı; böyle bir işe kalkışılırsa bunun 2 nci maddeyi etkisiz kılmak için "**Anayasaya karşı**

hile" oluşturacağı yolundaki ifadelerle açıklanmıştır. (Bkz.Prof. Dr. Erdoğan Teziç'in Fikret Bila'ya yaptığı açıklama, "Yön", Milliyet Gazetesi, 25.01.2008)

Kaldı ki Anayasa Mahkemesi de Anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerinin, Anayasanın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle değiştirilmesi halinde, bu tür yasama işlemlerinin de değişiklik yasağının kapsamına gireceğini, E.1970/1, K.1970/31 sayı ve 16.6.1970 tarihli kararında şu şekilde ifade etmiştir.

"Bu bakımdan bu ilkelerle değişmeyi öngören veya Anayasanın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasanın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir."

Bu saptamaları yaptıktan sonra iptali istenen 1 ve 2 nci maddelerin, Anayasanın 4 üncü maddesi karşısında konumunu belirleyebilmek için, bu maddedeki düzenlemelerin Anayasanın 2 nci maddesindeki hususları değiştirici veya başkalaştırıcı bir nitelik taşıyıp taşımadığı sorusuna yanıt vermek gerekir. Bu da yukarıda söz konusu 1 ve 2 nci maddelerin Anayasaya aykırılık gerekçelerinde açıklanmış ve getirdikleri düzenlemelerin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine aykırı düştüğü, bunları değiştirip başkalaştırdığı sonucuna varılmıştır.

3. 09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunun 1 ve 2 nci Maddelerinin Getirdiği Düzenlemelerin, Anayasa Mahkemesinin Yetki ve Görevleri Bakımından Konumu

Anayasanın 148 inci maddesinde Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceleyeceği ve denetleyeceği; Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir.

Bu hüküm karşısında, Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 4 üncü maddesinde belirtilen yasağa karşın Anayasanın ilk üç maddesinde belirtilen hususları değiştiren bir Anayasa değişikliği hakkında yargısal denetim yapıp yapamayacağının belirlenmesi gerekmektedir.

Bu belirleme, Anayasanın 4 üncü maddesi dahil, Anayasa değişikliklerinin teklif edilmesini düzenleyen Anayasa hükümlerinin şekil kuralı niteliğini taşıyıp taşımadığı saptamasından hareketle yapılmalıdır. Bu saptama, Anayasa Mahkemesinin E. 1973/19, K.1975/87 sayı ve 15.04.1975 tarihli kararında yapılmış ve söz konusu kararda Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümlerinin yanı sıra bunu yasaklayanların da birer şekil kuralı olduğunda kuşku bulunmadığı belirtilmiştir.

Ne var ki olayımızda, iptali istenen 1 ve 2 nci maddelerle getirilmiş olan düzenlemelerin, Anayasanın 4 üncü maddesinde ifadesini bulan şekil kuralına aykırı

olup olmadığının belirlenmesi ancak esasa girilerek yapılacak bir denetimle yani bu düzenlemelerin içeriğinin Anayasanın ilk üç maddesinde getirilen ilkelerle bağdaşmayacak, bu nedenle bu ilkeleri değiştirici bir nitelik taşıyıp taşımadıklarının belirlenmesi yoluyla mümkün olabilecektir.

Bu durumda Anayasa Mahkemesi, TBMM'nin yetkisizliği nedeniyle yasama yetkisini kullanamayacağı bir alanda yapılan düzenlemeleri içeren söz konusu 1 ve 2 nci maddeleri, böyle bir "**şekil içerisinde esas denetimi**" yapmaya yetkili olmadığı ve şekil denetiminin kapsamının "teklif ve kabul yetersayılarına ve ivedilikle görüşmeme hususuna uyulup uyulmadığı" ile sınırlı tutulmuş olduğu gerekçesiyle denetlemekten kaçınabilecek midir'

Bu soruya kuşkusuz olumsuz yanıt vermek gerekmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin böyle bir denetimi yapamayacağını kabul etmek, Anayasanın 4 üncü maddesinde belirtilen yasağa aykırı yasama işlemlerini yaptırımsız bırakmak anlamına gelecek; Anayasanın 4 üncü maddesindeki yasağı işlevsiz ve etkisiz hale sokacak; ağır ve açık bir yetki tecavüzü ile malûl "yok" hükmündeki bir yasama işleminin yürürlükte kalmasını sağlayacak; Türkiye Cumhuriyetinin, Anayasanın ilk üç maddesinde belirtilen niteliklerini güvencesiz bırakacaktır.

Halbuki Anayasamızın ilk 3 maddesinde belirtilen nitelikler, Türkiye Cumhuriyetinin temelidir. Bu nitelikler değiştirildiği taktirde Anayasanın yerleşmiş düzeni, ahengi, bütünlüğü ve Devletin niteliği de başkalaşır. Bu durumda da Devlet yapısının Anayasada tanımlanan ve istenen biçimde işlemesi söz konusu olamaz.

Bir teklifin kabulünde, kabul yetersayısına ulaşılamamasını iptal nedeni olarak kabul eden bir Anayasanın, yukarıda ifade edilen durumların ortaya çıkmasına yol açacak bir şekil aykırılığını, yaptırımsız bırakmayı tercih etmiş olduğu, kabul edilemez. Böyle bir kabul, TBMM'nin belli bir çoğunluğunun, değişmez nitelikteki Anayasa hükümlerini, ağır ve açık yetki tecavüzü teşkil eden yasama işlemleriyle bertaraf etmesine ve **usul saptırmalarına** kapıyı ardına kadar açmak; anlamına gelir. Böyle bir durumun ise, Anayasa ve hukukta yeri olamaz. Çünkü bu, hukukun genel ilkelerine aykırı düşer. (Bkz. Prof. Dr. Sait Güran, "Anayasa'da Türban Değişikliği", Cumhuriyet Gazetesi, 27.01.2008) Prof. Dr. Erdoğan Teziç'in Fikret Bila'ya yaptığı açıklamalar "Yön", Milliyet Gazetesi, 25.01.2008 ve 9.02.2008,

Anayasanın 148 inci maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin "teklif ve şartına uyulup uyulmadığı" hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm aslında böyle bir denetime engel değil dayanaktır. Çünkü "teklif" şartına uyulup uyulmadığının incelenmesi yetkisi, Anayasa değişikliklerine ilişkin tekliflerde Anayasanın 4 üncü maddesindeki yasağa uyulup uyulmadığının da denetlenmesini gerektirir.

Kaldı ki Anayasanın 4 üncü maddesindeki değiştirilmezlik ilkesinin gereği olarak, bir teklifin Anayasada öngörülen sayılarla teklif veya kabul edilip edilmediğinin incelenebilmesi için öncelikle ortada hukuken sonuç doğurabilecek bir teklifin

bulunması gerekir. Bu nedenle teklif ve kabul yetersayılarını denetleme konusunda verilen bir yetkinin, bir Anayasa değişikliği söz konusu olduğunda evleviyetle "**teklifin Anayasanın 4 üncü maddesine uygunluk bağlamında hukuken geçerli olup olmadığını**" inceleme yetkisi"ni de içerdiğini söylemek gerekir.

Bu açıklamalara göre varılacak sonuç, Anayasa Mahkemesinin, 5735 sayılı kanunun 1 ve 2 nci maddelerinin Anayasaya uygunluğunu inceleyebileceği ve söz konusu maddelerin Anayasanın 10 ve 42 nci maddelerini değiştiren hükümlerinin Cumhuriyetin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen niteliklerini de değiştirip değiştirmediğini belirledikten sonra, değiştirdiğine karar vermesi halinde bu hükümleri Anayasanın 4 üncü maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğidir.

Düşünülebilecek ikinci seçenek ise, Anayasa Mahkemesinin yasama organının yetkisiz olduğu bir alanda yaptığı düzenlemeler niteliğindeki 1 ve 2 nci maddelerin "**yok hükmünde**" olduklarına karar vermesidir. Türk hukuku, yukarıda da belirtildiği gibi, "**bir hukukî işlemin yokluğu**" iddiasının her mahkemede öne sürülebileceğini ve "**yokluk tespiti**"nin istem üzerine veya resen her mahkeme tarafından yapılabileceğini; "yokluk tespiti" yetkisinin mahkemelerin herhangi bir yerde yazılı olması gerekmeyen "**genel bir yetki ve görev**"i olduğunu kabul etmektedir.

Yukarıda söz konusu 1 ve 2 nci maddelerle yapılan düzenlemelerin, Anayasanın 4 ncü maddesinde yasama organına vermediğini açıkça belirttiği yani Anayasadan kökenlenmeyen bir yetkinin Anayasanın 6 ncı maddesine aykırı olarak kullanılması nedeniyle "yok hükmünde" oldukları ifade edilmiştir.

Bu durum karşısında ve bu seçenek çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 4 ncü maddesinin vermediği bir yetkinin kullanılması yoluyla dolaylı bir biçimde Anayasanın 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin niteliklerini değiştiren 5735 sayılı Kanunun 1 ve 2 nci maddelerinin yok hükmünde olduğuna ilişkin iddiayı inceleyebilecek ve Cumhuriyetin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen niteliklerinde doğrudan veya dolaylı bir değişiklik yapıldığını tespit etmesi halinde, söz konusu 1 ve 2 nci maddelerin "yok hükmünde" olduğunu karara bağlayabilecektir.

YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 1 ve 2 nci maddelerinin, Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen Cumhuriyetin niteliklerini, Anayasanın 10 ve 42 nci maddelerine yaptıkları eklemelerle dolaylı bir biçimde değiştirdikleri yukarıda gerekçeleriyle açıklanmıştır. Böyle bir durum Anayasanın 4 üncü maddesinde belirtilen değiştirme yasağına aykırıdır. Anayasanın 4 üncü maddesinin yasakladığı bir alanda, Anayasanın vermediği bir yasama yetkisinin kullanılması suretiyle yapılan bu Anayasa değişikliklerinin yok hükmünde olduğuna karar verilmesi veya iptal edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Ancak söz konusu hususlarda Anayasa Mahkemesinin kararı yürürlüğe girinceye kadar geçecek süre içinde bu Anayasa değişikliklerinin yürürlükte kalması, Türkiye Cumhuriyetinin temel niteliklerini yitirmesine, başkalaşmasına yol açacak; bu değişikliklere dayalı olarak bir takım kanunların yapılmasına imkân tanıyacaktır.

Bu süre içerisinde türban ve benzeri dinî inançlı giysiler hızla kamu hizmetlerinden veya yükseköğrenim hakkından yararlananlar arasında yayılarak, kamu yönetimine taşınacak; dinî amaçlı giysi eksenindeki toplumsal bölünme, ayrımcılık, kutuplaşma, etki ve baskı süreçlerinin kontrol edilemeyecek boyutlara ulaşması söz konusu olabilecektir. Bu durumun ise kamu düzenini, toplum huzur ve beraberliğini giderilmesi mümkün olmayacak ölçülerde zedeleyeceği ortadadır.

Anayasa değişikliği yürürlüğe girmeden önce getirilen düzenlemelerin toplumda türban taraftarı ve aleyhtarı ayrışmasına, tepkilere ve buna bağlı gösterilere neden olduğu bilinmektedir.

Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden hemen sonra Yükseköğretim Kurumu Başkanının üniversitelere, türbanlıların alınacağına ilişkin olarak gönderdiği yazıya, pek çok üniversite rektörünün türbanın serbest bırakılması için yeni bir düzenleme yapılmasını gerekli bularak uymaması sonucunda ortaya çıkan karmaşa; türbanlılar ile türbana hayır diyen öğrencilerin ve türbanlıları dersliklere almayan üniversite yöneticilerinin arasında şimdiden kendisini gösteren ve giderek yaygınlaşan gerginlikler de yukarıda ifade edilen endişelerin yersiz olmadığını kanıtlamaktadır.

Anayasa değişiklikleri gündeme girdikten sonra, tesettürlü olmayan kadınlara yönelik olarak yurdun çeşitli yörelerinde görülen saldırılar da, geleceğe yönelik endişeler bakımından, görmezden gelinemeyecek kadar önemli ve tehlikeli gelişmelerdir.

Sonradan giderilemeyecek böylesi zarar ve tehlikelerin önlenmesi için, söz konusu 1 ve 2 nci maddelerin yürürlüklerinin dava sonuçlanıncaya kadar durdurulması gerekmektedir.

SONUÇ VE İSTEM

09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 ve 2 nci maddelerinin "yok hükmünde olduklarına veya iptallerine karar verilmesi ve dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulması istemini saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

9.2.2008 günlü ve 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenen 1. ve 2. maddeleri şöyledir:

"MADDE 1- 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" ibaresi eklenmiştir.

MADDE 2- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 42 nci maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 6.3.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ŞEKİL YÖNÜNDEN İNCELEME

Dava dilekçesi ve ekleri, konuya ilişkin rapor, iptali istenen kurallar, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Yasalaşma Süreci

5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un yasalaşma süreci İstanbul Milletvekili Recep Tayip Erdoğan ve Osmaniye Milletvekili Devlet Bahçeli ile 346 Milletvekilinin yazılı teklifiyle başlamıştır. Teklif TBMM Başkanlığına sunulduktan sonra, henüz Anayasa Komisyonunda görüşülmeden önce 57 Milletvekilinin de bu teklife katıldıkları yasama belgelerinden anlaşılmaktadır. Bu durumda teklif çoğunluğu 407 olarak belirlenmektedir.

1.2.2008 tarihinde Meclis Anayasa Komisyonunda kabul edilen teklif Meclis Genel Kuruluna sunulmuştur.

Kanun, Meclis Genel Kurulunda 6.2.2008 ve 9.2.2008 tarihlerinde yapılan görüşmelerin ardından 411 oyla kabul edilmiş, 23.2.2008 tarihli ve 26796 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde,

- Kuralların, sınırsız ve koşulsuz bir kıyafet özgürlüğü getirerek insanlar arasında örtünen-örtünmeyen, inançlı-inançsız, müslüman-müslüman olmayan şeklinde din eksenli ayrışmalar ve kutuplaşmalara yol açması nedeniyle kamu düzenini ve huzurunu tehdit edeceği, gerekçesiyle Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "toplumun huzuru ve adalet anlayışı içinde" ifadesini değiştirme anlamına geldiği,

- Din ve vicdan özgürlüğünün aynı zamanda başkaları üzerinde baskı kurarak ya da zorla kendi inançlarına veya başka inançlara yönlendirmeye yükümlülüğünü içerdiği, dini inançlara dayalı örtünme, benimsenen dini gösteren kıyafetleri giyme özgürlüğünün, toplumda ayrışmalara neden olacağı, diğerleri üzerinde baskı kurmalarına, birbirlerinin inanç özgürlüklerini zedeleyici, engelleyici davranışlara yol açacağı gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesi'nin türbanla ilgili 1989 yılında verdiği kararında belirtildiği biçimde "insan haklarına saygılı devlet" ilkesini değiştirme anlamına geldiği,

- Dinsel inanç gereği başını örtmeye imkân tanıyan düzenlemeyi iptal eden Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında Atatürk Milliyetçiliğine dayanıldığından, toplumda kıyafetler aracılığıyla din eksenli kutuplaşmalara yol açabilecek ve birleştiricilik yerine ayrışmacılığa olanak sağlayacak değişikliğin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "Atatürk milliyetçiliğine bağlı" niteliğini değiştirmek anlamına geldiği,

- Laikliğin, Anayasa Mahkemesi kararlarında tanımlanarak özenle korunması gereken bir ilke olması nedeniyle Türk ulusunun yücelmesi bakımından Anayasa'da öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden ve Anayasada benimsenmiş tüm temel ilkelere egemen bir düşünce olduğu, kuralın Anayasa Mahkemesi'nce tanımlandığı biçimiyle laiklik ilkesine, başlangıç kısmına ve Anayasanın 174. maddesine aykırı olduğu, Mahkeme kararları karşısında "dini gereğe dayalı" ifadelerini kullanmasa da dinsel inançların gereği olan giysileri de kapsamaması nedeniyle "başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan" niteliğini değiştirmek anlamına geldiği,

- Kuralların, dinsel giysilerin zamanla ilk ve ortaöğretim kurumlarına yayılmasına olanak sağladığı, 2596 sayılı Yasa'nın amaçlarıyla bağdaşmayan bu durumun Atatürk ilke ve devrimlerine bağlılık ve "çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma azmi" ile bağdaşmadığı; "laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı" ilkesine aykırı düştüğü, kişinin din ve vicdan özgürlüğünden gereğince yararlanmasına, maddi ve manevi varlığını geliştirmesine elverişsiz olduğu, Anayasa Mahkemesinin kararıyla ortaya çıkan hukuksal durumu ortadan kaldırmayı amaçladığından, yargıya müdahale, dolayısıyla

kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bulunduğu, Anayasa'nın 138. maddesinde yasama ve yürütme organlarının mahkeme kararlarına ve 153. maddesi uyarında Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma yükümlülüğüne aykırılık oluşturduğu,

- Dini amaçlı örtünmeyi de kapsayan kıyafet özgürlüğünün, dini simge niteliğindeki kıyafetler aracılığı ile kişilerin, farklı dini yaklaşımları olanları denetim ve baskı altına almalarına imkân hazırlayarak, çağdaş bir demokrasinin en temel özelliği olan çoğulculuğa ve hoşgörüyeye tehdit oluşturduğu, bu şekilde başkalarının özgürlüklerini yok etme olanağı tanınması nedeniyle demokratik ve laik hukuk devleti olma niteliğini değiştirme anlamına geldiği,

- Anayasa'nın ilk dört maddesi ile 138. ve 153. maddelerinin TBMM'nin yetkisinin sınırını çizdiği, ilk üç madde dışındaki hükümlerdeki her bir değişikliğin, bu maddelerdeki hususları başkalaştırıp değiştiremeyeceği, aksinin kabulünün "Anayasaya karşı hile" anlamına geleceği, Anayasa'nın ilk üç maddesindeki esaslara aykırı bir değişiklik, Anayasa'nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı konmasının mümkün olamayacağı ve "açık ve ağır yetki tecavüzü" nedeniyle yok hükmünde sayılması gerektiği,

- Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisinin "teklif çoğunluğu"nu da kapsadığı dikkate alındığında, teklif edilemez nitelikteki ilk dört maddenin dolaylı yoldan değiştirilmesi anlamına gelen dava konusu kuralların teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmediğinden iptaline de hükmedilebileceği

İleri sürülmektedir.

Anayasa'nın değiştirilemez hükümlerini değiştirdiği gerekçesiyle değişikliklerin yok hükmünde sayılması, kabul edilmediği takdirde, "teklif edilemezlik" kuralı nedeniyle teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmemiş sayılması, dolayısıyla Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasına dayanılarak iptaline karar verilmesi istenmektedir.

1- Yokluğun Saptanması İsteminin İncelenmesi

Yokluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece "var"lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler.

Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasayı değiştirme yetkisi TBMM'ne ait olup, Meclis bu yetkisini üçte bir çoğunluğunun yazılı teklifi ve beşte üç çoğunluğunun kabul oyuyla kullanabilmektedir.

TBMM üyelerinin üçte birinden fazla sayıda Milletvekilinin imzasıyla teklif edilen ve 9.2.2008 tarihinde TBMM Genel Kurulunda kabul edilmekle yasalaşan 5735

sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" TBMM'nin Anayasayı değiştirme yetkisi kapsamındadır. Dava konusu Yasa Cumhurbaşkanı'nca 23.2.2008 günlü Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa'nın yokluğunun saptanması isteminin reddi gerekir.

2- İptal İsteminin İncelenmesi

a) Teklif edilebilirlik yönünden

Anayasa'nın 175. maddesi Anayasa'yı değiştirme yetkisinin TBMM'ye ait olduğunu, Meclisin bu yetkisini üye tamsayısının üçte bir çoğunluğunun yazılı teklifi ve beşte üç çoğunluğunun kabul oyuyla kullanabileceğini öngörmektedir.

Anayasa'yı değiştirme yetkisinin niteliği ve sınırlarını belirlemek için, yasama organının kurucu iktidar karşısındaki hukuksal durumunun irdelenmesi gerekmektedir.

Bir devletin hukuksal yapısının temelini oluşturan, ulus adına yetki kullanacak anayasal organları, yetkilerin sınırlarını ve birbirleriyle olan ilişkilerini belirleyen, hak ve özgürlükleri düzenleyen anayasayı yapma veya değiştirme işlevi asli ve tali kurucu iktidar işlevidir. Asli kurucu iktidar ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibarıyla hukuksal çerçeve dışında yer alan, yeni hukuksal düzenin temel esaslarının ne olacağını belirleyen anayasa koyucu iradedir. Katılımcı, müzakereci ve uzlaşmayı esas alan demokratik ülkelerde asli kurucu iktidarın sahibi halktır.

Asli kurucu iktidarın önceki Anayasalarla bağlı olmaksızın yarattığı yeni Anayasa, temel düzen normu haline geldiği andan itibaren, tüm anayasal kurum ve kuruluşların meşruiyetlerinin dayanağı haline gelir. Anayasa'nın öngördüğü ve öğretide kurulu iktidar olarak tanımlanan yasama, yürütme, yargı organları ile bunların alt birimlerinin asli kurucu iktidarın yarattığı "hukuksal otorite" sınırları içinde hareket etmeleri, işlem ve eylemlerinin hukuksal geçerlilik kazanabilmesinin önkoşuludur. Bu durum, Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" ifadesiyle, herhangi bir istisna tanımaksızın kabul edilmiştir. Anayasa koyucu "hiçbir kimse ya da organ"dan söz ettiğine göre, kurulu bir organ olarak yasama organının da sistem dışı yetki kullanımının hukuksal açıdan geçerli olmayacağını kabulü gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin, değiştirilemezlik kuralının yalnızca devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin 1. maddeyle sınırlı kabul edildiği 1961 Anayasası döneminde verdiği 16.6.1970 günlü ve E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı, 13.4.1971 günlü ve E.1971/41, K. 1971/37 sayılı, 15.4.1975 günlü ve E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı, 23.3.1976 günlü ve E. 1975/167, K. 1976/19 sayılı, 12.10.1976 tarih ve E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı, 27.1.1977 günlü ve E. 1976/43, K. 1977/4 sayılı ve son olarak 27.9.1977 günlü ve E. 1977/82, K. 1977/117 sayılı kararlarında anayasal düzenin hukukun üstün

kurallarına ve çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı düşen nitelikte yeni ilkelere bağlanmasının bu düzenin bütünlüğünü bozabileceği, Anayasa'nın 1. maddesinde yer alan "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir" kuralı ile bunu tamamlayan ve Cumhuriyetin temel niteliklerini belirleyen 2. maddesini değiştirecek derecede etkisi olacak bir değişikliğin yapılamayacağı, aksi takdirde değişiklikten sonraki yeni düzenin önceki Anayasa'da tanımlanan biçimde işleyemeyeceği, bu gibi sonuçların önlenmesi için, çağdaş Anayasaların kendilerini böyle değişikliklere karşı koruyan ve güvence altına alan hükümleri ve kuruluşları birlikte getirme yolunu seçtikleri ifade edilmiş, buna dayalı olarak da Anayasa değişikliğine ilişkin tekliflerin her şeyden önce Anayasa'nın Başlangıç bölümü ile 1. ve 2. maddelerinde yer alan ilkelere en küçük bir sapmayı veya değişikliği öngöremeyecekleri, değişikliklerin sözü geçen ilkelerin tümünü veya herhangi birisini hedef alması durumunda teklif edilemeyecekleri ve yasama meclislerince kabul edilemeyecekleri, teklif edilmeleri ve kabul edilmeleri durumunda ise Anayasa'nın 9. maddesinde belirtilen biçim koşullarına aykırı olacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasayı değiştirme yetkisi TBMM'ne tanınmıştır. Kaynağı Anayasa olan bu yetkinin Anayasa'nın öngördüğü yöntemlerle ve Anayasaya uygun olarak kullanılacağı kuşkusuzdur. Yasama organı bu yetkisini 175. maddede belirtilen yöntemle kullanırken, yetkinin her şeyden önce asli kurucu iktidar tarafından kullanılmasına izin verilen bir yetki olması gerektiği açıktır.

Anayasa'nın 4. maddesinde "*Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez*" denilmek suretiyle, 175. maddede belirlenen yetkinin kullanılamayacağı, kullanılsa dahi hukuken geçerli olamayacağı alanlar açıkça belirlenmiştir.

Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilecek bir Anayasa değişikliği hukuken geçerli olamayacağı gibi, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından, yetkisiz olduğu bir alanda yasama faaliyetine hukuksal geçerlilik tanımak da mümkün değildir.

Anayasa değişikliklerinin yukarıda belirtilen Anayasa normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasanın ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerekir. Bu çerçevede Anayasa'nın yetki normu olan 175. maddesi, bu yetkinin sınırını çizen 4. maddesi ve bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının hukuksal müeyyidesini belirleme yetkisini öngören 148. maddesinin birlikte değerlendirilmesi zorunludur.

Anayasa'nın 175. maddesine göre kullanılacak Anayasa'yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa'nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, teklif ve oylama çoğunluğuna uyularak ve nihayetinde ivedi görüşme yasağı ihlal edilmeden kullanılmış olması gerekir. Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle etkin

kılınmasının gerekçesi olamaz. Zira kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır.

Anayasanın 148 inci maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin "*teklif ... şartına uyulup uyulmadığı*" hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, yukarıdaki açıklamalar ışığında, "geçerli teklif" koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içerir.

Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.

Dolayısıyla Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesi'nin, 5735 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'ya uygunluğunu inceleyebileceğinin ve söz konusu maddelerin Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerini değiştiren hükümlerinin Cumhuriyetin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen niteliklerine aykırı olup olmadığı, aykırı olduğuna karar vermesi halinde bu hükümleri Anayasa'nın 4. maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğinin kabulü gerekir.

Haşım KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşe katılmamışlardır.

b) İçerik yönünden

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen laik Cumhuriyet ilkesi, egemenliğin ulusa ait olduğu, ulusal irade dışında herhangi bir dogmanın siyasal düzene yön vermesine olanak bulunmadığı, hukuksal kuralların dinsel buyruklar yerine demokratik ulusal talepler esas alınarak aklın ve bilimin öncülüğünde kabul edildiği, çoğunluk ya da azınlık dinine, felsefi inançlara veya dünya görüşlerine mensup olup olmadıklarına bakılmaksızın, din ve vicdan özgürlüğünün ayrımsız ve önkoşulsuz olarak herkese tanındığı ve anayasada öngörülenin ötesinde herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığı, dini veya din duygularının kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklandığı, devletin tüm işlem ve eylemlerinde dinler ve inançlar karşısında eşit ve tarafsız davrandığı bir cumhuriyeti öngörmektedir.

Anayasanın Başlangıç kısmının 5. paragrafında "*laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı*", 14. maddesinde "*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hiç biri(nin)... laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde*" kullanılmayacağı, 42. maddesinde "*Eğitim ve öğretim(in) Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre Devletin gözetim ve denetimi altında*" yapılacağı ve "*eğitim ve öğretim hürriyeti(nin), Anayasaya sadakat borcunu ortadan*" kaldırmayacağı hükme bağlanmış, 174. maddesinde de Türkiye Cumhuriyeti'nin laik niteliğini koruma amacını güden inkılâp yasalarının iptal edilemeyeceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasına göre "*Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.*" Anayasa koyucu ülkenin koşullarını dikkate alarak dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri siyasi çıkar yahut nüfuz sağlamak amacıyla kullanılmasını laiklik ilkesinin korunması bakımından zorunlu görerek yasaklama yolunu seçmiş ve temel hak ve özgürlüklerin kapsamı dışında bırakmıştır.

