

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
FELSEFE VE DİN BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
DİN SOSYOLOJİSİ BİLİM DALI

Yüksek Yargı Kararları Işığında Laiklik Algısındaki Sosyolojik Değişim

Yüksek Lisans Tezi

Özlem Topal

İstanbul - 2010

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
FELSEFE VE DİN BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
DİN SOSYOLOJİSİ BİLİM DALI

Yüksek Yargı Kararları Işığında Laiklik Algısındaki Sosyolojik Değişim

Yüksek Lisans Tezi

Özlem Topal

Danışman

Doç. Dr. Ali Coşkun

İstanbul - 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

İLAHİYAT Anabilim Dalı DİN SOSYOLOJİSİ Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
ÖZLEM TOPAL'ın YÜKSEK YARGI KARARLARI IŞIĞINDA LAİKLİK ALGISINDAKİ
SOSYOLOJİK DEĞİŞİM adlı tez çalışması Enstitümüz Yönetim Kurulunun 19.07.2010 tarih ve
2010/14-19 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliğiyle Yüksek Lisans Tezi
olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi

- 1) Tez Danışmanı : DOÇ. DR. ALİ COŞKUN
2) Jüri Üyesi : PROF. DR. ZEKİ ARSLANTÜRK
3) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. HASAN HACAK



İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	4
A. Konu, Amaç, Önem	4
B. İddia ve Varsayımlar	5
C. Yöntem.....	5
D. Kaynaklar ve İlgili Literatür	6
BİRİNCİ BÖLÜM	7
KUVVETLER AYRILIĞI PRENSİBİ BAĞLAMINDA YARGI ERKİNİN KONUMU	7
A. Kuvvetler Ayrılığı ve Denge Sorununa Genel Bir Bakış	7
B. Yargı –Yasama, Yargı –Yürütme ilişkisi.....	11
C. Yargı Lehine Bozulan Denge ve Yansımaları	15
D. Yargı Erki İçinde Yüksek Yargının Yeri / Gücü	18
İKİNCİ BÖLÜM.....	20
BİR HUKUK KAVRAMI OLARAK LAİKLİK	20
A. Laiklik Kavramı	20
1. Laikliğin Etimolojisi	20
2. Bir Kavram Olarak Laiklik (Sosyolojik - Hukuki).....	21
a. Bir Sosyoloji Kavramı Olarak Laiklik.....	22
b. Hukuk Kavramı Olarak Laiklik	25
aa. Din Hürriyeti	25

bb. Din ve Devlet İşlerinin Birbirinden Ayrılması	26
c. Ara Değerlendirme.....	27
B. Laikliğin Türkiye’deki Gelişimi	29
1. Osmanlı Devleti Hukuk Sistemi ve Laiklik	29
2. Cumhuriyet Döneminde Laiklik	32
3. Anayasalar Ekseninde Laikliğin Gelişimi	34
a. 1961 Anayasasında Laiklik.....	34
b. 1982 Anayasasında Laiklik.....	35
aa. Başlangıç Kısımındaki Hükümler	35
bb. Anayasanın 2. Maddesinde Laiklik Kavramı	36
cc. Bir Temel Hak Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü ile Laiklik İlişkisi	39
dd. Anayasadaki Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle Laiklik İlişkisi	42
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	43
YÜKSEK YARGININ TÜRKİYE’DE LAİKLİK ALGISININ OLUŞUMUNDAKİ YERİ	43
A. Yüksek Yargının Anayasal Kavramların Oluşumu ve Yorumundaki Yeri	43
B. Kararlar Işığında Yüksek Yargının Laiklik Algılaması.....	46
1. Anayasa Mahkemesi’nin Doğrudan Laiklikle İlgili Kararları	47
a. 1961 Anayasası Döneminde Anayasa Mahkemesi’nin Laiklikle İlgili Kararları	47
aa. 20.05.1971 tarih, E.1971/1 ve K.1971/1 sayılı kararı	47
bb. 21.10.1971 tarihli, E.1970/53 ve K.1971/76 sayılı karar.....	49
cc. 27.11.1979 tarih, E.1979/9 ve K.1979/44 sayılı karar	53
dd. 03.07.1980 tarihli, E.1980/19 ve K.1980/48 sayılı karar.....	54
b. 1982 Anayasası Döneminde Anayasa Mahkemesi’nin Laiklikle İlgili Kararları	55
aa. 25.10.1983 tarih, E.1983/2 ve K.1983/2 sayılı karar	55

bb. 04.11.1986 tarih, E.1986/11 ve K.1986/26 sayılı karar	58
cc. 07.03.1989 tarih, E.1989/1 ve K.1989/12 sayılı karar	61
dd. 09.04.1991 tarih, E.1990/36 ve K.1991/8 sayılı karar	66
ee. 16.01.1998 tarih, E.1997/1 ve K.1998/1 sayılı karar	69
ff. 22.06.2001 tarih, E.1999/2 ve K.2001/2 tarihli karar	71
gg. 05.06.2008 tarih, E.2008/16 ve K.2008/116 sayılı karar	72
hh. 30.7.2008 tarih, E.2008/1 ve K.2008/2 sayılı karar	74
2. Anayasa Mahkemesi'nin Laiklikle İlgili Diğer Kararları	76
aa. 08.04.1963 Tarihli, E.1963/16 ve K.1963/83 sayılı karar	76
bb. 11.02.1987 tarih, E.1986/12 ve K.1987/4 sayılı karar	77
3. Danıştay'ın Laiklikle İlgili Kararları	78
C. Yüksek Yargı Kararlarındaki Laiklik Anlayışı veya Algılayışının Değerlendirilmesi.....	81
1. Sosyal Değişim-Yüksek Yargı.....	81
a. Sosyal Değişimin Yargıçlar ve Yargı Kararlarının Din ve Laiklik Algısı Üzerine Etkisi	82
b. Yargıç ve Yargı Kararlarındaki Din ve Laiklik Algısının Sosyal Değişim Üzerindeki Etkisi	89
2. Laiklik ve İdeoloji: Bir Hukuk Kavramından Siyasi İdeolojiye	90
3. Mahkeme Üyelerinin Kişisel Görüşlerinin Laiklik Anlayışının ve Algısının Şekillenmesindeki Etkisi.....	96
Sonuç	99
Bibliyografya	101

GİRİŞ

A. Konu, Amaç, Önem

Türkiye’de laiklik konusu her zaman çokça tartışılan bir konu olmuştur. Böyle bir konuyu çeşitli bakımlardan ele alan birçok çalışmanın olduğu da bir vakıadır. Siyasi, sosyolojik, hukuki bakımlardan laiklik çok incelenmiş bir konu sayılabilir. Ancak bütün tartışmalarda, hatta bilimsel eserlerdeki tartışmalarda bile, açıklığa kavuşturulmamış pek çok hususun bulunduğunu söylemek mümkündür.

Üzerinde bu kadar çok konuşulan ve çalışılan bir konunun ciddi kırılmalara yol açan tartışmaların konusu olmaya devam etmesini hangi sebebe bağlayabiliriz? Kanaatimizce burada ilk önemli konu, laiklikle ilgili çalışmaların daha çok teorik zeminde yürütülmesidir. Teorik zeminde yürütülen tartışmaların Türkiye örneğinde tam bir karşılığının olduğunu söylemek güçtür. Öbür yandan Türkiye örneğinden hareket eden çalışmaların ise evrensel laiklik anlayışı ile uyuşmadığı gerçeği karşımıza çıkmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi laikliğin Türkiye’ye özgü içeriğine daima vurgu yapmaktadır. Bir de kavramın, ne evrensel içeriğine ne de Türkiye örneklerine uyan bambaşka boyutlarının var olduğunu iddia eden çevreler ve bunların çalışmaları göz önüne alınırsa konunun niçin karmaşıklığını koruduğu anlaşılır hale gelecektir.

Çalışmamızdaki temel amacımız, laiklik kavramının Türkiye’de yüksek yargı kararlarında ele alınışından hareketle, şimdiye kadar sürdürülen ön kabullere dayanan yaklaşımların dışında, olanı gösterme ve analiz etmek olacaktır. Türkiye’ye özgü laikliğin laiklik olup olmadığı, eğer laiklik ise hukuk metinlerinde yer alan bir kavram olarak, bir hukuk kavramı olup olmadığı incelenmeye çalışılacaktır.

Çokça tartışılmış olmasına rağmen hala asgari mutabakatların olmadığı bir konuya farklı bir boyut kazandırarak katkıda bulunmak bu çalışmanın nihai amacıdır.

B. İddia ve Varsayımlar

Bu çalışma, yüksek yargı, özellikle Anayasa Mahkemesi kararlarındaki laiklik anlayışının bir hukuk kavramı olarak laiklikle bağdaşmadığı, hatta 1924 Anayasası dönemindeki laiklikle ilgili düzenlemelerin ve anlayışların 1961 Anayasasıyla başlayan dönemde büyük ölçüde değiştiği kanaatiyle yola çıkmaktadır. 1961 Anayasası anahatlarıyla laiklik kavramını bir siyasi ideoloji olarak çerçevelemiştir, Anayasa Mahkemesi ise bu kavramın içeriğini çok ayrıntılı bir siyasi ideoloji olarak doldurmuştur.

Yüksek yargı kararlarında laiklik, bir din ve vicdan özgürlüğü veya din ve devlet işlerinin ayrılması meselesi olarak ele alınmamaktadır. Bu meselelerle ilgili mahkeme kararlarında yer alan değerlendirmelerin fonksiyonel anlamı bulunduğu kanaatindeyiz. Başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yüksek yargı laikliği pozitivist bir siyasi ideoloji olarak algılamakta ve bu ideolojiyi devletin resmi ideolojisi halinde takdim etmektedir. Mahkeme kararlarından yapmış olduğumuz uzun alıntılar bu varsayımlarımızı doğrulayacak niteliktedir.

C. Yöntem

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci ve ikinci bölümler üçüncü bölüme hazırlık mahiyetinde, bir zemin oluşturmak üzere oluşturulmuştur. Bu bölümlerde daha önce konuyla ilgili yapılan çalışmalardan yararlanılarak uygun bir teorik çerçeve çizilmeye çalışılmaktadır.

Üçüncü bölümde ise Anayasa Mahkemesi ile Danıştay'ın laiklik ile ilgili vermiş oldukları kararlar tarihi seyir içinde ele alınmakta, kararla ilgili genel bir çerçeve sunacak şekilde alıntılarla verilmektedir. Daha sonra bu kararların ortaya koymuş olduğu tablo ve varsa belli bir istikametın mahiyeti açıklanmaya çalışılmaktadır. Mahkeme kararları ile siyaset, sosyal hayat ve hukuk arasındaki ilişkiler ortaya konulup tahlil edilmektedir.

D. Kaynaklar ve İlgili Literatür

Çalışmamızın ilk iki bölümünde daha önce konuyla ilgili yapılmış araştırmalardan yararlanılmıştır. Bu konuda özellikle, Bihterin Dinçkol'un 1982 Anayasası Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik isimli çalışmasını zikretmek gerekir. 1989'da tamamlanmış bu çalışma 1982 Anayasasının uygulanmaya başlandığı dönemlerle ilgili derli toplu bilgiler vermekte değerlendirmeler ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarını ise Resmi Gazete'den, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi ile Danıştay Dergisi'nden ve kurumların web sayfalarından tespit ettik.

BİRİNCİ BÖLÜM

KUVVETLER AYRILIĞI PRENSİBİ BAĞLAMINDA YARGI ERKİNİN KONUMU

A. Kuvvetler Ayrılığı ve Denge Sorununa Genel Bir Bakış

Batı hukuku, son tahlilde, devletin vaz ettiği bir hukuktur. Başlangıçta, örf ve adetlerin hukukileştirilmesiyle ortaya çıkan hukuk kuralları, çok kısa bir süre içinde Roma “civitas”larının resmi kuralları haline dönüşmüştür¹. Civitas’ın teşekkülüyle birlikte, örf ve adetlerin hukuk kuralı halini alması bir siyasi erkin işlemiyle mümkün hale gelmiştir. Civitasların devlete dönüşmesiyle hukukun oluşumunun bütünüyle bir devlet “işlem”i haline geldiği görülmektedir.

Roma devletinde başlangıçta “halk meclisleri” hukuk kurallarını koymaktadır². Zaman içinde, özellikle İlk İmparatorluk döneminde, senatus’ların öne çıktığı ve yasama yetkisini kullanmaya başladığı görülür³. İmparatorluk dönemlerinde ise zaman içinde tek yetkili hale gelen imparatorlar yasama yetkisini de üstlenmiştir⁴. Devlet içindeki organizasyonun değişmesine rağmen, sonuçta, “devlet” yetkisi kullanan bir “organ” hukuku “yaratmak”tır.

Avrupa’da Batı Roma İmparatorluğu’nun gerilemesi ve çökmesiyle birlikte, Frank imparatorluklarının da gerilemesi, önemli bir siyasi boşluk ortaya çıkartmıştır⁵. Bu süreçte, IV. Yüzyıldan itibaren bir “güç” haline gelen Hristiyanlık’ın oluşan siyasi

¹ Civitas hakkında bkz.: Bülent Tahiroğlu – Belgin Erdoğan, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 2009, sh.2-3.

² A.g.e., sh.15-17.

³ A.g.e., sh.28.

⁴ A.g.e., sh.33.

⁵ Tuncay Başoğlu, “Hristiyan Hukuku”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy.9, 2007, sh.39.

boşluğu doldurmaya yönelik bir gelişimi izlenmektedir. IV. Yüzyılın sonlarına doğru, Doğu Roma İmparatoru tarafından kendilerine, dinin mensupları arasındaki ihtilafları çözme yetkisi, yani bir nevi “yargılama” yetkisi verilen Hristiyanlık dini otoritesi, hukuku uygulama gücünün bir ön şartı olarak hukuku yaratma imkanına da sahip olmaya başlamıştır⁶. Kendisinden önceki din olan Yahudilikle birlikte mütalaası gereken Hristiyanlık, İznik Konsilinden itibaren kendisini müstakil bir din olarak inşa ederken, bir hukuk düzeninden (şeriattan) da mahrum kalmıştır⁷. Zira Hristiyanlık temel olarak Yahudilikle gelen şeriatı benimsemiş, yeni bir şeriat getirmemiştir⁸. Bu haliyle, temel hukuk düzeni olmayan bir din olarak Hristiyanlık, kısmi yargı yetkisinin elde edilmesiyle birlikte, bir hukuk düzeni ihtiyacı içine düşmüştür. Bu süreçte, dini konularda kararlar alan konsüllerin hukuk kuralları oluşturmaya başladığını da görmekteyiz. Özellikle 692 yılında toplanan Quinisext konsilinin (diğer adıyla Trullo Sinodunun) kararları bu bakımdan önem taşımaktadır. Bu konsülde, hukuk kurallarıyla alakalı kararların hem nicelik hem de nitelik itibarıyla değişiklik gösterdiği anlaşılmaktadır⁹. Konsül kararlarına, Latince kökenli bir ifade ile “canon” denilmektedir. Hristiyan hukuku da temelde, “canon”lardan oluştuğu için Canonic Hukuk olarak da isimlendirilmektedir. Hristiyan hukukunun Batı’daki hakim yorumu olan (Katolik) Kilise Hukuku tek yorum değildir; Ortodokslukta ve Anglikan Kilisesinde hukuk anlayışının farklı bir yorumla geliştiğini belirtmek gerekir.

Çizmeye çalıştığımız bu kısa tablo göstermektedir ki, Hristiyan (Kilise) hukuku da aslında, Yahudilikte ve İslam’da olduğu gibi, esasları dinin temel kaynaklarından çıkan bir hukuk sistemi değildir; Roma’da olduğu gibi, bir “yasama organı” tarafından konulmuş bir hukuk düzenidir¹⁰. Yasama organı, bazı dönemlerde

⁶ Aynı yer.

⁷ A.g.m., sh.40

⁸ Aynı yer.

⁹ A.g.m., sh.39.

¹⁰ René David, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri* (trc. Argun Köteli), İstanbul 1985, s. 425. David’in ifadelerine göre bu hukukun hususiyetleri şöyle sıralanabilir:

1. Kanonik hukuk, sonuçta bütünüyle Roma hukukunun yerini almayı amaçlayan yetkin bir sistem değildir. Bu hukuk, kilisenin örgütlenmesi, dinî mezhepler, kanonik usul gibi, Roma hukukunun ve diğerlerinin düzenlemediği hususları düzenlemeyi amaçlamış olup, bu konularda da mevcut hukukların tamamlayıcısı olma iddiasına hiçbir zaman sahip olmamıştır.
2. Hristiyan inanç ve ahlâkından esinlenmekle birlikte hiçbir zaman vahye dayanmamıştır.
3. Söz konusu hukukun kaidelerinin çiğnenmesi, uhrevî cezayı gerektirmez.

“halk meclisleri”, bazı dönemlerde “senatus”lar, belli dönemlerde İmparatorlar olduğu gibi, bir dönemde de “konsil”ler olmuştur. Konsiller, diğer beşeri siyasi erklerden farklı bir merci mahiyeti taşımamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, dini hukuk – laik hukuk ayrımı, Batı tarihi bakımından anlamlıdır; hakikatte, Batı’daki dini hukuk düzeni de laik hukuk düzeni de tamamen siyasi iktidarın var ettiği hukuk düzenidir ve bu bakımdan her ikisi de beşeridir.

Zaman içinde, konsüllerden, papalıkça takdis edilmiş imparatorlara geçen yasama yetkisi, hukuku yaratanın devlet olduğu şeklindeki temel anlayışı değiştirmemiştir. Mutlak monarşilerde de krallar hukuk koyucu fonksiyonunu üstlenmişlerdir.

Mutlak monarşilerin güçlü döneminde, Batı’da gelişmeye başlayan burjuvazi ve asker ile yönetici kökenli aristokrasi, sınırsız yetkiye sahip kral (devlet) iktidarının belli ölçüde sınırlanmasını istemeye başlamıştır. Zira sınırsız kral iktidarı, burjuvazi ve aristokrasi açısından hayat, hürriyet ve mülkiyet hakları için güvencesiz, keyfi bir ortam oluşturmaktadır.

Devletin sınırlanması ise ancak hukukla mümkün olabilir. Ancak, hukuk bütünüyle bir devlet yaratisı olduğu zaman devleti hukukla kayıtlamak mümkün değildir. Hukuk sınırıyla karşılaşan devletin önündeki tek seçenek kurala uymak değildir; kuralı değiştirmek de bir başka seçenektir. Bu haliyle devleti hukukla kayıt altına almak mümkün olamaz. Bu noktada, teorik olarak, doğal hukuk doktrinlerinin güçlendiğini görmekteyiz¹¹. Doğal hukuk demek, hukukun devlet öncesi bir temelini bulduğunu kabul etmek demektir. Eğer doğal hukukun varlığına inanılırsa, devletin hukuk kurallarını koyarken keyfi hareket edemeyeceği, belli esaslara riayet etmesi gerektiği ortaya çıkacaktır. Bu sebeple, devletten, haklardan ve hukuktan söz eden dönemin düşünürleri muhakkak doğal hukuka atıf yapmak zorunluluğu hissetmişlerdir¹².

4. Dogmatikğin değişmez kaideleri sabit kalmak kaydıyla, kilise yetkilileri şartlara göre bu hukukun kaidelerini değiştirebilirler.

¹¹ Ernest Hirsch, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara, 2001, sh.85.

¹² Aynı yer.

Doğal hukuka yapılan atıflar bütünüyle itibaridir; doğal hukukun varlığını kabul etmek, Batı kültürü bakımından bir zorunluluk değildir. Özellikle sınırsız iktidar sahiplerinin, kendilerini sınırlayacak bir anlayışı benimsemeye sıcak bakacaklarını düşünmek kolay olmaz. Bu sebeple, doğal hukuk doktrini devlet iktidarının sınırlandırılması bakımından sadece teorik bir zemindir; bu zemin üzerinde bir takım mekanizmaların inşası gerekir. Kuvvetler ayrılığı teorisi bu bakımdan önem taşımaktadır¹³.

İngiliz düşünür John Locke, kuvvetler ayrılığı teorisini doğal hukuk anlayışıyla ilişkilendirerek ortaya koyan öncü bir kişidir¹⁴. Bugünkü anlamda olmamakla beraber¹⁵, devlet fonksiyonlarının birbirinden ayrılması ve devlet iktidarının bu şekilde sınırlandırılması düşüncesini anlaşılır bir şekilde açıklamaya çalışır. Locke, yargı erkini ayrı bir erk olarak mütalaa etmemiştir; ona göre, beklide zamanına göre, devletin kural koyucu fonksiyonu ile yönetme fonksiyonunun birbirinden ayrılması öncelikli meseledir. Bu yüzden yasama ve yürütmenin ayrılması yeterlidir. Yargının ayrı bir erk olarak kabul edilmesi daha sonraki bir meseledir.

Locke'un açıklamaya çalıştığı sistem, aslında İngiltere'de zaman içinde oluşmuş sistemdir. Başlangıçta, kralın seçtiği kişilerden oluşan ve bir danışma organı olarak çalışan parlamento zamanla müstakil bir güç haline gelmiştir. Parlamenteoya seçilen kişiler, sadece kralın tercihiyle orada bulunmadıklarını, kralın kendilerini tercih etmesini sağlayan bazı niteliklere sahip olduklarını idrak etmişler, varlıklarını sadece krala borçlu olmadıklarını kavramışlardır. Bu süreç, parlamento, kraldan ayrı olarak siyasi iktidarı kullanan bir unsur haline getirmiştir. Başlangıçta vergi koyma yetkisine sahip parlamento, zamanla hukuk kurallarının tamamını koyan bir merci haline gelmiştir¹⁶. Lock'un yasama ve yürütme iktidarını birbirinden ayırma düşüncesi işte ana

¹³ Konuyla ilgili olarak bkz.: Mehmet Turhan, Hükûmet Sistemleri, Ankara, Gündoğan Yayınları, İkinci Baskı, 1993, s.3-14; Tarık Zafer Tunaya, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul, Araştırma, Eğitim ve Ekin Yayınları, Beşinci Bası, 1982, s.388-413

¹⁴ Turhan Feyzioğlu, "Kuvvetlerin Ayrılığı Nazariyesi", Ankara Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, C. II, 1947, sy.1-2, sh.51.

¹⁵ Locke, Uygur Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Bölüm XII, Paragraf 143 (Seçme metin, Çeviren Mete Tunçay, in Mete Tunçay (der), Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi, Ankara, Teori Yayınları, 1986, s.241-242. Locke, yasama ve yürütme kuvvetinin yanında üçüncü kuvvet olarak yargıyı değil, "barış, birlik ve ittifak yapma kuvveti" diye nitelendirdiği ve "federatif kuvvet" olarak isimlendirdiği bir üçüncü kuvvetten söz eder. (Bölüm XII, Paragraf 146).

¹⁶ Feyzioğlu, sh.51.

hatlarıyla İngiltere'deki tarihi gelişime dayanmaktadır. Bu tarihi gelişimin İngiltere'ye mahsus olduğunu, kıta Avrupa'sında benzerinin bulunmadığını da unutmamak gerekir.

Kuvvetler ayrılığı teorisinin bugünkü anlamda kurucusu olarak Montesquieu (1689-1755) kabul edilmektedir. Montesquieu bu teoriden *Kanunların Ruhu* (1748) isimli eserinde, “İngiliz Anayasası” başlığı altında söz etmektedir¹⁷. Yazdıkları incelendiğinde Montesquieu'nun da İngiliz sisteminden esinlendiği, büyük ölçüde bu sistemi rasyonalize etmeye çalıştığı sonucuna varılabilir. Montesquieu'ye göre, her devlette üç farklı kuvvet vardır. Bunlardan birincisi, “geçici veya sürekli kanunlar yapma; eskiden yapılmış olanları düzeltme ya da yürürlükten kaldırma” işini gerçekleştiren “yasama kuvveti”dir¹⁸. İkinci kuvvet, “savaş veya barış yapma; elçi gönderme ya da kabul etme; güvenliği sağlama, istilaları önleme” işini gerçekleştiren “devletin yürütme kuvveti” olarak isimlendirdiği kuvvettir¹⁹. Üçüncü kuvvet ise, “suçluları cezalandırma ve özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözme işini gerçekleştiren “yargılama kuvveti”dir²⁰.

Kuvvetler ayrılığı teorisinin pratikte bir anlam kazanması, devlet organizasyonlarının bu teoriye göre şekillendirilmesiyle mümkün hale gelmiştir. Her ülkenin tarihi gelişimine göre farklılıklar gösteren bu süreci Avrupa'da Fransız Devrimi ile başlatmak mümkündür. Yaklaşık olarak aynı tarihlerde Kuzey Amerika'da da benzer gelişmelerin olduğunu belirtmek gerekir. Kuvvetler ayrılığı teorisi, anayasacılık hareketleriyle gelişmiş, yerleşmiş ve yaygınlaşmıştır.

B. Yargı –Yasama, Yargı –Yürütme ilişkisi

Kuvvetler ayrılığı teorisinin kurucusu kabul edilen Montesquieu devletin fonksiyonlarını üçe ayırmakla kalmamış, bunların birbirlerinden ayrılması gerektiğini

¹⁷ Montesquieu, “İngiltere'nin Esas Teşkilatı”, Çev. Mükbil Özyörük, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, Cilt II, 1947, Sayı 1-2, s.75.

¹⁸ Aynı yer.

¹⁹ Aynı yer.

²⁰ Aynı yer.

de ifade etmiştir. Ona göre, yasama ve yürütme kuvvetleri aynı elde toplanmış ise veya yargı kuvveti yasama ve yürütme kuvvetlerinden ayrılmış değilse hürriyet yoktur²¹.

Montesquieu'ye göre yürütme kuvveti bir tek kişinin elinde olmalıdır; hükümet, bir kişi elinde birçok kişilerde olduğundan daha iyi idare edilir²². Yasama kuvveti ise, ona göre, “bir kişi yerine birçok kişi tarafından daha iyi kullanılır”; bunun için bir kurula ait olmalıdır. İki bölümden oluşması gereken bu kurulun birinci bölümü asilllerden, ikinci bölümü halkın temsilcilerinden meydana gelmelidir. Bunlar birbirlerini diğerine karşı “frenleme yetkisi”ne sahip olurlar²³.

Montesquieu'ye göre yargı kuvveti mahkemelere aittir. Ona göre, mahkemelerde halktan seçilecek kimselerin de bulunması gerekir. Yargı kuvvetinin mahiyeti gereği sınırlı bir kuvvet olduğunu ileri süren Montesquieu, “milletin yargıçları, cansız birer varlıkmışlar gibi hareket ederek kanunun sözlerini, ne kuvvetini ve ne de sertliğini değiştirmeden, sadece telaffuz eden birer ağızdır” der²⁴.

Sonuç olarak, Montesquieu'ye göre yasama kuvveti, kendi koyduğu kuralları uygulama yetkisi olmadığı için sınırlıdır; yürütme kuvveti, kural koyma yetkisi bulunmadığı, yasamanın koyduğu kuralları uygulamak zorunda olduğu için sınırlıdır; yargı ise, hakimler kanunların sözlerini telaffuz eden birer ağızdan başka bir şey olmadığı için, mahiyeti gereği sınırlıdır. Bu sınırların aşılması halinde hürriyet ortadan kalkar.

Yargı yürütme ilişkisinde fonksiyonların ayrıştırılması önemli kabul edilmektedir; yoksa organik ilişkiler kuvvetler ayrılığı teorisine aykırı sayılmaz. Bu sebeple, Avrupa ülkelerinin bir çoğunda, yargı fonksiyonunu icra eden hâkimlerin yürütme organı tarafından atandığı görülmektedir²⁵. Hâkimler yürütme organı tarafından atanabilir; ama görevlerini yerine getirirlerken yürütmenin telkin ve

²¹ Aynı yer.

²² A.g.m., sh.79.

²³ A.g.m., sh.82.

²⁴ A.g.m., sh.81.

²⁵ Almanya, İngiltere ve Avusturya’da ise hakimlerin atanması için özel bir kurul yoktur; atamalar adalet bakanlığı tarafından yapılmaktadır. Hollanda, İsveç ve Danimarka’da ise hakim atamalarında yetkili bir kurul bulunmakla beraber, kurulun üyelerinin tamamı hükümet tarafından belirlenmektedir. Diğer ülkelerde ise, yasama ve ise hakim atamalarında yetkili bir kurul bulunmakla beraber, kurulun üyelerinin tamamı hükümet tarafından belirlenmektedir. Diğer ülkelerde ise, yasama ve yürütme organlarının da üye seçtiği özel kurullar mevcuttur.

talimatlarından uzak kalabilmelidirler. Bu konuda, Avrupa’da, yine İngiltere’de hâkimlere yürütme karşısında güvencelerin XVIII. Yüzyıl başında verildiğini görmekteyiz²⁶.

Montesquieu’nun sert kuvvetler ayrılığı teorisini belli şekillerde esneten, yasama kuvvetine diğer kuvvetler arasında üstünlük tanıyan düşünürler de vardır. Kant, bunlar içinde en önemlisidir. O da kuvvetler ayrılığı teorisini benimsemekle birlikte yasama kuvvetinin diğerlerinden üstün olduğu tezini savunmaktadır²⁷. Fransız Devrimi sırasında da, özellikle yasama yürütme ilişkileri bakımından kuvvetler ayrılığı teorisi tartışılmıştır. Yürütme veya yasama lehinde görüşler ileri sürülmüştür. Yasama karşısında yargıya üstünlük tanıyan bazı görüşler de mevcuttur. Bir görüşe göre, ABD’de, yargı erkinin, Kara Avrupası ve İngiltere’deki sistemlere göre, daha özerk olduğundan söz edilebilir. ABD bağımsızlık savaşının gerçekte İngiltere’ye karşı değil de, İngiliz Parlamentosu’nun tamamen sınırsız yetkilerine karşı ortaya çıktığı ve sınırlı parlamento anlayışını getirdiği ifade edilmektedir²⁸. İngiltere’de eskiden olduğu gibi şimdi de “parlamentonun egemenliği teorisi” esas alınmaktadır; parlamento en üstün kuvvettir²⁹.

Yargı ile yasama arasındaki ilişki, yasamanın bütün devlet kurumlarını düzenleme yetkisine sahip oluşu bakımından da değerlendirilmelidir. Yasama organı, anayasalar dahil olmak üzere, bütün mevzuatta değişiklik yapma yetkisine sahiptir. Dolayısıyla, yargı ile ilgili her türlü düzenlemeyi yapma ve mevcut düzenlemeleri değiştirme yetkisi yasama organındadır. Bu haliyle yasamanın birincil fonksiyon olduğunu söylemek doğru olacaktır. Buna rağmen, yasama organının hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı teorisi çerçevesinde yerleşik esaslara aykırı düzenlemeleri, teorik olarak yetkili olsa da, yapmaması benimsenmektedir. İngiliz hukukçu Diplock, parlamentonun yargının her türlü teminatını kaldırma yetkisine sahip olduğunu ancak

²⁶ İngiliz hakimlerinin görev teminatları ve ödenekleri ilk kez 1701 tarihli Act of Settlement ile düzenlenmiştir. Bkz. Lord Justice Diplock, “Devlet Yönetiminde Yargıya Düşen Görev”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1979, C.36, sy. 1-4, sh.29

²⁷ Feyzioğlu, sh. 52.

²⁸ F. Davis, “Anglo-Amerikan İdare Hukuku – Kuvvetler Ayrılığı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1957, C.14, Sy.1-4, sh.53.

²⁹ Bkz.: Ergun ÖZBUDUN, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl 1968 Cilt 25 Sayı 1-2, sh.59-80.

bunu yap(a)mayacağını, hukuki imkanla siyasi ve geleneklerin müsaade ettiği imkanın aynı olmadığını ifade etmektedir³⁰.

Öte yandan, Avrupa’da XX. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren gelişmeye başlayan “anayasa yargısı”, yasama – yargı ilişkilerinde yeni bir alan açmıştır. Yasama organlarının işlemlerini denetlemek üzere kurulan özel mahkemeler, kanunların anayasaya uygunluğu konusunda karar vermektedir. Bugünkü anlamda, ilk olarak Avusturya’da ortaya “anayasa mahkemesi” modeli, II. Dünya Savaşı’ndan sonra Almanya ve İtalya’da, farklı bir model olarak Fransa’da ve arkasından Türkiye’de kurulmuştur³¹. Yasama yetkisinin mahiyeti icabı, anayasa yargısının meşruiyeti başından itibaren tartışılmıştır³². Anayasa mahkemelerinin yetkilerinin kesin bir şekilde çizildiği ve hukuk kültürünün yerleştiği ülkelerde fazla sorunla karşılaşılmazken, Türkiye gibi siyasi tartışmalarla hukuk tartışmalarının birbirine karıştığı ülkelerde, ciddi sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu konuya ileride daha ayrıntılı olarak değineceğiz.

Yargı yürütme ilişkileri bakımından da önemli sorun, seçilmiş ve halka hesap vermekle yükümlü iktidarın yargı ile ilgili sorunlardaki yetki ve sorumluluğunun belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Demokratik devletlerde, iyi gitmeyen işlerin sorumluluğu seçimle gelen iktidarlardadır. Her seçim dönemi halk, seçilmişleri sorumlu tutarak karar vermektedir. Yargı ile ilgili sorunlarda da sorumluluğun seçilmişlere yüklenebilmesi, ancak bu konuda belli yetkilerinin bulunmasıyla mümkündür. İşte yargı yürütme ilişkilerinde, hem yürütmeye yargı ile ilgili sorumluluğuna eşdeğer yetkilerin verilmesini, hem de yargı bağımsızlığının sağlanmasını gerçekleştirecek dengeli modellere ihtiyaç vardır. Seçimlerden ve seçilmişlerden bütünüyle bağımsız, yalıtılmış bir yargı anlayışı dünyanın hiçbir yerinden benimsenmemektedir; bunu yukarıda örneklendirmiştik. Bu konuda en doğru formülün, hakimlerin atanmasından çok, görevden alınmaları, soruşturulmaları ve görev teminatları konusunda odaklaşmak

³⁰ Diplock, sh.29.

³¹ Bkz.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Yargısı, İstanbul, 2007, sh.14 vd.