Atatürk devrimlerinde önemli bir yer tutan laiklik ilkesinin değerlendirilmesinde, yukarıdaki kurallar ile Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlarda ulaşılan sonuçların göz önünde bulundurulması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında ayrıntılı olarak açıklanan laiklik ilkesi düşünsel temellerini Rönesans, Reformasyon ve Aydınlanma dönemlerinden alır. Çağdaş demokrasilerin ortak değeri olan bu ilkeye göre, siyasal ve hukuksal yapı, dogmalardan arındırılarak akılcılığı ve bilimsel yöntemleri esas alan katılımcı demokratik süreçlerin ürünü olan ulusal tercihlere dayanır. Bireylerin anayasal özgürlüklerinden inanç, din, mezhep veya felsefi tutum nedeniyle ayrımsız yararlandığı, akılcılığı esas alan bir süreç olan aydınlanma koşullarının sağlandığı toplumlarda laik ve demokratik değerler özümseir, siyasal, sosyal ve kültürel yaşam da buna bağlı olarak evrensel değerlerin egemen olduğu çağdaş bir görünüm kazanır. Laikliğin bu işleviyle toplumsal ve siyasal barışı sağlayan ortak bir değer olduğu açıktır. Bireylerin özgür vicdani tercihlerine dayanan ve sosyal bir kurum olan dinler, siyasal yapıya egemen olmaya başladıkları veya ulusal irade yerine siyasal yapının hukuksal kurallarının meşruiyet temelini oluşturdukları anda toplumsal ve siyasal barışın korunması olanaksızlaşır. Hukuksal düzenlemelerin katılımcı demokratik süreçle ortaya çıkan ulusal irade yerine dinsel buyruklara dayandırılması, birey özgürlüğünü ve bu temelde yükselen demokratik işleyişi olanaksız kılar. Siyasal yapıya egemen dogmalar öncelikle özgürlükleri ortadan kaldırır. Bu nedenle çağdaş demokrasiler, mutlak hakikat iddialarını reddeder, dogmalara karşı akılcılıkla durur, dünyayı dünyanın bilgisiyle açıklayabilecek toplumsal ve düşünsel temelleri yaratır, din ve devlet işlerini birbirinden ayırarak, dini siyasallaştırmaktan ve yönetim aracı olmaktan çıkarır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, dava konusu 1. maddesi ile Anayasa'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına, "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "*ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında*" ibaresi; 2. maddesi ile de, 42. maddesine, altıncı fıkradan sonra gelmek üzere "*Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir*

sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir" biçiminde yedinci fıkra eklenmiştir.

5735 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun" un Genel Gerekçesinde düzenlemenin amacı şu şekilde ifade edilmektedir:

"Yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafetlerinden dolayı bazı öğrencilerin eğitim ve öğrenim hakkının engellenmesi kronik bir sorun haline gelmiştir. Kurucusu ve üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyine üye ülkelerin hiç birinde üniversite düzeyinde böyle bir sorun mevcut bulunmamaktadır.

Buna rağmen ülkemizde uzun bir süredir üniversitelerde bazı kız öğrencilerin başlarını örtmede kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğrenim hakkını kullanamadıkları bilinmektedir.

Atatürk'ün hedef gösterdiği çağdaş uygarlık düzeyinde "fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür" nesiller yetiştirilmesi, kişilerin yükseköğrenim hakkından kanun önünde eşitlik ilkesi gereği hiçbir nedenle ayrımcılığa tabi tutulmadan yararlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenlerle, Anayasanın 10 uncu ve 42 nci maddesinde işbu değişikliklerin yapılması gereği doğmuştur."

Yasa'nın dava konusu 1. maddenin gerekçesinin ikinci paragrafına bakıldığında, getirilen düzenlemenin amacı, "tüm idare makamları gibi üniversitelerin de, yükseköğretim hizmeti sunarlarken dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep, giyim, kuşam ve benzeri sebeplerle bu hizmetten yararlanan kişilerin arasında ayrımcılık yapmasını olanaksızlaştırmak" olarak ifade edilmekte, 2. maddenin gerekçesinin son tümcesinde ise, ülkemizde münhasıran yükseköğretim hizmetlerinden yararlanan vatandaşlar arasında eşitliği sağlama ve yükseköğretim kurumlarında öğrenim haklarından mahrum edilen kişilerin bu hak mahrumiyetini ortadan kaldırma amacı belirtilmektedir.

5735 sayılı Kanun'un genel gerekçesi, 1. ve 2. maddelerin gerekçeleri, Anayasa Komisyonu ve Genel Kurul görüşmelerinde yapılan açıklamalar incelendiğinde; temel hedefin, bir kamu hizmeti niteliği bulunan yükseköğrenim hakkını kullananlar yönünden dinî amaçlı örtünme serbestisi tanınması olduğu anlaşılmaktadır.

Dava dilekçesinde belirtilen hususların dışında, Meclis görüşmelerinde, dava konusu kuralların, üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağı nedeniyle eğitim haklarını kullanamayan öğrencilerin sorunlarını çözme olasılığını barındırса bile, toplumdaki kaygıların giderilmediği ve güvence taleplerine sessiz kalındığı, demokratik uzlaşma yolları dışlanarak meydan okumanın veya dayatmanın yöntem olarak benimsendiği gerekçeleriyle eleştirildiği tutanaklardan anlaşılmaktadır.

5735 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yapılan düzenlemeyle, Devlet organları ve idare makamlarına, bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uymak yükümlülüğünün yanı sıra kamu hizmetlerinden kişilerin kanun önünde eşitlik ilkesine

uygun bir biçimde yararlanmalarını sağlamak yükümlülüğü; kişilere de Devlet organları ve idare makamlarından, sundukları kamu hizmetlerinden kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak yararlanmalarını sağlamasını istemek imkânı getirilmiştir. Olaya kıyafet açısından bakıldığında, bu hüküm karşısında Devlet organları ve idare makamlarının, kişilere yüksek öğrenim hakkından yararlanırken bu hakkın kullanımına hiçbir sınırlama getiremeyecekleri anlaşılmaktadır.

5735 sayılı Kanun'un 2. maddesinde ise, *kanunda açıkça yazılı olmayan* herhangi bir sebeple kimsenin yüksek öğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemeyeceği belirtilerek yüksek öğretim kurumlarında dinî amaçlı örtünme nedeniyle öğrenim hakkından yararlanmanın engellenmesinin de önüne geçilmektedir. Bu durumda, yasa ile açıkça yasaklanmadıkça yüksek öğretimde kıyafetin herhangi bir ölçüye tabi tutulmaksızın serbest bırakıldığı, yükseköğretim hakkını kullananlara bu kıyafetleri taşımaktan dolayı herhangi bir yaptırım uygulanamayacağı ortaya çıkmaktadır.

Bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı olsa da, kullanılan dinsel simgenin tüm öğrencilerin bulunmak zorunda olduğu dersliklerde veya laboratuvar ortamlarında, farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu olasılığın ortaya çıkması durumunda taşınan dinsel simgenin başkalarının üzerinde yaratacağı baskı ve olası eğitim aksamaları ile kamu düzeninin bozulması karşısında, üniversite yönetimlerinin ve kamu kurumlarının müdahalesine olanak verilmemesi, herkesin eşit şekilde eğitim hakkından yararlanmasını engelleyebilecektir.

Dava konusu kurala bakıldığında "*kanunda açıkça yazılı haller*"in ne olduğu ve ne zaman geçerlilik kazanacağı hususu, yasa koyucunun aktif bir yasama tasarrufuyla anlaşılabilir. Anayasal düzenimizde yasa koyucuyu yasal düzenlemeye zorlayıcı bir hukuksal yaptırım mekanizması bulunmadığından, başkalarının özgürlükleri ve kamu düzenini koruyucu yasal önlemlerin alınmasının yasa koyucunun takdirine kalacağı açıktır. Yasa koyucunun temel siyasal karar mekanizması olduğu ve ülke nüfusunun büyük çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu dikkate alındığında, bu takdirin dinsel özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılmasının güçlüğü açıktır. Temel düzen normu olan Anayasa kuralları değiştirilirken, çoğunluk inancının dışında kalan insanların temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasının yasa koyucunun takdirine bırakılmaması, kayıtlar ve güvence mekanizmalarının doğrudan anayasada yer alması, demokratik anayasacılık deneyiminin sonucu olan insan haklarına dayalı devlet olmanın da bir gereğidir.

Toplumsal sorunların Anayasa'nın açık hükümleri çerçevesinde ve demokratik barışı ve uzlaşmayı esas alan yöntemlerle çözümüne yerine, dinin, din duygularının veya dince kutsal sayılan şeylerin istismar edilmek suretiyle kullanılmasına Anayasa izin vermemektedir. Zira her bir toplumsal sorun istismarı, bu sorunun çözümlenmesi olanaklarını ortadan kaldırmak suretiyle, bir yandan toplumsal çatışmaların derinleşmesine ve demokratik süreçlerin işlevsizleştirilmesine yol açabilir; sonuçta devlet iktidarının toplumsal sorunları çözeceğine yönelik inancı zedeleyebilir.