³² Konuyla ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz.: Kemal Gözler, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 61, Sayı 3, Temmuz-Eylül 2006, s.131-166. Ayrıca bkz.: Mehmet Turhan, “Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu”, Editörler: Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, Anayasa Yargısı İncelemeleri - 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, s.41-69; Ergun Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, Editör: Ozan Ergül, Demokrasi ve Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, (Ayrı Bası), s.1-16.

olduğu söylenebilir. Yani, görev teminatları olan, yürütmenin keyfi tasarruflarıyla görevden alınamayan hâkimlerin göreve nasıl atandıkları çok da önemli bir konu değildir.

C. Yargı Lehine Bozulan Denge ve Yansımaları

Kuvvetler ayrılığı teorisinin ortaya çıkışında, yargının kuvvetler içinde mahiyeti icabı en çok sınırlanmış kuvvet olduğunu ifade etmiştik. Montesquieu, yargının kanunun ne olduğu söyleyen bir “ağız” olduğuna dair yaklaşımı bunu ortaya koymaktadır. XIX. Yüzyıldaki anayasacılık hareketleri bu anlayışı benimsemiş görünmektedir.

ABD’de Kara Avrupasından farklı olan hukuk ve yargı sistemi, yukarıda da değindiğimiz üzere, yargıya görece olarak daha fazla değer atfetmektedir. Yasama faaliyetini denetleyen ayrı bir mahkeme sisteminin bulunmadığı ABD’de, Federal Yüksek Mahkeme, anayasada yer almadığı halde, ilk kez 1803’de, Marbury v. Madison davasında, kanunun anayasaya uygunluğunu denetlemiştir³³. Anayasa yargısının teorik olarak önünü açan bu karar, aslında Anglo-Sakson hukuk sistemi bakımından sorunlu gözükmemektedir. Bu sistem, yazılı hukuk kurallarından çok mahkeme kararlarıyla (içtihatlarla) oluşan kurallara dayanmaktadır. Böyle bir sistemde, mahkeme kararının yani içtihadın gücü yazılı hukuk kurallarını esas alan sistemlere göre çok daha fazladır. Yargının sistem içindeki bu konumu, sert kuvvetler ayrılığı anlayışına dayanan Başkanlık Rejimi’nde büyük ölçüde dengelenmektedir. Ancak buna rağmen, en büyüğü 1932-36 yılları arasında olmak üzere, ABD’de birkaç kez yargı yürütme arasında krizler yaşanmıştır. 1932’de başlayan Başkan Franklin Roosevelt ile Federal Yüksek Mahkeme arasındaki kriz yargı ile yasama ve yürütme arasında ortaya çıkan en önemli krizdir. Roosevelt’in başkanlığa gelişinde önemli rolü olan New Deal programının

³³ Kaboğlu, sh.15. Bu karara Türkiye’deki tartışmalarda sık sık atıf yapılmakla birlikte çoğu zaman doğru yorumlanmadığı görülmektedir. Burada iki nokta önemlidir. Birincisi, bu karar kanunların anayasa uygunluğuyla ilgilidir; anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu konusunda bir referans noktası olamaz. Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi ABD’de de rastlanmış bir olay değildir. İkinci önemli nokta, Anglo-Sakson hukuk sisteminde içtihadilik esas olduğu için, mahkemeler pek hukuk kuralını belirlediği gibi, kendi yetki alanlarıyla ilgili olarak da içtihat yoluyla kural koyabilmektedir. Türkiye’de ise yazılı hukuk kurallarının esas alındığı, içtihadiliğin reddedildiği bir sistem mevcuttur; bu sistemde mahkemeler kanunlarla belirlenmiş sınırlamalara tabidir, kendi yetki alanları hakkında kendileri karar veremez.

uygulanabilmesi için çıkartılan kanunlar Federal Yüksek Mahkeme tarafından anayasaya aykırı bulunarak, belli bir süreç içinde iptal edilmiştir. İptal kararları üzerine yeniden düzenlenerek çıkartılan kanunlar da Federal Yüksek Mahkeme’ce iptal edilmiştir. Bunun üzerine 1936 yılında yapılan seçimlerde tekrar aday olan başkan Roosevelt Federal Yüksek Mahkeme’yi hedef almış, seçimden sonra mahkemenin yapısını değiştireceğine dair beyanlarda bulunmuştur. Seçimi kazanan Roosevelt daha önce iptal edilen kanunların yerine yeni düzenlemeler yapmış, Federal Yüksek Mahkeme ise geri adım atarak bu yeni kanunları iptal etmemiştir. Böylece yaklaşık dört yıl süren bir gerilim dönemi, yürütme ve yasama lehine sonuçlanmıştır. Bu dönem, siyaset bilimine “yargıçlar iktidarı” diye bir kavram kazandırmıştır³⁴. Federal Yüksek Mahkeme’nin bu çekişme sırasındaki anlayışına ışık tutacak bir ifade, Mahkeme üyesi bir yargıç tarafından şöyle dile getirilmiştir: “Anayasa Yüksek Mahkemedir.” Buna göre, anayasanın ne olduğu yazılı metne, yürütmenin veya yasamanın bu yazılı metinden ne anladığına göre değil, yargıçların metni nasıl yorumladığına göre belirlenebilir³⁵. Yargının üstünlüğüne dair bu anlayışın ABD’de belli ölçüde gerilediğini ifade edebiliriz.

Bugünkü anlamda ilk anayasa mahkemesini kuran Avusturya’da bu şekilde bir çekişmeye rastlanmaz. Ancak, 1948’de İtalya’da ve 1949’da Federal Almanya’da kurulan anayasa mahkemelerinin yasama faaliyetine yargıyı dahil etme yolunu açan yaklaşımlar taşıdığını belirtmek gerekir. II. Dünya Savaşı öncesinde yaşananlarda yasama organlarının işlemlerinin de rolü olduğu düşünülmüştür. Hitler Almanyasında birçok icraatın teknik anlamda “yasal” bir zeminde gerçekleştiği söylenebilir. Bu bakımdan, yasama organlarını da sınırlayan bir yapının oluşturulması II. Dünya Savaşı sonrası gelişen yaklaşımlar arasında öne çıkmaktadır. Bu anlayışın yaygınlaştığı, yeni anayasacılık hareketlerinde yargıyı yasama sürecine dahil eden bir yaklaşımın esas alındığı görülmektedir³⁶.

³⁴ Konuyla ilgili ayrıntılar için bkz.: Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul, 1989, sh.516-522.

³⁵ Göze, sh.516.

³⁶ Bu konuyu tartışan önemli iki çalışma mevcuttur: Ran Hirschl, Towards Juristocracy, Harvard University Press, 2004 (özellikle, sh.50 vd); Alec Stone Sweet, Governing With Judges, Oxford University Press, 2000 (özellikle sh.61 vd.) .

Türkiye’de yaşanan tartışmalar açısından belirtmek gerekir ki, yasama süreçlerine yargıyı (anayasa mahkemelerini) dahil eden yaklaşımlar, kanunların anayasaya uygun olması gerektiğine dair “normlar hiyerarşisi” ilkesinin kabulüyle ortaya çıkmaktadır. Buna göre, anayasalar üst hukuk normu olduğu için, daha altta yer alan bir hukuk normu olarak kanunlar anayasaya uygun olmalıdır. Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu meselesi bundan farklı bir meseledir. Türkiye’deki tartışmalarda sorunlu nokta budur; yargı anayasayı değiştirme, yani “kurucu iktidar” yetkisine de ortak olacak mıdır? Anayasa değişikliklerinin denetiminin açıkça öngörüldüğü bir sistem Türkiye dışında yoktur³⁷.

Anayasa yargısının varlığıyla ilgili olarak Hirschl’in açıklamaları ilgi çekicidir. Yazar, anayasa mahkemelerinin hukuki endişelerden çok siyasi güçle ve kontrolle ilişkili olduğunu ifade etmektedir. Ona göre³⁸, “[Y]akın zamanlarda bu ülkelerde (Kanada, İsrail, Yeni Zelanda ve Güney Afrika) temel haklara Anayasa metinlerinde yer verilmesinin ve Anayasa yargısının benimsenmesinin temel sebebi, insan haklarının korunması konusunda aniden belirmiş idealist bir düşünce değil, konumlarını gitgide tehlikede gören hâkim siyasal elitlerin onu anayasal güvencelerle sağlamlaştırma istekleridir. Seçmen kitlesindeki desteklerinin zayıflamakta olduğunu gören ve temel değerlerini ve menfaatlerini çoğunlukçu demokrasi mekanizmalarının belirsizliklerine terk etmek istemeyen siyasal elitler, bu menfaatlerin korunmasını, daha kolay etkileyebileceklerini ümit ettikleri Anayasa yargısına bırakmayı tercih etmişlerdir. Siyasal elitlerin bu çabalarına, mülkiyet, hakkı, sözleşme ve özel teşebbüs hürriyetleri gibi temel menfaatlerini anayasal güvence altına almak isteyen ekonomik elitler ve siyasal sistem içindeki etkilerini artırma arzusunda olan yargısal elitler de destek olmuşlardır. Görülüyor ki, Anayasa yargısı tercihi, siyasal elitler bakımından bir fayda – maliyet hesabını içermektedir. Siyasal elitler, yetkilerinin bir kısmını mahkemelere devretmekle belli bir bedel ödemekle birlikte, temel değer ve menfaatlerinin daha güvenceli bir korunmaya sahip olması açısından yarar sağlamaktadırlar. Şüphesiz, bu hesabın doğru çıkması, kurulan Anayasa mahkemelerinin, kendilerini kuran ya da yetkilendiren siyasal elitlerin beklentileri doğrultusunda kararlar vermelerine bağlıdır. Bunun uzun vadede bir garantisi olmamakla birlikte, dört ülkedeki uygulama da,

³⁷ Kaboğlu, sh.108-110.

³⁸ Hirschl, sh.99.

mahkemelerin genellikle bu beklentilerle uyumlu yönde kararlar verdiklerini göstermektedir.”

D. Yargı Erki İçinde Yüksek Yargının Yeri / Gücü

Yüksek yargı organları mahkemelerin vermiş olduğu kararların hukuka uygunluğunu denetlemek üzere ortaya çıkmıştır. Temyiz ve istinaf olarak iki farklı kavramla ifade edilen hukuka uygunluk denetiminin Avrupadaki tarihi gelişmelerle de alakası bulunmaktadır.

Bugünkü manada istinafın kaynağını, feodalitenin zayıflamaya, merkezî iktidarın güçlenmeye başladığı orta çağda bulmak mümkündür³⁹. Bu devirde mahkeme sistemi, küçük feodal iktidarların sayıca çokluğu dolayısıyla parçalanmış bir durumda idi. Feodalitenin zayıflaması sonucunda, yerel iktidarların dağıttığı adaletten tatmin olmayanlar güçlenmekte olan kralın adaletine müracaat etmeye başladılar. Bu usulün zaman içinde yerleşmesi üzerine, sürekli bir müessese olarak Fransa'da, "Paris Parlement"ı kuruldu. XVI. yüzyılda önemli bir müessese haline gelen Parlement, kral adına muhakeme yapmaktaydı⁴⁰. Bir süre sonra merkezî otoritenin gücü yerleşince mahkeme hükümlerinin tek yerden denetlenmesinin mahzurları görülmeye başlandı. Bunun üzerine Paris Parlement'ine benzeyen müesseseler başka şehir merkezlerinde de kuruldu. Fransız Devrimi'nden sonra, monarşiye ait bir müessese olarak görülen istinaf kaldırılmış, ancak bir süre sonra monarşiye ait bazı müesseselere dönülme kararı kapsamında istinaf tekrar ihdas edilmiştir. Bu tarihî süreç göstermektedir ki, Fransa'da istinaf yerel mahkemelerin gücünü azaltmış ve merkezî iktidarların güçlenmesinde önemli bir rol oynamıştır. Almanya'daki tarihî gelişme de benzer bir seyir izlemiştir. Mesela, XVI. yüzyılda hazırlanan bir kanunda, istinaf, senyörlerin karşı çıkması sebebiyle yer alamamıştır⁴¹. Bu ülkede istinaf aleyhine olan eğilim devam etmiş, XIX. yüzyıl sonlarında hazırlanan kanunlarda bile istinafa yer verilmemiştir. İngiltere'nin

³⁹ Temyiz ve istinafın tarihi gelişimi ile ilgili olarak bkz.: Mustafa Şentop, Şer'iyye Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf, İstanbul, 1995, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), sh.11-13.

⁴⁰Feridun Yenisey, İstinaf, İstanbul, 1979, sh.22.

⁴¹Yenisey, İstinaf, sh.25.

hukuk tarihinde istinafin yine feodalite ve krallık arasındaki mücadelede önemli bir rol üstlendiğini görüyoruz. İstinafa feodalizmin zayıfladığı ve krallık mahkemelerinin kurulduğu sıralarda rastlanmaktadır⁴².

Ortaya çıkışı daha çok siyasi saiklerle de olsa, zaman içinde yüksek yargının, yargılamanın daha doğru ve adil bir şekilde yapılmasını sağlamak amacıyla geliştirildiğini söyleyebiliriz. Yargının organizasyonu ile ilgili düzenlemelerin daha doğru ve adil kararların çıkmasına sağlayacak içerikte olduğu görülmektedir. Bu bakımdan, yüksek yargı, diğer mahkemeler üzerinde hiyerarşik anlamda bir üst veya otorite olarak kabul edilmez. Yüksek yargı kararları yerel mahkemelerin kararları için bağlayıcı nitelikte değildir. Yerel mahkemeler, yüksek yargıda bozulan kararlarında “ısrar etmek / direnmek” yetkisine sahiptir. Böyle bir durumda kararları inceleme yetkisi daha geniş kapsamlı toplanan kurullara aittir. Bütün bu çerçeveye, yüksek yargı denetiminin amacının daha doğru ve daha adil bir kararın çıkmasını sağlamak olduğunu göstermektedir. Bu bakımdan yüksek yargı, isimlendirmeden doğabilecek bir yanlış anlamının aksine, hiyerarşik anlamda bir üst değildir. Ancak, dolaylı olarak, hukukilik denetiminin yüksek yargıya bir otorite sağladığından söz edilebilir.

Gerçekte durum böyle olmakla beraber, yüksek yargı üyelerinin hakimlerin atanmasında da yetkili kılındığı bazı ülkelerde defacto bir hiyerarşinin oluştuğunu söyleyebiliriz. Türkiye örneğinde, karar çoğunluğu yüksek mahkeme üyelerinden (7 kişiden 3’ü Yargıtay, 2’si Danıştay üyesi) oluşan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun hakimleri meslekten ihraç etme dahil her türlü özlük işlerinde yetkili olması hiyerarşik bir yapının oluşmasına yol açmaktadır. Yargı bağımsızlığı denildiğinde akla gelen, yargının yasamadan ve yürütmeden bağımsızlığı olmaktadır. Halbuki yargının yargıdan, özellikle yüksek yargıdan da bağımsız olması gerekmekte, hakimlerin karar verirken sadece hukuk kurallarına ve vicdani kanaatlerine göre karar vermesi gerekmektedir.

⁴²Yenisey, İstinaf, sh.19.

İKİNCİ BÖLÜM

BİR HUKUK KAVRAMI OLARAK LAİKLİK

A. Laiklik Kavramı

1. Laikliğin Etimolojisi

Laiklik kavramı Fransızca “Laïcité” kelimesinden alınmıştır. Türk Hukuk Lügatı, biraz da siyasi bir içerikle, şöyle bir tanım vermektedir⁴³: “Layiklik: Devlet idaresinde ilim ve fen icaplarının ve münhasıran dünya ihtiyaçlarının göz önünde tutulmasına ve dinin ancak vicdana teallük edip dünya ve siyaset işlerinde müdahalesi doğru olamayacağına ve bu kanaatle tesis edilen bir idarenin hakiki terakkiyi temin edeceğine inanıştır...” Almanca’da⁴⁴ “laizismus”, İngilizce’de⁴⁵ ise farklı kökenden bir kelime olan “secularism”, Arapça’da⁴⁶ “ilmaniye” aynı anlamda kullanılmaktadır. Meşrutiyet’ten sonra Türkçe’ye giren bu kavram, ilk olarak, “lâdîni” kelimesiyle karşılanmış⁴⁷, bir dönem “layiklik” olarak da kullanılmıştır. Öz Türkçe karşılık olarak,

⁴³ Türk Hukuk Lügatı, Ankara, 1998.

⁴⁴ “Laizismus: Laiklik, din ve devlet işlerinin birbirinden ayrı tutulması”. Yaşar Önen – Cemil Ziya Şanbey, Almanca – Türkçe Sözlük, C. I, Ankara, 1993.

⁴⁵ “Laisizm, din ve devlet işlerinin ayrılması”. Mustafa Ovacık, İngilizce Türkçe Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2000.

⁴⁶ Ali Bulaç, Çağdaş Kavramlar ve Düzenler, İstanbul, 1993, sh.259.

⁴⁷ Mustafa Nihat Özön, Büyük Osmanlıca – Türkçe Sözlük, İstanbul, 1965.

“din özgenliği” gibi öneriler tutmamış, bazı yazarlar ise “yecilik” kavramını kullanmaya çalışmışlardır⁴⁸.

Laiklik kelimesi de Fransızca’ya Latince’deki “laicus”, Yunanca’daki “laikos” sıfatından geçmiştir. Bu kelimenin kökeni olarak ise “laos” ismi verilmekte, Tevrat’ın Yunanca’ya çevirisi yapılırken, kendisini Tanrı’ya adayanların dışında kalan halk kesimleri için kullanıldığı ifade edilmektedir⁴⁹. Yunanca çeviride, Levililer için “kleros” tabiri kullanılırken, laikos kelimesi imtiyazlı bir sınıf sayılan ruhban (kleros) dışındakileri ifade etmek için tercih edilmiştir⁵⁰. Bu asli anlamın zamanla değişim geçirerek, “dini olmayan ve ruhani bir mahiyet taşımayan fikir, müessese, prensip, hukuk ve ahlaka da “laik” sıfatı verilmiştir⁵¹. Başgil’e göre, laik hukuk denilince, bundan, esaslarını dinden almayan hukuk; laik devlet deyince, dini akide ve esaslara dayanmayan devlet anlaşılmalıdır⁵². Fransa’da kavramın bu anlamıyla ortaya çıkışı 1789 Devrimi akabinde⁵³.

“Secular” kelimesinin ise İngilizce’de bugünkü anlamıyla kullanılması 1846 yılından itibaren görülmektedir⁵⁴. Bu kelimenin de kökeni Latince “saecularis” kelimesidir ki, “yüzyılda bir olan, dünyevi, cismani” anlamlarına gelmektedir⁵⁵.

2. Bir Kavram Olarak Laiklik (Sosyolojik - Hukuki)

Laikliği bir kavram olarak çeşitli bakımlardan tanımlamak mümkündür. Ancak, Başgil’ün ortaya koyduğu çerçevenin esas olduğunu belirtmek gerekir.

⁴⁸ Cem Eroğlu, *Anatüze Giriş*, Ankara, 1997, sh.266.

⁴⁹ Suat Sinanoğlu, “Laik Kelimesinin Etimonu ve Anlamları”, *Laiklik – 1*, İstanbul, 1954, sh.1-2.

⁵⁰ Aynı yer.

⁵¹ Ali Fuad Başgil, *Din ve Laiklik*, İstanbul, 1985, sh.152.

⁵² Aynı yer.

⁵³ Aynı yer.

⁵⁴ Longman – Metro, *Büyük İngilizce – Türkçe Sözlük*, İstanbul, 1993, sh.1366.

⁵⁵ Sina Kabağaç, Erdal Alover, *Latince – Türkçe Sözlük*, İstanbul, 1995.

a. Bir Sosyoloji Kavramı Olarak Laiklik

Avrupa’da laikliğin sosyolojik bakımdan tanımının pozitivist felsefenin yaklaşımları esas alınarak, Hristiyanlık tecrübesi çerçevesinde yapıldığı açıktır. Buna göre, aydınlanma çağı öncesinde bütün kültürel tezahürler din çerçevesi içinde izah edilmekteydi⁵⁶. Taplamacıoğlu’ya göre⁵⁷, “hukuk kutsal kitapların hükümleri, siyaset Tanrı iradesinin yeryüzündeki tecellisi, bilim kutsal kitapların yorumu, ... sanat kutsallıkları dile getiren timsallerdi.” Zamanla siyaset, hukuk, bilim, felsefe, ahlak ve diğer kültürel alanlar dinden ayrılarak bağımsızlık kazanmıştır.

Akademik çevrelerde yaygın olan bu açıklamalarda gözden kaçan bazı hususlar vardır⁵⁸. Bunlardan birincisi, Avrupa tarihinin tartışmalarının ve meselelerinin bütün kültürler için geçerliymiş gibi kabul edilmesi ciddi eksiklikler içeren bir yaklaşımdır. İkincisi ise, Avrupa’da “din” (religion) denildiğinde kastedilenin Hristiyanlık olduğunun unutulmasıdır. Avrupa’da bir yazar veya düşünür, dinden söz ediyorsa, zihnindeki çerçeve Hristiyanlık tarafından belirlenmiş bir çerçevedir. Bu iki husus, yani belli ölçüde mahalli olan Avrupa’ya dair bir kültürün genelleştirilmesi ve Hristiyanlık (belki daha dar anlamda Katoliklik de denilebilir) esas alınarak ortaya konulmuş yaklaşımların bütün dinler bakımından geçerli, kabul edilmesi, bu genel geçer açıklamaları sorunlu hale getirmektedir.

Avrupa’da hukukun oluşumu bağlamında kısaca değindiğimiz üzere, Hristiyanlık’ın Avrupa’daki serüveni, din – devlet ve din – hukuk ilişkileri bakımından belirleyici olmuştur. Önce Roma, daha sonra da Frank İmparatorluklarının yıkılmasından sonra Avrupa’da ortaya çıkan siyasi boşluk ve Hristiyanlık’ın bu boşluğu doldurmaya çalışması bir yorum biçimi ortaya çıkartmış ve Katolik kilisesi doğmuştur. Katolik kilisesi hem hukuk hem de siyasi iktidar bakımından iddialar taşımaktadır. Teokrasi denilen iktidar teorisi Katolikliğin serüveniyle ilgilidir. Halbuki, Doğu Roma Devleti ile uzlaşan Hristiyanlık yorumu (Ortodoksluk) hem hukuk hem siyasi iktidar anlamında bir iddia taşımamıştır. Yine güçlü bir siyasi iktidarın bulunduğu İngiltere’de Anglikan kilisesi krallıkla uzlaşan bir yaklaşımla ortaya çıkmış, Katoliklikten oldukça farklı bir hukuk ve devlet anlayışına sahip olmuştur. Bütün bunlar

⁵⁶ Zeki Arslantürk – M. Tayfun Amman, Sosyoloji, İstanbul, 2001, sh.313- 314.

⁵⁷ Mehmet Taplamacıoğlu, Din Sosyolojisi, Ankara, 1975, sh.241.

⁵⁸ Bu konuda bir tartışma için bkz.: Peter L. Berger, Kutsal Şemsiye, (Çev. Ali Coşkun), İstanbul, 2005, sh.95 vd.

Avrupa tarihinin siyaset ve hukuk kültürüyle ilişkili meselelerdir. Laiklik kavramı da Katolik din yorumu ile çatışan bir siyaset ortamında doğmuştur⁵⁹. Bu kültürel hususiyetleri dikkate almadan yapılan açıklamalar daha baştan yetersiz kalmaya mahkumdur.

X. yüzyıla kadar Avrupa'da kilise ile krallıklar arasında bir denge durumu mevcuttu; ama çökmüş olan Roma İmparatorluğu'nun mirasına iki taraf da sahip çıkma hazırlığındaydı. Avrupa bu esnada feodal siyasi - iktisadi bir vaziyete dönüşürken, kilise bir yandan çok önemli miktarlarda servet biriktirmiş öbür yandan Hristiyan topluluklar üzerinde nüfuzunu arttırmıştır⁶⁰. Bu durum krallıklara karşı otorite tesisi için kiliseye maddi imkan hazırlamıştı.

Daha önceleri Hristiyan din adamlarından Saint Augustin'in (De Civitate Dei) "Tanrı Devleti" adıyla yazmış olduğu eserindeki görüşlerin bu sıralarda itibara kavuştuğunu görüyoruz. Başrahip Augustin kilise ile devletin uzlaşarak yönetimin gerçekleştirilmesi gereğini anlatmaktadır⁶¹. Kilise otoriteleri tarafından geliştirilen bu görüş, devletlerin ancak tanrı emirlerine itaatle meşruiyet kazanacağı hususu ile tanrı emirlerini bilen yegane otorite olarak kiliseyi ve dini lider papayı öne çıkarmaktaydı. İncil'de mevcut olan bir ayete dayanılarak inşa edilen "iki kılıç" fikri de bu görüşleri desteklemekteydi. Buna göre biri dünyevi diğeri manevi otoriteyi temsil eden iki kılıç da papaya verilmiştir. Manevi otoriteyi sembolize eden kılıç papada kalacaktır; dünyevi otoritenin sembolü olan kılıç ise papa tarafından krallara tevdi edilecektir. Bu durumda otoritenin kaynağı ve kendisine karşı sorumlu olunan merci papalık olmaktadır⁶².

Tabii din adamları tarafından geliştirilen bu izahların siyasi iktidarlarca bütünüyle benimsendiğini söylemek mümkün değildir. Onlar papalığın manevi otoritesini kabul etmekle birlikte dünyevi iktidarın vasıtasız kendilerine verilmiş olduğunu ileri sürmektedirler. Bu ihtilaf ciddi sıkıntılar doğurmuştur. İngiltere'de kral II. Henri ile piskoposu arasındaki çekişme kralın piskoposu öldürtmesi derecesine

⁵⁹ A.g.e., sh.172 vd.

⁶⁰ Sadri Maksudi Arsal, "Teokratik Devlet ve Laik Devlet", Tanzimat-I, İstanbul, 1940, sh.65.

⁶¹ Aynı yer.

⁶² Tartışma ve değerlendirmeler için bkz.: Mustafa Şentop, "Siyasi Hakimiyetin Kaynağı Meselesi ve Osmanlı Telakkisi", e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Temmuz 2004, sy.29.

varırken⁶³ Alman İmparatoru IV. Henri ile papa Greguvar VII arasındaki ihtilaf kralın papa önünde diz çöküp af dilemesi⁶⁴ ve itaat sözü vermesi ile sonuçlanmıştır. Ancak bir süre sonra kral yeniden harekete geçerek papayı makamından indirmiş, yerine başkasını seçtirterek kendisini imparator ilan ettirmiştir.

Siyasi hakimiyetin kilise aracılığıyla hükümdara verileceği şeklindeki bu görüş hükümdarın kiliseye tabi olduğunu göstermektedir. Bu şekildeki bir iktidar ilişkisinin Avrupa'ya mahsus olduğunu belirtmek gerekir. Diğer bölgelerdeki devletlerde din - devlet münasebetiyle hiç bir benzerlik taşımayan bu uygulama Hristiyanlığı resmen benimsemiş doğulu (Ortodoks) devletlerde de görülmemektedir. Gerçek manada teokrasi tabiriyle kastedilenin Avrupa'da XI ve XV. yüzyıllar arasında uygulanan bu din - devlet ilişkisi şekli olduğu kabul edilmektedir⁶⁵.

Daha sonraki tarihi dönemlerde, güçlenen imparatorlar papalığı devre dışı bırakmak için hâkimiyetin metafizik kaynağı ile doğrudan irtibat tesis ettiklerini iddia etmeye başlamıştır. Başlangıçta kilisenin iddialarına karşı bir itiraz olarak ileri sürülen bu düşünce, XIII. yüzyıldan itibaren siyasi iktidarların merkezileşmesi ve güçlenmesi sebebiyle papalığın siyasi ve dünyevi otorite iddialarının gerçekliğini kaybetmesi üzerine farklı bir yön almıştır. Hayatın bütün alanlarını kuşatmayı hedefleyen mutlak monarşiler, dini de tekellerine alarak, hâkimiyetlerine kutsi bir mahiyet kazandırmak istemişlerdir. Bu sırada geliştirilen teoriler de siyasi konjonktüre mutabıktır. İtalya'lı müellif Dante toplumun da insan gibi maddi ve manevi olmak üzere ikili bir yapısının bulunduğunu, bu iki yönden birinin diğerine üstünlüğünün ileri sürülemeyeceğini savunarak, papalığın iktidarı ile kralların iktidarının birbirinden bağımsız hususlar olduğunu ileri sürmektedir⁶⁶. Dante'den bir süre sonra yaşayan Ockhamlı William, Tanrıyı, bugün bizim için pek tanıdık gelen bir yaklaşımla, dünyevi iktidara karışmaktan yüce telakki ederek siyasi iktidarın bütünüyle beşeri bir hadise olduğunu savunmaya başlar⁶⁷. Daha sonraki asırda yaşayan Fransız müellif Bossuet "Kutsal Kitaba Göre Politika" adlı eserinde, kralın iktidar hakkını tanrıdan aldığını açıkça

⁶³ İlhan Akın, Kamu Hukuku, İstanbul, 1987, sh.50.

⁶⁴ Aarsal, sh.66.

⁶⁵ Bkz.: Niyazi Berkes, Teokrasi Ve Laiklik, İstanbul, 1984, sh.85.

⁶⁶ Akın, 66-67.

⁶⁷ Akın, 70-71.

anlatır⁶⁸. Aynı yıllarda İngiltere'de Stuart hanedanının krallığın kendilerine tanrı tarafından verildiği fikrini ilan ettiğini görmekteyiz⁶⁹.

Zaman içinde, aydınlanma çağında modern düşünce tanrı - merkezli varlık anlayışını "insan - merkezli" hale çevirmiştir. İnsan hem gerçeğin hem hakikatin ölçüsü haline gelmiştir. Bu dünyada, gerçeğin ve hakikatin anlaşılması bakımından insan aklından daha yüce ve onun kavrayışını aşan bir şey yoktur. Dünyaya bakıştaki bu farklılığının, Tanrıyı hesap dışı (yüce mevkiinde) tutan yeni anlayışın siyaset teorilerinde de tezahür edeceği tabiidir. Bu değişime "sekülerizasyon" adı verilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, Katolik dünyasında tercih edilen "laiklik" veya Protestan dünyada kullanılan "sekülerlik" tabiri, genellikle bilindiği üzere din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması meselesi değil, Berkes'in "çağdaşlaşma" kelimesiyle karşıladığı, siyasi alan da dâhil olmak üzere, insan hayatının bütün fiil ve davranışa dayalı alanlarında kutsal olanın etkisizleştirilmesi meselesidir⁷⁰.

b. Hukuk Kavramı Olarak Laiklik

Bir hukuk kavramı olarak ise laiklik iki boyutta ele alınmaktadır: Din hürriyeti ve din – devlet ilişkilerinin ayrılması.

aa. Din Hürriyeti

Laikliğin varlığının birinci şartı din hürriyetinin bulunması ve güvence altına alınmış olmasıdır. Din hürriyeti inanç hürriyeti ve ibadet hürriyeti olarak kendi içinde ikiye ayrılır⁷¹.

İnanç hürriyeti, kişinin istediği dini veya dinsizliği seçebilmesi anlamına gelmektedir. Bu hürriyet bakımından, kişinin inandığı esasların bir “din” oluşturup

⁶⁸ Akın, 120.

⁶⁹ Aarsal, 67.

⁷⁰ Bkz. Berkes, 83-84

⁷¹ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000, sh.139. Konuyla ilgili aşağıdaki açıklamalarda Gözler'in yazdıklarını genel olarak takip etmekteyiz.

oluşturmadığı devlet bakımından önem taşımaz. Ayrıca, bir dinin farklı anlayış şekilleri (mezhepler) bakımından da devletin farklı bir tutumu olmamalıdır.

İbadet hürriyeti, dinin gereklerini yerine getirme konusunda serbestlik demektir⁷². Bir devletin laik olabilmesi için ibadet hürriyetinin tanınmış olması gerekir. Tabiatı icabı sınırlanması mümkün olmayan inanç hürriyetinden farklı olarak, ibadet hürriyetinin sınırlanması mümkün olabilir.

bb. Din ve Devlet İşlerinin Birbirinden Ayrılması

Bir devlette din ve devlet işlerinin birbirinden ayrıldığını söyleyebilmek için aşağıdaki şartların gerçekleşmiş olması gerekir.

a) Devletin resmi bir dininin olmaması

Bir devletin resmi olarak bir dini kabul etmesi halinde, diğer dinlere mensup kişilere din hürriyeti tanıyan olması halinde bile laiklikten söz etmek mümkün olmaz. Bu çerçevede bazı devletlerin resmi olarak anayasalarında bir dini benimsediklerini görmekteyiz. Mesela, İsrail anayasası Yahudiliği resmi din olarak kabul etmektedir⁷³. Bazı durumlarda ise, devletin resmi bir din kabul etmemesine rağmen, bir dine üstünlük tanıdığı görülmektedir. Mesela, Yunan anayasasında Doğu Ortodoksluğu'nun hakim din olduğu ifade edilmektedir. Devletin resmi olarak bir dini tanımaması veya hakim din olarak kabul etmemesi, dolayısıyla anayasasında herhangi bir dinin kabul edildiğinin belirtilmemesi halinde laikliğin benimsendiği söylenebilir. Ayrıca anayasada laiklik ilkesinin belirtilmesini aramak gerekli değildir⁷⁴.

b) Devletin bütün dinler karşısında tarafsız olması

Ülkede yaşayan farklı dinler karşısında devletin tarafsız olması laiklik ilkesi bakımından şarttır. Belli bir dinin yaygın olması, mensuplarının sayıca büyük bir çoğunluğu teşkil etmesi o dine ayrıcalık tanınmasını gerektirmez.

⁷² Gözler, 142.

⁷³ 1992 tarihli İsrail Anayasası'nın 1. Maddesi İsrail'in bir "Yahudi Devleti" olduğunu ifade etmektedir.