Dava konusu kuralın hazırlanış ve kabul biçimi Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasının anlam ve özünü yansıtan bu temel zorunlulukları göz ardı etmektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 07.03.1989 günlü, E.1989/1, K.1989/12 sayılı kararıyla dini inanç gereği başörtüsü takılmasına izin veren bir düzenleme başkalarının hak ve özgürlükleri, dinin araçsallaştırılması ve kamu düzeni bakımından Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimlerin Anayasa karşısında geçerli olamayacağını belirten Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.1991 günlü, E.1990/36, K.1991/8 sayılı kararları ile 16.1.1998 günlü, E. 1997/1 (SPK), K. 1998/1, Refah Partisi kararı ve 22.6.2001 günlü, E. 1999/2 (SPK), K. 2001/2 sayılı Fazilet Partisi kararında bu hususlar yinelenmiştir. Danıştay'ın içtihatları da benzer yönde gelişmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 4. Dairesinin 29.6.2004 tarihli ve Büyük Dairenin 10.11.2005 tarihli *Leyla Şahin* kararlarında, sözleşmecî devletlerin dinsel sembollerin kullanımına ilişkin düzenlemeleri söz konusu olduğunda takdir hakkının geniş olduğunu, bu konuyla ilgili kuralların ulusal geleneklere bağlı olarak bir ülkeden diğerine değişiklik arz etmesi ve "başkalarının haklarını koruma"nın ve "kamu düzeni"nin gerekleri konusunda Avrupa'nın ortak bir anlayışı bulunmamasının bunu zorunlu kıldığını, başörtüsünün yasaklanmasının Türkiye'nin koşulları dikkate alındığında "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" ile "kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması" bakımından demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. 15.2.2001 tarihli *Dahlab-İsviçre* kararında türban taktığı için ilköğretim kurumlarında öğretmenlik yapması engellenen öğretmenin başvurusunu reddederken, türbanın cinsiyetler arası eşitlik ilkesiyle bağdaşması güç olan dini bir simge olduğunu, buna izin verilmesinin diğer dinlerin giyim sembollerinin de kullanımını beraberinde getireceğini, okullarda devletin tarafsızlığını tehlikeye düşüreceğini ve yasaklamanın altında önemli bir kamu yararının bulunduğunu, sonuç olarak öğretim faaliyetinde başörtüsü takma yasağının başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin korunması amacıyla orantılı ve demokratik bir tedbir olduğunu ifade etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 3. Dairesinin 31.7.2001 ve Büyük Dairenin 13.2.2003 tarihli *Refah Partisi* kararlarında da başörtüsü takma özgürlüğünün başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması gereğiyle çatışması durumunda sınırlanabileceğini, laiklik ilkesine saygı gösterilmemesi şeklindeki bir tutumun sözleşmeden yararlanamayacağı, üniversitelerde çoğunluğa mensup dinin gereklerini yerine getirmeyen ya da başka dinlere mensup öğrenciler üzerinde baskı kurulmasını engelleyecek önlemlerin sözleşmeye uygun olduğu, laik üniversitelerde çeşitli inançlara mensup öğrencilerin barış içinde bir arada yaşamalarını ve dolayısıyla da kamu düzeni ve başkalarının inançlarının korunmasını teminen söz konusu dine ilişkin ritüel ve simgeleri sergilemenin yeri ve şeklini belirleme hususunda sınırlamalar öngörülebileceği kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gözetildiğinde, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan düzenlemenin, yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren ve işlevsizleştiren bu düzenleme Anayasa'nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğundan, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif koşulunun yerine getirilmiş olduğu kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa'nın 1. ve 2. maddeleri Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşlere katılmamışlardır.

3- İptal Sonucu Yasa'nın 3. Maddesinin Uygulama Olanadıını Yitirip Yitirmediğinin İncelenmesi

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluğu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında, "Ancak başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu belirli madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir" denilmektedir.

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin iptal edilmesi sonucu yürürlük maddesi olan 3. maddesinin uygulama olandağı kalmadığından, 2949 sayılı Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca anılan maddenin de iptali gerekir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması'na Dair Kanun, 5.6.2008 günlü, E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu Kanun'un, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, 5.6.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1. maddesiyle 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "**ve her türlü kamu hizmetinden yararlanılmasında**" ibaresinin,

B- 2. maddesiyle 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 42 nci maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere eklenen "Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir." biçimindeki fıkranın,

Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddeleri gözetilerek **İPTALİNE**, Haşim KILIÇ ile Sacit ADALI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- İptal edilen kurallar nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan 3. maddesinin de 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

5.6.2008 gününde karar verildi.

Başkan
Haşim KILIÇ

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz
PAKSÜT

Üye
Sacit ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- USUL YÖNÜNDEN

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan bu değişiklik, Anayasa Mahkemesi'nce şekil denetiminden yola çıkılarak esası denetlenmek suretiyle incelenmiş ve iptal edilmiştir. Anayasa'nın 148. maddesinden yetki türetilerek işin esas denetimi yapılmıştır.

Çoğunluk, Anayasa değişikliklerinde "teklif edilebilir nitelikte bir Anayasa kuralının var olması" gerektiğini teklif çoğunluğundan önce aranan bir şart olarak kabul etmekte, teklif edilebilir nitelikte olup olmadığını da işin esasına girerek tesbit etmektedir. Başka bir anlatımla Anayasa değişikliklerinin, Anayasal normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasa'nın ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerektiği, bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının müeyyidesinin 148. maddede öngörüldüğü belirtilmektedir.

Yine çoğunluğa göre, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişiklik Anayasa'nın değiştirilemez ya da değiştirilmesi teklif edilemez olan Cumhuriyetin niteliklerini dolaylı olarak değiştirmekte ya da işlevsiz hale getirmektedir.

Anayasa'nın 148. maddesi, Anayasa değişikliklerinin denetlenmesine ilişkin tek Anayasa kuralıdır. Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerine ilişkin başkaca hiçbir maddede buna ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Buna göre, Anayasa değişikliklerinin esasen denetim sonucunu doğuracak bir incelemeye tabi tutulması mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasası döneminde verdiği tüm kararlarında esas denetimin olanaksızlığını vurgulamıştır.

Şekil denetimi ise "teklif çoğunluğu" ve "oylama çoğunluğu"nun bulunup bulunmadığı "ivedilikle görüşülemeyeceği" şartına uyulup uyulmadığıyla sınırlı olarak yapılan bir denetimdir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi E.2007/72, K.2007/68 sayılı kararında aynen: "... Kabul edilen yasa, Anayasa hükmü haline gelir ve esas yönünden denetimi olanaksız olup, şekil yönünden ise 148. maddede belirtilen çerçeve içinde denetlenebilir. Yapılacak iptal başvurusu, yasalar ve içtüzük yönünden altmış gün, şekil yönünden ise on günle sınırlı tutulmuştur. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, olağan yasalar ve içtüzük değişikliklerinde salt çoğunlukla karar verebilirken, Anayasa değişikliklerinde iptale karar verebilmesi nitelikli çoğunluk koşuluna bağlanmıştır." Bir önceki kararda da "Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmıştır. Esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır." ifadeleriyle hukuksal durumu somutlaştırmıştır.

Anayasa'nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesi'nin 1982 sonrasında verdiği kararlarına rağmen, Mahkememiz 148. maddeye ek yaparak yeni bir şekil şartı öngörmüş ve buradan açtığı yolla Anayasa değişikliklerini esasen incelemiştir.

Çoğunluk görüşünde; asli kurucu iktidarın önceki Anayasalarla bağlı olmaksızın yarattığı yeni Anayasa, temel düzen normu haline geldiği andan itibaren, tüm Anayasal kurum ve kuruluşların meşruiyetlerinin dayanağı haline geldiği, Anayasa'nın öngördüğü ve öğretide kurulu iktidar olarak tanımlanan yasama, yürütme, yargı organları ile bunların alt birimlerinin asli kurucu iktidarın yarattığı "hukuksal otorite"nin sınırları içinde hareket etmelerinin, işlem ve eylemlerinin hukuksal geçerlilik kazanabilmesinin ön koşulu olduğu, Anayasa'nın 6. maddesinde "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." dendiği, kurulu bir organ olarak yasama organının da sistem dışı yetki kullanımının hukuksal açıdan geçerli olmayacağı kabulü gerektiği belirtilmiştir. Ancak bunun yasama organı gibi "kurulu" bir iktidar olan Anayasa Mahkemesi için de evleviyetle geçerli olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Anayasa'nın 6. maddesinde hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetki kullanamayacağı ifade edilirken veya 11.

madde uyarınca Anayasa kurallarının yasama, yürütme ve yargı organları ile tüm idare makamlarını bağlayıcı temel kurallar olduğu belirtilirken, Anayasa Mahkemesi bunlardan istisna edilmemiştir. Bir denetim organı olarak da Anayasa Mahkemesi ulusun onayladığı Anayasa'nın somut kuralları çerçevesinde kurulmuş, Anayasa'ya ve ulusa karşı sorumluluk bilinci içinde görev yapmak zorunda olan bir Anayasal organdır. Anayasa'nın çizdiği sınırlar içinde yetki kullanması, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının da hukuksal açıdan geçerli olmasının önkoşuludur. Anayasakoyucunun öngördüğü hukuk devleti ilkesi, yalnızca hukuk kuralı koyan iktidarların değil, bu kuralları uygulayan ve yorumlayan kurumların da Anayasal çerçeve içinde kalmaları gerektiğini göstermektedir.

Bir denetim organı olan Anayasa Mahkemesi'nin, hukuk dışına çıktığı iddia edilen otoriteleri denetlerken, bu denetiminin hukuka uygunluğu konusunda tüm kuşkulardan arınma zorunluluğu vardır. Anayasal sınırları aşarak denetime başladığı yerde, denetlenen otoritelerden herhangi bir farkı kalmaz. Hukuk düzeni dışına çıkan otoriteyle aynı kaderi paylaşmaktan kurtulamaz. Denetimin meşruiyeti denetleyen organın hukuksal meşruiyet sınırları içinde hareket etmesine bağlıdır.

Çoğunluk, Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasa'yı değiştirme yetkisinin TBMM'ne tanındığını, kaynağı Anayasa olan bu yetkinin Anayasa'nın öngördüğü yöntemlerle ve Anayasa'ya uygun olarak kullanılacağını kabul etmektedir. Ayrıca bir yetki sorununu öne çıkararak, yetkinin geçerliliğini asli kurucu iktidar tarafından izin verilen bir alanda kullanılmasına bağlayarak, Anayasa değişikliklerinin sıradan bir yasa gibi denetlenebileceğini düşünmektedir. Bu düşünceye katılmak olanaksızdır. Anayasa'nın Anayasa'yı değiştirme yetkisine çizdiği sınırlar, hiçbir yoruma gerek duyulmayacak açıklıktadır. Bunlar ilk üç maddenin değiştirilemezliği ile değişikliğin 175. maddede belirtilen usullerle yapılması zorunluluğu olarak belirlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'ya uygun olarak kullanılacak bu yetkinin, Anayasa'nın ilk üç maddesi dışındaki her maddede değişiklik yapma olanağı verdiği açıktır. Kurucu iktidar yetkisini daraltacak olan, ancak ve ancak yine bir kurucu iktidar olabilir. Anayasa Mahkemesi'nin ise kurucu iktidarın çizdiği hukuksal sınırlar dışına çıkması durumunda kurucu iktidar yerine geçeceği kaçınılmazdır.

Çoğunluk görüşü, kurucu iktidar ile ilgili isabetli açıklamaların ardından vahim bir hataya düşmekte, kanun yapan yasama organı ile Anayasa'yı değiştiren tali kurucu iktidar arasındaki farkı görmezden gelmektedir. Aynı organ tarafından gerçekleştirilmiş olmakla birlikte ikisinin hem nicelik, hem de nitelik olarak birbirinden farklı bir işlevi olduğu, Anayasa hukukunun temel bilgilerindedir. Yasama ve Anayasa'yı değiştirme işlevi TBMM tarafından yerine getirilirken, ilki Anayasa'nın 96. maddesi uyarınca Anayasa'nın hiçbir maddesine aykırı olmamak koşuluyla basit çoğunlukla ve Anayasal değer ve etkisi bulunmayan "yasa" koyma işlevi iken, diğeri Anayasa'nın yalnızca ilk üç maddesini değiştirmemek koşuluyla, nitelikli çoğunlukla ve Anayasal değer ve etkisi olan Anayasa Mahkemesi dahil tüm kurum ve kuruluşları bağlayıcı "Anayasayı değiştirme" işlevidir.

Bu gerçeğe karşın, yapılan Anayasa değişikliğinin iptal edilmesinin olağan bir yasanın iptalinden hiçbir farkı kalmamıştır. Demokratik bir ülkede, hukuksal değerlendirmelerin dayanağı varsayımlar veya öznel kabuller değil, demokratik süreçlerin ürünü olan hukuk kurallarıdır. 1982 Anayasası'nın önceki tecrübeler nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin esas denetim yetkisini yasaklayıp, şekli denetim yetkisini çok daha ileri bir düzeyde sınırladığı ortada iken, adeta bu süreç hiç yaşanmamış gibi, şekil denetiminin 1970'li yıllarda yapıldığı gibi, başka adlar altında yeniden devreye sokulmasının meşru bir temeli bulunmamaktadır. Sosyal ve siyasal yaşamın dinamizmine uyum sağlamak amacıyla Anayasa'nın bütünlüğünü oluşturan normları değiştirmek suretiyle Anayasal düzende dönüşümlere ve değişikliklere her zaman gidilebilir. Anayasal normlar arasında hiyerarşik bir ilişki kurulamaz. Anayasa'nın 2. maddesindeki soyut niteliklerin somutlaştırılması diğer maddelerdeki düzenlemelerle mümkündür. İlkelere, bu somut düzenlemelerle anlam kazandırılarak bütünlük sağlanır. Başka bir anlatımla ilk üç maddenin dışındaki maddelerle değiştirilemez hükümlere dinamik bir yapı kazandırılarak siyasal yapının temel tercihlerinin meşruiyet temelleri güncelleştirilmiş olur. Değiştirilemez kurallar dinamik bir dönüşüme tabi tutulmadığı takdirde tıkanan hukuksal yollar nedeniyle demokrasi dışı girişimlerin gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Çoğunluk görüşü, Anayasa'nın gelecek kuşakların sorunlarına cevap verme olanağını ortadan kaldırmakla, esasen kendisi değiştirilemez hükümleri işlevsiz hale getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde Anayasa değişikliklerini iptal etmesi üzerine, 1971 Anayasa değişikliklerinde Anayasakoyucu, bu durumu, "kaynağını Anayasadan almayan bir yetki kullanımı" olarak nitelemiş ve denetimin yalnızca biçimsel unsurlar bakımında yapılabileceğini kabul etmiştir. Elbette yapılan incelemede sözkonusu iradenin Anayasakoyucu iradesi olduğu saptandığı andan itibaren, tüm kurulu iktidarları bağlayan niteliğiyle bunun esastan denetime tabi tutulması mümkün değildir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin 1975 yılından başlayarak Anayasa değişikliklerinin esas denetimini "biçimin esas yönünden incelenmesi" adı altında sürdürmesinin ardından, 1982 Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisi 1971 Anayasası'nda öngörülenden öte sınırlamaya tabi tutulmuştur. 1982 Anayasası'nın 148. maddesinde Anayasa Mahkemesinin yalnızca biçim denetimi yapabileceği bu denetimin ise (a) teklif çoğunlu, (b) oylama çoğunluğu ve (c) ivedilikle görüşülme koşuluna uyulup uyulmadığı hususlarıyla sınırlı olduğu hiçbir farklı yoruma elvermeyecek açıklıkta vurgulanmıştır. Bu düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nin esas denetimini hangi ad altında olursa olsun yapmasını engellemek amacıyla kabul edildiği Danışma Meclisi tutanaklarında yer almaktadır.

Nitekim 1982 Anayasası'nın hazırlanması sırasında Danışma Meclisi'nde Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisine ilişkin maddesinin "*Anayasa değişikliklerini ise sadece devlet şeklinin değişmezliği ve şekil bakımından inceler ve denetler*" biçiminde değiştirilmesine yönelik önerge verilmiş, "*...Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu ve bunun değiştirilemeyeceği ilkesinin de Anayasa Mahkemesinin*

denetimine tabi tutulması yararlı olacaktır. Aksi halde bunun bir müeyyidesi olmaz" ifadeleriyle gerekçelendirilmiş, ancak, "Eğer devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu yolundaki hüküm değiştirilirse, o zaman buna kim mani olacak" sorusuna cevap veren bu önerge reddedilmiştir. Anayasa Komisyonu başkanı ret gerekçesi olarak da "Sayın Genç arkadaşımız müsterih olsunlar, biz kırkbeş milyon buna karşı koyarız" ifadelerini kullanmıştır.

Kuşkusuz bu yaklaşım, halk temsilcilerine isnat edilecek bir keyfilik karşısında duyulan çaresizliğin değil, Türk halkının demokratik seçimler sonucunda belirlediği temsilcilerinin nitelikli çoğunluğunun demokrasi dışı bir talep ekseninde uzlaşmayacağına yönelik derin bir inançtan beslenen saygının ifadesidir. Nitekim 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana yapılan tüm Anayasa değişikliklerine bakıldığında Türk halkının tercihinin daima demokrasinin geliştirilmesi ve özgürlük alanlarının genişletilmesi yönünde olduğu görülecektir. Bu da Türk halkının ve onun demokratik temsilcilerinin özgür iradeleriyle demokrasi dışı ve özgürlük karşıtı bir talep üzerine uzlaşmayacağını kanıtlamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin sınırlı sayıdaki üç husus dışında herhangi bir denetim yetkisinin bulunmadığı bu tarihi gelişmelerden de açıkça anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 4. maddesinde ilk üç maddenin değiştirilmesi ya da değiştirilmesinin teklif edilmesi yasaklanmıştır. Anayasa'nın 11. maddesinde yasakların Anayasa'ya aykırı olamayacağı belirtilmiş olmasına karşın, Anayasa değişikliklerinin ilk üç maddeye aykırı olamayacağına ilişkin herhangi bir kural öngörülmemiştir.

Anayasa'da değişiklik yapma yetkisi tali kurucu iktidar sıfatıyla TBMM'ne verilmiştir. Bu yetki kullanılırken, yetkinin asli sahibi olan halk karşısında azami sorumluluk gereği halkın inanç, din, cinsiyet veya etnik köken değerlerinde bir ayrıma gidilmeksizin yerine getirilmek zorunluluğu vardır. Yapılan Anayasa değişikliklerinde parlamentonun (5/3, 2/3) şeklindeki çoğunluk koşulu aranmasına rağmen, aşırı faraziyeler örnek gösterilip TBMM'ne duyulan güvensizlik üzerine yorumlar yapılarak kararlar kurgulanamaz.