⁷⁴ Gözler, 144-145.

c) Devletin bütün din mensuplarına eşit davranması

Devletin vatandaşları arasında dinlerinden dolayı bir farklılık gözetmemesi gerekir. Gerçi bu esas kanun önünde eşitlik ilkesinin de gereğidir. Ancak ayrımcılığın dini sebeplerle yapılması laiklik ilkesine aykırıdır. Ayrımcılık hem negatif anlamda başka bir din mensubuna göre mahrum kalınan bir durumu veya pozitif anlamda başka bir din mensubuna tanınmayan bir imtiyazı içerebilir.

d) Din kurumları ile devlet kurumlarının birbirinden ayrı olması

Laik bir devlette din kurumları ile devlet kurumlarının birbirinden tamamen ayrılması gerekir. Din kurumları devlet fonksiyonu göremeyeceği gibi, devlet kurumları da din fonksiyonlarını göremez.

e) Hukuk kurallarının din kurallarına uygun olma zorunluluğunun bulunmaması

Laik bir devlette hukuk kurallarını koyan iradenin din kurallarına uymak mecburiyeti yoktur. Hukuk kurallarının konulması sırasında din kurallarından etkilenmek ise mümkündür. Hemen hemen her devlet belli hukuk kurallarını koyarken din kurallarından etkilenmiştir. Bazı konularda aşırı hassasiyet gösteren Türkiye uygulamasında bile din kurallarına dayanan hukuk kuralları mevcuttur. Mesela, cumartesi ve Pazar günlerinin tatil olması, dini bayram günlerinin tatil sayılması böyledir. O halde, hukuk kuralı koyarken din kurallarına uymak mecburiyetinin olmaması ile din kuralların dayanmak veya onlardan ilham almak ayrı konulardır.

c. Ara Değerlendirme

Laiklik, hukuki anlamda, devletin farklı dinlere inananlar arasında tarafsız ve eşit olmasını, belli bir dinin gereklerini o dine inanmayan insanlara dayatmamayı öngörmektedir. Bir dinin gerekleri devletin yasama faaliyeti ile hukuki gereklilik haline getirilirse, o dine inanmayanların din hürriyetlerinin zarar göreceği düşünülmektedir. Bu yaklaşım temelde doğru bir mantığa dayanıyor gözükse de kendi içinde çelişki taşımaktadır. Belli bir dinin gereklerini hukuki düzenleme haline getirmek başka dinlere inananlar bakımından bir din hürriyeti ihlali olarak kabul ediliyorsa, hukuki

düzenlemeleri bu sakıncayı bertaraf ederek temellendirmek nasıl mümkün olabilecektir? Zira devletin hukuki düzenleme yapma mecburiyeti vardır; bu hukuki düzenlemelerin de bir hukuk anlayışına, bu anlayışı da içeren bir dünya görüşüne dayanması tabiidir. Her halükarda yapılan hukuki düzenlemeler ya bir dinle ilişkili hukuk anlayışına ya da bir felsefi görüşe dayanmak zorundadır; tamamen saf aklı esas alan bir hukuki düzenlemeden söz edilemez. Somutlaştıracak olursak, Avrupa ülkelerinin özel hukuk düzenlerinde çok önemli ölçüde Hristiyanlık dininin farklı mezheplerinin etkileri vardır. Ceza hukuku alanında hazırlanan kanunlarda da belli dünya görüşlerinin, o dünya görüşü içinde ahlak anlayışlarının yoğun etkilerini görmemek mümkün değildir. Daha genel bir ifade ile bütün hukuk sistemlerinde mevcut hukuk kuralları, dine veya felsefi anlayışa dayanan dünya görüşünden ve değerlerden bağımsız değildir; olamaz. O halde, bir devletin hukuk düzeninde, belli bir dinin hukuk kurallarını, o dine inanmayanların din hürriyetini gözeterek bertaraf etmek bir açıdan doğru gibi gözükse de, benimsenen kuralların yine bir dine veya felsefi görüşe dayanması gerçeği karşısında, başka din ve felsefi görüşlere inanan insanların din hürriyetleri ihlal edilmiş olmayacak mıdır? Bu sorunun, her dine veya felsefi görüşe inananların tümünün din ve vicdan hürriyetlerini ihlal etmeksizin gerçekleştirilecek bir çözümü yoktur. Neticede her devlet, bazı din ve felsefi inanç mensuplarının din hürriyetlerini korumayı, bazı din ve felsefi inanç mensuplarının din hürriyetlerini ise ihlali tercih etmektedir; bu bir zorunluluktur.

Bütün bu açıklamalarda iki noktanın altını çizmek gerekir. Birincisi, din kuralları dediğimizde kastedilen dinlerin inanç ve ibadete ilişkin kuralları değildir; her dinin başta ahlak olmak üzere, sosyal hayatın bütününe ilişkin kuralları bulunmaktadır. Devletin dini gereklilikleri hukuk kuralı haline getirmesinden kastedilen o dine ait ibadetlerin zorunlu hale getirilmesi değildir; o dinin hukuk ve ahlak kurallarına dayanan hukuk kuralları koymasındır. Bu anlamda, Batıda, özellikle Medeni Hukuk alanındaki kanunlaştırmalarda, Hristiyanlığa ait pek çok esasın hukuk kuralı haline getirilmiş olduğunu söyleyebiliriz. İkinci önemli husus ise, hukukta tamamen “objektif”, inançlardan, dünya görüşlerinden, değerlerden bağımsız kuralların bulunmadığı gerçeğine dairdir. “Çağdaş Hukuk Düzeni” denildiği zaman, bütün dinlerden, felsefi görüşlerden ve değer yargılarından bağımsız, “nötr” bir hukuk düzeni anlayan insan sayısı oldukça fazladır. Böyle bir hukuk düzeni yoktur; burada sadece, esas kabul edilen

modern Batılı değerlerin “nötr” değerler diye nitelendirilmesi söz konusudur. Modern Batılı değerler de dinlere ve felsefi inançlara dayandığı için diğer dinlerin değerlerinden farklı bir kategori olarak addedilemez; nihayetinde modern Batılı değerler de bir inanç alanıdır.

Şu haliyle laiklik kavramının din hürriyetini gerçekleştirme, dolayısıyla farklı din ve felsefi görüşten vatandaşlar arasında tarafsızlık ve eşitlik sağlayacağı iddiası doğru değildir. Laiklikte de, belli bir dinin veya felsefi görüşün tercih edilmesi kaçınılmaz olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. Laikliğin Türkiye’deki Gelişimi

1. Osmanlı Devleti Hukuk Sistemi ve Laiklik

Osmanlı hukuku, İslam hukukunun belirli bir coğrafyada, belli bir zaman diliminde uygulanmasından ibarettir; ama İslam hukukunun düzenlemediği, boş bıraktığı bir yasama alanının Osmanlı Devleti’nde genel düzenleyici işlemlerle düzenlendiğini görüyoruz⁷⁵. İslam hukukunun çeşitli alanlarında kitap ve sünnetle temel esaslar getirilmiştir. Bu temel esaslar dışında kalan oldukça geniş bir alan içtihat faaliyetlerine bırakılmıştır. İctihat faaliyetlerinin dışında kalan ayrıca bir de devletin düzenlemesine bırakılmış yasama alanı vardır. Bu boşluk İslam hukukunda, bilinçli boşluk diye isimlendirilen, yani kanun koyucunun bilerek ve isteyerek bıraktığı boşluktur.

Mesela, İslam hukukunda zekat ve öşür dışında bir “vergi” şari tarafından belirlenmemiştir. Ama kural olarak çok geniş bir alanda gerekli görüldüğü zaman devletin vergi koyma yetkisinin varlığı kabul edilmektedir. Yine arazi / toprak hukukuyla ilgili geniş bir alan devletin düzenlemesi için bırakılmıştır. Osmanlı Devleti’nde bütün bu alanlarda genel düzenleyici işlemlerle kurallar belirlenmiş; yani objektif, bütün coğrafyada geçerli kurallar vardır. Bunlara kanun denir; yazılı kanun ise kanunname demektir. Osmanlı kanunnameleri bu çerçevede ortaya çıkmıştır. İslam hukukunun ayrıntılı olarak düzenlemediği, devlete / yasama organına bırakmış olduğu

⁷⁵ M. Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 2009, sh.65-77. Bu konudaki açıklamalarda Aydın’ın eseri takip edilmektedir.

alan Osmanlı Devletinde örfî hukuk alanı olarak kabul edilmektedir. Örfî hukuk, Fatih döneminden beri kullanılan bir tabirdir.

Örfî hukuk örf ve adet hukuku değildir; kanun hukukudur. Örfî hukuku örfî hukuk yapan padişahın fermanıdır; yani yasama faaliyetidir. Örf ve adete hukuki nitelik kazandıran ise onun uzun süre içinde uygulanıyor olmasıdır. Osmanlı hukukunu diğer İslam devletlerindeki hukuk uygulamalarından ayıran en önemli özellik bu kanunname geleneğidir. Diğer devletlerde bu alan yani İslam hukukunun düzenlemediği, devlet başkanının veya yasama organının tasarrufuna bıraktığı bu alan genel düzenleyici işlemlerle doldurulmamıştır.

Şer’î hukuk ile örfî hukuk bir bütün olarak birlikte uygulanır. Aynı merciiler tarafından uygulanan iki ayrı hukuk düzeni söz konusu değildir. Örfî hukukun ortaya çıkış noktası şer’î hukukun tanıdığı olduğu bir alandır. Bu bakımdan örfî hukuk şer’î hukuktan ayrı gelişmiş değildir. Örfî hukukla ilgili düzenlemelerin taslağını hazırlayan nişancılar ilk dönemlerde hukukçu kökenlidir, hakimler arasından atanıyor. Ayrıca hazırlanan metinler, iki büyük resmi hukukçunun, Rumeli ve Anadolu Kazaskerlerinin bulunduğu Divanı Hümayun’da görüşülmektedir.

Bu hukuk anlayışının Tanzimat’la beraber yeni bir şekil aldığı ifade edilmelidir. Tanzimat, düzenleme, nizam verme anlamına gelen “tanzim” kelimesinin çoğuludur. Bir devri ifade için kullanılan bu kelime, daha çok hukuk faaliyetlerini çağrıştırır niteliktedir. Nitekim bazı Batılı yazarlar tarafından Tanzimat kelimesi, legislation olarak karşılanmış ve bu dönem öyle anılmıştır. Bu sebeple Tanzimat’ın en önemli yönünün hukuk yönü olduğu söylenebilir. Tanzimat dönemini başlatan Hatt-ı Humayun’da çeşitli izah ve değerlendirmelerden sonra, devletin gerileme sebepleri arasında hukuk hayatındaki bozukluk zikredilmekte, yeni hukuki düzenlemelerin yapılması zaruretinden söz edilmektedir. Nitekim, kısa bir süre içinde kanunlaştırma faaliyetleri başlatılmıştır.

Kanun, yasama organı tarafından, muayyen şekillere uyularak düzenlenen ve yürürlüğe girdikten sonra uyulması mecburi olan, genel, soyut ve sürekli kuraldır⁷⁶. Genellik, soyutluk ve süreklilik bütün kanunlarda bulunmayabilir; yetkili organ

⁷⁶ Türk Hukuk Lügatı, Ankara, 1998, sh.184.

tarafından, öngörülen usullerle konulan müeyyideli kurallar bu nitelikleri taşımasa da kanun adını almaktadır. O halde kanun için asgari şartlar, yetkili organ tarafından, belli usullerle konulma ve müeyyide içermedir. Yetkili organ, yasama organıdır; ancak bu organın her zaman halk tarafından seçilmiş bir meclis olması gerekmez. Kral veya diktatörler tarafından konulan, yukarıdaki niteliklere sahip kurallar da kanun adını almaktadır.

Osmanlı hukuk sistemi esas itibarıyla İslam hukukuna dayanmaktaydı. Hukukun bütün alanlarında İslam hukuku uygulanmıştır. Ancak İslam hukukunda devlet başkanının düzenlemesi için çok geniş bir alan bırakıldığı bilinmektedir. Bu alan Osmanlılarda geneli örfi hukuk diye adlandırılan düzenlemelerle doldurulmuştur. Eski Türklerden gelen yazılı kural koyma usulü İslam hukukunda tanınan bu yasama yetkisiyle birleştirilmiş ve kanunname geleneği ortaya çıkmıştır.

Tanzimat dönemi kanunlaştırmaları bu genel hukuk anlayışı içinde bir yer bulmaktadır. İki koldan süren kanunlaştırma faaliyeti, devlet başkanının yasama yetkisi içinde mütalaa edilmiştir. Mesela ceza hukuku alanında hazırlanan üç kanun ve bir tasarı sadece tazir suç ve cezalarına inhisar ettirilmiştir. 1909 tarihinde hazırlanan ve 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun uyarlanmış bir tercümesi olan taslağın başında, İslam hukukunda suçların tasnifine işaret edilmekte yeni kanunun tazir suçlarını düzenlemek için çıkartıldığı belirtilmektedir. Bu sebeple Tanzimat dönemi kanunlaştırma faaliyetinin, özellikle iktibas edilen kanunlar bakımından, Osmanlı Devletindeki genel hukuk anlayışına dayandırılmaya çalışıldığını belirtmek gerekir.

Kanunlaştırma faaliyetinin teorik seviyede ve şeklen İslam hukukunun genel çevresine uygun gözükmesi, içerik bakımından da aynı uyumun sağlandığını göstermemektedir. Gerçekte, ilk dönemlerde İslam hukukuna içerik bakımından da uygunluk önemle ele alınmış ve değerlendirilmiştir. Ancak bu hassasiyetin zaman içinde azaldığını, XX. Yüzyıl başlarında ise artık kaybolduğunu, sadece şekli bir uyumun yeterli bulunduğunu söylemek mümkündür. 1909 tarihli ceza kanunu taslağı bunu açıkça göstermektedir. Layiha sistematik bir ceza kanunu öngörmekte, başında had ve kısas cezalarıyla ilgili esasların yürürlükte olacağı belirtilmekteyse de, getirilen sistem içinde bunun bir yer bulamayacağı ortaya çıkmaktadır.

Kısaca, Osmanlı Devleti'nin klasik hukuk anlayışı içinde başlayan Tanzimat sonrası kanunlaştırmalar, zamanla şekli uyumdan ibaret bir faaliyet haline gelmiştir. Batılı kanunların benimsenmesi meselesi Cumhuriyet döneminde başlamamıştır. XIX. Yüzyılın ortalarından itibaren yabancı kanunları benimseme faaliyeti sürmektedir. Ancak bütün bunlara rağmen, Osmanlı Devleti'nde laikliğin benimsendiği veya benimsenmeye çalışıldığını söylemek doğru olmayacaktır⁷⁷.

2. Cumhuriyet Döneminde Laiklik

29 Ekim 1339 (1923) tarihli 364 sayılı kanunla, “Türkiye Devletinin şekli hükümeti Cumhuriyettir” ibaresi 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'na konulmasından kısa bir süre sonra, 20 Nisan 1340 (1924)'te yeni bir anayasa kabul edildi.

Bu anayasa, o dönemde, Teşkilat-ı Esasiye Kanunu olarak isimlendirilmiştir. İstiklal Savaşı'nın sonuçlanmasından kısa bir süre sonra, 1-2 Kasım 1338 (1922) tarihinde bir Meclis Kararı ile saltanat ve hilafet birbirinden ayrılmış ve saltanat kaldırılmıştır. Bu tarihten çok kısa bir süre sonra Türkiye Lozan'daki barış görüşmelerine katılmıştır. Zorlu bir süreçten sonra, Lozan'da bir anlaşma imzalanmış; bu anlaşmanın mevcut meclis tarafından kabulü beklenmeden 1 Nisan 1339 (1923) tarihinde meclisin yenilenmesi ve seçim kararı alınmıştır. Seçim akabinde ikinci dönem Meclisi 11 Ağustos 1339 (1923)'te toplanmıştır.

Kasım 1922'de saltanatın kaldırılmasıyla birlikte, Türkiye'de “monarşi” sona ermiştir; ancak devletin şekli hakkında bir hüküm getirilmemiştir. Böyle bir durumda cumhuriyet, tek seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır; yani cumhuriyet bir mecburiyetti. Kamu hukukunda devlet şekilleri monarşi ve cumhuriyetten ibarettir; başka devlet şekli yoktur. Bir ülkede, devlet başkanlığı babadan oğula veya başka surette aile içinde tevarüsle geçiyorsa monarşi; bu şekilde geçmiyorsa cumhuriyet

⁷⁷ Farklı görüş için bkz.: Yılmaz Aliefendioğlu, “Laiklik ve Laik Devlet”, Laiklik ve Demokrasi, (der. İbrahim Ö. Kaboğlu), Ankara, 2001, sh.85-86.

vardır⁷⁸. Monarşiyi kaldıran Türkiye'nin önünde cumhuriyetten başka seçeneği bulunmamaktaydı.

Devlet şekli olarak cumhuriyetin kabulünden yaklaşık altı ay sonra benimsenen 1924 Anayasası birinci maddesinde bu hükme yer vermiştir: “Türkiye Devleti bir cumhuriyettir”. Anayasanın ikinci maddesi ise, din devlet ilişkileri bakımından önemli bir hüküm içermektedir. Buna göre: “Türkiye Devletinin dini, Din-i İslam’dır”. 24 Anayasasının, yani Türkiye’nin kurucu anayasasının, dinle ilgili tek maddesi de bu değildir. 26. maddesinde, Büyük Millet Meclisi’nin görevlerinin başında “ahkâm-ı şer’iyyenin tenfizi”, yani şeriat hükümlerinin uygulanması zikredilmektedir. Bu iki hüküm 11 Nisan 1928 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. 11 Nisan 1928 tarihli ve 1222 sayılı kanunla anayasanın 2. Maddesinde yer alan “Türkiye Devletinin dini, Din-i İslam’dır” hükmü ile 26. Maddesinde Büyük Millet Meclisi’nin görevleri arasında yer alan “ahkâm-ı şer’iyyenin tenfizi” ibaresi çıkartılmıştır. Ancak, bu tarih itibarıyla da, henüz “laiklik” kavramının benimsendiğini söylemek anayasa bakımından mümkün değildir⁷⁹. “Laiklik”in anayasaya girişi 5 Şubat 1937 tarihli ve 3115 sayılı kanunla gerçekleştirilmiştir.

1937 yılının 2 Şubat’ında TBMM’de müzakere edilen teklif, 1924 Anayasasının 2, 44, 47, 48, 49, 50, 61, 74 ve 75. maddelerinin değiştirilmesini öngörmektedir. Konumuzla alakalı olan 2. madde değişikliği ile ilgili İsmet İnönü ve 153 arkadaşının vermiş olduğu yeni metin teklifi şöyledir: “*Türkiye Cümhuriyetçi, Milliyetçi, Halkçı, Devletçi, Laik ve inkılâpçı olub resmi dili Türkçedir; makarri Ankara şehridir.*”

1937 değişikliklerinden sonra, özellikle 1946 – 50 arasında yaşanan tartışmalar ve çok partili siyasi hayata geçilmesi, halkın oyunun önem kazanması devletin ideolojik tutumlarında tabii olarak gevşemelere yol açtı. Daha önce halkı hesaba katmadan merkezden belirlenen ilke ve politikalar artık halkın tasvibine göre gözden geçirilmeye başlandı. 1946’den itibaren Cumhuriyet Halk Partisi tarafından uygulanan politikalarda

⁷⁸ Bu konuda doyurucu bilgiye şu kaynaktan ulaşılabilir: Kemal Gözler, “Hukuk Açısından Monarşi ve Cumhuriyet Kavramlarının Tanımı Sorunu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 54, 1999, sy. 1, sh. 51-62.

⁷⁹ Gözler farklı görüştedir. Ona göre, bu tarih itibarıyla, anayasada laiklik kavramı bulunmasa da, laik devlet niteliğinin mevcudiyetinden söz edilebilir. Bkz.: Gözler, Anayasa Hukuku, 144-145.

önemli değişiklikler olmuştur. O kadar ki, 1950 seçimleri öncesinde parti yetkilileri seçimi kazandıkları takdirde “altı ok”u anayasadan çıkartacaklarını vaad etmişlerdir⁸⁰.

Buradaki değerlendirmemiz anayasa çerçevesinde laiklik anlayışıdır. Yoksa uygulamada yaşanan din – devlet ilişkileri ile din hürriyetine müdahale içeren yaklaşımlar çoğu zaman 1924 Anayasasındaki düzenlemelere rağmen gerçekleştirilmiştir. 27 Mayıs’tan sonra anayasaya hakim olacak ideolojiye yakın fikirleri savunan yazar ve aydınlar elbette mevcuttur; ama bu anlayışın anayasal bir zemini yoktur⁸¹.

3. Anayasalar Ekseninde Laikliğin Gelişimi

a. 1961 Anayasasında Laiklik

27 Mayıs 1960’ta yapılan askeri darbenin ardından, Milli Birlik Komitesi Direktiflerinde, hedefin “Atatürk inkılaplarına müstenit, tarafsız ve faziletli bir idare kurmak” olduğu ifade edilmiştir. Gerçekten de darbe yönetimi bütün sorunları yeni bir anayasa ile çözeceği kanaatindeydi ve Atatürkçü, devrimci, laik bir düzen kurmak için 61 Anayasasını hazırlatmıştır⁸².

Yeni anayasada laiklik Cumhuriyetin nitelikleri arasında, 2. Maddede zikredilmiştir. Laiklikle ilgili tek düzenleme bu değildir. Anayasanın din özgürlüğü ile ilgili 19. Maddesinde, laikliğin sadece din ve devlet işlerinin ayrılması olarak görülmediği, dini hayat üzerinde kontrol mekanizmalarının kurulmasının da hedeflendiği anlaşılmaktadır. Dinin istismarı ve kötüye kullanılması gibi hususlar da bu maddede düzenlenmektedir.

1961 Anayasasının temel hakların kötüye kullanılmasını düzenleyen 11. Maddesinde de din sebebiyle ayrımcılık yapılamayacağı ifade edilerek laiklik ilkesi teyit edilmiştir.

⁸⁰ Feroz Ahmad, Modern Türkiye’nin Oluşumu, Çevr. Yavuz Alogan, İstanbul, 1999, sh. 132.

⁸¹ Bkz. Ahmet Araman, Türk Basınında Laiklik Tartışmaları (1938 – 1950), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, sh. 68 vd.

⁸² Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C.2, sh.6.

Yine anayasanın eşitlikle ilgili 12. Maddesinde, dinsel eşitlik de zikredilmektedir. 57. Maddede ise siyasi partilerin laiklik esasına bağlı olacağı belirtilmektedir.

Diyanet İşleri Başkanlığı'nı düzenleyen 154. Madde de laiklikle ilgili bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

1924 Anayasasından farklı olarak 1961 Anayasası laiklik konusunu özel vurgularla ve bir konsept içinde düzenlemektedir. Daha sonra Anayasa Mahkemesi kararlarında ayrıntılı olarak göreceğimiz üzere, anayasa laikliği genel kabul gören din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması meselesinden ibaret görmemektedir. Dinin sadece siyasi alandan değil, toplumsal alanda da mümkün olduğu ölçüde dışlanmasını, “vicdanlara hapsedilmesini” amaçlamaktadır. Laiklik konusunda 1961 Anayasasının yeni bir dönem başlattığını kabul etmek gerekir.

b. 1982 Anayasasında Laiklik

Laiklik kavramı 1982 Anayasasında çeşitli hükümlerde kullanılmaktadır. Bir çerçeve belirlemesi bakımından bunları ele almakta yarar bulunmaktadır.

aa. Başlangıç Kısımındaki Hükümler

82 Anayasasının başlangıç kısmında laiklik ilkesinden söz edilmektedir. Anayasanın Başlangıç kısmı tek bir cümle olarak kaleme alındığından atıfta zorluk yaşanmakta, bu sebeple kavramın geçtiği kısmı bir bütün olarak kaydetmek gerekmektedir.

Anayasanın 176. Maddesine göre, Başlangıç kısmı anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirtir ve anayasa metnine dahildir. Bu sebeple anayasanın diğer hükümleri gibi Başlangıç kısmı da anayasa hükümleri içermektedir. Söz konusu maddenin gerekçesinde de, Başlangıç kısmının anayasanın diğer hükümleriyle eşdeğer olduğu belirtilmiştir.

Başlangıç kısmında laiklik kavramına şu bağlamda yer verilmektedir:

“Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı,”

Burada laiklik kavramının devlet işleri ve politika ile ilişkilendirilerek ele alındığı görülmektedir. Daha sonra değineceğimiz üzere, din – devlet ilişkileri bağlamı dışında mahkeme kararlarında rastladığımız bir anlayış burada görülmemektedir.

Başlangıç kısmının ilk ibarelerinde ise,

“Türk Vatanı ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu Anayasa, Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve onun inkılap ve ilkeleri doğrultusunda,”

Sözleriyle, laiklik kavramı doğrudan zikredilmemiş olmakla birlikte “Atatürk”ün inkılap ve ilkeleri” şeklindeki ibare ile dolaylı olarak dikkate alındığı düşünülmelidir. Aynı durum, yukarıda alıntı yaptığımız ibareler arasında yer alan “Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları” sözlerinde de karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan, anayasanın Başlangıç kısmında laiklik kavramına zımni olarak da atıflar bulunduğu kabul edilmelidir.

bb. Anayasanın 2. Maddesinde Laiklik Kavramı

Anayasanın 1. Maddesinde “Türkiye devleti bir Cumhuriyettir” ifadesiyle devlet şekli belirlenmiştir. 2. Maddede ise, Cumhuriyetin nitelikleri düzenlenmektedir. Buna göre,

“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”

Bu maddede laiklik kavramı açıkça, cumhuriyetin bir niteliği olarak belirlenmiştir. Bu madde ile ilgili olarak Danışma Meclisi'nde yapılan müzakerelerde laiklik kavramının önemine değinilmiştir. Bazı üyelerin ifadelerinde, daha sonra Anayasa Mahkemesi kararlarında görüleceği üzere, laikliğin bir hukuk kavramı oluşunun dışına taşan yaklaşımlar görülmektedir. Mesela, Fikri Devrimsel adlı bir Danışma Meclisi üyesi şöyle demektedir⁸³: “... *Laik olmayan devlet halkçı olamaz, milliyetçi olamaz, yapısı itibarıyla demokratik olamaz... Aklı ve ilmi esas almayan toplumlar Atatürk'ün hedef gösterdiği çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkamazlar. Temel koşul laikliktir.*”

Bazı Danışma Meclisi üyeleri ise, laiklik kavramının içeriğinin belirginleştirilmesi gerektiğini ileri sürerek, kavramın yanlış yorumlanması dolayısıyla zaman zaman sorunlar yaşandığına değinmişlerdir. Özellikle bir ceza hukukçusu olan Abdullah Pulat Gözübüyük'ün görüşleri ilginçtir⁸⁴: “*Kötüye kullanmaya mani olmak üzere, kavramın açık ve kesin bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Laiklik yerine devlet – din ayrılığına dayanan toplumsal bir hukuk devletidir, şeklinde yazılmalıdır.*” Gözübüyük bu ifadeleriyle, anayasada laikliğin tanımı yapılmalıdır, görüşünü savunanlardan daha da ileri giderek, laiklik kavramı yerine onun tanımının anayasaya konulmasını teklif etmiştir. Birçok üyenin ise laiklik kavramının tanımının da anayasada yer alması yönünde görüşleri olmuştur⁸⁵. Hemen hemen her üye laiklikle ilgili konuşurken, laikliğin dinsizlik olmadığını belirterek sözüne başlamaktadır. Bu husus da konuyla ilgili yaşanan tecrübelerin mahiyetini göstermesi bakımından önemlidir.

Anayasa metninde sadece laiklik kavramının zikredildiğini içeriğiyle ilgili bir açıklamanın bulunmadığını belirtmeliyiz. Ancak madde gerekçesinde laiklik tanımlanmıştır. Buna göre⁸⁶, “*Hiçbir zaman dinsizlik anlamına gelmeyen laiklik, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dini inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tabi kılınmaması anlamına gelir.*” Bu tanımda, Başlangıç kısmında laiklik kavramının zikredildiği bağlamdan farklı olarak, din ve vicdan özgürlüğü boyutunun öne çıkarıldığı

⁸³ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi (DMTD), 123. Birleşim, C.7, sh.202.

⁸⁴ DMTD, 125. Birleşim, C.7, sh.383 vd.

⁸⁵ Mesela, Mehmet Pamak (124. Birleşim, DMTD, C.7, sh.294); Hamza Eroğlu (128. Birleşim, DMTD, C.7, sh.649); Halil Erdoğan Gürel (126. Birleşim, DMTD, C.7, sh.479).

⁸⁶ Burhan Kuzu, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 1988, sh.3

görülmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında gerekçedeki bu tanımdan oldukça farklı yaklaşımlar ortaya konulduğuna ileride değineceğiz.

Bazı yazarlar, demokrasi ile laiklik, hukuk devleti ile laiklik arasında da zorunlu ilişkiler kurarak, gerek demokrasinin gerekse hukuk devletinin laikliği gerektirdiğini ileri sürmektedirler⁸⁷. Onlara göre, laiklik sadece bağımsız bir kavram olarak değil, diğer kavramların içinde mündemiç olarak da bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin de bu görüşü benimsediğini ifade etmeliyiz⁸⁸.

Halbuki laiklikle demokrasi veya laiklikle hukuk devleti kavramları arasında, teorik veya uygulama alanında herhangi bir ilişki bulunmamaktadır⁸⁹. Laik bir devlet demokratik olabileceği gibi, tamamen anti-demokratik de olabilir. Mesela, Fransa laik ve demokratik bir devlettir; Sovyetler Birliği ise laik ama anti-demokratik bir devlettir. Yine demokratik bir devletin de laik olması şart değildir. Bir devlet demokratik olabilir ama laik olmayabilir. Mesela, İsrail demokratik bir devlettir ama laik değildir. Yunanistan da aynı şekilde demokratik ama laik olmayan bir devlettir. Dahası, demokrasinin beşiği kabul edilen İngiltere'yi laik olarak kabul etmek mümkün değildir. İngiltere'de Anglikan Kilisesi ve Presbiteryan Kilisesi devlet kilisesi statüsündedir; Tac (kral veya kraliçe) aynı zamanda Anglikan Kilisesi'nin başıdır; dolayısıyla din ve devlet teşkilatı birbirinden ayrılmış değildir⁹⁰. Laik olmadığı için hiç kimse İngiltere'nin demokratik olmadığını ileri süremez. Almanya'nın da laik olduğunu ileri sürmek çok zordur. Anayasasında resmi olarak bir devlet dini benimsenmiş değilse de Alman Anayasası atıflar yoluyla Kiliseyi tanımaktadır. Anayasanın çeşitli hükümleriyle kilisenin bir kamu tüzel kişisi mahiyetinde tanındığı ve kamu gücü kullanmasına imkan veren hükümler konulduğu anlaşılmaktadır⁹¹. Bu şekliyle laik bir devlet olduğu iddia edilemeyecek olan Almanya'nın demokratik olduğundan kimse şüphe duyamaz. Bu örnekler çok açık bir şekilde göstermektedir ki, laiklik ile demokrasi arasında zorunlu bir ilişki yoktur; bir devlet laik olduğu halde demokratik olmayabileceği gibi, laik olmadığı halde demokratik de olabilir. İki kavram birbirinden tamamen farklı

⁸⁷ Mesela, bkz. Bihterin Dinçkol, 1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik, İstanbul, 1991, sh.59-60.

⁸⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 07.03.1989 tarihli, E.1989/1 ve K.1989/12 sayılı kararı bu konuda en önemli örneklerdendir. Resmi Gazete, 05.07.1989, sy.20216.

⁸⁹ Ayrıntılı tartışma için bkz.: Gözler, sh.153-154.

⁹⁰ Gözler, sh.153.

⁹¹ Gözler, sh.154.

kavramlardır. Türkiye’deki aksi yönde değerlendirmeler ne teori ne de uygulama ile bağdaşmaktadır⁹².

1982 Anayasasının 4. Maddesi değiştirilemeyecek hükümleri düzenlemektedir. Bu maddede, 2. Maddedeki cumhuriyetin niteliklerinin değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceği belirtilmektedir. Böylece laiklik kavramının da değiştirilemeyecek ve değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek ilkelerden biri olduğu ifade edilmelidir.

cc. Bir Temel Hak Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü ile Laiklik İlişkisi

1982 Anayasasının 24. Maddesi din ve vicdan özgürlüğünü düzenlemektedir. Yukarıda da değindiğimiz üzere, laiklik kavramının hukuki tanımında birinci boyut din ve vicdan özgürlüğü boyutudur. Maddenin ilk üç fıkrası şöyledir:

“Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.”

İlk fıkra din ve vicdan özgürlüğünün ilke olarak sınırsız bir şekilde kabul edildiğini görüyoruz.

İkinci ve üçüncü fıkralar ise ibadet özgürlüğü ile ilgilidir. İbadet özgürlüğünün inanç özgürlüğü gibi sınırsız olarak tanınmadığı, ondördüncü madde hükümlerine göre sınırlanabileceği ifade edilmektedir. Bu madde anayasada “genel sınırlama maddesi” olarak bilinmektedir. 2001 değişikliğinden önce çok geniş sınırlama sebepleri içerirken, kısaltılmış ve soyut bir norma dönüştürülmüştür. Madde:

⁹² Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, Ankara, 1999, sh.240-241.

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.”

demektedir.

Kısaca, anayasada tanınan hak ve özgürlüklerin “kötüye kullanılması” engellenmeye çalışılmakta, temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesi amacıyla anayasa hükümlerinden yararlanmaya imkan vermeyecek bir ilke oluşturulmaktadır. Bu maddenin uygulamada işleyebilmesi için, son fıkrasında da belirtildiği gibi, kanunlarda düzenlemeler yapılması, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının ne anlama geldiği ve hangi hallerde hukuka aykırı kabul edileceği belirlenmelidir.

24. maddenin üçüncü fıkrasında ise dini inanç ve vicdani kanaatlerin açıklanmaya zorlanması, bunlardan dolayı kınanma önlenmektedir. Yine ibadet yapma veya yapmama konusunda bir zorlamanın olmayacağı ortaya konulmaktadır.

Dördüncü fıkra ile din ve vicdan özgürlüğünün başka bir boyutu olan öğrenme ve öğretme hakkı düzenlenmektedir.

“Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.”

Uzun zamandır çeşitli kesimlerce tartışılan bu maddenin hiç kimseye yaranamadığı söylenebilir. Bir taraftan zorunlu “din kültürü ve ahlak öğretimi”nin din ve vicdan özgürlüğüne aykırı olduğu, laik bir devlette böyle bir zorlamanın olamayacağı ileri sürülmekte, öbür taraftan ise devletin din öğretimini tekeline alması ve ihtiyari din öğretimini düzenlememiş olması eleştiri konusu yapılmaktadır.

Aslında maddede iki farklı din öğretimi düzenlenmektedir. Birincisi, tartışılan “zorunlu” öğretimdir. Bununla belli bir dinin esaslarını anlatmak şeklinde bir dini eğitimin kastedilmediği açıktır. Uygulama ile ilgili sorunlar ayrıca değerlendirilmelidir. Ancak bir din ve ahlak kültürü dersinin zorunlu olması, hukuk bakımından, bizzatı sorunlu değildir; içerik önemlidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da, din kültürü ve ahlak öğretiminin zorunlu olmasının temel haklara aykırı olmadığı ilke olarak kabul edilmektedir; eleştiri içerikle ilgilidir.

24. maddede düzenlenen ikinci tür din öğretimi ise ihtiyari din öğretimidir. Son cümlede, kişilerin kendi isteği, küçüklerin ise kanuni temsilcilerinin talebine bağlı olarak din eğitimi ve öğretimi yapılabileceği ifade edilmektedir. Bu konu Türkiye’de iyi anlaşılmamış konulardan biridir. Bir ölçüde Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından yürütülen bu ihtiyari din eğitimi ve öğretiminin uygulamasını düzenleyen hukuki metinler yoktur. Anayasa ihtiyari din eğitimi ve öğretimini talebe bağlı olmakla birlikte, sınırsız olarak kabul etmektedir; Diyanet İşleri Başkanlığı’nın tekelinde yürütülmesi zorunlu değildir. Mesela, Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinde de ihtiyari din eğitimi ve öğretimi verilmesi mümkündür. Bu bakımdan, ihtiyari din eğitimi ve öğretiminin uygulanması göstermek üzere ayrı bir kanun düzenlemesine ihtiyaç bulunmaktadır.

24. maddenin son fıkrası ise din özgürlüğünün kötüye kullanılması ile ilgilidir:

“Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi 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.”

Daha önce ceza kanunundaki bir hükmün de (eski Türk Ceza Kanununun 163. Maddesi) içeriği olan bu ifadeler hukuk açısından tartışılacak muğlâk kavramlarla bir sınırlama getirmeye çalışmaktadır. Bir açıdan, sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki alanlarda yapılacak her türlü faaliyette din kökenli kültürü dışlar gibi gözüken ifadeler bilimsel çalışma ve düşünceye de sınır koymaktadır. Din dışı kökene sahip düşüncelerin serbest din kökenli olanların ise “yasak” olduğu şeklinde yorumlanabilecek bu yaklaşım kültür tarihiyle ilgili gerçeklerle de uyusmamaktadır. Dini kökenli ve din dışı kökenli ayrımını Batı kültürü dahil hiçbir kültürde tam anlamıyla yapabilmek mümkün değildir. Batıda seküler kanunların dahi dini kaynaklarla ilişkisi bulunmaktadır. Öte yandan “istismar” gibi bir kavramla oldukça yoruma müsait bir alan açılmaktadır. Bu hüküm 1961 anayasası döneminden beri üzerinde durulan ve birçok yazar tarafından eleştiri konusu yapılan bir hükümdür.

dd. Anayasadaki Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle Laiklik İlişkisi

Laiklik, anayasada yer alan başka temel hak ve özgürlüklerle de ilişkilidir. Özellikle, kişi dokunulmazlığı ve kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirmeye ilgili 17. Madde; özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin 20. Madde; düşünce, kanaat ile bunları açıklama ve yayama özgürlüğüne dair 25 ve 26. Maddeler; basın özgürlüğünü düzenleyen 28. Madde; dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen 33. Madde; toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile ilgili 34. Madde; eğitim ve öğrenim hakkını düzenleyen 42. Madde; sendika kurma hakkıyla ilgili 51. Madde; gençliğin korunmasıyla ilgili 58. Madde; siyasi partilerle ilgili 68. Ve 69. Maddeler; radyo ve televizyon idaresini düzenleyen 133. Madde; Diyanet İşleri Başkanlığı'nın düzenlendiği 136. Madde; “İnkılap Kanunlarının Korunması” başlıklı 174. Madde bir çok bakımdan laiklik ilkesiyle ilişkilidir. Bu maddelerde, mesela 136. Maddede Diyanet İşleri Başkanlığı ile ilgili düzenlemede olduğu gibi, ya doğrudan laiklik kavramı kullanılmakta, ya da din sebebiyle ayrımcılık yapılamayacağı gibi din özgürlüğüyle ilgili ilkelerden söz edilmektedir. Laiklik ilkesinin anayasadaki yerini belirlemede bu hükümlerden de yararlanmak gerekir⁹³.

⁹³ Ayrıntılı inceleme için bkz.: Dinçkol, sh.91-170.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÜKSEK YARGININ TÜRKİYE’DE LAİKLİK ALGISININ OLUŞUMUNDAKİ YERİ

A. Yüksek Yargının Anayasal Kavramların Oluşumu ve Yorumundaki Yeri

Hukuk kuralları belli bir dilin yapısı içinde ve belli bir ifade olarak ortaya konulmaktadır. Kural veya norm denilen şey hukuk kuralını ortaya koyan cümle veya ibare değil onun anlamıdır. Bu bakımdan aslında hukuk kuralı bir cümle veya ibarenin yorumlanmasıyla ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifade ile hukuk kuralı cümlelerin kendisi değil onun yorumudur. Çok genel anlamda yorum, bir hukuki metnin anlam ve kapsamının belirlenmesi olarak tanımlanabilir⁹⁴.

Bir hukuk kuralını bir olaya uygulamak zorunda olan kişi (yönetici, savcı veya hakim) önce o kuralın anlamını belirlemek zorundadır. Her münferit olayda uygulayıcı yorumlama işini yaparken, kişiden kişiye veya zamandan zamana yahut olaydan olaya değişebilen yorumlar arasında hangisinin doğru kabul edileceği veya hangisinin uygulamada esas alınacağı önemli bir sorundur. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı esas alan Anglo – Sakson hukuk sisteminde yorum konusu çok ayrıntılı olarak ele alınmıştır⁹⁵. Yazılı hukuk kurallarını esas alan, Türkiye’nin de dahil olduğu Kara Avrupası sisteminde ise yorum konusu nispeten daha az ilgi duyulan bir konu olmuştur.

Hukukta yorum konusunda bizi ilgilendiren boyut hangi yorumun önemli, etkili ve bağlayıcı olduğu noktasındadır. Bu açıdan, yani hukuk kurallarının yorumunu

⁹⁴ Kemal Gözler, Hukuka Giriş, Bursa, 2008, sh.206. Aynı yazarın konuyu ayrıntılı olarak ele aldığı bir başka eseri mevcuttur: Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara, 1998, sh.149 vd.

⁹⁵ Gözler, Genel Teori, sh.157-158.

yapan mercie göre ele alan yerleşik bir ayrım bulunmaktadır. Hukukta yorum, yorumu yapan kişi veya makam bakımından *yasama yorumu*, *yargısal yorum* ve *bilimsel yorum* olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

Yasama yorumuna (*teşrii tefsir*) resmi yorum da denilmektedir. Yasama yorumu, bizzat kanun koyucu tarafından yapılan yorumdur. Kuralı koyan organ aynı zamanda kendi iradesinin nasıl anlaşılması gerektiğini de göstermektedir. Yasama yorumunun yapılabilmesi ve geçerli olabilmesi için pozitif hukuk sisteminde öngörülmüş olması gerekir. Bazı yazarlar, yasama organının belli bir kuralı koyarken hangi anlamı kastettiğini en iyi bilebilecek olanın yine kendisi olduğundan hareketle, yasama yorumunu en üstün yorum olarak kabul etmektedirler⁹⁶. Hukuk sistemlerinde kabul etmiş ülkelerde, yasama yorumu kanuna eşdeğerdir. Mahkemeleri ve yürütme organını bağlar. 1924 Anayasasının 24'üncü maddesinde, "*Büyük Millet Meclisi, kavaninin... tefsiri... vezâifini bizzat kendi ifa eder*" şeklinde bir hüküm bulunmaktaydı. Yani TBMM'nin görevlerinden biri de kanunları yorumlamak idi. Bu görevini "tefsir kararları" ile yapardı. Bu dönemde TBMM birçok tefsir kararı vermiştir. 1961 Anayasası TBMM'nin bu yetkisini kaldırmıştır. Anayasanın 62'inci maddesinin gerekçesinde⁹⁷, "*kanunun resmi tefsiri, normal olarak yargı yetkisine giren bir husustur. ... Yasama eğer çıkardığı kanununun maksadını karşılamadığını da mahkemelerin tatbikatı sebebiyle görürse, bu kanun istediği muhtevayı taşıyor demektir. Bu takdirde yapılacak şey kanunu değiştirmekten ibarettir.... Bu bakımdan modern hukuk anlayışıyla bağdaşamayan tefsir yetkisi tasarıya alınmamıştır*". 1982 Anayasası da yasama yorumunu kabul etmemiştir.

Yargı yorumu (*kazai tefsir*) mahkemeler tarafından yapılan yorumdur. Yargı yorumu, yasama yorumundan farklı olarak, kanunun somut olaylara uygulanması dolayısıyla yapılır. Yasama yorumu daha çok bir ilke belirlemek üzere yapılmaktadır. Hukuk kuralının olaylara uygulanabilmesi için yorum zorunludur ve yargı faaliyetinin ayrılmaz bir parçasıdır. Hakim, önüne gelen olayda, kanunun belirsiz olduğunu ileri sürerek davayı reddedemez. Yargı yorumunun geçerliliği bu yorumu yapan mahkemenin önündeki somut olay ile sınırlıdır. Hakim önündeki davada bir kanun hükmünü yorumlarken aynı konuda başka mahkemelerin yapmış olduğu farklı

⁹⁶ Gözler, Genel Teori, sh.162.

⁹⁷ Gözler, Genel Teori, sh.163.

yorumlarla bağılı değildir. Hatta hakim, başka bir davada aynı kuralı farklı şekilde yorumlayabilir. Bunun istisnası Yargıtay Büyük Genel Kurulunun içtihadı birleştirme kararlarındaki yorumlardır; bu yorumlar bütün mahkemeleri bağlar. Ancak yargı kararları üst yargı organlarınca denetlenebildiği için hakimler kararlarını bilimsel ve mantiki esaslara dayandırmak ve gerekçelendirmek zorundadır⁹⁸.

Bilimsel yorum (*ilmi tefsir*), hukuk bilim adamları tarafından yapılan yorumdur. Bilimsel yorum, hukuk kurallarının soyut şekilde yorumlanmasıdır; somut olaylarla ilişkili değildir. Bilimsel yorum bağlayıcı değildir; ancak mahkemeler bu yorumlardan yararlanabilirler⁹⁹.

Bu açıklamalar ışığında, Türkiye’de mevcut hukuk sisteminin “yargı yorumu”nu benimsediği ortaya çıkmaktadır. Yargı yorumu her somut olayda hukuk kurallarının, o kuralı uygulamakla yetkili mahkeme tarafından yorumlanması suretiyle karşımıza çıkmaktadır. İlke olarak mahkemelerin yorumlarında bağımsız olduğunu, hatta kendileri tarafından yapılan önceki yorumlarla dahi bağılı olmadığına değinmiştik. Ancak, mahkeme kararlarının temyiz yoluyla üst mahkemelerce denetlenebilmesi mümkün olduğu için, farklı yorumların belli süreçler içinde telif edildiği, mümkün olduğu kadar tek bir yorumun geçerli kılınmasına çalışıldığı söylenebilir. Adli yargı bakımından kısaca açıklamak gerekirse, bir yerel mahkemede verilen kararda hukuk kuralının bir şekilde yorumlandığını varsayalım. Bu mahkeme kararı temyiz edildiğinde ilgili Yargıtay dairesi yerel mahkemeden farklı bir yorum yapıp karar verebilir. Bu durumda karar bozulmuş olmaktadır. Bunun üzerine tekrar yerel mahkemeye giden davada hakim isterse Yargıtay tarafından yapılan yorumu benimser, isterse kendi yorumunda ısrar eder. Yargıtay’ın ilgili dairesinin yorumunu yerel mahkeme de benimserse belli bir yorum esas alınmış olur. Eğer yerel mahkeme kendi yorumunda ısrar ederse, o zaman dava hukukla ilgiliyse Hukuk Genel Kurulu’na, ceza ile ilgiliyse Ceza Genel Kurulu’na gider. Bu kurulların yapmış olduğu yorumlar ise o davaya münhasır olmak üzere, hem yerel mahkeme hem de Yargıtay’ın ilgili dairesi bakımından bağlayıcıdır. Şu halde Hukuk veya Ceza Genel Kurulu tarafından yapılan yorumların önemli ölçüde bağlayıcılık taşıdığını söylemek gerekir. Bu süreçlerde de yorum farkları ortaya çıkarsa, o zaman, yorumları (içtihatları) birleştirmek üzere

⁹⁸ Gözler, Genel Teori, sh.165.

⁹⁹ Aynı yer.

Yargıtay Büyük Genel Kurulu toplanır ve belli bir yorumu benimser (İçtihatları Birleştirme Kararı). Bu karar bütün mahkemeler bakımından bağlayıcı bir karardır. Adli yargı için açıklamaya çalıştığımız bu süreç idari yargı için de geçerlidir. Orada Yargıtay yerine Danıştay görev yapmaktadır. O halde yüksek mahkemelerin hukuk kurallarının yorumu konusunda son sözü söyleme yetkisinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Hukuk sistemi Yargıtay ve Danıştay’a kanunlarla ilgili ortaya çıkan yorum farklılıklarını giderme ve yorumla ilgili son sözü söyleme yetkisi vermiştir.

Kanunların yorumu konusunda Yargıtay ve Danıştay nihai yetkili kabul edilmişken anayasa kurallarının yorumu konusunda ayrı bir mahkeme, Anayasa Mahkemesi yetkili kılınmıştır. İlk kez 1961 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü’nün anayasaya uygunluğunu denetler. Ayrıca anayasa değişikliklerinin de sadece şekil bakımından anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahiptir. Anayasa Mahkemesi’nin kurulmasından itibaren anayasa hükümlerinin nihai yorumu konusunda diğer mahkemelerin yetkisi kalkmıştır. Anayasadaki kural ve kavramların yorumlanması yoluyla anlamının belirlenmesi Anayasa Mahkemesi’nin tekelindedir. Anayasaya göre (153. Maddenin son fıkrası), “*Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.*” Şu halde anayasadaki kurallar ve kavramlar bakımından Yargıtay ve Danıştay da dahil bütün mahkemelerin Anayasa Mahkemesi’nin yorumlarıyla bağlı olduğu açıktır.

B. Kararlar Işığında Yüksek Yargının Laiklik Algılaması

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere, anayasa kurallarını ve kavramlarını yorumlama tekeli Anayasa Mahkemesi’ndedir. Anayasa kurallarını ve kavramlarını karşılaşılan somut olaylarda uygulamakla yetkili olan diğer yüksek mahkemeler, Yargıtay ve Danıştay Anayasa Mahkemesi’nin yorumuyla bağlıdır. Ancak zaman zaman Yargıtay ve Danıştay’ın ikinci derecede yorumlar yaptığı, Anayasa Mahkemesi’nin belirlediği çerçeveye büyük ölçüde uyuşmakla beraber genişletici yorumlar yaptığı da görülmektedir.

Bu bakımdan, laiklik gibi anayasal bir kavram üzerinde konuşulurken yorum konusunda yetki esasen Anayasa Mahkemesi'nde bulunmaktadır. Diğer yüksek mahkemelerin de zaman zaman Anayasa Mahkemesi'nin yorumuyla mutabık olmakla birlikte onu açan veya boyutlandıran kararları görülmektedir. Burada ağırlıklı olarak Anayasa Mahkemesi kararlarını birkaç örnek bakımından da Danıştay kararlarını ele almaya çalışacağız.

Gerek Anayasa Mahkemesi'nin gerekse diğer yüksek mahkemelerin doğrudan laiklik ilkesi çerçevesinde vermiş olduğu kararlar bulunmaktadır. Özellikle bazı kanun düzenlemelerinin anayasada yer alan laiklik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla açılan veya bazı siyasi partilerin laiklik ilkesine aykırı hareket ettikleri için kapatılmalarının talep edildiği davalarda Anayasa Mahkemesi doğrudan laiklik kavramını yorumlamıştır. Bazen de farklı konularda açılan davalarda laiklik kavramına değinilmiştir. Bu çerçevede, bağırlıklı olarak doğrudan laiklik kavramının yorumlandığı kararları esas almaya çalışacağız. Dolaylı olarak laiklik kavramına değinilen kararlardan da örnekler sunacağız.

1. Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan Laiklikle İlgili Kararları

Anayasa Mahkemesi 1961'de kurulmuştur. 1982 yılında ise Türkiye'de yeni bir anayasa kabul edilmiştir. O halde Anayasa Mahkemesi kararlarını 1961 Anayasası dönemindeki kararlar ve 1982 Anayasası dönemindeki kararlar şeklinde ikiye ayırmakta fayda bulunmaktadır. Temelde laiklik ilkesi bakımından anayasala düzenlemelerde bir fark bulunmadığı gibi Anayasa Mahkemesi kararlarında da önemli farklılık görülmemektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin izlediği çizgiyi görmek bakımından böyle bir ayrımın doğru olacağı kanaatindeyiz.

a. 1961 Anayasası Döneminde Anayasa Mahkemesi'nin Laiklikle İlgili Kararları

aa. 20.05.1971 tarih, E.1971/1 ve K.1971/1 sayılı kararı

Anayasa Mahkemesi'nin doğrudan laiklik kavramı çerçevesinde 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu ilk karar Milli Nizam Partisi'nin kapatılmasına

dair karardır. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararda laiklik kavramına ilişkin temel anlayışını oluşturmaya başladığını görmek mümkündür.

Milli Nizam Partisinin Birinci Büyük kongresine verilen genel idare heyeti faaliyet raporunu, bu rapor içinde bahsedilen (İslam ve İlim, Basında Erbakan ve Ortak Pazar adlı) üç kitabı ve partinin bu kitaplardaki görüşleri benimseyip benimsemediğini inceleyen Mahkeme, Milli Nizam Partisi'nin amacının ve faaliyetlerinin Anayasa'nın Başlangıç kısmı, 2., 19. ve 57. maddeleri ile Siyasi Partiler Kanunu'nun 92., 93. ve 94. Maddelerine aykırılığına ve partinin temelli kapatılmasına karar vermiştir¹⁰⁰.

Mahkeme'nin kararında ilgili bölümler şöyledir:

“Din bir vicdan, inanç ve kanaat konusu, Tanrı ile insan arasında manevi bir ilişki olmaktan çıkarılarak Anayasa ile çizilmiş sınırlarından taşırılmakta; siyaset idare, iktisat, öğretim, bilim, teknoloji alanlarında, toplumsal ve özel ilişkilerde sözün kısası bütün dünya işlerinde uyulacak tek kaynak, dayanak ve düzen olarak gösterilmek istenmektedir. Parti, halkla olan temaslarında, karşısındakileri yalnızca bir dinin müntesipleri gibi görme ve ele alma ve din fikrini hayatın tek hakimi kılma eğiliminde ve telkinlerinde başarı kazanabilmek, kendisini olabildiğince çok yandaş, başka deyimle, oy toplayabilmek için de dini ve din duygularını sömürme ve kötüye kullanma yolundadır.

*... özellikle Türk Ceza Kanununun (Laikliğe aykırı olarak Devletin içtimai veya iktisadi veya siyasi veya hukuki temel nizamlarını kısmen de olsa dini esas ve inançlara uydurmak amacıyla demek kurulmasını veya bu yolda propagandada ve telkinde bulunmasını) yasaklayan 163 üncü maddesinin kaldırılmasını, din derslerinin mecburi olmasını istemenin, hilafetin gelmesinde büyük faydalar görmenin ve millet isterse bunun olabileceğini belirtmenin, dinle Devletin aynı olduğunu, beraber yürüdüğünü ileri sürmenin; her alanda İslamlaşma zorunluğundan söz etmenin ve Cuma tatili üzerinde direnerek durmanın ve bütün bu görüşlerin Milli Nizam Partisince benimsenip 648 sayılı Yasanın 111 inci maddesinin 2 sayılı bendinde yazılı belgeler yoluyla açıklanmasının anlamı kesinlik ve açıklıkla ortadadır. Parti, kuruluş ereği, çalışma düzeni, faaliyet ve bu arada propaganda ve telkin yönü bakımlarından Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı bir tutum ve durumun içindedir. Bu aykırılık başlıca, bir yandan Anayasa'nın başlangıç kısmındaki «Milletimizi dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak milli birlik ruhu içinde daima yüceltmeyi amaç bilen Türk Milliyetçiliği» ilkesi ile; vicdan ve din hürriyetine ilişkin 19 uncu maddesi ile ve özellikle bu maddenin din eğitim ve öğrenimini kişilerin kendi isteğine ve küçüklerin de kanuni temsilcilerinin isteklerine bağlı tutan dördüncü ve **Devletin sosyal, iktisadi, siyasi veya hukuki temel düzenini, kısmen de olsa din kurallarına dayandırma veya siyasi veya şahsi çıkar veya nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını, yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar etmeyi veya kötüye kullanmayı yasaklayan beşinci fıkraları hükümleriyle; siyasi partilerin tüzük, program ve faaliyetlerinin demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine uyması zorunluğunu getiren 57 nci maddenin birinci fıkrası kuralı ile;***

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.9, sh. 64-70

öte yandan 648 sayılı Siyasi Partiler Kanununun dördüncü kısmında yer alan hükümlerden siyasi partilerin Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini değiştirmek amacını gütmelerini yasaklayan 92 nci, Halifeliğin yeniden, kurulması amacını gütmelerini yasaklayan 93 üncü, Devletin sosyal; iktisadi veya hukuki temel düzenini, kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi yahut şahsi çıkar veya nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din, duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edici ve kötüye kullanıcı faaliyetlerde bulunmalarını yasaklayan 94 üncü maddeleriyle doğrudan doğruya çelişkiye ve çatışmaya düşmek biçiminde kendisini göstermektedir.”

Mahkeme kararında, kapatma gerekçeleri arasında, partinin kuruluş, çalışma düzeni, faaliyet, propaganda ve telkinleri ile “Anayasa’nın başlangıç kısmındaki «Milletimizi dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak milli birlik ruhu içinde daima yüceltmeyi amaç bilen Türk Milliyetçiliği» ilkesi”ne aykırı bir tutum içine girmesi hususunu da ifade etmektedir. Bu durumda, anayasanın başlangıç kısmındaki “Türk milliyetçiliği” ifadesi, laikliğin ihlali bakımından bir “ölçü-norm” olarak kullanılmıştır¹⁰¹. Mahkemenin kapatma kararında, “Türk Milliyetçiliği” ile laiklik arasında ilişki kurması eleştirilere sebep olmuştur¹⁰².

bb. 21.10.1971 tarihli, E.1970/53 ve K.1971/76 sayılı karar¹⁰³

Bu karara konu dava, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi ve bazı yeni düzenlemeler yapılmasına dair 1327 sayılı kanunun “din hizmetleri”ne ilişkin hükmünün iptali talebiyle açılmıştır. Bu kanunla Devlet Memurları Kanununda “din hizmetleri sınıfı” diye ayrı bir memur sınıfı oluşturulmaktadır. Davayı açan Birlik Partisi, bu düzenlemeyi laiklik ilkesine aykırı görmektedir. Anayasa Mahkemesi bu kararında, muhtemelen sonraki kararlarına da yön verecek bir şekilde, çok ayrıntılı olarak laiklik kavramıyla ilgili yaklaşımını açıklamıştır. Bu sebeple, karardan biraz ayrıntılı alıntılar yapmak gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi, öncelikle laiklik ilkesinin dinlerle ilişkisi üzerinde durmakta, farklı dinler bakımından laiklik uygulamalarının da değişebileceğine değinmektedir:

¹⁰¹ Adnan Küçük, Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar, Ankara, 2005, sh.394.

¹⁰² Dogu Perinçek, Anayasa ve Partiler Rejimi, Ankara, 1985, sh.354 vd.

¹⁰³ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.10, sh.52-79.

“Dava konusu hükmün Anayasa’ya aykırı olup olmadığı sorununun çözülmesi her şeyden önce lâiklik ilkesinin niteliğinin ve Anayasamızdaki anlamının ne olduğunun araştırılıp saptanmasına bağlıdır.

...

Hukukî yönden, klâsik anlamda lâiklik, din ve Devlet işlerinin birbirinden ayrılması anlamına gelmektedir. Ayrılık dinin Devlet işlerine, Devletin de din işlerine karışmaması biçimindedir ki bu anlayışa göre kilise tüm anlamı ile bağımsızdır. Bu durum, Hristiyan dinine bağlı milletlerde birçok tarihi olguların, gereksinme ve zorunlulukların sonucu olduğu kadar bu sonuçta kilisenin dini bir kuruluş bulunmasının, Hristiyanlıkta ruhani bir sınıfın, bir din hizmetinin varlığının ve Papanın kutsal nitelikte dinî bir başkan olarak kabul edilmesinin de etkisi çoktur.

İslâmlıkta ise bir ruhban sınıfı bulunmadığı gibi, mabetlerde, görevli kimseler de kutsal nitelikte değillerdir. Şu halde her iki dinin koşulları aynı olmadığı gibi din işleriyle uğraşan kimselerin bağımsızlığı veya özerkliği anlayışının gerek ülkemizde gerekse batı devletlerinde oluşturacağı sonuçlar da birbirinin aynı değildir. ...

Yukarıda açıklanan nedenlerle Hristiyan ve İslâm dinine bağlı milletlerin kurdukları devletlerdeki lâiklik anlayışında bir ayrımın var olması zorunlu bulunduğundan, mabet ve din işleriyle uğraşanların devletten tüm ayrı ve bağımsız oluşunun lâiklik anlayışında bir ilke gibi benimsenmesi ancak, Hristiyan dininin kabul edildiği ülkelerdeki devletler için söz konusu olabilir. Yoksa buna, her dinin inanç ve gereklerinden doğan ayrılıkları gözönünde bulundurmadan geniş ölçüde genel bir ilke niteliği vermeğe olanak yoktur. Lâiklik din ve devlet ilişkilerini düzenleyen bir ilke olduğuna göre dinî anlayış yönünden benzer koşulları bulunmayan bir ülkenin, batı hukukundaki anlamı ve biçimiyle lâiklik ilkesini benimsememesini koşullardaki ayrılığın sonucu gibi görmek gerekir. Kaldı ki batı ülkelerinde dahi kimi devletlerin lâiklik anlayışı arasında ayrımlar vardır.”

Daha sonra, Mahkeme, Türkiye’de laiklik kavramının gelişimini açıklamaya çalışmaktadır:

“Bu açıklamadan sonra ülkemizde İslâmlık esasları karşısında lâikliğin gelişmesine kısaca göz atmakta konunun iyice aydınlığa kavuşması bakımından yarar görülmektedir: Bilindiği üzere, Osmanlı imparatorluğunda dine bağlı bir Devlet düzeni kurulmuştu, İslâmlık kuralları, yalnız bireyin manevî hayatını yani inanç alanını değil aynı zamanda toplum ilişkilerini, Devlet faaliyetlerini ve hukuku da düzenlemiştir. Fakat zaman ilerledikçe, özellikle Tanzimattan (1839) beri birçok tarihi olaylar, gereksinmeler ve bunları doğuran toplumsal gerçeklerin etkisiyle yavaş yavaş, toplum ilişkileri, Devlet faaliyetleri ve hukuk alanında dinî esaslara dayanmayan kanunlar kabul edilmeye başlanmış; böylece dinî kuralların toplumsal ilişkilere ve Devlet faaliyetlerine egemen olması temel görüşünden ayrılmaya başlanmış, ve bu durum giderek kendi koşullarına uygun bir biçimde gelişmiştir. Kabul etmek gerekir ki, Osmanlı Devleti gibi dine bağlı bir devlet düzeninde böyle bir gelişmenin ifade ettiği anlam büyüktür. Bu gelişmede islâmlığın kimi hoşgörülük kurallarının da payı vardır. “Zamanın ve hayat koşullarının değişmesiyle dinin eylem hükümleri de değişir” biçimindeki ilke karşısında, İslâmlığın toplum ilişkilerini, Devlet faaliyetlerini ve hukuku düzenleyen kuralları yerine, zamanın ve yaşama koşullarının değişmesiyle dinî esaslara dayanmayan kuralların geçmeğe

başlamasında, dinî anlayış yönünden bir engel bulunmamış olması büyük yardım sağlamıştır.”

Tarihi arka planı böylece ortaya koyan Mahkeme 1961 Anayasasındaki laiklik anlayışını ortaya çıkartmaya çalışmaktadır¹⁰⁴:

¹⁰⁴ Burada Anayasa Mahkemesi'nin kararını gerekçelendirirken kullandığı yaklaşımı önemine binaen kısaltarak alıntılıyoruz:

“Ülkemizde 1961 Anayasasıyla kabul edilmiş plan lâiklik ilkesi, geçirilen tarihi tecrübeler, devrimlere ulusun dinî ve siyasî özelliklerine ve yurdumuz koşullarına uygun bir anlam taşımaktadır. ... lâiklik ilkesinin kapsamını saptamak için Anayasanın konu ile yakın ilgisi bulunan, özellikle başlangıç bölümünün, 2., 19., 153. ve 154. maddelerinin ışığı altında inceleme yapılması ve Anayasa koyucunun kastettiği anlamın araştırılıp tartışılması uygun olacaktır.

1- Anayasa'nın 153. maddesinde, bu Anayasa'nın hiçbir hükmünün Türk toplumunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını günden, madde metninde gösterilmiş devrim kanunlarının, bu Anayasa'nın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu şekilde anlaşılacağı ve yorumlanacağı belirlenerek böylece lâik Devlet düzeninin korunması hedef tutulmuş bulunmaktadır. 1961 Anayasasıyla güdülen ana erek başlangıç bölümünde (Türk Ulusunun daima yücelmesi) ve 153. maddesinde ise (Türk Ulusunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi) biçiminde saptanmıştır. ... Şu halde Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında yer alan lâiklik ilkesinin anlamı saptanırken dayanılacak ilk esas bu ana erektir.

2- Anayasa'nın, lâiklik ilkesinin esaslarını saptayan ve düşünce ve inanç hak ve hürriyetlerini belirleyen 19. maddesinin birinci fıkrasında, ferdin manevî hayatına ilişkin olan dinî inanç bölümünde sınırsız bir hürriyet tanınmış, üçüncü ve dördüncü fıkralarla da (Kimsenin ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlarını açıklamaya zorlanamayacağı ve kimsenin dinî inanç ve kanaatlarından dolayı kınanamayacağı ve dinî eğitim ve öğrenimin ancak kişilerin kendi isteğine ve küçüklerin de kanunî temsilcilerinin isteğine bağlı bulunduğu) açıklanmıştır. ...

3- Ancak toplum hayatına etkili olabilecek ilişkilerde ölçsüz hak ve sınırsız hürriyet düşünülemediğinden din hürriyetinden doğan hakların da bireyin manevî hayatı alanından taşıp toplum alanına ve toplumun huzurunu ve çıkarlarını tahdit eden eylem ve davranışlara dönüşmesinin, milletin çıkarlarını ve huzurunu korumakla yükümlü olan Devletçe önlenmesi zorunludur. ...

19. maddenin beşinci fıkrasında da kimsenin, Devletin sosyal, iktisadî, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırmaya veya siyasî veya şahsî çıkar veya nüfuz sağlama amacı ile her ne suretle olursa olsun, dinî veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şartiyle istismar edemeyeceği, kötüye kullanmayacağı açıklanmış ve yasak dışına çıkanlar için yaptırımlar konulmuştur.

Gerçekten tarihimizde görülmüştür ki, Devletin dine bağlı olduğu Osmanlı imparatorluğunda, din hürriyetinin sınırlanmadığı devirlerde din toplum hayatının bütün alanlarına, Devletin karar ve hareketlerine daima müdahale etmiş ve dinin sömürülmesi, kötüye kullanılması dinî taassubun son derecelere ulaşması yüzünden, medeniyetin ilerleme aşamalarında ortaya çıkan her icad ve yeni buluş dine aykırı olduğu fetvaları ile karşılaşmış; hatta bu fetvalar düşman istilasına uğrayan vatani kurtarma çabalarını engelleyecek derecelere kadar varan tehlikelere yol açmıştır. Bu yüzden toplumumuzun gelişmesi için en lüzumlu icadlar bile yıllarca ve hatta bazan yüzyıllarca sonra ülkemize sokulabilmiş; böylece medeniyetin ilerleyişine ayak uydurulamamış, bunun sonucu olarak da Devlet, zaafa ve gerilemelere uğrayarak Osmanlı imparatorluğunun son yıllarında parçalanmalara kadar sürüklenmiştir. Bugün dahi kimi kimselerin dinî kötüye kullanmakta ve sömürmekte oldukları acı tecrübelerle anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle Anayasa Koyucu din hürriyetinde bu biçimde sınırlamaları öngörmek zorunda kalmıştır.

4- Anayasa'nın 19. maddesinin beşinci fıkrası, aynı zamanda lâiklik ilkesinin anlamını tayin eden hükümler de getirmiştir. Bu fıkra da Devletin sosyal, iktisadî, siyasî veya hukukî temel düzeninin kısmen de olsa din kurallarına dayandırılmayacağı hükmü kabul edilmiş bulunmaktadır. Hüküm Anayasa'daki lâiklik ilkesinin, dinin Devletin işlerine karışmayacağı anlamında olduğunu açıkça göstermektedir. Bizde din ve Devlet işlerinin birbirinden ayrılığının anlamı budur. Anayasa'nın 2. maddesine ilişkin gerekçede yer alan "Türkiye Cumhuriyeti lâiktir. Dinin Devlet işlerine karışmasını ve hukukun aklı olmayan (Naklî) kaynakların tesiri altında bulunmasını reddeder. Bunun dinî inkâr manasına gelmediği,

“Özetlemek gerekirse, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında kabul edilen lâiklik ilkesi: Özellikle;

a) Dinin Devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını benimseme,

b) Dinin, bireylerin manevî hayatına ilişkin olan dinî inanç bölümünde aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir hürriyet tanımak suretiyle dinî Anayasa inancası altına alma,

c) Dinin, bireyin manevî hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama,

ç) Devlete, kamu düzenini ve haklarının koruyucusu sıfatıyla dinî hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma niteliklerinden oluşmuş bir ilkedir.