Her biri diğerinden farklı, çok yönlü talepleri bulunan bireylerin oluşturduğu ulusun ve onların demokratik temsilcilerinin büyük bir çoğunluğunun demokrasi dışı bir talep ekseninde birleşmesi muhtemel görülecekse, bu ihtimalin Egemenlik yetkisi kullanan diğer kurum mensupları yönünden de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Anayasal demokrasilerde egemenliği kullanma yetkisi farklı organlar arasında paylaştırılmış, ancak Anayasa'da bunlara gerekli sınırlar öngörülmüştür. Anayasal değerleri koruma adına değişikliklerin esastan denetimine olanak tanınması Erk'ler arası dengenin bozulmasına ve bir vesayetin doğması sonucuna yol açması kaçınılmazdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yeralan ; adalet anlayışı, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik, sosyal, hukuk devleti gibi niteliklerin Anayasa'nın 2. madde dışındaki tüm maddeleri ile yakından ilgisi olan kavramlar olduğu açıktır. Çoğunluk görüşündeki kurgu'dan hareket edilirse yapılabilecek her türlü Anayasa değişikliğinin belirtilen

niteliklerle ilgisi nedeniyle onları başkalaştırdığı, içini boşalttığı, işlevsiz kıldığı gibi hiçbir ölçüsü olmayan gerekçelerle Anayasa Mahkemesi'nin esas denetimine konu olacağı tartışmasız bir gerçektir. Bu sonuç, halka ait Kuruculuk yetkisinin üstlenilmesi yine halka ait olan egemenlik yetkisinin göz ardı edilmesidir. Anayasa Mahkemesi kendi sınırlarını genişletmiş tali kurucu iktidar yetkisini ise oldukça sınırlamıştır. Oysa, idari işlem, düzenleyici işlem, yasama tasarrufu biçimindeki normlar hiyerarşisine uygun olarak yukarı çıkıldıkça, işlem sahibi iradenin takdir yetkisi genişlemekte, buna bağlı olarak denetim alanı da daralmaktadır. Bu, arkalarındaki demokratik meşruiyetin genişlemesiyle de açıklanabilir. Bu nedenle Anayasa değişikliklerinin denetiminde kurucu iktidarın takdir yetkisinin ileri düzeyde geniş, denetim organının ise ileri düzeyde sınırlı olması beklenir ki, 1982 Anayasasının üzerine kurulduğu sistemde buna işaret etmektedir. Çoğunluk görüşü bu ilişkiyi tersine çevirerek siyasal işleyişi yargı vesayetine bağlayarak ciddi bir sorun yaratmıştır.

Anayasakoyucunun tarihsel deneyimlere dayanan açık tercihi karşısında çoğunluğun "içerik yönünden" veya "esasın biçim yönünden incelenmesi" tarzındaki usullerle ulaşmaya çalışılan sonucun, mantıken doğru kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü başlık altında yapılan inceleme, yapılan Anayasa değişikliğinin anlam ve kapsamını belirledikten sonra, bunun Anayasa'nın 2. maddesindeki ilkelere aykırı olduğunu tesbitten ibarettir. Esas denetim de zaten bundan başka bir şey değildir. Dolayısıyla Kurucu İktidar Anayasa Mahkemesine esas denetim yetkisi vermiş olsaydı, zaten bundan farklı bir sonuç ortaya çıkmayacaktı. Bu durumda "1982 Anayasası Anayasa Mahkemesine neyi yasakladı" sorusu cevapsız kalmaya mahkum olmaktadır.

Bu nedenlerle söz konusu denetimin Anayasal dayanağı yoktur.

2- ESAS YÖNÜNDEN

(Usul sorununun aşılması üzerine bu bölüme ilişkin karşıoy yazılmıştır.)

Düzenlemenin 1. maddesiyle Anayasa'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına "*ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında*" ibaresi eklenmektedir. Bireylerin "*her türlü kamu hizmetinden eşit bir biçimde yararlanması*" eşitlik ilkesinin evrensel anlayış biçiminin bir somutlaşması niteliğindedir. Zaten bu ibarenin eklenmesinden önce de devletin bireyleri "*her türlü kamu hizmetlerinden yararlandırılmaması*"nın eşitliğe uygun olduğunu ileri sürmek olanaksızdı. 2004 yılında yapılan değişiklikle "*pozitif ayrımcılığın*" bir Anayasal direktif haline getirilmesinden sonra, kadınlar yönünden eşitliğin yalnızca yasalar karşısında değil, yasal uygulamalarda da gözetilmesi gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Kamu adına kamusal talep ve tercihleri yaşama geçirmek dışında herhangi bir meşruiyeti olmayacak olan devletin, bireylerin bir kısmını kamu hizmetlerinden yararlandırmasında ayrımcılık yapması olasılığı değişiklikten önce de Anayasa'ya aykırı olacaktı. Bu nedenle yapılan değişikliğin Anayasa'nın evrensel ilkelerinden olan eşitlik ilkesinin "*somitlaştırılması*"ndan başka bir anlamı bulunmamaktadır.

Düzenlemenin 2. maddesiyle de 42. maddeye bir fıkra eklenmiştir. Buna göre "*Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yüksek öğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla düzenlenir.*" Anayasa'nın 42. maddesinin birinci fıkrasına göre "*Kimse eğitim ve öğretim hakkından mahrum bırakılamaz.*" Her iki kuralı birlikte değerlendirdiğimizde birinci fıkroda "*genel eğitim*" bakımından öngörülen bir "*genel kural*" olduğu, yeni kuralda ise "*yüksek öğrenim*" bakımından bir "*özel kural*" öngörüldüğü söylenebilir. Her iki kuralın istisnalarının da bulunduğu görülmektedir. Birinci fıkradaki eğitim ve öğretim hakkı, mahrumiyet düzeyine ulaşmayacak biçimde, yasayla düzenlenebilecektir. "*Mahrumiyet*" kavramı hem genel eğitim ve öğretim için hem de yüksek öğrenim hakkı için "*hakkın özü*"nü oluşturmaktadır. Buna ilişkin düzenlemelerin yasayla yapılacağı söz konusu değişiklikte de vurgulanmaktadır. Oysa, Anayasa'nın 13. maddesinde de aynı kural aynı şeyi ifade etmektedir. Yeri gelmişken hemen belirtmek gerekirse, yasa koyma yetkisi münhasıran yasama organına ait olduğuna göre temel hakların sınırlanması niteliğinde ortaya çıkacak her türlü "sınırlama" tasarrufunun da yasama organının iradesine dayanması gerekir. Anayasa'nın 13. maddesi de bunu açıkça göstermektedir. Yargı organlarının gerekçe olanağını kullanarak sınırsız ve denetimsiz norm ihdası hem yetki aşımı hem de erkler ayrılığı ilkesinin açık ihlalidir.

Görüldüğü gibi, yapılan değişikliklerin uygulamaya geçirilebilmesi için yasal bir düzenlemeye ihtiyaç gösterdiği açıktır. İşte tam da bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin işlevi kendini göstermektedir. Eski metne yeni bir boyut kazandırmayan Anayasa değişikliklerinin esas denetiminin yerine, bunun uygulanması için ihtiyaç duyulan Kanunun Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'nın 2. maddesindeki nitelikler başta olmak üzere denetiminin yapılması Anayasal sistematığe daha uygun olurdu.

Çoğunluk görüşü laikliği, eleştirel akla dayalı bir süreç olan aydınlanmanın bir ürünü olarak tanımlamış, bu ilkenin bilim ve sanatı esas alan Rönesans ve dinsel çoğulculuğu esas alan Reformasyon ile ilişkisini isabetle vurgulayarak, çağdaş dünyaya egemen olan temel parametreleri benimsemiştir. Ancak esasta ulaştığı sonuçlar çağdaş dünyadaki sonuçlarla temelde çatışmaktadır. Hiçbir çağdaş ülkede bulunmayan üniversitelerde dinsel simgeleri düzenleme zorunluluğunu dayatmaktadır. Aynı propoganda etkisine sahip siyasal simgelere ilişkin herhangi bir sınırlandırma ihtiyacı ise duyulmamaktadır. Üniversiteler propogandanın, farklı görüşlerin, yoğun siyasal, sosyal ve bilimsel tartışmaların egemen olduğu, olması gerektiği ayrıcalıklı mekanlardır. Toplumsal yaşamda çoğu zaman bulunamayacak aydınlanma, sorgulama, karşılaştırma, kabul ya da ret olanaklarını üniversiteler sunabilmektedir. Toplumsal yaşamda geçerli olmayan kılık kıyafet düzenleme gerekliliğini üniversitelere dayatmak, hem üniversitelerin bu olağan işlevine, hem de Anayasa'da öngörülen akademik, bilimsel, düşüncel, kolektif ve diğer entelektüel özgürlükler manzumesine ters düşmektedir. Üniversiteler kışla değildir. Ders disiplini, reşit öğrencilerin uniform bir davranış, düşünüş ve inanç modeline sokulmasının gerekçesi olamaz. Üniversitelerde düzenleme yetkisinin tek meşru gerekçesi, eğitimin üniversiter gereklere uygun olarak yürütülmesi olmalıdır.

Çoğunluk gerekçesinde, 5735 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile Anayasa'nın 42. maddesine eklenen "*kanunda açıkça yazılı olmayan*" ibaresinden, yasa ile açıkça yasaklanmadıkça yüksek öğretimde kıyafetin herhangi bir ölçüye tabi tutulmaksızın serbest bırakıldığı, yükseköğretim hakkını kullananlara bu kıyafetleri taşımaktan dolayı herhangi bir yaptırım uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Oysa bu ifadenin temel amacının, yasakoyucu dışında hiçbir organın temel hak sınırlamasına tevessül etmemesini sağlamak olduğu unutulmaktadır. Yani 13. madde de yasakoyucuya ait olan bir yetki biraz daha vurgulanarak ifade edilmektedir. Diğer yandan yukarıda ifade edilen varsayım devam ettirilmekte, ülkede bireylerin dinsel özgürlüklerinden kaynaklanacak hak ihlalleri ve kamu düzeninin bozulması karşısında hiçbir yasal düzenlemenin bulunmadığı ve buna dayalı olarak da tüm devlet organlarının eli ve kolunun bağlı olduğuna inanılmaktadır. Oysa 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesi başlı başına bu gereksinimleri karşılayacak niteliktedir. Genel nitelikli diğer yasalardan söz etmeye dahi gerek bulunmamaktadır.