...

Şu halde Anayasa'daki lâiklik ilkesinin bir özelliği de Devlete din hürriyeti üzerinde denetim yetkisi tanıyan bir nitelik taşımakta olmasıdır.”

Mahkeme, daha sonra, Diyanet işleri Başkanlığı'nın devlet teşkilatı içinde yer almasının laiklik ilkesine aykırı olduğuna dair iddiaları değerlendirmekte, Türkiye'deki tarihi gelişmelere atıf yaparak böyle bir teşkilatın neden gerekli olduğunu şu şekilde açıklamaktadır:

ancak dinin fertlerin vicdanına terk edildiğini ifade ettiği şüphesizdir) biçimindeki sözler dahi Anayasa Koyucunun bu kasdını pekiştirmektedir.

Yukarıda saptanan esaslardan da anlaşıldığı üzere Anayasa Koyucu, Anayasadaki lâiklik ilkesinin anlamını tayin ederken mabedin ve din işleriyle uğraşan kimselerin özerk veya bağımsız oldukları biçiminde bir anlam kasdetmiş değildir. Daha önce de değinildiği üzere, Hristiyan dininin taşıdığı özelliğe göre din ve devlet işlerinin birbirine karışmaması esasının, kilisenin bağımsızlığı biçiminde mânalandırılmasında bir sakınca görülmemiştir. Çünkü Batı devletlerinde dinin kötüye kullanılması ve sömürülmesi bizdeki şekilde bir sonuç doğurmadığından din ve devlet işlerinin birbirine karışmaması yönünden kabul edilen, kilisenin bağımsızlığı durumu devlet düzeni bakımından bir tehlike göstermemektedir. Oysa İslâmlık bireylerin yalnız vicdanlarına ilişkin olan dinî inanç bölümünü düzenlemekle kalmamış, aynı zamanda bütün toplum ilişkilerini, devlet faaliyetlerini ve hukuku da tanzim etmiştir. Bu durumda ülkemizde din hürriyetinin Anayasa ile çizilen sınırlarının ihlâli dinin sömürülmesi ve kötüye kullanılması, Devletin lâiklik esasına dayanan düzenine karşı gelinmesi anlamını taşımakta; Anayasanın temel ereklere engelleme sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir tutumun ve sınırsız, denetimsiz bir din hürriyeti ve bağımsız bir dinî örgütlenme anlayışının ülkemiz için pek ağır tehlikelerle yüklü olduğu uzak ve yakın tarihi tecrübelerle anlaşılmıştır. ...

5- Yukarıki bentte açıklanan nedenlere dayanan zorunluluklar karşısında Anayasamızda din ve Devlet ilişkileri tayin edilirken din hürriyetinin, bireyin manevî hayatına ilişkin olanlarının dışındaki bölümleri için birtakım sınırlamalar getirilmiş ve kurulmuş olan lâik devlet düzenini korumak üzere yaptırımlar konulmuştur. Bunların sonucu olarak Devlete din hürriyeti üzerinde bir denetim yetkisi tanınmış bulunmaktadır. ...

“Dinin Devletçe denetiminin yürütülmesi, din işlerinde çalışacak kimselerin yetenekli olarak yetiştirilmesi yoluyla dinî taassubun önlenmesi ve dinin toplum için manevî bir disiplin olmasının sağlanması ve böylece Türk Milletinin çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi, yücelmesi ona ereğinin gerçekleştirilmesi gibi nedenlere dayandığı gibi aynı zamanda toplumun çoğunluğunun müslüman bulunduğu ülkemizde, dinî ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için din işleri görececek kişiler, mabet ve başka maddî ihtiyaçların sağlanması ve bunların bakımı gibi konulara yardım etmek nedenlerine de dayanmaktadır. ...

... Diyanet işleri Bakanlığının Anayasa'da yer almasının da yukarıda açıklanan nedenlere dayanması karşısında, lâiklik ilkesine aykırı düştüğü kabul edilemez..”

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, laiklik kavramının Türkiye'ye mahsus bir yorumun yapıldığı ilk ayrıntılı karardır. Daha sonraki değerlendirmelerimizde bu karara zaman zaman döneceğiz.

cc. 27.11.1979 tarih, E.1979/9 ve K.1979/44 sayılı karar¹⁰⁵

Nüfus Kanununun bazı maddelerinin iptali talebiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar din ve vicdan özgürlüğü bakımından ilgi çekici değerlendirmeler içermektedir. Bu davada, Nüfus Kanununun 43. Maddesinde yer alan, “nüfus kütüklerinin ailenin bütün fertlerinin . .. dinini... de ihtiva edeceği”ne dair hükmün kişilere dinlerini açıklama mecburiyeti getirdiği, nüfus kütüklerindeki kayıtların düzeltilmesini talep etmeleri durumunda da mahkemeye başvurma, dolayısıyla dini inançlarını açıklama yükümlülüğü getirdiği, bunların ise anayasadaki laiklik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmektedir.

Mahkeme öncelikle laiklik ilkesinin yorumuyla ilgili kısa açıklama yapmaktadır:

“Anayasamız, lâiklik ilkesini 2. maddesinde Cumhuriyetimizin bir niteliği olarak kabul etmiş, din ve vicdan özgürlüğünü de 19. maddesinde düzenlemiştir. Sözü edilen 19. maddenin birinci fıkrası, herkese vicdan, dinî inanç ve kanaat Özgürlüğü tanımaktadır. İkinci fıkrada ise, "kamu düzenine veya genel ahlâka veya bu amaçlarla çıkarılan kanunlara aykırı olmayan ibadetler, dinî âyin ve törenler serbesttir." denilerek, birinci fıkrada tanınan özgürlüklerin sınırsız olarak kullanılamıyacağı belirtilmektedir. Çünkü din özgürlüğünün kimi kişilerin iç âleminde taşarak toplumun huzurunu kaçırarak boyutlara ulaşmasına, kamu

¹⁰⁵ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.17, sh.332-348.

düzeninin korunması ve işlerliğinin uyum içinde sağlanması düşüncesi izin vermez. Bu nedenle öngörülen bu sınırlama ile, toplumun bütün bireylerinin aynı özgürlüklerden yararlanabilmelerinin amaç edinildiğinde ve böylece bireylerin bu alandaki özgürlüklerinin güvence altına alınmak istendiğinde kuşku edilmemek gerekir.”

Daha sonra, kişilerin dinlerini açıklamasını zorunlu tutan, Nüfus Kanununun 43. Maddesiyle ilgili şu şekilde bir değerlendirme yapmaktadır:

“Söz konusu 43. madde zorlayıcı nitelikte hiç bir hüküm içermemektedir. Nüfusa kaydolunurken kişinin, Anayasa'nın kastettiği anlamda dinî inanç ve kanaatlerini de değil, sadece dininin ne olduğunu açıklamasına yol açabilecek bir durum yaratmaktadır ki, bu kuralın zorlayıcı bir niteliği ve zorlama ile ilişkisi yoktur. Bu nedenlerle 43. maddede dinini sözcüğünün bulunması, Anayasa'nın 2. ve 19. maddelerine aykırı görülmemiştir.”

Mahkeme'nin “dini inanç ve kanaatleri” açıklamak ile “dinin ne olduğunu” açıklamak arasında bir farklılık bulunduğu dair değerlendirmesi ilgi çekicidir. Dini inancın açıklanmasının dinin ne olduğunu açıklamayı da kapsadığı aslında açıktır. Kişilerin dini inancını açıklamaya zorlanamaması, kendi isteği dışında kişinin dininin veya dinle ilgili inancının bilinmesinin önlenmesi amacını taşımaktadır. Mahkeme'nin yapmış olduğu ayırım tamamen yapay bir ayırımdır.

dd. 03.07.1980 tarihli, E.1980/19 ve K.1980/48 sayılı karar¹⁰⁶

İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı Askeri Mahkemesi, eski Türk Ceza Kanununun 163. Maddesinin dördüncü fıkrasının, düşünce açıklamasını ve propaganda yapılmasını cezalandırdığı için düşünce özgürlüğünün özüne dokunduğunu, ayrıca başka düşüncelerin açıklanmasına yasak getirilmezken bu madde kapsamındaki düşüncelere yasak getirilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürerek sözü edilen hükmün iptalini talep etmiştir. Askeri Mahkemenin gerekçeleri ilgi çekicidir. Eşitlik konusunda şu şekilde bir değerlendirme yapmaktadır:

“Ülkemizde dinsizlik propagandası yapılmasının herhangi bir suç oluşturmamasına karşın, "ekonomik - toplumsal gelişmenin İslâm dinine ve şeriata bağlı kalındığı oranda gerçekleşebileceğini" savunan kişi, Türk Ceza Yasası'nın 163/4. maddesi gereğince kovuşturulabilmekte, böylece iki kişiden, dinsizliği savunan ceza yaptırımıyla karşılaşmamaktadır. Bu da Anayasa'nın 12. Maddesindeki eşitlik ilkesine aykırıdır....

¹⁰⁶ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.18, sh.265-285.

... Düşüncelerin bir bölümünü tehlikeli sayarak yasaklayan bir anlayışın demokrasi ile bağdaştırılması olanağı yoktur. Yasa Koyucu toplum üzerinde düşünce sınırlamalarıyla vesayet kuramamalı, zıt düşüncelere hayat hakkı verilerek toplumda gelişme ve ilerleme sağlanmalı, yasaklamaların ilgi uyandırmasının önüne geçilmeli, gizlilik kısıktılmamalı, düşünceler açıkça tartışılıp yarar ve sakıncalar ortaya konulmalıdır.”

Anayasa Mahkemesi Askeri Mahkemenin değerlendirmelerine katılmamaktadır:

“Şunu da belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 2. maddesi "lâiklik" ilkesinin kurallaştığı bir temel özelliğini taşımakta ve bu maddede Cumhuriyetin nitelikleri sayılırken, değişmezliği 9. maddenin güvencesine bağlanan düzen ana çizgileriyle ortaya konulmaktadır. Lâiklik ilkesini benimseyen Cumhuriyet, hukukun lâikliğini sağlamış, böylece Devlet bağımsız ve yansız bir hukuk kurumu olarak çağdaş ve uygar yapısını bulmuştur. Böylece lâikliğin Anayasa'nın 2. maddesiyle, temel kural durumunda siyasal ve hukuksal yaşamda geçerli bulunması, lâikliği koruyan Türk Ceza Yasası'nın 163. maddesini Anayasa'mızın 2. maddesinin doğal ve zorunlu bir sonucu durumuna getirmektedir.

Anayasa'nın 12. maddesi, yasa önünde eşitlikte "... din ve mezhep ayrımı" gözetilmeyeceğini buyurmaktadır. Bundan amaç, yasa karşısında, kişinin dini ve mezhebi ne olursa olsun, yasa kuralının ayırimsız uygulanmasıdır. Devlet, din konusundaki inancına bakmaksızın, yurttaşa eşit davranacak, yan tutmayacaktır. Lâik devletin hukuksal yükümlülüğü de budur. Bu nedenle, lâiklik ilkesini koruyan Türk Ceza Yasası'nın 163/4. maddesinin, Anayasa'nın anılan ilkeye saygınlık sağlayan 12. maddesine aykırı yönü yoktur.”

Anayasa Mahkemesi 163. Maddeyi anayasaya aykırı bulmadığı gibi varlığını gerekli bile görmektedir.

b. 1982 Anayasası Döneminde Anayasa Mahkemesi'nin Laiklikle İlgili Kararları

aa. 25.10.1983 tarih, E.1983/2 ve K.1983/2 sayılı karar¹⁰⁷

Huzur Partisi'nin kapatılmasına dair bu karar 1982 Anayasası döneminde verilmiş laiklikle ilgili ilk karardır. Dava Huzur Partisi'nin tüzüğünde yer alan bazı hükümlerin anayasanın ve Siyasi Partiler Kanununun çeşitli maddelerine, bu arada laiklik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla açılmıştır.

¹⁰⁷ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.20, sh.357-374.

Huzur Partisi tüzüğünde laiklik ilkesine aykırı olduğu iddia edilen hususlar şunlardır:

“Madde 12- Eğitim ve öğretim kurumları ile üniversitelerimizin bazı sosyalist ülkelerdeki gibi lâik olması fikrine inanmıyor ve bunu benimsemiyoruz. Üniversiteler milli karakterin aynası olmalıdırlar. Bu manada din eğitim ve öğretiminin üniversitelere de batıdaki üniversitelere uygun olarak, tatbikine taraftarız”

“Madde 17/1- Milli eğitim müesseselerimizde ilkokuldan itibaren kaynağını ahlak, fazilet ve Türk islam geleneklerinden alan bir sistemle vatan ve milletini seven, çalışkan, dürüst, kendisine, ailesine ve cemiyete faydalı nesiller yetiştirmek gayemizdir.”

“Madde 21- Eğitim ve öğretim programları taklitçilikten kurtarılarak memleket gerçeklerine ve milli bünyeye uygun halde yeniden tanzim edilecek, bu programlarda gençliğe sapık ideolojilerin sızması için Anayasa doğrultusunda dini ve ahlaki değerlere önem veren bir tedrisat sistemi getirilecektir.”

12 Eylül askeri darbesinin ardından, o günün şartlarında oldukça tartışmalı geçtiği tahmin edilen müzakerelerden sonra, Anayasa Mahkemesi üç üyenin muhalif oyu ile Huzur Partisi’ni kapatmıştır. Mahkeme kararının gerekçesinde, laiklik ilkesiyle ilgili diğer kararlarına atıflar yaparak, her ülkedeki laiklik anlayışının birbirinden farklı olduğunu belirtmiştir:

“Hukuki yönden ve klasik anlamda lâiklik, dinle devlet işlerinin birbirinden ayrılması anlamına gelmektedir. Buna rağmen, Hristiyan ve İslâm dinlerinin koşulları, inanç ve gerekleri aynı olmadığından, ülkemizde ve batı ülkelerinde oluşan durumlar ve ortaya çıkan sonuçlar birbirinin aynı olmamış, aksine büyük farklılıklar göstermiştir. Dini ve din anlayışı tamamen farklı olan her ülkenin, lâikliği, o ülke batı medeniyetine açık olsa dahi batı ülkelerdeki anlayış içinde benimsemesi esasen düşünülemez ve beklenemez. Bu durum, koşullar ve kurallar arasındaki farklılıkların doğal bir sonucu olarak görülmelidir. Kaldı ki, aynı dini benimseyen batı ülkelerinde dahi devletlerin lâiklik anlayışı birbirinin aynı olmamıştır.”

Mahkeme, anayasanın ve Siyasi Partiler Kanununun hükümlerini dikkate alarak, laiklik konusunda siyasi partilerin uyması gereken çerçeveyi şu şekilde çizmiştir:

“Özet olarak : Anayasa ve yasa hükümlerine göre;

aa) Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır.

bb) İlk ve orta öğretim kurumlarında okutulan din kültürü ve ahlak öğretimi dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcilerinin talebine bağlıdır.

cc) Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hiçbirisi bu arada din ve vicdan hürriyeti, din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir Devlet düzeni kurmak amacıyla kullanılamaz.

dd) Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi 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.

ee) Bu hükümler, sınırlamalar ve yasaklar dışına çıkan partiler temelli kapatılır.”

Anayasa Mahkemesi “harf inkılabı”na aykırılık olarak tespit ettiği bir tüzük hükmünü de, laiklikle ilişkilendirerek, kapatma gerekçeleri arasında saymıştır:

“Huzur Partisi, programındaki gerçeğe aykırı bu metinlerle, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden inkılap kanunlarından birisi olan, bu nedenle Anayasanın 174 ve Siyasi Partiler Kanunu'nun 84. maddeleriyle, Anayasanın hiçbir hükmünün bu yasalara aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı ve siyasi partilerin bu kanun hükümlerine aykırı amaç güdemeyeceği ve faaliyette bulunamayacağı belirtilen, 1 Teşrinisani 1928 tarihli ve 1553 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun'un: "Şimdiye kadar Türkçe'yi yazmak için kullanılan Arap harfleri yerine Latin esasından alınan ve merbut cetvelde şekilleri gösterilen harfler (Türk Harfleri) unvan ve hukuku ile kabul edilmiştir" şeklindeki 1. maddesi hükmüne, dolayısıyla Anayasanın 174 ve Siyasi Partiler Kanunu'nun 84. maddesi hükümlerine aykırı tutum ve davranış içerisinde olduğunu burada da göstermiş; bu nedenle de kapatılması gerekmiştir.”

Laiklik ilkesinin önemine ise şu şekilde değinmektedir:

“Bu hususu açıkça belirtmek gerekir ki, Atatürk Devrimlerinin hareket noktasında lâiklik ilkesi yatar ve devrimlerin temel taşı bu ilke olur. Başka bir anlatımla lâiklik ilkesi açısından verilecek en küçük bir ödün Atatürk Devrimlerini yörüngesinden saptırarak, yok olması sonucunu doğurabilir. Bu nedenledir ki Anayasanın "Hiçbir düşünce ve mülahazanın ...Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;" yolunda kesin bir buyruğa "başlangıç"ta yer vermek zorunluluğunu duymuş bulunmaktadır.”

Kararın tamamına veya bazı kısımlarına muhalif olan üyelerin, laiklik ve din ve vicdan özgürlüğü konusundaki görüşlerin de bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bunlara ileride değineceğiz.

Anayasa Mahkemesi bu kararında, anayasanın metni ile beraber Başlangıç kısmındaki esaslardan da hareket etmiştir. Bu bakımdan, sadece anayasa ve kanunların metninden değil, “anayasanın felsefesi”ni de dikkate almıştır¹⁰⁸.

bb. 04.11.1986 tarih, E.1986/11 ve K.1986/26 sayılı karar¹⁰⁹

Eski Türk Ceza Kanununun 175, 176, 177 ve 178. Maddelerinde değişiklik yapan kanunda “semavi dinler” ibaresi çerçevesinde laiklik ilkesi Anayasa Mahkemesi tarafından yeniden ele alınmıştır. Kanunun 175. Ve 176. Maddelerinde daha önce, “devletçe tanınan dinler”den birine ait dini işlerin, ibadet veya ayinlerin engellenmesi ile bu dinlerden birini tahkir etmek veya kutsal sayılan yer veya eşyasına zarar vermek suç sayılmakta idi. 09.01.1986 günlü değişiklikle, “devletçe tanınan dinler” ibaresi kaldırılmış, onun yerine “semavi dinler” ibaresi konulmuştur. “Semavi dinler” ibaresiyle, sadece belirli dinlere bir koruma sağlandığı, diğer dinlerin ise bu korumadan yararlanamayacağı, böyle bir durumun bütün dinler karşısında devletin eşit mesafede ve tarafsız olmasını öngören laiklik ilkesine aykırı olduğu iddiası ile iptal davası açılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, bu kararında, önceki kararlarından birçoğuna göre daha ayrıntılı olarak laiklik ilkesi üzerinde değerlendirmeler yapmıştır. Laikliğin benimsenmesiyle ilgili süreci şu şekilde açıklamaktadır:

“... lâiklik ve bu ilkenin Anayasadaki yeri ve anlamı üzerinde kısaca durmak gerekmektedir:

Batıda doğmuş ve gelişmiş olan lâiklik anlayışı, pozitif bir hukuk kuralı olarak Anayasa hukukumuzda 1924 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunumuzun Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2. maddesinde 5/2/1937 günlü, 3115 sayılı Kanun ile yapılmış olan değişiklikle girmiş bulunmaktadır.

Kurtuluş Savaşından sonra Türkiye Cumhuriyetinin kuruluş yıllarında, başta Atatürk olmak üzere Türk devrimlerini gerçekleştiren aydınların din ile devlet işlerini birbirinden ayırmak, dinin devlet hayatına müdahalesini kesinlikle bertaraf etmek gibi çağdaş bir düşünce ve ihtiyacın eseri olan lâiklik, toplumun her alanda kalkınması ve çağdaş uygarlık düzeyine ulaşması yolundaki her türlü çabayı engelleyecek nitelikteki bir dünya görüşünü etkisiz hale getirecek çare olarak düşünülmüş ve benimsenmiştir.

¹⁰⁸ Dinçkol, sh.198.

¹⁰⁹ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.22, sh.298-323.

Daha önceki kararlarında olduğu gibi, laiklik ilkesinin farklı ülkelerde farklı anlaşılması ve bunun o ülkedeki dinle ilişkisi üzerinde de duran Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlara, özellikle de yukarıda uzunca değindiğimiz, 21.10.1971 tarihli, E.1970/53 ve K.1971/76 sayılı karara atıf yaparak belli çerçevedeki anlayışını sürdürmektedir:

“... Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında kabul edilmiş olan lâiklik ilkesinin esasları da aynı kararda;

a) Dinin, devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını benimseme,

b) Dinin, bireyin manevi hayatına ilişkin olan dini inanç bölümünde aralarında ayırım gözetilmeksizin sınırsız bir hürriyet tanımak suretiyle dini anayasa güvence altına alma,

c) Dinin, bireyin manevî hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenliğini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama,

ç) Devlete, kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla dini hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma;

şeklinde özetlenmiştir.”

Kararın bir bölümünde, laiklik kavramının 1961 Anayasası ile 1982 Anayasasında ele alınışlarını karşılaştıran Mahkeme,

“Lâiklik ilkesi 1982 Anayasasının 1961 Anayasasından pek az değişikliklerle devraldığı bir ilkedir. Şöyle ki; 1982 Anayasasında da devletin lâiklik niteliği aynen korunmuş, din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin olarak 1961 Anayasasının 19. maddesindeki din öğreniminin ihtiyarılığı dışında kalan esaslara, 1982 Anayasasının 24. maddesinde yine yer verilmiş, 1961 Anayasasının 153. maddesindeki inkılâp kanunlarının korunmasına ilişkin hüküm, 174. madde olarak yeni Anayasaya aynen aktarılmış ve Anayasanın Başlangıç bölümünde 1961 Anayasasından daha da ileri gidilerek "lâiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya karıştırılmayacağı" açıklanmış olduğuna göre, Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasasının yürürlükte bulunduğu dönemde verdiği kimi bölümleri yukarıya aynen alınmış olan kararda lâiklik konusunda vardığı tüm sonuçların bu gün için de bütünüyle geçerliliğini koruduğunda duraksamaya yer yoktur.”

demektedir.

Dava konusu kanun düzenlemesinin dinler arasında ayırım yapması sebebiyle laiklik ilkesine aykırı olduğu ve iptali gerekeceği kararda ifade edilmektedir:

“Lâik bir toplumda din ya da mezhep farklılığı kişiler arasında hiçbir ayırımı neden olamaz. Devletin kendisine ait bulunan cezalandırma hakkını

kullanırken bireyler arasında inançlarına göre ayırım gözetmemesi gerekir. Anayasanın 24. maddesinde ifadesini bulan ve Anayasa güvencesinde olan din ve vicdan özgürlüğü sadece semavî dinlere inananlara özgü bir temel hak niteliğinde değildir. Ülke toprakları üzerinde yaşayan herkes bu özgürlüğe sahiptir. ... 3255 sayılı Yasayla getirilen yeni düzenlemenin semavî dinler ve bunların mensuplarıyla semavî olmayan dinler ve bunların mensupları arasında ayırım gözetmediği açık ve seçiktir. Yukarıdan beri açıklanmaya çalışılan bu ayırım, Anayasanın 2. maddesinde ve Başlangıç bölümünde ifadesini bulan lâik devlet düzeni esaslarına ve herkesin din ve vicdan özgürlüğüne sahip olduğunu ilan eden ve bu özgürlüğün güvencesini getiren Anayasanın 24. maddesine aykırıdır.”

Anayasa Mahkemesi, ileride değineceğimiz üzere, kararlarında çoğu zaman, hukukun alanı dışında, bir kısmı özel uzmanlık da gerektiren bir çok konuda “bilgi” vermekte, değerlendirmeler yapmaktadır. Bu kararında da dinler hakkında mukayeseli değerlendirmelerde bulunmaktadır. Mahkeme’nin sık rastlanan bu tutumu hakkında bir fikir vermesi için ilgili kısma bakalım:

“Semavî din - semavî olmayan din kavramlarının kısa açıklaması :

a) Semavî din kavramı:

İslâm bilginlerince bazı ölçüler esas alınmak suretiyle dinler, hak din - batıl din, semavî din - gayri semavî din gibi bir ayrıma da tabi tutulmuşlardır. Semavî sözcüğü, semaya mensup, yani gök ile ilgili, Allah'tan olan, Allah'a mensup, Tanrıyla ilgili, ilahi, Allah'ın işi, insan eseri olmayan, vahiyle gelmiş bulunan anlamına gelmektedir. Bu belirlemelere göre ilahi bir kaynaktan doğan, bir Allah'a iman esasına dayanan Musevilik, Hristiyanlık ve Müslümanlık İslâmî anlayışa göre semavî din olarak kabul edilmektedir.

Dinler tarihi, semavî olmayan dinleri ise ilkel kabile dinleri, milli dinler, evrensel dinler olmak üzere üç kategoride toplamıştır.

...

b) Semavî olmayan din kavramı :

Semavî olmayan dinlerin bir kategorisini oluşturan ilkel kabile dinleri, genellikle o kabilenin adıyla anılır. Bu dinlerde de yaratıcı bir Tanrı, yüce bir varlık inancı vardır. Ancak bu varlığı tasavvur şekilleri farklıdır. ... Güney Sudan'da yaşayan Dinka'ların Dinka dini, Japonya'nın kuzeyindeki adalarda yaşayan Ainu'ların Ainu dini, Güney pasifik adalarında yaşayan Polinezya'lılardan Maori diye adlandırılanların bir kesiminin inandığı Maori dini ile Gana'nın başkenti yakınlarında yerleşik Ga'ların inandıkları Ga dini ilkel kabile dinlerinin yaşayanlarındandır.

Milli dinler genelde bir topluluk veya bir millete ait olan dinlerdir. Konfüçyus dini, Tao dini, Zerdüşt dini, Şinto dini ve Hindu dini milli karakterli dinlerdir.

Evrensel dinler Budizm ve Jainizm dinleridir. Gayri semavî sayılan bu dinlere inanan ya da itikat edenlerin sayısı semavî dinlere inananlardan az değildir. Bu dinlerin bir çoğu önemli ölçüde yazılı kaynaklara da sahip bulunmaktadır.”

cc. 07.03.1989 tarih, E.1989/1 ve K.1989/12 sayılı karar¹¹⁰

Anayasa Mahkemesi Yükseköğretim Kurumlarında başörtüsü ile ilgili ilk kararı, 3511 sayılı kanunla Yükseköğretim Kanunu’na ilave edilen Ek 16. maddenin iptali talebiyle açılan davada vermiştir. Söz konusu Ek 16. Madde şu şekildeydi:

“Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.”

İptal talebini değerlendiren Mahkemeye göre, bu madde iki farklı hüküm getirmektedir. Birincisi, bir zorunluluk hükmü olan, “çağdaş kıyafetin zorunlu olması”na dair kısımdır. İkincisi ise bir serbestlik getiren istisna hükmüdür.

Mahkeme bu davada bir çok konuyu değerlendirip tartışmıştır. Bunların içinde en önemlisi, Ek 16. Maddede yer alan “dini inanç sebebiyle” ibaresinin bir kanun düzenlemesinde bulunup bulunamayacağı meselesidir. Öbür taraftan, başörtüsünün bir dini inanç özgürlüğü olarak nasıl kabul edilebileceği, din özgürlüğü içinde mütalaa edilmesi halinde sınırlanıp sınırlanamayacağı gibi konular da kararda etraflı olarak tartışılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin kararında en çok önem verdiği tartışmalardan biri “türban” olarak isimlendirdiği başörtüsünün “çağdaş kıyafet” olarak kabul edilip edilemeyeceği konusundadır. Tamamen hukuk dışı, bir mahkemenin karar vereceği alanın yani yetki alanının tamamen dışında kalan bu konuda Anayasa Mahkemesi üyeleri kendi kişisel yaklaşımlarını genel kabul gören bir anlayış olarak sunmaktadırlar. Bu konunun bir çok boyutu vardır. Hiçbir ülkede, üniforma gibi, tek tip bir kıyafet veya belirli kıyafet standartları yoktur; o zaman birbirinden farklı bir çok kıyafetlerden hangisi veya hangileri “çağdaş” yani kabul edilebilir olacaktır? Kıyafetin mekan

¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.25, sh.133 vd.

bakımından değişiklikler göstermesi gibi zaman bakımından da değişiklikler gösterdiği bir vakiadır; bu durumda Mahkeme'nin karar verdiği 1989 yılı itibarıyla “çağdaş” kabul edilen kıyafetin ilelebed hukuken geçerli bir standart olduğunu kim söyleyebilir? Bir mahkeme kararında belli bir kıyafet tarzının “çağdaş” veya “çağdışı” ilan edilmesi mümkün değildir. Başörtüsünü “çağdaş kıyafet” olarak kabulş etmeyip üniversitede giyilemeyecek bir kıyafet haline getirdiğimizde, ülkede yaşayan milyonlarca insanın kıyafeti hakkında da Mahkeme'nin bir kıymet hükmü vermiş olacağını unutmamak lazımdır; üniversite açısından “çağdaş” sayılmayan bir kıyafetin sokakta “çağdaş” olabileceğini söylemek mümkün olmasa gerektir. Burada temeldeki ve Anayasa Mahkemesi'ne böyle bir yorum imkanı veren sorunun, “çağdaş kıyafet” ibaresinin kanun metnine konulması olduğunu ifade etmek gerekir¹¹¹. İkinci cümle ile başörtüsüne serbestlik getirilmek isteniyor olsa da, ilk cümledeki “çağdaş kıyafet” zorunluluğu, devletin çağdaş olmadığını iddia edeceği her türlü kıyafeti keyfi olarak sınırlayabileceği anlamına gelmektedir.

Mahkeme kararı sadece başörtüsünün çağdaşlığını tartışmakla kalmamakta, başörtüsünün dindeki yeri ile ilgili değerlendirmelerde de bulunmaktadır. Şu ifadeler ilgi çekicidir:

“Dinî, çağdışı, güne ters düşen bir kurum olarak tanıtan, başörtüsü kullanımında belli biçim ve zorunluluk, vicdan ve dinsel inanç özgürlükleriyle uyuşmamaktadır.”

“Böylece, islamî esaslara uygun olup olmadığı bir yana, dinsel inanç gereği boyun ve saçların örtülmesine olanak vermekle, devlet kamu hukuku alanında bu hukukun gereklerine göre yapılabilecek giyimi düzenleme yetkisini, dinsel olura bağlamış olmaktadır.”

“İçtenlik, sadelik isteyen, temizlik, sevgi ve saygı kaynağı olması gereken dinin gösteri niteliğinde bir- belirtiy gereksinimi olduğu da düşünülemez.”

“Her tür aşırılık, bağnazlık ve zorlamaya uzak kalmayı, kolaylık ve ölçülülüğü öngören İslâm dini, zamanı gelişmeleri, koşulları gözetmeyen, akla dayanmayan yorum ve değerlendirmelerden kaçınmayı gerektirir.”

Mahkeme'nin kararında hukuken tartışılabilir bir çok yön bulunmaktadır. Laikliğin belli bir şekilde tanımını esas alan kararda, bu tanıma uygun olmayan hukuk

¹¹¹ Mustafa Erdoğan, “Anayasa Mahkemesi Nasıl Karar Veriyor: Başörtüsü Kararı”, *Liberal Düşünce*, Kış 1998, sy.9, sh. 9.

kurallarının baştan hükümsüzlüğü gibi hukuken savunulamayacak görüşlerle birlikte, çerçevelenen laiklik anlayışına aykırı özgürlüklerin dile bile getirilemeyeceği ifade edilmektedir ki bir mahkeme kararı için anlaşılabilir bir tutum değildir:

“Özelde korunması gerekli görülen lâiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunulamaz.”

*“"Dinsel inanç gereği" sözcükleri kullanılmasa da Cumhuriyetin niteliklerine yönelik, bu amaç ve anlamdaki dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimler **Anayasa karşısında geçerli olamaz.** Özgürlükler Anayasa ile sınırlıdır. Anayasa'daki 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.”*

Mahkeme kararında laiklik ilkesine atfedilen önem de dikkat çekicidir. Laiklik ilkesi anayasadaki başka bütün ilkelere üstün bir konumda kabul edilmektedir. Halbuki böyle bir yaklaşımın anayasa kuralları ve tarihi gerçekler karşısında önünde hiçbir değeri ve anlamı yoktur:

“Atatürk ilkelerinin en önemlisi lâikliktir.”

“... lâikliğin Anayasa'da öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden, Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğu yinelenerek ortaya konulmuştur.”

“Lâikliğin, Türk Devrimi'nin, Cumhuriyetin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğu bir gerçektir.”

“... lâiklik, kurtuluş, kuruluş ve yeniden doğuş evrelerini kapsayan, insan haklarına dayalı olarak geleceğe uzanan bağımsızlık, özgürlük, uygarlık ve barış yürüyüşünü, ulusal gücü özetleyen Türk Devrimi'nin kaynağı ve temelidir.”

Kararda 1961 Anayasası dönemindeki anlayışlara atıf yapılmakta ve aynı görüşlerin geçerliliğini koruduğu ifade edilmektedir:

“Anayasa Mahkemesi'nin lâiklik konusunda 1961 Anayasası dönemindeki tüm yargıları günümüzde de geçerlidir. Bu kararlara göre:

a) Dinin devlet işlerinde etkili ve egemen olmaması,

b) Dinin, bireyin manevî yaşamına ilişkin olan dini inanç bölümünde, aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir özgürlük tanınarak dinlerin anayasal güvence altına alınması,

c) *Dinin, bireyin manevî yaşamını aşarak toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenliğini ve yararını korumak amacıyla sınırlamalar yapılması ve dinin kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklanması,*

ç) *Kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla, dinsel hak ve özgürlükler konusunda devlete denetim, yetkisi tanınması, lâiklik ilkesinin gereği olarak anlaşılmaktadır.”*

Anayasa Mahkemesi’nin bu kararının önemi laiklik konusunda ileride dile getireceğimiz anlayış çerçevesini net olarak ortaya koymasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme, laikliği bir hukuk kavramı olarak görmemektedir; bunu yeterli bulmaz. Ona göre laiklik bir dünya görüşü, bir “yaşam tarzı”dır:

“Lâiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkararak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir.”

“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.”

Mahkeme kararını kaleme alan üye laiklik kavramı hakkında hukuki, tarihi ve felsefi bakımdan bir anlamı olmayan tamamen “şiişel” ifadelerle mantıklı bir şekilde açıklanması mümkün değerlendirmeler yapmaktadır:

“(Laiklik) Çağdaş bilim, skolâstik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumlan yapılırsa da, gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretilerde de 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 değerlendirmeler in 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.”

“Devlet yönetiminde tüm düzenlemeler ancak hukuk kurallarına göre yapılır. Din kurallarına göre yapılan düzenlemeler hukuksal nitelik taşımaz. Din kurallarının kaynağı Tanrı’dır. “İlâhi 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 ilâhi istenç arasında ilişki kurulamaz. Hukuk düzeni, dinsel düzeni dışarda bırakan, varlığını hukuktan alıp hukukla sürdüren devlettir.”

Laiklik ilkesinin Türkiye’de uygulamasının farklı olması gerektiği hususu, önceki kararlarda olduğu gibi bu kararda da yer almaktadır:

“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 da yansiyarak değişik nitelikleri ve uygulamaları ortaya çıkarması doğaldır. Klâsik anlamda, dinle devlet işlerinin birbirinden ayrılması tanımına karşın, İslâm ve Hristiyan dinlerinin özelliklerindeki ayrılıklar gereği, ülkemizde ve batı ülkelerinde oluşan durumlar ve ortaya çıkan sonuçlar da ayrı olmuştur.”

Dava konusu kanun maddesinde bulunmayan, mantıken de metinden çıkartılamayacak bazı hususlar da kararda çarpıtılarak mevcut farzedilmiş ve değerlendirilmiştir:

“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.”

“Dinsel nedenle başörtüsü ve türbanla boyun ve saçların örtülmesine serbestlik tanınması, bu tür yönlendirme, bir anlamda zorlamadır. Kişileri şu ya da bu yönde giyinip başını örtmeye zorlamak, ayrı ve hattâ aynı dinlerden olanlar bakımından ayrılık yaratacaktır.”

Öğrencilerin farklı kıyafetler giymesinin ayrılıklara ve çatışmalara nasıl yol açacağı, isteyen kişilerin dini inançları sebebiyle başlarını örtmelerinin başkaları için nasıl bir “zorlama” anlamına geleceği ortalama bir mantık seviyesinde anlaşılamayacak hususlardır¹¹². Nitekim kararda o kadar fazla mantığı zorlayan husus bulunmaktadır ki, üniversitelerde başörtüsü takmanın adeta anayasanın her maddesine, hatta her kelimesine aykırı olduğu ispatlanmaya çalışılmaktadır. Mesela, üniversitelerde başörtüsü takmak “Atatürk milliyetçiliği”ne aykırıdır:

“... incelenen Yasa maddesi ise dinsel inanç gereğine yer vererek Atatürk milliyetçiliği ilkesiyle çelişmektedir.”

Yine kararı kaleme alan üyeye göre, üniversitelerde başörtüsü takmak “demokratik devlet” ilkesine de aykırıdır:

¹¹² Mustafa Erdoğan şöyle demektedir: “Olmayan bir şeyi var göstermek için, demek ki mantığın temel kurallarını böylesine ters yüz etmek de varmış”. Erdoğan, a.g.m., sh.12.

“Dava konusu madde “Dini inanç sebebiyle. ..” ibaresini taşıdığından demokratiklik ilkesine ters düşmektedir. Ulusal egemenlik kavramı, demokratik yapının temelidir. Demokratik düzen ise, dinsel gerekleri egemen kılmayı amaçlayan şeriat düzeninin karşıtıdır. Dinsel gereklere yönetimle ağırlık veren bir düzenleme demokratik olamaz. Demokratik devlet, ancak lâik devlettir. Dinsel gerekli düzenlemeler dinsel çabalan, zorlamaları, bunlar da dinsel ayrılıkları getirir. Sonuçta demokrasinin özgürlükçü, çoğulcu, hoşgörücü niteliği kalmaz”

Başörtüsü yasağının hukuki dayanağını Mahkeme kararında bulabilmek mümkün değildir. Aslında böyle bir yasağın hukuki temelini bulunmadığı çok açıktır. Anayasa Mahkemesi’nin bu kararından önce başörtüsünün yasak olduğuna dair bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Kıyafet konusunda Cumhuriyetin ilk yıllarında çıkarılan iki kanun bulunmaktadır. Bunlardan ilki 25 Kasım 1925 tarihli ve 671 sayılı “Sapka İktisâi Hakkında Kanun”dur. İkincisi ise 3 Aralık 1934 tarihli ve 2596 sayılı “Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun” dur. Bu iki kanunda da kadın kıyafetiyle, özelde başörtüsüyle ilgili bir sınırlama bulunmamaktadır. Anayasaya göre, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ancak kanunla mümkündür. Sınırlayıcı bir kanun hükmü olamayan konularda aslolan özgürlüktür. Hukukta yasaklama için kanuna ihtiyaç vardır, serbestlik için kanun hükmü gerekmez.

Anayasa Mahkemesi hiçbir kanuni dayanağı bulunmayan bir yasağı, anayasadaki laiklik ilkesinin içinden çıkartmaya çalışarak, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına dair anayasal kabulü süüstimal etmiştir. Bülent Tanör’e göre¹¹³, “...yasaklar ve özgürlük kayıtlamalarıyla dolu 1982 Anayasasından bile böyle bir somut yasak üretilemez. Kanunkoyucu ya da idare belli konularda ve alanlarda bu hususu düzenlemek ve yasaklar koymak olanağına anayasal açıdan sahip olduğu gibi, dinselliğe yollama yapmadan bunları kaldırma hak ve yetkisine sahiptir.”

dd. 09.04.1991 tarih, E.1990/36 ve K.1991/8 sayılı karar¹¹⁴

Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda ele aldığımız karardan sonra üniversitelerde başörtüsü sorunu çözilemeyince siyasi iktidar yeni bir kanun düzenlemesi yapmak istemiş ve Yükseköğretim Kanununa yeni bir madde eklemiştir.

¹¹³ Bülent Tanör, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul, 1994, sh. 57.

¹¹⁴ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.27, sh.285-323

25.10.1990 günlü 3670 sayılı kanunun 12. maddesi ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa eklenen Ek madde 17 şöyledir:

“Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir.”

Bu yeni düzenleme ile ilgili olarak açılan davada Anayasa Mahkemesi inceleme yaparken 1989 yılında vermiş olduğu yukarıdaki kararına atıf yapmış ve oradaki görüşlerini tekrarlamıştır. Önceki kararlarından laiklik konusunda Mahkeme’nin görüşünü yansıttığını ileri sürdüğü kararları alıntı yaparak zikretmiştir. Bir devamlılığa işaret etmesi ve Mahkeme’nin kendi seçtiği alıntılar olduğu için biraz uzun da olsa aktarmak istiyoruz:

“Anayasa Mahkemesi, daha önce de lâiklik konusunda çeşitli kararlar vermiştir. Bir kararında, "... lâiklik ilkesi din ve Devlet ilişkilerini düzenleyen bir ilke olması nedeniyle, her ülkenin içinde bulunduğu ve her dinin bünyesinin oluşturduğu koşullar arasındaki ayrılıkların, lâiklik anlayışında da ortaya ayrımlar çıkarması zorunlu bir sonuçtur" denildikten sonra, lâikliğin tanımı şöyle yapılmaktadır: "Hukuki yönden, klâsik anlamda lâiklik, din ve Devlet işlerinin birbirinden ayrılması anlamına gelmektedir. Ayrılık dinin Devlet işlerine, Devletin de din işlerine karışmaması biçimindedir...." (AYM. nin 21.10.1971 günlü, E. 1970/53, K. 1971/76 sayılı kararı, AYMKD sayı 10). ...

Anayasa Mahkemesi daha sonra verdiği 4.11.1986 günlü, Esas 1986/11, Karar 1986/26 sayılı kararında, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında kabul edilmiş olan lâiklik ilkesinin esaslarını şöyle saptamıştır: "a) Dinin, devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını benimseme, b) Dinin, bireyin Manevi hayatına ilişkin olan dini inanç bölümünde, aralarında ayırım gözetilmeksizin sınırsız bir hürriyet tanımak suretiyle dini, Anayasa güvencesi altına alma, c) Dinin, bireyin Manevi hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama, ç) Devlete, kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla dini hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma."

Anılan kararda lâiklik ile din özgürlüğü arasındaki ilişki şöyle tanımlanmaktadır: "... Lâik devlette herkes dinini seçmekte ve inançlarını açığa vurabilmekte, tanınmış olan din ve vicdan özgürlüğünün sınırları içerisinde serbesttir."

Mahkeme, daha sonra, iptali istenen hükmün anlamı üzerinde durmuş ve onu yeniden tanımlamaya çalışmıştır. 1989’da vermiş olduğu başörtüsü kararı ile yeni kanun hükmünü birlikte ele alarak değerlendirmiştir. Kanunda geçen “yürürlükteki kanun” ibaresinin sadece kanunlardaki düzenlemeleri değil, Anayasayı da içerdiğini belirterek, anayasanın ise Mahkeme’nin 1989 yorumuna göre başörtüsüne üniversitelerde

serbestlik tanınmasını engellediğini ifade etmiştir. Böylece TBMM'nin belli bir amaçla ve belli bir içerikle çıkartmış olduğu kanunu farklı bir anlamla yeninde içeriklendirmiştir:

“Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 günlü kararıyla Yükseköğretim Yasası'na eklenen "Ek Madde 16"yı bu maddenin içerdiği, özellikle, "Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması serbesttir." kuralını Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Dava konusu "Ek Madde 17" ise, "Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir" kuralını öngörmüştür. Bu maddeyle getirilen düzenlemenin, dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması serbestisini de içerdiği söylenebilirse, kuşkusuz, "Anayasa'nın 153. maddesine açık bir aykırılık vardır" denebilecektir. Ancak, bundan önceki bölümde ayrıntılı biçimde belirtildiği gibi, maddenin getirdiği serbesti, Yürürlükteki Yasalara (Anayasa da bir yasa olduğuna göre aynı kapsam içindedir) aykırı olmamak koşuluyla sınırlıdır. "Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması serbestisi"nin Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla Anayasa'ya aykırılığı belirlendiğinden, "Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak" koşulunun araştırılmasında, Anayasa'ya aykırılığın var olup olmadığının öncelikle saptanması gerekir. Dava konusu maddeyle getirilen serbestinin, "Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılmasını" içermediği kabul edilmelidir.”

Mahkeme, yapmış olduğu bir yorumla yeniden anlam verdiği Ek 17. Maddenin, kendi vermiş olduğu anlam dairesinde anayasaya aykırı olmadığını tespit etmiş ve iptal talebini reddetmiştir. Yukarıda yapmış olduğu yorumu hüküm fıkrasına da açık bir şekilde yeniden yazmıştır:

“... Yükseköğretim Kurumlarında, çağdaş kıyafet ve görünüme ters düşen dinsel nitelikli kılık ve kıyafetin serbest bırakılmasını öngörmeyen, ancak yürürlükteki yasalara aykırı olmamak kaydıyla kılık ve kıyafette serbestlik tanıyan “Ek Madde 17”nin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE...”

Mahkeme'nin vermiş olduğu bu karar, literatürde, “yorumlu red kararı” olarak isimlendirilmektedir. Bir kanunun anayasaya uygunluğunu incelerken, kanunun birden fazla anlamda yorumlanması mümkünse, mahkeme bunlardan birini benimseyip, sadece kanunun o seçilmiş yorumla anlaşıldığı takdirde anayasaya uygun olduğunu kararlaştırabilir. Buna, iptal talebi reddedilmiş ve kanunun muhtemel yorumlarından biri seçilmiş olduğu için yorumlu red kararı denilmektedir.

Yorumlu red kararlarının Türk hukukunda kabul edilmiş bir karar türü olup olmadığı tartışmalıdır. Bu karar türünde, mahkeme, bir red kararı vermekle birlikte, red

kararının nasıl anlaşılması gerektiğine dair açıklamalar da yapmaktadır. Bir başka ifade ile karar red olduğu halde, “yorum”un mahiyeti önem kazanmaktadır. Bu durumda içinde “yorum”un yapılmış olduğu ve mahkeme kararında “gerekçe” olarak isimlendirilen kısmın hukuken bağlayıcı olup olmadığı meselesi ortaya çıkmaktadır. Yani Anayasa Mahkemesi kararları bağlayıcı mıdır?

Anayasa hukuku doktrinde tartışmalı olan bu konuda¹¹⁵ Mahkeme’nin olumlu cevap verdiğini, yani karar gerekçelerinin bağlayıcı olduğunu kabul ettiğini ifade etmek gerekir. Dolayısıyla Mahkeme, yorumlu red kararları verme yetkisinin olduğunu da benimsemektedir. Ancak, Türk hukuk sisteminde yorumlu red kararının olamayacağına dair görüşlerin, anayasadaki açık hükümler ve genel hukuk mantığı karşısında daha isabetli olduğunu söylemeliyiz. Özellikle anayasanın 153. Maddesinin ikinci fıkrası hükmünün yorumlu red kararını açıkça yasakladığını ifade etmek gerekir:

“Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.”

Bu konuda, Erdoğan’ın aynı istikametteki görüşüne¹¹⁶ de değinmek gerekir:

“Başörtüsü ile ilgili dava da Anayasa Mahkemesi ilgili hükmü iptal etmeyip davayı reddettiğine göre, kanunun geçerliliğini tespit etmek seklinde çözülmüştür. Bu duruma göre de Ek 17. madde hükmü geçerliliğini korumaktadır. ... Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı konusunda bir tereddüt bulunmamakla beraber, bu bağlayıcılık bir yasanın veya yasa hükmünün hukuken geçerli olup olmadığını tespitle sınırlıdır.”

ee. 16.01.1998 tarih, E.1997/1 ve K.1998/1 sayılı karar¹¹⁷

Refah Partisi’nin kapatılmasıyla ilgili bu kararda Anayasa Mahkemesi laiklik konusunda önceki görüşlerine vurgu yapmıştır.

¹¹⁵ Bu konudaki tartışmaların bir özeti için bkz.: Serhat Güven, Laiklik ve Anayasa Mahkemesi, Ankara, 2005, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, sh.71 vd.

¹¹⁶ Mustafa Erdoğan, *Demokrasi-Laiklik-Resmi İdeoloji*, Ankara, 2000, sh.184-185

¹¹⁷ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.34, C.2, sh. 1055 vd.

Anayasa Mahkemesi davanın esasına dair incelemesinde, önceki kararlarında olduğu gibi, laiklik kavramının ortaya çıkışını, ülkelere göre farklılıklar gösterebileceğini, Türkiye açısından kavramın önemini ele almıştır. Mahkemeye göre;

“...Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi, gücünü lâiklikten almış; milliyetçilik ilkesi lâiklikle tamamlanmış; Türk Devrimi lâiklikle anlam kazanmıştır. Anayasa’da da bu ilkenin değiştirilemeyeceği öngörülmüştür. Lâiklik devlet etkinliklerinde dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek çağdaşlaşmayı hızlandırmıştır. Lâiklik, din ve devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye’nin modernleşme felsefesi, insanca yasama biçimi ve insanlık idealidir...”

Hukuki bakımdan birçok sorunlu durum içeren bu kararı değerlendirmek konumuz dışındadır. Ama özellikle, Siyasi Partiler Kanunu’nun 103. Maddesinin Başsavcılık tarafından yapılan talep üzerine iptali ve iptal edilen bu hükmün davada uygulanması ciddi bir hukuki sorundur. Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazete’de yayımlandıktan sonra yürürlüğe girer ve geçmişe yürümez. Refah Partisi davasında Mahkeme, Resmi Gazete’de yayımlamadığı için henüz yürürlüğe girmemiş bir kanunun iptaline dair kararını uygulamış ve geçmişe yürütmüştür. Parti, faaliyetlerini sürdürdüğü sırada, henüz iptal edilmediği için yürürlükte bulunan bir kanun hükmüne uygun olarak sürdürdüğü halde, iptal kararının geriye yürütülmesi suretiyle bir müeyyide ile karşılaşmış olmaktadır. İçerik bir yana bırakılsa bile, hukuk sisteminin işleyişinde çok önemli olan ve bir hukuki güvence teşkil eden bu anayasal ilkelerin göz ardı edilmesi kararın konjonktürel olduğu konusunda bir fikir vermektedir.

Mahkeme Refah Partisi ile ilgili kapatma kararı verirken, daha önce ele aldığımız 07.03.0989 tarihli başörtüsü kararını eleştiren açıklamaları önemli bir kapatma gerekçesi olarak göstermiştir:

“Yüksek öğretim kurumlarında başörtüsü ve türban takan örgencilerin laiklik ilkesine ve Atatürk devrimlerine aykırı davrandıklarının ifade edildiği”

Anayasa Mahkemesinin ve Danıştay’ın kararlarına rağmen başörtüsü yasağına karşı eleştiri içeren beyanları kapatma sebebi saymıştır. Mahkemenin böylece başörtüsü yasağına bir dokunulmazlık ve kutsallık tanıdığı, yasağa karşı yöneltilen eleştirileri laiklik karşıtlığı olarak kabul etmesi ve kapatma gibi ağır bir müeyyideye tabi tutması hukuki bakımdan kabul edilebilir değildir. Aksi halde, mahkeme kararlarının eleştirilmesinin önü kapanacak, düşünce özgürlüğüne ağır bir darbe indirilmiş olacaktır.

ff. 22.06.2001 tarih, E.1999/2 ve K.2001/2 tarihli karar¹¹⁸

Fazilet Partisi'nin kapatılmasıyla ilgili bu davada da Anayasa Mahkemesi'nin laiklikle ilgili görüşlerindeki devamlılığı izlemek mümkündür. Zaten Mahkeme de önceki kararlarına atıflar yaparak görüşlerinin devamlılığını ortaya koymaktadır:

“16.1.1998 günlü, Esas 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), Karar 1998/1 sayılı Refah Partisi'nin kapatılmasına ilişkin kararda da belirtildiği gibi 'Lâiklik', ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışının, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli olan bir uygar yaşam biçimidir. Çağdaş bilim, skolâstik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik yorumları yapılsa da, lâikliğin gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretilerde de paylaşılmaktadır. Lâiklik, ulusal egemenliğe, demokrasiye, özgürlüğe ve bilime dayanan siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir.

... Türkiye'de lâiklik ilkesinin uygulanması, kimi batılı ülkelerdeki lâiklik uygulamalarından farklıdır. Lâiklik ilkesinin, her ülkenin içinde bulunduğu koşullarla her dinin özelliklerinden esinlenmesi ve buna göre değişik nitelikleri ve uygulamaları ortaya çıkarması doğaldır. Klâsik anlamda, dinle devlet işlerinin birbirinden ayrılması biçimindeki tanımına karşın, İslâm ve Hristiyan dinlerinin farklı özellikleri gereği, ülkemizde ve batı ülkelerindeki uygulamalar ayrı olmuştur.

... Çağdaşlaşmayı hızlandıran ve Türkiye Cumhuriyeti'nin temellerinden olan lâiklik ilkesi ile, devletin akla ve bilim kurallarına göre kurumlaşması amaçlanmıştır. Karşılıklı saygı, hoşgörü ve anlayışa katkıda bulunan lâiklik, ulusal birliği de temelini oluşturmuştur.

... Lâiklik ilkesinin kabulü ile dogmatik değerlerin yerine akla ve bilime dayanan değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır. ... Lâiklik, devlet etkinliklerinde dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek çağdaşlaşmayı hızlandırmıştır.

... Demokrasiye geçişin de aracı olan lâiklik, Türkiye'nin yaşam felsefesidir.

... kararlarda lâikliğin, hukuksal, sosyal, siyasal boyutları yanında, ulusal değeri geniş biçimde açıklanmış, özenle korunması gereken anayasal ilke niteliği vurgulanmış, Türk Ulusu'nun yücelmesi bakımından Anayasa'da öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden, Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğu belirtilmiştir.”

¹¹⁸ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.37, C.2, sh.922 vd.

Kapatma kararında somut gerekçe olarak, Fazilet Partisi'nin başörtüsüne ilişkin mahkeme kararlarını ve uygulamaları eleştirmesi, başörtüsü serbestliğini savunması gösterilmektedir:

“İddianamede, Fazilet Partisi'nin Genel Başkanı dahil tüm yöneticilerinin, milletvekili ve belediye başkanlarının, vatandaşları dinsel inançlarını sömürerek lâik devlet düzeniyle çatışmaya sokabileceklerinin bilincinde olarak "kamu kurumlarında ve üniversitelerde başörtüsü ile çalışma ve öğrenim görmenin vazgeçilmez bir insan hakkı olduğu, yasaklar getiren mevzuatı uygulayan kamu görevlilerinin lâikliğe aykırı davranışta bulunarak suç işledikleri" iddiasıyla halkın bir bölümünü Devlet'e karşı kışkırtmayı alışkanlık haline getirdikleri belirtilmiştir.

... Anayasa'da Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan lâiklik ilkesine karşı olanların, güçlü bir siyasal sembol olarak kullandıkları türban konusunda Fazilet Partisi Genel Başkanı, Genel Başkan Yardımcıları ve milletvekilleri ile kimi partili belediye başkanlarının kararlı, ısrarlı ve süreklilik gösteren faaliyetleriyle temel hak ve özgürlüklerin güvenceye alındığı demokratik hukuk devletini değil, din kurallarının geçerli olduğu bir toplumsal modeli gerçekleştirmeyi amaçladıkları açıktır. Bu amacın, Anayasa'nın 68. ve 69. maddeleriyle, 2820 sayılı Yasa'nın 101. maddesi karşısında olduğu kadar İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 30. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesi karşısında da korunma göremeyeceği kuskusuzdur.

... Refah Partisi'yle ilgili kararda, lâiklik ilkesine ilişkin Anayasa ve yasa kuralları ile Anayasa Mahkemesi kararları göz ardı edilerek, resmî daire ve üniversitelerde türban ve başörtüsü kullanmayı teşvik eden konuşmaların, lâik düzen karşıtları için bir mesaj oluşturduğu belirtilmesine karşın, davalı Parti, türban ve başörtüsü konusunu belirlediği politikalara temel almakta bir sakınca görmemiş bu konudaki görüşleri bilinen Merve KAVAKÇI'yı seçilebileceği bir yerden aday göstererek milletvekili olmasını sağlamıştır.”

Refah Partisi'nin kapatılması kararında olduğu gibi, bu kararda da Mahkeme, başörtüsü yasağını eleştirilemez, değiştirilmesi teklif edilemez, mutlak doğru, bir kutsal haline getirmekte ve buna dayanarak kapatma kararı vermektedir. Böyle bir kararın hukuki olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

gg. 05.06.2008 tarih, E.2008/16 ve K.2008/116 sayılı karar¹¹⁹

09.02.2008 tarihli ve 5735 sayılı kanunla anayasanın bazı maddelerinde değişiklik yapılması benimsenmiş ve TBMM'den büyük bir çoğunlukla kabul edilmiştir. Başörtüsüne üniversitelerde serbestlik getirmek amacıyla anayasanın 10. Ve

¹¹⁹ Resmi Gazete, 22.10.2008 tarihli ve 27032 sayılı.

42. Maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliğin iptaline dair açılan davada Anayasa Mahkemesi yine laiklik konusunda değerlendirmelerde bulunmuş ve anayasa değişikliğini iptal etmiştir. Mahkeme'nin laiklik konusunda önceki kararlarına atıf yaparak belirttiği görüşlerden bir bölümü şu şekildedir:

“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. ... 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 siyasallaşmaktan ve yönetim aracı olmaktan çıkarır.”

Mahkeme'nin başörtüsüyle ilgili değerlendirmelerinde de temelde bir gelişme olmadığı görölmektedir:

“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.”

Başörtüsü ile ilgili diğer kararlarında da Mahkeme bir varsayımı esas almaktadır. Buna göre, “üniversitelerde bazı öğrencilerin başörtülü olması başörtülü olmayan öğrenciler üzerinde baskı oluşturmaktadır”. Böyle bir varsayımın mantıklı ve kabul edilebilir bir şekilde açıklamasının yapılması gerekir. Mahkeme kararının çok önemli bir gerekçesi olarak ileriye sürdüğü ve tamamen “absürd” olan bu varsayımı hiçbir zaman açıklayamamaktadır, ama her kararında bir tartışmasız hakikatmiş gibi kullanmaya devam etmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, bir anayasa değişikliğinin iptali kararıdır. Bu yönüyle çok ciddi tartışmalara yol açmıştır. Anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi, kanun değişikliklerinin denetlenmesine göre açık

anayasal sınırlamalara tabi tutulmuştur. Özellikle 1982 Anayasası, önceki dönemlerde yaşanan sorunları dikkate alarak, anayasa değişikliklerinin nasıl denetleneceğini ayrıntılarıyla belirlemiştir. Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu anayasa değişiklikleriyle ilgili davalardaki kararlarında, anayasanın 148. Maddesinde belirlenen bu sınırlamalara uymuştur. Ancak bu son kararda, Mahkeme, fikir değiştirmiş, hukuki bakımdan sorunlu, hem kararın hem de Anayasa Mahkemesi'nin meşruiyetini tartışmalı hale getiren bir yol açmıştır. Böyle sorunlu ve sorumluluk gerektiren bir kararın verilmesinde Anayasa Mahkemesi'nin başörtüsü – laiklik ilişkisindeki katı anlayışının çok etkili olduğunu düşünmekteyiz. Başka bir konu olmuş olsaydı, Mahkeme'nin, bu kadar risk üstlenerek bir karar vermeyeceğini düşünmekteyiz.

hh. 30.7.2008 tarih, E.2008/1 ve K.2008/2 sayılı karar¹²⁰

Adalet ve Kalkınma Partisi (Ak Parti)'nin kapatılmasına ilişkin bu davada Anayasa Mahkemesi kapatma kararı vermemiş, başka bir müeyyide uygulamıştır. Ancak, laiklik çerçevesinde açılan ve karara bağlanan bu davada Parti, hazine yardımının belli oranda kesilmesi şeklinde bir müeyyideye tabi tutulmuştur.

Anayasa Mahkemesi laiklik konusunda önceki görüşlerini tekrar etmektedir:

“Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin birçok kararında ayrıntılı olarak açıklanan ve çağdaş demokrasilerin ortak değeri olan laiklik ilkesi düşünsel temellerini Rönesans, Reformasyon ve aydınlanma döneminden alır. Lâiklik, ulusal egemenliğe, demokrasiye, özgürlüğe ve bilime dayanan siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Bireye kişilik ve özgür düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset-din ve inanç ayırımını gerekli kılarak din ve vicdan özgürlüğünü sağlayan ilkedir. Dinsel düşünce ve değerlendirmelerin geçerli olduğu dine dayalı toplumlarda, siyasal örgütlenme ve düzenlemeler dinsel niteliklidir. Lâik düzende ise din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Dünya işlerinin lâik hukukla, din işlerinin de kendi kurallarıyla yürütülmesi, çağdaş demokrasilerin dayandığı temellerden biridir. 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

¹²⁰ Resmi gazete, 24.10.2008 tarihli ve 27034 sayılı.

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.

... Demokrasi ve laiklik arasındaki bu zorunlu ilişki, Anayasanın her iki ilkeyi de cumhuriyetin değiştirilemez nitelikleri arasında kabul etmesini gerektirmiştir. Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında siyasi partilerin tüzük, program ve eylemlerinin yalnızca laikliğe veya demokrasi ilkesine değil, “demokratik ve laik cumhuriyet” ilkesine aykırı olamayacağı belirtilerek, her iki kavramın birlikte Türkiye Cumhuriyetinin niteliğini somutlaştırdığı görülmektedir.”

Ak Parti’nin laikliğe karşı eylemlerin odağı olduğuna dair kararını ise Mahkeme, şöyle gerekçelendirmektedir:

“Davalı partinin Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen “demokratik ve laik cumhuriyet” ilkesine aykırı bazı eylemleri belirlenmiştir. Üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağı, Kuran Kurslarına yönelik yaş kısıtlaması ve İmam Hatip Liselerine uygulanan katsayı sınırlamasının kaldırılmasına yönelik toplumsal taleplerin bulunduğu görülmektedir. Ancak davalı partinin bu doğrultudaki siyasal mücadelesini laiklik ilkesinin Anayasanın somut kurallarında ortaya çıkan tercihe uygun biçimde yürüttüğü savunulamaz. Bu sorunlar toplumda ayrışma ve gerginliklere yol açacak düzeyde siyasetin temel sorunu haline dönüştürülmüş, toplumun dinsel konulardaki duyarlılıkları yalın siyasal çıkar amacıyla araçsallaştırılmış, toplumun temel ekonomik, sosyal ve kültürel sorunlarının siyasetin gündeminde yer alması güçleşmiştir.

... Anayasa Mahkemesinin E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı kararıyla iptal edilen 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un teklif edilmesi ve yasalaşmasının sağlanmasıyla davalı partinin bu eylemleri benimsediği anlaşıldığından odaklaşmanın kabulü gerekir.”

Kararın özellikle bu kısmı ve bütünü okunduğunda, Mahkeme’nin, üç konudaki görüş ve eylemleri sebebiyle Ak Parti’nin laiklik karşıtı eylemlerin odağı olduğuna dair karar verdiği anlaşılabacaktır. Bu üç konu şunlardır: Üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağının kaldırılması; Kur’an Kurslarına yönelik 28 Şubat sürecinde ortaya çıkan yaş sınırlamasının kaldırılması; İmam Hatip Lisesi mezunlarına uygulanan katsayı sınırlamasının kaldırılması. Mahkeme özellikle, yukarıda değindiğimiz, üniversitelerde başörtüsü serbestliğini sağlamak üzere yapılan anayasa değişikliğini somut bir gerekçe olarak kabul etmiştir.

Bu açıklamalar Anayasa Mahkemesi’nin karar verirken konjonktürel siyasi tablodan ne kadar etkilendiğini göstermektedir. Başörtüsü konusu Türkiye’de 1989’dan

itibaren tartışılmaktadır, ama özellikle 28 Şubat sürecinde önemli bir sorun haline dönüştürülmüştür. Diğer iki konu, Kur'an Kurslarında yaş sınırlaması ve İmam Hatip Lisesi mezunlarına katsayı uygulaması sorunları tamamen 28 Şubat sürecinde belli siyasi aktörlerin talepleriyle oluşmuş sorunlardır. Bu konuların tartışılması, eleştirilmesi ve bir sorun olarak algılanıp çözümü yollarının araştırılması siyasetin alanı içinde düşünülmelidir. Belli bir dönemde veya süreçte, belli konularda alınan kararların tartışılmaz kararlar haline getirilmesi hukuki olarak açıklanamayacak bir konudur; ancak siyasi tarafgirlikle izah edilebilir.

2. Anayasa Mahkemesi'nin Laiklikle İlgili Diğer Kararları

Anayasa Mahkemesi'nin laiklik kavramını doğrudan ele aldığı ve değerlendirdiği kararları dışında dolaylı olarak incelediği bazı kararları da mevcuttur. Bu kararların hepsini burada değerlendirmek mümkün de değil, gerekli de değildir. Ancak bir fikir vermesi için birkaç karardan söz etmek istiyoruz.

aa. 08.04.1963 Tarihli, E.1963/16 ve K.1963/83 sayılı karar¹²¹

05.03.1962 tarihli ve 38 sayılı Anayasa Nizamını, Milli Güvenlik ve Huzuru bozan Bazı Fiiller Hakkında kanunun anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada Anayasa Mahkemesi, hem 27 Mayıs darbesi hem de anayasadaki temel haklarla ilgili değerlendirmeler yapmıştır.

“... lâik ve demokratik nizamı yıkmak, Devletin ve Milletin bütünlüğünü parçalamak isteyen düşüncelerin açıklanmasının düşünce hürriyetine dahil sayılamıyacağını ve bilâkis suç teşkil edeceğini ...

...

İtiraza konu olan 5/3/1962 günlü ve 38 sayılı kanun, 27 Mayıs Devriminin bir sonucu ve felsefesi olan 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile kurulmuş demokratik ve sosyal hukuk devleti nizamını korumak ve yerleştirmek ve âmmenin huzur, güvenlik ve selâmetini sağlamak maksadiyle çıkarılmıştır.

Anayasanın metnine dâhil bulunan ve onun dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmında 27 Mayıs Devrimi "Anayasa ve hukuk dışı tutum

¹²¹ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.1, sh.194-210.

davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı Türk Milletinin direnme hakkını kullanması" olarak vasıflandırılmış ...

... yasaklanmış olan fiiller, 27 Mayıs Devrimini zedeleyecek şekilde bu devrimin neticesi olarak Yüksek Adalet Divanınca ve diğer yargı mercilerince verilmiş ve kesinleşmiş olan karar ve hükümlerin sözle, yazı resim veya diğer yayın vasıtalarıyla kötülenmesi, adı geçen divan tarafından mahkûm edilenlerin mahkûmiyetlerine esas teşkil eden fiillerinin veya şahıslarının övülmesidir.

Yüksek Adalet Divanı veya diğer yargı mercilerinin verdiği kararların kötülenmesi ve mahkûm edilmiş olanların mahkûmiyeti intaç eden fiillerinin veya şahıslarının övülmesi, sonucu itibarıyla 27 Mayıs Devriminin meşruluğunu ve haklılığını inkâra yol açan ...”