Öte yandan çoğunluk görüşünün temelini oluşturan hususun iptal edilen düzenlemenin lafzı olmayıp, gerekçesinde yer alan "*başörtüsü*" ifadesi olduğu gözden kaçmamaktadır. Hiçbir bağlayıcılığı olmayan yasa gerekçesinde yer alan bir kavramın, Anayasa'nın temel tercihlerini ihlale neden olacak kadar ölçsüz bir korkuya ve endişeye neden olması, hukuk bilimiyle açıklanabilir olmaktan uzaktır.

Kaldı ki Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişikliklerin eski metne göre yeni bir hukuksal sonuç doğurmaya elverişli olmaması nedeniyle Yasanın gerekçesinde belirtilen amacı ne derece gerçekleştireceği de tartışmalıdır.

Çoğunluğa katılmadım.

Başkan
Haşim KILIÇ

KARŞIOY YAZISI

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la Anayasa'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere **"ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında"** ibaresi, 42. maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere, **"Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanılmasının sınırları kanunla belirlenir"** fıkrası eklenmiştir.

Anayasakoyucu, 148. maddeyle, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceleyip denetleyebileceğini belirtmiş, esas yönünden denetleme yapmasını yasaklamıştır. Bu denetlemeyi de, değişikliklerin teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususlarıyla sınırlı tutmuştur.

Konuyla ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi 16.6.1987 günlü, E:1987/9, Karar:1987/15 sayılı kararında, "Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasanın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir" demektedir.

Şekil bakımından denetleme esasa girmemeyi öngörmesine karşın, Anayasa değişikliğinin gerçekte neyi amaçladığının ortaya çıkartılması kaçınılmaz olarak esas denetimine girme mânâsına gelmektedir. Anayasa normunun anlam ve kapsamı da, Anayasa'ya uygun yorumla ulaşılan sonucun doğuracağı esastan iptal yahut uygun bulunma neticesi de birer esas denetim parametreleridir. Bu itibarla, normun muhtevası hakkında bağlayıcı kararlar ulaştırılması, heyetin çoğunluğunun şekil yönünden değil esasa girerek karar verdiğini gösterir ki, bu, yetkisi dışında görünmektedir. Çünkü

10. ve 42. maddelerinde yapılan değişikliklerin salt biçim yönünden incelenmesi hâlinde, basitçe, ortada 148. maddenin şartlarına aykırılık bulunmadığı belirtilerek dosyadan el çekilmesi gerekecekti. Halbûki, şekli aykırılık tartışmaları aşılmış, yapılan düzenlemenin 2. maddeyi dolanarak veya dolaylı olarak değiştirdiğı yorumlarına girmekle normun bizzat ve kaçınılmaz tarzda esastan incelenmesine geçilmiş olmaktadır.

Bundan sonra her türlü gerekçenin gayet rahatlıkla içine girebileceğı derecede geniş anlamları olan demokrasi, lâiklik, sosyallik kavramları uyarınca ve bunlarda Anayasa Mahkemesi'nce her zaman farklı yorumlamaya gidilebileceğı ihtimaliyle artık hiçbir Anayasa değişikliği yapılamayacak, teklif edilemeyecek, akla dahî getirilmeyecektir.

Bu sûretle, bırakalım Anayasa'yı yeniden yapmayı, en küçük değişiklikte dahi karşısında değiştirilemez üç madde bulunacaktır.

Anayasa'nın yeniden hazırlanması da yalnızca ve sadece **asli kurucu iktidarın** işi olacak, **tâli kurucu iktidardan** artık hiç bahsedilmeyecektir.

Toplumun temel sosyo-politik ve sosyo-ekonomik yapılanması anlamına gelen Anayasa'da bunun dışında değiştirilemeyeceğı için durağan, statik, sabit bir metinle hukuk devletinin idâme ettirileceğı, dinamik toplumun böyle mutlu kılınacağı zannedilecektir.

Oysa doğru olan, Anayasa'nın kendini temel ilke değişikliklerine karşı korurken bunlar dışındaki tüm maddelerde değişime izin vererek hem ilkeleri hem de bir bütün olarak kendini zamanın şartlarına uyarlıyabilme yeteneğine sahip olabilmesidir. Demokratik, lâik ve sosyal bir Anayasa her şeyden önce bu dönüşümü zorunlu kıldığından, engelleme çabası anlamına gelen çoğunluk görüşünün Anayasa'nın temel ilkeleriyle bağdaşması mümkün görülmemektedir.

Kanunlar ve anayasalar abesle iştilgal etmez. Anayasa'nın 4. maddesiyle ilk üç maddedeki değişiklik yasaklanmakta iken, eşitliğin ve eğitim özgürlüğünün vurgulanmasından öte gitmeyen 10. ve 42. maddelerdeki değişikliğin 4. madde kapsamında olduğunu ileri sürmek (fevkalâde) zorlama bir yorum olmaktadır.

Bilakis, bu iki maddedeki ilâvelerin, Anayasa'nın sözü geçen 14. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları da gözönünde bulundurulduğunda, kişi hak ve hürriyetlerinin geliştirilmesi maksadına dönük olduğu, AİHM kararlarında ve Anayasamızın temel felsefesinde de bunları sınırlama değil mümkün olduğunca genişletme arzusu yattığı, böylece, lâikliğı zedeleyerek Anayasa'ya aykırı olmadığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinin özü, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir "hukuk devleti" olduğudur. Maddede bunun içi doldurulmuş, "demokratik, lâik, sosyal" sıfatları eklenmiştir. Ne var ki, hiçbir niteleme getirilmese de, o hukuk devletinin demokratik, lâik, sosyal olacağı bellidir, kavramın kendi anlamı içinde bunlar zâten yatmaktadır. Anayasakoyucu fazladan vurgu yaparak bu nitelermeleri yazıya geçirmiş, toplumun

huzuru anlayışı içinde, millî dayanışma anlayışı içinde, adâlet anlayışı içinde kalarak insan haklarına saygılı olduğunu; Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıç'ta belirlenen temel ilkelere dayandığını da ayrıca ilâve etmiştir. Ana vurgu, temel özellik, öz yapı "hukuk devleti" kavramındadır. Anayasa Mahkemesi bunun açılımını da, "Anayasanın 2. maddesinde belirtilen eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da hukukun evrensel temel ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Hukuk devleti, siyasal iktidarı hukukla sınırlayarak ve devlet etkinliklerinin düzenli sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturarak aynı zamanda istikrara da hizmet eder. Bu istikrarın özü hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanabilmesi ise, kuralların genel, soyut, açık ve anlaşılabilir olmalarına bağlıdır. Hukuk devleti, yasaların kamu yararına dayanması ilkesini de içerir. Buna göre, özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralı konulamaz" şeklinde belirlemektedir.

Hukuk devletinde ne çoğunluğun azınlığa ne de azınlığın çoğunluğa karşı dayatması, zorlaması, keyfi davranışı olabilir. Arzûya göre suç ihdâs edilemez, isteğe göre cezâ konulamaz. Kararların ve işlemlerin ölçülü, makûl olması aynı zamanda Mahkeme içtihatlarındandır. Amaç, her şeyin açık ve net, yetki, görev ve sorumluluk paylaşımının âdil ve dengeli olduğu **özürsüz ve ârızasız demokrasi** oluşturmaktır.

İyiniyet ve karşılıklı etkileşimlerle sistemin kendi akışına bırakılmasında, bundan böyle, büyük faydalar vardır. Şekilde kalmayıp beyinlerde ve kalplerde özümsemiş demokratik bir lâiklik hasımlık ve bölünmeye değil, birleşme ve bütünleşmeye, sosyal barışın yerleşmesine, enerjinin içe değil (yıkıcı) dışa dönük (yapıcı) harcanmasına yol açacak; faydalı yeniliğin engeli değil gelişmenin ve kalkınmanın kanadı, karşılıklı anlayış, dostluk, sevgi, saygı, güven ve hoşgörünün basamağı ve teminatı olacaktır.

Mevcut ve açık tehlike ilkesi gereği, kişi yaptığı hareketin kanunda suç teşkil etmesi karşısında ancak mahkeme kararıyla suçlu sayılır. Sanık dahî suçsuz muâmelesine tâbidir. Böyle olunca, muhtemel, potansiyel, hayalî suçlu kavramı arkaik kalmaktadır. Bir türlü gelmeyen, ne zaman geleceği belli de olmayan ama devamlı tekrarlayarak, üsteleyerek, tâze tutularak hemen geleceği vehmedilen (varsayılan) mücerret (soyut) ve mevhum (hayalî, belirsiz) bir tehlike uğruna müşahhas (somut) bir eğitim hakkının gasbına göz yumulmaktadır. Birilerinin itilip kakıldığı ve ikinci sınıf sayıldığı (veyâ böyle hissedildiği), buna karşılık ayrıcalıkların ve keyfiliğin arttığı (veyâ öyle zannedildiği) bir zeminde "hukuk güvenliğinden", "eşitlikten", "vâr olmaktan" bahsedilmesi hayli zordur. Devamlı şekilde **niyetleri** sezmeyle çalışmak, **varsayımları** ve **olasılıkları** bahâne etmek problemi çözümsüzleştirmektedir. Hukuk devletinde işlemler, vehimler, tahminler veya

kehânetler üzerine değil Anayasa ve yasalara uygun somut gerçeklikler üzerine binâ edilir.

Bu gerekçelerle, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişikliklerin Cumhuriyetin 2. maddede belirtilen temel niteliklerini dolaylı bir şekilde değiştirdiği ve işlevsizleştirdiği iddiasının gerçekte asıl hukuk devletinin dolanarak ihlâl edildiği anlamına ulaştığını görüyor, bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Sacit ADALI