Mahkeme'nin bu kararı laiklikle doğrudan ilgili olmamakla beraber, daha sonra açıklamaya çalışacağımız üzere, Türkiye tarihi bakımından büyük önem taşıyan 27 Mayıs darbesiyle beraber getirilen yeni “ideoloji”nin korunması için gösterdiği hassasiyet önemlidir. 27 Mayıs’la gelen yeni ideolojinin laiklikle ilişkisi konunun açıklanması bakımından önemlidir.

bb. 11.02.1987 tarih, E.1986/12 ve K.1987/4 sayılı karar¹²²

06.03.1986 tarihli ve 3266 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunun Bazı Maddeleri ile Türk Ceza Kanununun 426, 427 ve 428 inci Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Ek Maddeler İlavesine Dair Kanun'un bazı maddelerinin anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada Anayasa Mahkemesi laiklikle ilgili bir değerlendirme de yapmıştır. Bu kanunda Din İşleri Yüksek Kurulu üyesi bir kişinin Başbakanlık bünyesinde oluşturulmuş Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'na üye olmasının laiklik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Bu iddiayı yerinde bulmayan Mahkeme konuyu şu şekilde değerlendirmiştir:

“Din İşleri Yüksek Kurulu üyesinin, Kurul'un ikinci görevini yerine getirirken, yani TCK.'nun 426., 427. ve 428. maddelerinde tanımlanan suçlarla ilgili olarak yargı organlarına bilirkişilik yaparken, Kurul'da yer almasının laiklik ilkesine de aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kurul'un diğer üyeleri gibi, Din İşleri Yüksek Kurulu'ndan seçilen üye de bilirkişi olarak görev yaparken, olaya din kuralları açısından değil, toplumda geçerli olan ve genel nitelik kazanan ortak ahlaki değerler açısından yaklaşmak ve görüşünü buna göre oluşturmak zorundadır. Yasal düzenlemenin amacı ve biçimi, konulara İslam dini açısından bakmaya olanak tanımamaktadır. Bu nedenlerdir ki; Din İşleri Yüksek Kurulu'ndan gelen üyenin, Kurul'un resmi bilirkişi olarak yapacağı göreve katılmasının, din işleriyle devlet

¹²² Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.23, sh.47-110.

işlerinin birbirine karıştırılması anlamına geleceği, bunun ise laiklik ilkesine aykırı olduğu yolundaki savın anayasal dayanağının bulunmadığı ...”

Mahkeme'nin başka kararları dikkate alındığında görüşünün çok da tutarlı olduğu söylenemez. Özellikle başörtüsü konusundaki değerlendirmeler söz konusu olunca din –devlet ilişkileri bakımından olağandışı bir hassasiyet gösteren Mahkeme'nin bir idari kurula dini kurum temsilcisinin girmesini laikliğe aykırı bulmaması ilginçtir.

3. Danıştay'ın Laiklikle İlgili Kararları

Danıştay 8. Dairesi'nin 1984 yılında vermiş olduğu bir karar¹²³ çok tartışmalara yol açmıştı. Başörtülü bir üniversite öğrencisinin açmış olduğu davada verilen karara temyiz mahkemesi olarak bakan Danıştay dairesi gerekçesindeki ifadelerle laiklik, din ve özgürlük konularında benzeri olmayan bir yaklaşım ortaya koymuştur:

“İstanbul Üniversitesi Eczacılık Fakültesi öğrencisi olan davacı öğrenim için okula geldiği zaman başörtülü olması nedeniyle fakülteye alınmamıştır. Yeterli öğretim görmemiş bazı kızlarımız hiçbir özel düşünceleri olmaksızın içinde yaşadıkları toplumsal çevrenin gelenek ve göreneklerinin etkisi altında başlarını örtmektedirler. Ancak bu konuda, kendi toplumsal çevrelerinin baskısına veya gelenek ve göreneklerine boyun eğmeyecek ölçüde eğitim gören bazı kızlarımızın ve kadınlarımızın sırf Laik Cumhuriyet İlkelerine karşı çıkarak dine dayalı bir devlet düzenini benimsediklerini belirtmek amacı ile başlarını örttükleri bilinmektedir. Bu kişiler için başörtüsü masum bir alışkanlık olmaktan çıkarak kadın özgürlüğüne ve Cumhuriyetimizin temel ilkelerine karşı bir dünya görüşünün simgesi haline gelmektedir. Davacı yüksek öğretim düzeyinde eğitim gördüğüne göre bu ilkelerin Cumhuriyetimizin kuruluşunda ve korunmasındaki önemini bilmesi gerekmektedir. Aydın, uygar ve Cumhuriyetçi gençler yetiştirmekle görevli eğitim kurumlarının bazı kuralları öğrencilere uygulaması doğaldır. Bu kurallar herkesçe bilinen ve benimsenen Cumhuriyetin kurallarıdır. Bu kuralları öğretmek ve benimsetmekle görevli eğitim kurumlarının bunlardan ödün vermesi düşünülemez. Bu nedenle yüksek öğrenim görmek üzere okula geldiği sırada dahi başörtüsünü çıkartmamakta direnecek ölçüde laik devlet ilkelerine karşı bir tutum içinde bulunan davacının okula alınmamasında yasalara aykırılık olmadığından davanın reddine karar verildi.”

Danıştay bu kararında, başörtüsünü yeterli eğitim almamış kızların kıyafeti olarak tanımlayıp üniversite öğrenimi gören bir kızın kullanmaması gereken bir kıyafet olarak görmüştür. Burada, bir taraftan başörtüsü ile ilgili değerlendirmelerde dini

¹²³ Danıştay 8. Dairesinin 23.2.1984 günlü, E.1983/207, K.1984/330 sayılı kararı. Danıştay Dergisi, sy.56-57.

esaları aşağılayan bir tutum ortaya çıkarken, diğer taraftan eğitim sistemi ve bu sistemden Danıştay'ın beklentileri hakkında bir kanaat gözlenmektedir. Danıştay'a göre, Türkiye'deki eğitim sistemi, insanları dinden ve dini esaslardan belli ölçüde uzaklaştırmalıdır; yeterli bir eğitim başörtüsü ve benzeri konulardaki dini anlayışların terk edilmesini sağlamalıdır. Böyle bir yaklaşımın, "çağdaş" anlamda hak ve özgürlüklerle hiçbir alakası bulunmadığı açıktır. Benzer gerekçelerle verilmiş başka kararlar da mevcuttur¹²⁴.

Danıştay'ın 1984'te üniversite öğrencileriyle ilgili vermiş olduğu kararındaki ifadeleri bu sefer avukatlık için başvuran bir kişi hakkında da tekrarladığını görüyoruz¹²⁵. 8. Daire'nin 02.03.1994 tarihli kararında ilgili bölümler şu şekildedir:

"Türkiye Cumhuriyetinin temel ilkelerinden en başta gelenleri, Atatürk ilke ve devrimlerine bağlılık ve laikliktir. Bu ilke ve devrimlerin herbiri ile çağdaş ve uygar insanlık düzeyine ulaşabilmek amaçlanmıştır. Giyim kuşam, hiç kuşkusuz, insanların geleneklerine, çevre koşullarına, kültür yapısı ve düzeyine göre şekillenir. Ülkemizde de, geleneksel yaşamın egemen olduğu kimi kesimlerde kadınlarımız, hiçbir siyasi ya da özel amaçları olmadan başlarının örtmektedirler. Ancak bir kısım kadın ve kızlarımız ise çağdaş giyim ve kuşama dışsal bir tepki ve Atatürk ilke ve devrimleri ile laikliğe karşı koyma eylemi olarak başlarını örtmektedirler.

Bu dünya görüşünde olanların, din kurallarını vicdanlardan alarak bir yaşam biçimine dönüştürmek ve devleti de yine din temellerine dayamak istedikleri bilinmektedir. Cumhuriyet Devrim ve İlkeleri sayesinde özgürlük, eğitim-öğretim yurttaşlık haklarını kullanabilme olanağını elde etmiş olmalarına karşın, bazı meslek sahibi kadın ve kızlarımızın da, demokrasi ve temel özgürlüklerle bağdaşmayan bu dünya görüşünü benimsedikleri ve bunun simgesi olarak başlarını örttükleri görülmektedir.

¹²⁴“Yeterli öğretim görmemiş bazı kızlarımız hiç bir özel düşünceleri olmaksızın içinde yaşadıkları toplumsal çevrenin gelenek ve göreneklerine uyarak veya onların etkisi altında kalarak başlarını örtmektedir. Ancak bu konuda kendi toplumsal çevrelerine uyma zorunluluğu duymayacak veya onların etkisi altında kalmayacak ölçüde eğitim gören bazı kızlarımızın, sırf laik cumhuriyet ilkelerine karşı çıkarak dine dayalı bir devlet düzenini benimsediklerini belirtmek amacı ile çoğu zaman aynı biçimde başlarını örttükleri bilinmektedir. Bu kişiler için başörtüsü masum bir alışkanlık olmaktan çıkarak kadın özgürlüğüne ve Cumhuriyetimizin temel ilkelerine karşı bir dünya görüşünün simgesi haline gelmektedir.

Davacı, Yükseköğretim düzeyinde eğitim gördüğüne göre bu ilkelerin Cumhuriyetimizin kuruluşunda ve korunmasındaki önemini bilmesi gerekmektedir. Aydın, Uygar ve Cumhuriyetçi gençler yetiştirmekle görevli eğitim kurumlarının bazı kuralları öğrencilere uygulaması doğaldır. Bu kurallar herkesce bilinen ve benimsenen cumhuriyetin kurallarıdır. Bu kuralları öğretmek ve benimsemekle görevli eğitim kurumlarının bunlardan ödün vermesi düşünülemez. Yükseköğretim görmek üzere dahi okula geldiği sırada başörtüsünü çıkarmamakta direnecek ölçüde laik devlet ilkelerine karşı bir tutum içinde bulunduğu anlaşılan davacı ...” Danıştay 8. Dairesi, 16.11.1987 tarih, E.1987/128 ve K.1987/486 sayılı karar. Bkz. Danıştay Dergisi, sy.70-71. Benzer şekilde, aynı dairenin, 27.06.1988 tarih, E.1987/178 ve K.1988/512 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, sy.72-73.

¹²⁵ Danıştay 8. Dairesi, 02.03.1994 tarih, E.1993/843 ve K.1994/686 sayılı kararı.

Bkz.: <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jsp?ozet=metin&dokid=12754> (Erişim, 29.05.2010)

Oysa, laik ve demokratik toplumumuzun bazı kurumlarında kamu görevi yapan, dava konusu olayda olduğu gibi avukatlık mesleğini seçip bu mesleğin hazırlık aşaması olan staj dönemindeki kadın ve kızlarımızın, bağımsızlık ve özgürlüğü simgeleyen laikliğe ve Atatürk İlke ve Devrimlerine en fazla sahip çıkanlardan olmaları gerekir.

Bununda ötesinde avukatlık mesleğinin yargı düzeni içindeki çok önemli yeri ve verilen kamu hizmetinin niteliği nedeniyle çağdaş Anayasa İlkelerine uyulması bir zorunluluktur. 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 5/C maddesinde yer alan "avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlar" ifadesi, mesleğin yürütülmesi ile birlikte, avukatın tüm özel yaşamını, bu arada giyim kuşamını da kapsamaktadır."

Danıştay'ın bu kararında avukatın sadece mesleğini icra ederken değil, özel hayatında da laikliğe aykırı kılık ve kıyafet taşımaması gerektiği ifade edilmektedir. Benzer bir karar öğretmen için de verilmiştir. Danıştay 2. Dairesinin 26.10.2005 tarihli bir kararında¹²⁶ ise konu çok ayrıntılı olarak ve mahkemenin genel yaklaşımını ortaya koyacak şekilde açıklanmaktadır. Bu kararda, görevi sırasında başı açık olduğu halde okul dışında başını örten bir öğretmenin durumu değerlendirilmiş, bu durumun dahi laiklik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir.

"Anayasa'nın Başlangıcı'nda, Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılap ve ilkeleri doğrultusunda; Türkiye Cumhuriyeti'nin çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde; hiçbir düşünce ve görüşün Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılaplarıyla medeniyetçiliği karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesi gereği kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı; ... sözüne ve ruhuna bu yönlerde de saygı gösterilmesi, mutlak bir sadakatle yorumlanıp uygulanması gerektiğini bildirmesi de bu niteliğinin kanıtıdır.

Anayasa'nın 130 uncu maddesinde öngörülen "çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan" düzenin, laiklik ilkesinin gözardı edildiği bir ortam olması mümkün değildir.

Öte yandan, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 2 nci maddesinde, Türk Milletinin bütün fertlerini, Atatürk inkılap ve ilkelerine ve Anayasada ifadesini bulan Atatürk milliyetçiliğine bağlı; Türk Milletinin milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini benimseyen, koruyan ve geliştiren; ailesini, vatanını, milletini seven ve daima yüceltmeye çalışan; insan haklarına ve Anayasanın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getirmiş yurttaşlar; beden, zihin, ahlak, ruh ve duygu bakımlarından dengeli ve sağlıklı şekilde gelişmiş bir kişiliğe ve karaktere, hür ve bilimsel düşünme gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip, insan haklarına saygılı, kişilik ve teşebbüse değer veren, topluma karşı sorumluluk duyan; yapıcı, yaratıcı ve verimli kişiler olarak yetiştirmek; ... Türk Milli Eğitiminin genel amacı olarak belirlenmiştir.

¹²⁶ Danıştay 2. Daire, 26.10.2005 tarih, E.2004/4051 ve K.2005/3366 sayılı karar.

Bkz.: <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jsp?ozet=metin&dokid=25569> (Erişim 27.06.2010)

Öte yandan, eğitim ve öğretim hizmetinin verilmesi sırasında; öğreticilerin bilgi ve görgü ile davranışları kadar görünümünün de öğrenen kişiler üzerinde bir etki yaratacağı şüphesiz olup, görevi gereği eğitim ve öğretim faaliyeti ile ilgili bir alanda çalışan kamu görevlisinin, yukarıda hüküm ve açıklamalarına yer verilen yasal düzenlemelerde belirtilen bu temel ilkelere aykırılık oluşturabilecek tutum ve davranışlardan kaçınması gerekeceği de muhakkaktır.

Buna göre;... her ne kadar davacının okul içerisinde başı açık olarak hizmet verdiğini belirtiyorlarsa da, zaman zaman okulda, okula gelişinde ve okuldan çıkışında türbanlı olduğu yolunda beyanlarının da olduğu, ... yönetici olarak görev yapacağı eğitim ve öğretim kurumunda öğrenim görenlerin yaşlarının küçüklüğü itibarıyla mantıksal değerlendirme ve çıkarım yapma açısından uzak oldukları hususları birlikte değerlendirildiğinde; bulunduğu ortam içerisinde ve eğitim-öğretimin bir şekilde yansımalarının olduğu dışsal çevrede en iyi örnek konumunda olması gereken davacının, okula geliş ve gidişleri sırasında da olsa yukarıda hüküm ve açıklamalarına yer verilen yasal düzenlemelerde belirtilen bu temel ilkelere aykırı davrandığı sabit olduğundan, ...”

C. Yüksek Yargı Kararlarındaki Laiklik Anlayışı veya Algılayışının Değerlendirilmesi

1. Sosyal Değişim-Yüksek Yargı

Yargı sosyal hayatın işleyişi içinde bir fonksiyon icra etmektedir. Gerek kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda, gerekse kişiyle devlet veya idari kurumların karar ve işleyişiyle ilgili konularda sosyal hayattaki olayların yansımalarını izlemek mümkündür. Hukuk kurallarıyla veya mahkemelerin kararlarıyla ilgili sosyal hayattaki değişimin etkisiyle ortaya çıkan gelişmeleri birçok konuda gözlemleyebiliriz. Ama laiklik konusunun diğer bütün konulardan farklı olarak, sosyal hayattaki değişimle ilişkisinde sorunlar bulunduğunu kabul etmek gerekir. Mesela, 1980’li yıllarda özelleştirme konusunda hukuki düzenlemelerin yetersiz olduğu, ekonomik hayattaki değişimin, devletin ticari hayattan çekilmesi gereğinin anlaşılmasıyla yeni hukuki düzenlemeler yapılmaya başlandığını ifade edebiliriz. Ama bu düzenlemeler, 1990’lı yıllarda Danıştay ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Yüksek mahkemelerin “devletçi” bir anlayışta ısrarlı olduğu anlaşılmaktadır. Ancak 1990’lı yılların sonlarına doğru, özelleştirmenin gerekliliği yüksek mahkemeler tarafından da kabul edilmeye başlanmıştır. Birkaç konuda verilen özelleştirme kararlarının yeni imkanlar açtığı, kısa bir süre içinde devletin hakim olduğu ekonomik yapıdan vazgeçilmeye başlandığı görülmüştür. Bu olay çerçevesinde, ekonomik hayattaki değişimin hukuk kurallarını ve nihayetinde mahkeme kararlarını etkilediği, onları da dönüştürdüğü, hukuk kurallarında

ve mahkeme kararlarındaki değişikliklerin de ekonomik hayatta yeni imkanları ve alanları açtığı anlaşılmaktadır. Ancak, yine 1980’li yıllardan itibaren başlayan ve 1990’lı yıllarda bütün dünyada hızlanan “dinin yükselişi” eğiliminin¹²⁷ Türkiye’yi de etkilediği, dindarlığın, dini değerlere ve esaslara bağlılığın görece olarak arttığı gerçeği hukuk kuralları ve mahkeme kararları bakımından, son yıllara kadar, anlaşılmış ve kabul edilmiş değildir. Belki tam aksine, yüksek yargının sosyal talepler arttıkça daha katı bir tutum içine girdiği söylenebilir. Bu genel yaklaşımı ayrıntılı olarak ele alalım.

a. Sosyal Değişimin Yargıçlar ve Yargı Kararlarının Din ve Laiklik Algısı Üzerine Etkisi

Türkiye hem nüfusu itibarıyla, hem de sosyal ve ekonomik şartları itibarıyla hızlı büyüyen ve değişen bir ülkedir. Cumhuriyetin kabulünden itibaren hem nüfus artış oranı bakımından hem de nüfusun değişkenliği bakımından çok büyük farklılıklar ortaya çıkmıştır. 1950’li yıllara kadar, mübadeleler yoluyla, önemli ölçüde Müslüman nüfus oranının arttığı, gayrimüslim nüfus oranının ise azaldığı gözlenmektedir. 1950’lerden itibaren ise, önce yavaş başlayan ama zaman için büyük ölçüde hızlanan köyden kente göç olgusu karşımıza çıkmaktadır. Nüfusun belli bölgelerde aşırı derecede yoğunlaşması, belli bölgelerde azalması ekonomik ve sosyal hayatta çok büyük değişiklikler meydana getirmiştir. Bu değişimi sosyal hayatta olduğu gibi siyasi hayatta da takip etmek mümkündür. 1970’li yıllar genel anlamda “sol” hareketlerin ve partilerin yükseldiği yıllar olmuştur. Bunda kırdan kente göçle kentte oluşan “gayrimemnun” toplulukların tercihlerinin payı çok önemlidir. 1980’li yıllar ise “sağ” ama değişim taraftarı hareketlerin ve partilerin yükselişine sahne olmuştur. 1990’lı yıllarda ise dünyadaki “dinin yükselişi” eğiliminin bir uzantısı olarak siyasi hayatta da muhafazakâr / dindar hareketlerin ve partilerin öne çıktığı görülmektedir. Bu kadar yoğun ve kısa zaman için büyük ve hızlı değişim yaşanan ülkemizde kişilerin ve toplulukların, genel anlamda da toplumun taleplerinde de değişiklikler gözlenmektedir.

Bütün dünyada dindarlığın ve buna bağlı taleplerin arttığı, dinlere karşı yönetimlerin bakışının büyük ölçüde yumuşadığı görülürken, Türkiye’de din – devlet ilişkilerindeki çerçevenin ve laiklik kavramının içeriğiyle ilgili anlayışın pek

¹²⁷ Peter L. Berger, “Sekülerizmin Gerilemesi”, Sekülerizm Sorgulanıyor, der. Ali Köse, İstanbul, 2002, sh.21-23.

değişmediği, talepler arttıkça daha keskin, korumacı ve hatta sınırlayıcı tutumların öne çıktığı söylenebilir.

Üniversitelerde başörtüsü sorunu Türkiye'nin yaklaşık otuz yılına damgasını vuran bir sorundur. Bir yönüyle bu sorun, hem din – devlet ilişkilerinin ve laikliğin, hem de din özgürlüğünün ve dini gelişimin bir simgesi haline gelmiştir. Üniversitelerde başörtüsü sorunu üzerinden Türkiye’de hem dini gelişimi hem de laiklik kavramı çerçevesinde yüksek yargının tutumunu izlemek mümkündür.

1990’lı yılların sonlarına doğru, özellikle 28 Şubat post-modern darbesinden sonra, birçok siyasetçi, bürokrat veya yargıç, “bizim öğrencilik yıllarımızda üniversitelerde başörtülüler yoktu; bunlar nerden çıkıyor? Mutlaka siyasi amaçlı bir çoğalma var” şeklinde değerlendirmelerle konuyu açıklamaya çalışmıştır. Kendilerinin üniversite yıllarında, yani 1950’li, 1960’lı yıllarda üniversitelerde başörtülü öğrenci bulunmamasının, 1980’lerden sonra ise bulunmasının, 1990’lardan itibaren de başörtülü sayısının artmasının arkasında siyasi amaçlı faaliyetler aramak yerine Türkiye’deki değişimi, iç göçü, kentleşmeyi, refahın kitlelere yayılmasını aramak gerekir. Nitekim sadece üniversitelerdeki başörtülü sayısı artmıyor; sokakta da, çalışma hayatında da artıyor. Yine sadece başörtüsü değil, dinin başka tezahürlerinin de sosyal hayatta arttığını görüyoruz. Yüksek mahkemelerin kararlarına da yansıyan, bu değişimi anlamlandıramama ya da özel bazı amaçlarla, olumsuz kasıtlarla açıklama, yapay sebeplerle ele almaya çalışma önemli bir gerilim sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Yüksek yargı bu talepleri anlama ve kendince belli sınırlar içinde cevaplama / karşılama tutumu yerine tamamen olumsuzladığı bu gelişmeleri engelleme, bastırma sistem dışına itme tutumu benimsemiştir. Burada yargının kendine yüklediği misyon da önemlidir.

Danıştay kararlarında belirginleşen bu tutumun vahim örneklerini görmek mümkündür. 1984 yılında ilk defa vermiş olduğu kararda, *“Yeterli öğretim görmemiş bazı kızlarımız hiçbir özel düşünceleri olmaksızın içinde yaşadıkları toplumsal çevrenin gelenek ve göreneklerinin etkisi altında başlarını örtmektedirler. Ancak bu konuda, kendi toplumsal çevrelerinin baskısına veya gelenek ve göreneklerine boyun eğmeyecek ölçüde eğitim gören bazı kızlarımızın ve kadınlarımızın sırf Laik Cumhuriyet İlkelerine karşı çıkarak dine dayalı bir devlet düzenini benimsediklerini belirtmek amacı ile başlarını örttükleri bilinmektedir. Bu kişiler için başörtüsü masum bir alışkanlık*

olmaktan çıkarak kadın özgürlüğüne ve Cumhuriyetimizin temel ilkelerine karşı bir dünya görüşünün simgesi haline gelmektedir.” demektedir. Bir taraftan başörtüsünün yeterli eğitim almamış kızlara mahsus, insanların çevre etkisi veya baskısıyla kullanılan bir kıyafet olduğu varsayımı esas alınırken, diğer taraftan başörtüsünün eğitim düzeyi arttıkça terk edilmesi gereken “ilkel” bir alışkanlık olduğu kanaati yansıtılmaktadır. Öte yandan, Danıştay, Türk eğitim sisteminin, başörtüsüyle simgelenen dinin esaslarına bağlılık konusunda gençleri etkileyeceğini, dini inançların ve dine bağlılığın bu eğitim sistemi içinde gerilemesi gerektiğini varsaymaktadır. Bütün bunlara rağmen, hala bir kız başörtüsü kullanıyorsa, o zaman, Danıştay’a göre, bazı gizli niyetlerin aranması gerekir; o niyetler de devleti ve anayasal düzeni tanımamak gibi çok uç noktalara varan niyetler olmalıdır. Böyle durumdaki bir kişinin ise her türlü olumsuz muameleyi hak ettiği düşünülebilir. Nitekim Danıştay kararında şöyle denilmektedir: *“yüksek öğrenim görmek üzere okula geldiği sırada dahi başörtüsünü çıkartmamakta direnecek ölçüde laik devlet ilkelerine karşı bir tutum içinde bulunan davacının okula alınmamasında”* hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır.

Özelde yüksek yargının, genelde Türkiye bürokrasisinin dini talepler ve özgürlükler konusunda katı tutumunun sebebini laiklik kavramıyla ilgili anlayışlarda aramak gerekir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi’nin laiklik kavramına yüklediği anlamlara bakmakta fayda bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin ilk olarak Milli Nizam Partisi’nin kapatılması kararıyla başlayan, doğrudan laiklik kavramı çerçevesindeki kararlar dizisinde iki nokta büyük önem taşımaktadır: Birincisi, 21.10.1971 tarihli, E.1970/53 ve K.1971/76 sayılı karar, ikincisi 07.03.1989 tarih, E.1989/1 ve K.1989/12 sayılı karar. Bu kararlardan ilki 1961 Anayasası döneminde, ikincisi ise 1982 Anayasası döneminde verilmiştir. Her iki karar da kendisinden sonra verilen laiklik ilkesi çerçevesindeki bütün kararları etkilemiş, şekillendirmiştir. Çoğu kararda bu iki karara atıf, hatta sıkça aynen yapılmış alıntılar görülmektedir. Bu bakımdan iki kararın karşılaştırılmalı olarak etle alınması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin 1971 kararı, devlet memurları kanununda “din hizmetleri sınıfı”nın ihdas edilmesiyle ilgili olarak verilmiş, böyle bir sınıfın devlet memurları içinde yer almasının laik devlet ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmadığı noktasından hareketle ele alınmıştır. Bu bakımdan, karar, daha çok laikliğin din – devlet ilişkileri boyutunu esas almaktadır; ancak bununla kalmamakta, din özgürlüğü ile ilgili

değerlendirmelerde de bulunmaktadır. Mahkeme'nin 1989 kararı ise, doğrudan, üniversitelerde başörtüsü sorunuyla ilgili olarak verilmiş bir karardır; bu bakımdan laikliğin daha çok, din özgürlüğü boyutunu esas almakta, ama, din – devlet ilişkilerine de değinmektedir. Bu bakımdan iki kararın ağırlık merkezleri arasında önemli farklılık bulunmaktadır. Her iki kararda da bazı ortak noktaların yer aldığını belirtmek gerekir. Bunlar, laikliğin Türkiye Cumhuriyeti bakımından büyük önemi; diğer bütün ilke ve esaslardan laikliğin daha önemli, ayrıcalıklı ve üstün olduğu; hatta laikliğin Cumhuriyetin temel felsefesini oluşturduğu gibi yaklaşımlardır. Laikliğin farklı toplumlar farklı anlaşılıp uygulanabileceği konusunda da her iki kararın mutabık olduğunu ifade etmeliyiz. Batıdaki tarihi gelişim, Türkiye'deki tarihi gelişim ele alınarak, Hristiyanlık ve Müslümanlık arasındaki farkların Türkiye'deki laiklik anlayışının Batı'dan farklı olması için yeterli bir sebep teşkil ettiği her iki kararda da belirtilmektedir. Yine her iki kararda da, Türkiye ile Batı arasındaki bu farklılığın özgürlüklerin artırılması için değil, azaltılması veya sınırlandırılması için kullanıldığı görülmektedir¹²⁸.

İki karar arasındaki bir çok benzerliğe rağmen, 1971 kararının hukukilik niteliğinin biraz daha baskın olduğu söylenebilir. 1989 kararı hukuki bir uslûbu dahi tercih etmemiştir; daha çok şiirsel bir anlatımla yazılmıştır. Mesela, “*laiklik, kurtuluş, kuruluş ve yeniden doğuş evrelerini kapsayan, insan haklarına dayalı olarak geleceğe uzanan bağımsızlık, özgürlük, uygarlık ve barış yürüyüşünü, ulusal gücü özetleyen Türk Devrimi'nin kaynağı ve temelidir*”, “*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*” şeklindeki ifadelerde, hukuki yaklaşım, tarihi ve bilimsel gerçekler yerine anlatımın güzelliği tercih edilmiş gibi gözükmemektedir. Bu durum, bir ölçüde, muhtemelen karar metnini kaleme alan Mahkeme üyesinin kişisel özelliklerinden kaynaklanmaktadır; büyük ölçüde ise, Mahkeme'nin “laiklik karşıtı” addettiği kesimlere ki bunun içinde TBMM de bulunmaktadır, mümkün olan en sert tutumu göstermek, adeta bir karşı manifesto yayımlamak amacı taşıyor oluşudur.

¹²⁸ Osman Can, Mahkeme'yi, Türkiye'ye özgü şartları, özgürlük ortamının sağlanmasından çok, özgürlük karşıtı tutum ve uygulamaların meşrulaştırılmasında kullanmakla eleştirmektedir. Bkz.:Osman Can, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Ankara, 2005). sh.123.

Anayasa Mahkemesi'nin laiklikle ilgili anlayışının, Batı'daki laiklik anlayışından, literatürdeki laiklik tanımlarından farklı oluşu bu kavramı bir hukuk kavramı olarak değil de bir siyasi ideoloji şeklinde ele almasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme'nin 1971 kararında ortaya koyduğu, 1989 kararında da alıntılanan özet çerçeve şöyledir: “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında kabul edilen lâiklik ilkesi: Özellikle;*

a) Dinin Devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını benimseme,

b) Dinin, bireylerin manevî hayatına ilişkin olan dinî inanç bölümünde aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir hürriyet tanımak suretiyle dinî Anayasa inancası altına alma,

c) Dinin, bireyin manevî hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama,

ç) Devlete, kamu düzenini ve haklarının koruyucusu sıfatıyla dinî hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma niteliklerinden oluşmuş bir ilkedir.”

Burada, bizce, vurgu yapılan husus, laikliğin sadece, din özgürlüğü ile din – devlet ilişkileri bağlamında bir kavram olarak ele alınmadığı, dinin esasen kişinin manevi dünyasında kalması gereken bir kurum olarak farz edildiği, dindarlığın tezahürlerinin kontrol altında tutularak sınırlandırılmaya, toplum hayatına, hatta kişinin toplum hayatındaki ilişkilerine dinin “sızma”sının önlenmeye çalışıldığı hususudur. Bu anlayış da temelde “laiklik” kavramına değil, XIX. Yüzyıl sonlarında gelişmiş halini alan din karşıtı pozitivist ideolojiye dayanmaktadır.

Laikliğin bir siyasi ideoloji olarak kabul edilmesi ve devletin bütün işleyişinde birincil ilke haline dönüştürülmesi 27 Mayıs 1960 darbesiyle ortaya çıkmıştır¹²⁹. 27 Mayıs darbesi, seçilmiş siyasi iktidarlara karşı “bürokrasinin rövanşı” olarak nitelendirilmektedir¹³⁰. Bürokrasi rövanşı alırken, 1961 Anayasası, yasamayı iki

¹²⁹ 27 Mayıs'ın hukuk anlayışı ve kurduğu rejim için bkz.: Osman Doğru, 27 Mayıs Rejimi, İstanbul, 1998.

¹³⁰ Metin Heper, Türkiye’de Devlet Geleneği, Ankara, 2006, sh.153.

meclisli yapıp işleyişini zorlaştırarak, yürütmeyi ise iyice çalışamaz hale getirerek, seçilmiş iktidarın tasarruf alanını iyice daraltmıştır. Böyle bir tabloda bürokrasiye güç ve seçilmiş siyasi iktidarlara müdahale imkanı veren bir doktrin geliştirilmesi gerekirdi. Bu siyasi doktrin, hem seçilmiş iktidar karşısında bürokrasinin müdahalelerine meşruiyet tanıyacak, hem de bu müdahaleleri mümkün kılacak mahiyette olmalıydı. Laiklik, 27 Mayıs'tan sonra, böyle bir fonksiyon icra edecek siyasi ideoloji olarak kurgulanmıştır. Anayasayı, anayasal kavramları dolayısıyla laiklik kavramını yorumlama tekeline sahip Anayasa Mahkemesi'nin bu tablodaki konumu çok önemlidir.

Anayasa Mahkemesi'nin 1971 kararıyla 1989 kararı arasında bu çerçevede içinde önemli fark vardır. Yüksek mahkemelerin laiklik konusundaki tutumunun zaman içinde daha sert bir tutuma evrilmesini açıklamak bu açıdan bakınca kolaylaşmaktadır. 1961 Anayasası yasama ve yürütmeyi, yani seçilmiş iktidarı önemli ölçüde sınırlayan hükümler içerirken bürokrasinin devlet işleyişine müdahil olmasına imkan sağlamaktaydı. Bu durumda “doktrin”in güçlendirilmesine gerek yoktu. 1982 Anayasası ise bürokratik iktidarın gücünü azaltmayı hedeflemeksizin yasama ve yürütmeyi, yani seçilmiş iktidarı güçlendirmiştir. Böyle bir durumda, güçlenen seçilmiş siyasi iktidar karşısında bürokrasinin elini güçlendirmek için “doktrin”in tahkim edilmesi gerekmektedir. İşte bu yüzden, Anayasa Mahkemesi'nin 1971 kararında laiklik kavramı bir siyasi ideoloji çerçevesi taşımaktaysa da nispeten mütevazı bir dille sunulmaktadır; 1989 kararı ise daha keskin bir üslupla, adeta bir manifesto şeklinde ortaya konulmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 1989 kararın laiklikle ilgili şu açıklamalar dikkat çekicidir:

“Lâikliğin, Türk Devrimi'nin, Cumhuriyetin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğu bir gerçektir. ... lâiklik, kurtuluş, kuruluş ve yeniden doğuş evrelerini kapsayan, insan haklarına dayalı olarak geleceğe uzanan bağımsızlık, özgürlük, uygarlık ve barış yürüyüşünü, ulusal gücü özetleyen Türk Devrimi'nin kaynağı ve temelidir. ... 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. ... Demokrasiye geçişin de aracı olan lâiklik, Türkiye'nin yaşam felsefesidir. ... Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe

ve bilgi bileşimine dayanan **toplumsal bir atılım**; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir.”

Kararda özellikle “yaşam biçimi”, “yaşam felsefesi” gibi ifadelerle yapılan vurgularla, laikliğin bir hukuk kavramı değil, bir siyasi ideoloji olarak algılandığı ortaya konulmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin bu tutumu, Mahkeme’nin işlevi konusundaki yaklaşımlarla da alakalıdır. Mahkeme’yi gerçek anlamıyla bir mahkeme olarak konumlandıran hukukçular, işlevini sadece yazılı hukuk kurallarının uygulanması olarak görmektedirler¹³¹. Ama mahkemeyi “yasama faaliyetinin ortağı” olarak gören yaklaşımlar anayasanın yorumu yoluyla onu bir hukuk kurumu olmaktan uzaklaştırmakta bir siyaset kurumuna dönüştürmektedir¹³².

Kısaca, yüksek yargının sosyal değişim karşısında birçok konuda değişime cevap verdiğini, kararlarını geliştirdiğini görüyoruz; ama laiklikle ilgili kararlarda ise sosyal değişime rağmen katı bir tutumun ısrarla sürdürüldüğünü ifade etmek gerekir. Bu tutumun sebebi, laiklik kavramına atfedilen anlamın bir hukuk kavramından çok bir siyasi ideoloji anlamı taşıması, Türkiye’de bürokratik iktidarın güç kullanımının bu kavram üzerinden meşrulaştırılması ve mümkün kılınmasıdır.

Bütün bu değerlendirmelere rağmen, Anayasa Mahkemesi’nin son zamanlarda vermiş olduğu iki kararında sosyal değişimi en azından “gördüğü”ne dair işaretler bulunduğunu belirtmek isteriz. Sonuçları itibarıyla ciddi sorunlar taşıyan bu iki karar (anayasa değişikliğinin iptali ve AK Parti kapatma davası kararları) gerekçelerinde sosyal değişime ve taleplere gönderme yapan cümleler bulunmaktadır. Mesela, Mahkeme’nin başörtüsüne serbestlik getiren anayasa değişikliğini iptal ettiği kararında yer alan “*Toplumsal sorunların Anayasa’nın açık hükümleri çerçevesinde ve demokratik barışı ve uzlaşmayı esas alan yöntemlerle çözümü yerine, dinin, din duygularının veya dince kutsal sayılan şeylerin istismar edilmek suretiyle kullanılmasına Anayasa izin vermemektedir. Zira her bir toplumsal sorun istismarı, bu sorunun çözülmesi olanaklarını ortadan kaldırmak suretiyle, bir yandan toplumsal çatışmaların derinleşmesine ve demokratik süreçlerin*

¹³¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz.: Yusuf Şevki Hakyemez, Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Ankara, 2009, sh.15 v.d

¹³² Bu konudaki ilginç bir yaklaşım için bkz.: Bakır Çağlar, “Anayasa Yargısı’nın Güncelliği: Yargıçlar Zamanı”, Anayasa Yargısı, 1998, No:15, sh.51-69.

işlevsizleştirilmesine yol açabilir; sonuçta devlet iktidarının toplumsal sorunları çözeceğine yönelik inancı zedeleyebilir.” şeklindeki ifadeler, önceki kararlara nazaran, en azından bir sosyal talebin görüldüğü anlamına gelmektedir. Ak Parti’nin kapatılması için açılan davada verilen kararın gerekçesindeki “*Dinin sosyal bir kurum olması nedeniyle toplumda dinsel özgürlük taleplerinin ya da gereksinimlerin ortaya çıkması, siyasi partilerin bu sorunlara ilişkin politika belirlemesini gerektirebilir. Ancak Anayasanın 24. maddesindeki açık hüküm gereği, siyasi partilerin bu taleplere yönelik politika üretirken, dini ve dince kutsal sayılan değerleri ve dinsel duyguları siyasal mücadele aracı haline getirerek toplumda dinsel talep ekseninde ayrışmalara yol açması laiklik ilkesiyle bağdaşmaz. Toplumsal sorunların ve ülkenin aşması gereken birçok engelin yoğunluğu ve karmaşıklığı dikkate alındığında, dinselliğin sırf siyasal mücadelede üstünlük sağlaması nedeniyle siyasal alanda gerektiğinden daha fazla yer alması, toplum ile toplumsallık ekseninde yürütülmesi gereken siyaset arasındaki sağlıklı temsil ilişkisini zedeleyebilir.”* ifadeleri ilgi çekicidir.

b. Yargıç ve Yargı Kararlarındaki Din ve Laiklik Algısının Sosyal Değişim Üzerindeki Etkisi

Hukukla sosyal hayat arasındaki ilişki süreklidir. Bu ilişki bazen olumlu bazen olumsuz olabilir, ama mutlaka karşılıklı etkileşim içinde sürer gider. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere, yüksek yargının laiklik kavramı çerçevesindeki katı tutumunun sosyal değişimi de farklı şekillerde kanallize ettiğini ifade etmek gerekir.

Yaklaşık otuz yıldır, üniversitelerde başörtüsü yasağı ile sembolize edilebilecek olan yüksek yargının laiklik anlayışındaki katı tutum üniversite öğrencilerini farklı arayışlara itmiştir. Yurtdışında üniversite arayışlarından, özel üniversitelerde öğrenim görmeye, üniversite içinde başörtüsünün açılması yoluyla öğrenimin sürdürülmesine kadar kişisel olarak çeşitli yollar denenmiştir. Özellikle Avrupa’daki üniversitelerde öğrenim gören öğrenciler başörtüsü sorununun bulundukları yerlere taşınmasında ve oralarda tartışılmasında rol oynamışlardır.

Öbür taraftan, üniversitelerde başörtüsünün yasaklanmasının gizli sebeplerinden biri, mezun olacak öğrencilerin çalışma hayatında yer almasına dair duyulan endişe idi. Bugün üniversitelerde başörtüsü serbestliği talep edenlerin yarın

çalışma hayatında, kamu kurum ve kuruluşlarında başörtüsü kullanmaya başlayacakları çeşitli zeminlerde ifade edilmektedir. Buradan ortaya çıkan “kamusal alan” tartışması Türkiye’nin gündemini uzun süre meşgul etmiştir. Ancak, başörtüsünün üniversitelerde yasaklanması, beklenenin aksine ters bir sonuç doğurmuş, çalışma hayatına girmek isteyen başörtülü sayısında azalma değil artış meydana gelmiştir. Üniversitelerde başörtüsü sorununu kişisel çözümleriyle aşan öğrencilerin mezuniyetleri sonrasında çalışma hayatında yer alma talepleri bulunmaktadır. Üniversitelerdeki yasaklar, başörtülü öğrencilerin sayısını tahmin etme imkanı da vermediği için çalışma hayatındaki taleplerin nasıl arttığı öngörülememiştir.

Laiklikle ilgili olarak yüksek mahkemelerin katı tutumu, başörtüsüne serbestlik meselesini siyasetin önemli bir gündemi haline getirmiştir. Hemen hemen her siyasi parti bu sorunu çözme yönünde vaatlerde bulunmuş, adımlar atmaya çalışmıştır. Bu siyasi partilerden bir kısmı ise aynı katı tutumla Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmıştır. Kapatma kararlarının sorun çözücü olmadığı, daha sonra başörtüsü tartışmalarının başka siyasi partiler tarafından sürdürülmesinden anlaşılmaktadır. Yaklaşık yirmi yıllık tarihi süreç izlenirse, başta başörtüsü olmak üzere dini özgürlükler alanını genişletmeyi vadeden ve bu konuda bir güven veren partilerin yükseliş eğilimi izlediği görülmektedir. Özellikle yüksek mahkemelerin siyasete müdahale olarak algılanan tutumlarının (Anayasa Mahkemesi’nin cumhurbaşkanlığı seçimiyle ilgili “367 kararı” gibi) seçimlerde bir reaksiyona yol açtığı genel olarak kabul görmektedir.

Öbür taraftan yüksek yargının “ideolojik” tutumu hem toplumda hem de siyasette yargı ile ilgili bir reform talebinin yükselmesine yol açmaktadır.

Sosyal değişimin tabii seyri içinde kavranması, makul ve olumlu yaklaşımlarla cevaplanması daha sağlıklı bir gelişim sürecine imkan verecektir. Aksi halde bu alandaki sosyal değişim de yüksek yargının tutumlarına olumlu / olumsuz reaksiyonlarla sürecektir.

2. Laiklik ve İdeoloji: Bir Hukuk Kavramından Siyasi İdeolojiye

29 Ekim 1923’te devlet şekli olarak cumhuriyetin kabulünden yaklaşık altı ay sonra benimsenen 1924 Anayasası birinci maddesindeki hükmü korumuştur: “Türkiye

Devleti bir cumhuriyettir". Anayasanın ikinci maddesi ise, din devlet ilişkileri bakımından önemli bir hüküm içermektedir. Buna göre: "Türkiye Devletinin dini, Din-i İslam'dır". 24 Anayasasının, yani Türkiye'nin kurucu anayasasının, dinle ilgili tek maddesi de bu değildir. 26. maddesinde, Büyük Millet Meclisi'nin görevlerinin başında "ahkâm-ı şer'iyyenin tenfizi", yani şariat hükümlerinin uygulanması zikredilmektedir. Bu iki hüküm 11 Nisan 1928 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. TBMM'nin "ahkâm-ı şer'iyyenin tenfizi"nden vazgeçmesi ise, biraz daha erken bir tarihte, 1926 yılı başlarında olmuştur. Bu tarihlerde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu ile Türk Kanunu Medenisi artık şer'i hükümlerin uygulanmasına imkân vermemekteydi.

11 Nisan 1928 tarihli ve 1222 sayılı kanunla anayasanın 2. Maddesinde yer alan "Türkiye Devletinin dini, Din-i İslam'dır" hükmü ile 26. Maddesinde Büyük Millet Meclisi'nin görevleri arasında yer alan "ahkâm-ı şer'iyyenin tenfizi" ibaresi çıkartılmıştır. Ancak, bu tarih itibarıyla da, henüz "laiklik" kavramının benimsendiğini söylemek anayasa bakımından mümkün değildir. "Laiklik"ın anayasaya girişi 5 Şubat 1937 tarihli ve 3115 sayılı kanunla gerçekleştirilmiştir.

1928'e kadar kanunlarda yapılan değişikliklerin laiklik konusunda tedrici bir gelişme olduğu iddiaları tartışılmalıdır, ancak bunu yapmakla konumuzun dışına çıkmış oluruz. Kısaca ifade etmek gerekirse, 1924'ten sonra çıkartılan kanunlarda geçen ve yasama yetkisini münhasıran TBMM'de gösteren ifadeler anayasada yer alan "devletin resmi dini" hükmüne aykırılık teşkil etmez. Osmanlı Devleti zamanında da birçok Batılı kanun tercime edilip benimsenirken, devletin İslam hukuku hükümlerine bağlılığı tartışma konusu bile olmamıştır. 1860'lı yıllarda Fransız Medeni Kanununun kabulü tartışmaları, 1909 yılında, daha sonra 1926 Türk Ceza Kanunu olarak kabul edilecek olan 1899 tarihli İtalyan Ceza Kanunundan tercüme suretiyle hazırlanan Ceza Kanunu Layihası Osmanlı Devletinin resmi dini ile çatışır görülmemiştir. Bu konu Osmanlı Hukukunun yapısı ana hatlarıyla bilinmeden, Tanzimat sonrası dönemde hukukta Batılılaşmanın hangi zihniyet içinde ele alındığı anlaşılmadan tartışılmaz¹³³. İslam – Osmanlı hukukunda, bugünkü anlamda, yasama alanı olarak bırakılmış oldukça geniş bir hukuki düzenleme alanı olduğunu belirtmekle iktifa edelim.

¹³³ Bu konuda bakınız: Mustafa Şentop, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku, Kanunlar, Tadiller, Layihalar, Uygulama, İstanbul, 2004, sh. 13-22 ve 85-112.

1937 yılının 2 Şubat'ında TBMM'de müzakere edilen teklif, 1924 Anayasasının 2, 44, 47, 48, 49, 50, 61, 74 ve 75. maddelerinin değiştirilmesini öngörmektedir. Konumuzla alakalı olan 2. madde değişikliği ile ilgili İsmet İnönü ve 153 arkadaşının vermiş olduğu yeni metin teklifi şöyledir: “*Türkiye Cümhuriyetçi, Milliyetçi, Halkçı, Devletçi, Laik ve inkılapçı olub resmi dili Türkçedir; makarri Ankara şehridir.*”

Bilindiği üzere, kanunların hangi maksatla teklif edildiği, bir değişiklik yapılıyorsa bunun ne için yapıldığı teklif gerekçesinde açıklanmaktadır. Bu teklifin gerekçesinde 2. maddedeki değişiklikle ilgili kısım aynen şöyledir: “*Eldeki kanunun esas hükümleri gösteren faslının birinci maddesinde Türkiye Devletinin bir Cümhuriyet olduğu yazılı olub bununla yalnız Devletin şekli beyan edilmiş oluyor. Halbuki, Devletin şekille beraber siyaset ve idare tarzında takib edeceği ana vasıfların da esas hüküm olarak gösterilmiş olması lüzumludur. Bu düşünce ile 2 nci maddede milliyetçilik, halkçılık, devletçilik, laik ve inkılapçılık vasıfları da gösterilmiştir.*” Devletin temel niteliklerinin anayasa metnine girişiyle ilgili gerekçe, sadece, bundan ibarettir.

Teklifin TBMM'de görüşülmesi sırasında hükümet adına söz alan Dahiliye Vekili (İçişleri Bakanı) Şükrü Kaya da, diğer milletvekilleri de, bugün bir tartışılmaz / kat'i hakikatmış gibi ileri sürülen fikirlerden çok uzakta, meselenin, o günün şartları içinde bir siyasi tutum olduğunu, nihayetinde Cumhuriyet Halk Partisi'nin prensiplerinin anayasaya geçirilmesi niyetiyle gerçekleştirildiğini ifade etmektedirler. Bu anayasa değişikliği, o günlerde, bazı Avrupa ülkelerinde de yaşanan parti – devlet bütünleşmesi siyaseti çerçevesinde gerçekleştirilmiş bir değişikliktir. Nitekim anayasa maddesi okunursa, bu altı ilkeye veya içlerinden birine, özellikle vurgu yapılmış olmadığını görmek mümkündür.

Yapılan bu değişiklikte gözden kaçmaması gereken en önemli husus, anayasanın 2. Maddesine eklenen tek kavramın laiklik olmadığıdır. Başka bir ifade ile, anayasaya sadece laiklik girmemiştir; Cumhuriyet Halk Partisi'nin “altı ok”u olarak bilinen, cumhuriyetçilik, milliyetçilik, devletçilik, halkçılık, laiklik ve inkılapçılık bir bütün olarak anayasaya konulmuştur. Anayasaya aynı tarihte, aynı kanunla ve aynı gerekçe, amaç ve niyetlerle eklenen bu kavramlardan sadece laiklik üzerinde vurgu yapmak ve diğer kavramları unutturmaya çalışmak tamamen ideolojik bir tutumdur.

Burada üzerinde durulması gereken nokta şudur; bu altı kavramın her biri belli bir anlayışın ve belli bir dönemin ürünüdür. Eğer bu anlayış halen bütünüyle doğruluğunu koruyorsa bütün kavramlara sahip çıkılmalıdır. Eğer bu kavramlarının bir kısmını “dönemsel” ve günümüz anlayışları bakımından önemli veya geçerli bulmuyorsak, önemli bulduğumuz kavramlar da önemsiz bulduğumuz gibi bir tahlile ve tenkide tabi tutulabilmelidir. Devletçilik ilkesine tartışmasız bir sadakatle bağlanmayı pek de lüzumlu görmeyenlerin laiklik konusundaki ısrarlarını tamamen kişisel bir tercih ve kanaat olarak görebiliriz; Cumhuriyetin ilk yıllarındaki anlayışın bir devamı olarak değil.

1937 değişikliklerinden sonra, özellikle 1946 – 50 arasında yaşanan tartışmalar ve çok partili siyasi hayata geçilmesi, halkın oyunun önem kazanması devletin ideolojik tutumlarında tabii olarak gevşemelere yol açtı. Daha önce halkı hesaba katmadan merkezden belirlenen ilke ve politikalar artık halkın tasvibine göre gözden geçirilmeye başlandı. 1946’dan itibaren Cumhuriyet Halk Partisi tarafından uygulanan “açılım” politikaları o noktaya varmıştır ki, 1950 seçimleri öncesinde parti yetkilileri seçimi kazandıkları takdirde “altı ok”u anayasadan çıkartacaklarını vaad etmişlerdir¹³⁴. Bu seçim vaadinin temel ilkeleri tartışmanın da ötesinde bir anlamı vardır. Altı okun anayasaya girmesi için kanun teklifini veren, dolayısıyla bu ilkelerin anayasa ve devlet düzeni bakımından ne derecede önemli olduğunu en iyi bilebilecek kişi olan İsmet İnönü’nün liderliğindeki bir parti tarafından değişikliğin dile getirilmesi dönemin devlet yöneticileri nazarındaki algıyı göstermektedir. Bu algının en azından bugünkü “kutsal ilkeler” algısından farklı olduğunu, fonksiyonel ve konjonktürel bir önem algısı olduğunu düşünebiliriz. Nitekim laiklikle ilgili algıdaki değişim 27 Mayıs 1960 askeri darbesinden sonra ortaya çıkmaktadır.

Buradaki değerlendirmemiz anayasa çerçevesinde laiklik anlayışıdır. Yoksa uygulamada yaşanan din – devlet ilişkileri ile din hürriyetine müdahale içeren yaklaşımlar çoğu zaman 1924 Anayasasına rağmen gerçekleştirilmiştir. 27 Mayıs’tan

¹³⁴ Feroz Ahmad, Modern Türkiye’nin Oluşumu, Çevr. Yavuz Alogan, İstanbul, 1999, sh. 132.

sonra anayasaya hakim olacak ideolojiye yakın fikirleri savunan yazar ve aydınlar elbette mevcuttur; ama bu anlayışın anayasal bir zemini yoktur¹³⁵.

27 Mayıs 1960'ta darbe yapan Türk Silahlı Kuvvetleri içindeki bir örgüt yapılanması devleti yeniden şekillendirme kararı almıştı. Yeni anayasa bunun en önemli aracıdır.

Açıkça ifade etmek gerekir ki 1961 Anayasası yeni bir devlet ideolojisi inşa etmiştir. Devletin niteliklerinin belirlendiği, anayasanın ideolojisine dair işaretler içeren ikinci maddenin tamamen değiştirildiğini, farklı bir şekilde düzenlendiğini görüyoruz. Metin şöyledir: “*Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, layık ve sosyal bir hukuk devletidir*”. Görüleceği üzere, bu maddede, 1937 değişikliği ile Cumhuriyet'in kurucu anayasası 1924 Anayasası'na konulan, milliyetçilik, halkçılık, devletçilik ve inkılapçılık ilkeleri bulunmamaktadır. Cumhuriyet birinci maddede zaten yer aldığı için, geriye sadece laiklik ilkesi kalmıştır. Anayasanın açık hükümleri arasında mukayese yapıldığında, 1924 Anayasasının, (varsa) ideolojisi 1961'de tamamen değiştirilmiştir.

1961 Anayasasıyla kurulan ideolojik çerçeve için, en önemli kısım, anayasanın “başlangıç” kısmıdır; böyle bir kısım 1924 anayasasında yoktur. Hukuk kurallarının gramatik çerçevesi ve uslubu dışında, sınırları belli olmayan, içeriği tartışmalı veya tartışılabilir kavramlarla oluşturulan “başlangıç” kısmı resmi ideoloji yorumlarının kaynağını oluşturmaktadır. Aslında, konulan başlangıç kısımları, daha çok, anayasaya bir meşruiyet temeli sağlamak üzere hazırlanmaktadır; 1961 Anayasasının böyle bir meşruiyet temeline, bir izaha gerçekten de çok ihtiyacı bulunduğu belirtilmelidir. 27 Mayıs darbesi ile, hukuk dışı yollarla siyasi iktidarı devirme “cürmü” açıklanması gereken bir eylemdir. 27 Mayıs'çılar bu eylemi şöyle açıklamaktadır: “*Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 Devrimini yapan Türk Milleti...*” “Anayasa dışı” tutumları olduğu iddia edilen meşru ve hukuki iktidarı, silah zoruyla anayasayı ilga ederek, anayasayı yok ederek devre dışı bırakmayı ancak bir “başlangıç”la açıklayabilirsiniz. 27 Mayıs 1960 darbesi, Türkiye tarihinde bir “büyük kopuş”tur.

¹³⁵ Bkz. Ahmet Araman, *Türk Basınında Laiklik Tartışmaları (1938 – 1950)*, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, sh. 68 vd.

Sadece askerin siyasete müdahale etmesi geleneğini başlattığı için değil; Türkiye'nin kuruluş felsefesinden, devletin temel perspektif ve değerlerinden de ciddi anlamda bir uzaklaşmadır. 27 Mayıs darbesi, kuruluştaki var olan mutabakatı, anayasal zemini bozmuştur, imha etmiştir.

1961 Anayasası'nın, biraz da Fransa'dan esinlenerek, "II. Cumhuriyet Anayasası" olarak anılması metne son şekil verilirken Milli Birlik Komitesi'nde tartışılmıştır. Bugün bazı liberal yazarlara müstehzi eda ile münasip görülen II. Cumhuriyetçilik, 27 Mayıs'çıların kendileri için bir iftihar vesilesi gördükleri vasıftır. Yukarıda adını zikretmiş olduğumuz üniversite hocalarından Doç. Dr. İsmet Giritli, 1961'de bastırılmış olduğu bir kitaba "27 Mayıs'tan İkinci Cumhuriyete" adını vermiştir¹³⁶. Müellif eserinin Önsöz'ünde, "*Önümüzdeki genel seçimlerle belirecek iktidarın, memleketimizde 'İkinci Cumhuriyet Hükümeti'ni teşkil edeceği bir gerçektir. 'Cumhuriyet ilelebet payidar olacaktır' diyen Büyük Atatürk, bu sözleri ile, memleketimizde birincisine nazaran daha değişik siyasi bünyede ve gelişmiş yeni cumhuriyetin kurulamayacağını değil, bu memlekette saltanatın ve şahsi dikta rejiminin hiçbir zaman hortlatılmayacağını ifade etmek istemiştir... 27 Mayıs İhtilali ile bir türlü inşasına muvaffak olamadığımız Demokratik Türkiye'yi Yaratma Devrimi başlamıştır.*"

"II. Cumhuriyet" iddiasından daha sonra vazgeçilmiştir. Zira 27 Mayıs darbesinin kendisi bir meşruiyete muhtaç iken 27 Mayıs'a dayandırılan bir II. Cumhuriyet iddiasının temel bulması mümkün olamazdı.

61 Anayasasıyla kurulan Anayasa Mahkemesi (AYM) bu yeni ideolojinin çerçevesini çizmeye içeriğini belirlemeye çalışmıştır. Bugün birçok tartışmalara zemin teşkil eden kararlarında AYM'nin laiklik anlayışı problemli gözükmektedir. Problem, AYM'nin laiklik tanımını, kavramın hukuki çerçevesinin dışında bütünüyle ideolojik bir içerikle benimsemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Yakın tarihlerden başlayarak birkaç örnekle konuyu açıklığa kavuşturmak daha kolay olacaktır.

AYM Ak Parti'nin kapatılmasına ilişkin davada, laiklikle ilgili şu tanımları yapmaktadır: "...*Lâiklik, ulusal egemenliğe, demokrasiye, özgürlüğe ve bilime dayanan siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Bireye kişilik ve özgür*

¹³⁶ İsmet Giritli, 27 Mayıs'tan İkinci Cumhuriyete, İstanbul, 1961.

düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset - din ve inanç ayrımını gerekli kılarak din ve vicdan özgürlüğünü sağlayan ilkedir. ... Laikliğin bu işleviyle toplumsal ve siyasal barışı sağlayan ortak bir değer olduğu açıktır. .”¹³⁷

Başka bir kararda benzer ifadelerle rastlanmaktadır: “*Lâiklik, din ve devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye’nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama biçimi ve 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.*”¹³⁸

Benzer tanımların yoğun bir şekilde kullanıldığı bir karara bakmakta da fayda var: “*Gerçekte laiklik 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. ... Laiklik, orta çağ 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.*”¹³⁹

Bu tanımlar AYM tarafından laikliğin bir hukuk kavramı olarak değil, ideolojik içeriğe sahip bir kavram olarak, bir “yaşam biçimi” şeklinde anlaşıldığını göstermektedir.

3. Mahkeme Üyelerinin Kişisel Görüşlerinin Laiklik Anlayışının ve Algısının Şekillenmesindeki Etkisi

Karar resmi olarak ortaya çıktıktan sonra artık mahkemenin kararıdır; mahkeme üyelerinin kişisel görüşlerinden bağımsız bir hal almıştır. Ancak kararların oluşum süreçlerinde mahkeme üyelerinin kişisel görüşlerinin ve eğilimlerinin etkisi inkar edilemez. Anayasa Mahkemesi’nin karar verme süreçlerinde, basında çıkan değerlendirmelerde, hangi üyenin ne yönde karar vereceğinin, o üyeyi atayan

¹³⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 30.07.2008 Tarihli ve E. 2008/1 K. 2008/2 sayılı kararı.

¹³⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 16.01.1998 Tarihli ve E. 1997/1 K. 1998/1 sayılı kararı.

¹³⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 07.03.1989 Tarihli ve E. 1989/1 K. 1989/12 sayılı kararı.

cumhurbaşkanının eğilimlerine bakarak tahmin edilmekte olduğunu görmekteyiz. Böyle bir yaklaşımın bütünüyle yanlış olmadığını sonuçlarına bakarak söyleyebiliriz. Bunun dışında, yüksek mahkeme üyelerinin kişisel görüş ve eğilimlerinin kararlarına etkisi, bunların toplamda ortaya çıkan mahkeme kararına etkisi üzerine yapılmış ciddi çalışmalar bulunmamaktadır. Yerel mahkemelerdeki hakimleri tutumları üzerine yapılan bazı çalışmaların çok aydınlatıcı olduğunu belirtmek gerekir¹⁴⁰.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin kişisel görüş ve eğilimlerinin kararları üzerindeki etkisi konusunda bir fikir verebilecek çalışma, Artun Ünsal tarafından gerçekleştirilmiştir¹⁴¹. 1980’de basılmış bu çalışmanın artık çok eski tarihli olduğu belirtilmelidir. Bu çalışmada dönemin Mahkeme üyeleriyle yapılmış anketlerden hareketle kişisel eğilimlerin kararlara etkisini değerlendiren bir bölüm de bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nde müzakereler sonucunda alınmış bir kararın yazılması konusunda bir usul mevcuttur¹⁴². Buna göre, kararların yazılması görevi, başkana, başkanvekiline veya başkan tarafından görevlendirilecek üyeye aittir. Kararın taslağını dosyanın raportörü hazırlar. Raportör, karar taslağını dosyanın verildiği tarihten itibaren bir ay içinde hazırlayarak görevlendirilen üyeye verir. Üye gerekli incelemeyi yaptıktan sonra kendisine verildiği tarihten itibaren bir ay içinde taslağı başkanlığa teslim eder. Başkan yazılacak kararın kapsamını gözeterek gerekli gördüğü hallerde üye ve raportöre ek süre verebilir. Sürelerin aşılması durumunda başkan, karar taslağının yazılmasını bir başka üyeden isteyebilir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararlarının gerekçesinin bağlayıcılığı tartışmasına yukarıda değinmiştik. Mahkeme karar gerekçelerinin bağlayıcı olduğu görüşünü benimsemektedir. Nitekim “yorumlu red” kararlarının geçerli olabilmesi bu kabule dayanmaktadır. O zaman kararı kaleme alan üyenin kişisel yaklaşımlarının ne kadar önemli olduğu ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar kaleme alınan karar üyeler tarafından okunup imzalanıyorsa da, üslup ve yaklaşımlarda üyenin etkisini inkar etmemek gerekir.

¹⁴⁰ Bu konuda yapılmış nadir çalışmalardan biri için bkz.: Mithat Sancar – Eylem Ümit Atılğan, Adalet Biraz Es Geçiliyor – Demokratikleşme Sürecinde Hakimler ve Savcılar, İstanbul, 2009.

¹⁴¹ Artun Ünsal, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara, 1980.

¹⁴² Bkz.: Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 12. Maddesi.

Anayasa Mahkemesi'nin sıkça atıf yaptığımız 1989 tarihli kararının üslup bakımından önemine dikkat çekmiştik. Bu kararda laiklikle ilgili vurgular ve yaklaşımlar daha önceki kararlarda bulunmaktadır. Kendisinden sonraki laiklikle ilgili birçok kararın atıf yapmış olduğu bu 1989 kararının bir manifesto mahiyetinde görüldüğünü düşünmekteyiz. Mahkeme'nin başka kararlarındaki “muhafelet şerhleri”yle “farklı gerekçe”lerden hareketle kararları kaleme alan üyelerin tahmin edilmesi pek kolay değildir. Ancak bazı üyelerin kendilerine has üslupları dolayısıyla fark edilmeleri de mümkün olmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin daha önce zikrettiğimiz, 03.07.1980 tarihli, E.1980/19 ve K.1980/48 sayılı kararına “Ek Gerekçe” yazan üye Yekta Güngör Özden'in ifadeleri, atıfları, değindiği hususlar göz önüne alınırsa, 1989 kararının da onun tarafından yazılmış olduğu tahmin edilebilir. Diğer üyelerin de bu kararı kabul ettiği, dolayısıyla kararın artık Mahkeme kararı olduğunu elbette unutmamak gerekir. Ancak, üyelerin kişisel eğilimlerinin ve üsluplarının da etkisi inkar edilmemelidir.

Sonuç

Laiklik çok tartışılan bir kavram olduğu halde üzerinde asgari mutabakatların hala sağlanamamış olması ciddiyle üzerinde durulması gereken bir husustur. Yüksek mahkemelerin kararlarında, devletin ve hukukun en önemli kavramı olarak nitelendirilen laiklik en azından belli bir çerçeveye oturtulmuş olmalıydı.

Kavramın tartışmalı oluşu gelişmiş olduğu Batı'daki tarihi süreçle Türkiye tarihi ve kültürünün farklılığıyla önemli ölçüde ilgilidir. Baelli bir kültür içinde ortaya çıkan kavramların başka kültürlerle aktarılmasında her zaman sorunlar yaşanmaktadır. Laiklik gibi Batı'da bile her ülke tarihi bakımından özel anlamı olmayan bir kavramın bambaşka bir kültür ve tarih geleneğinden gelen Türkiye'de açık bir şekilde benimsenebilmesini beklemek doğru değildir.

Laiklik kavramı üzerinde Batı ülkeleri arasında bile bazı farklı anlayışların bulunuşu asgari bir kavramsal çerçevenin bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Türkiye'de birçok kavramla ilgili olduğu gibi, laiklik kavramına ilişkin olarak da tamamen keyfi anlayışların geçerli kılınmaya çalışıldığı görülmektedir. Sorun da burada başlamaktadır.

Hukuk devleti ve özgürlüklerle ilgili süreçlerde ortaya çıkan laiklik kavramının da nihai varlık sebebi insanların özgürlüğünün sağlanması ve teminat altına alınması konusunda bir güvence olmasından kaynaklanmaktadır. Nihai amaç insanın özgür olmasıdır; özgürlüğünün güvence altında olmasıdır. Laiklik ilkesini benimsemediği halde din özgürlüğü alanında yeterli güvenceler sağlamış ülkeler olduğu halde laiklik ilkesine anayasalarında yer verdiği halde din özgürlüğünü gerçekleştirememiş ülkeler de vardır. Kavramların kendileri değil içerikleri her zaman daha fazla önem taşımaktadır.

Laiklik kavramının anayasaya girişinden itibaren içeriğiyle ilgili tartışmalar başlamıştır. 1961 Anayasasında ilke olarak yazılması kararlaştırılınca, birçok yazar ve

hukukçunun bu kavramın tanımının da anayasaya girmesini talep ettiğini görüyoruz. 1982 Anayasası hazırlanırken, yine laikliğin anayasada tanımlanmasını Danışma Meclisi üyesi birçok hukukçu talep etmiştir. Böyle bir tanım yapılmış olsaydı, kavramla ilgili tartışmaların ve uygulamada yaşanan sıkıntıların bir ölçüde aşılması mümkün olurdu. Bir hukukçunun ise laiklik kavramını değil de içeriğini anayasaya yazma teklifi ilgi çekicidir.

Çalışmamızın temel iddiası özellikle Anayasa Mahkemesi kararlarında olmak üzere yüksek yargının laikliği bir hukuk kavramı olarak değil bir siyasi ideoloji olarak algıladığı şeklindedir. Laiklik kavramının hukuki tanımı bazı farklılıklar gösterse de, üzerinde evrensel mutabakat sağlanmış asgari bir içeriğe sahiptir. Bu mutabakat konusu asgari içeriğin Türkiye'deki düzenlemeler bakımından sorunlu olduğu görülmektedir. Buna rağmen Türkiye tipi laiklik gibi ne olduğu tam olarak anlaşılmayan bir yaklaşımla sorunun aşılması mümkün değildir. Laiklik kavramının niçin ortaya çıktığı, neyi gerçekleştirmeyi hedeflediği dikkate alınarak, evrensel içeriğine uygun bir tanımla anayasada yer alması bir zarurettir.

Bibliyografya

Ahmad, Feroz. Modern Türkiye'nin Oluşumu, Çev. Yavuz Alogan, İstanbul, 1999.

Akın, İlhan. Kamu Hukuku, İstanbul, 1987.

Aliefendioğlu, Yılmaz. "Laiklik ve Laik Devlet", Laiklik ve Demokrasi, (der. İbrahim Ö. Kaboğlu), Ankara, 2001.

Araman, Ahmet. Türk Basınında Laiklik Tartışmaları (1938 – 1950), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Arsal, Sadri Maksudi. "Teokratik Devlet ve Laik Devlet", Tanzimat-I, İstanbul, 1940.

Arslantürk, Zeki – Amman, M. Tayfun. Sosyoloji, İstanbul, 2001

Aydın, M. Akif. Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 2009.

Başgil, Ali Fuad. Din ve Laiklik, İstanbul, 1985.

Baçoğlu, Tuncay. "Hristiyan Hukuku", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy.9, 2007.

Berger, Peter L. Kutsal Şemsiye, (Çev. Ali Coşkun), İstanbul, 2005.

Berger, Peter L. Berger. "Sekülerizmin Gerilemesi", Sekülerizm Sorgulanıyor, der. Ali Köse, İstanbul, 2002.

Berkes, Niyazi. Teokrasi Ve Laiklik, İstanbul, 1984.

Bulaç, Ali. Çağdaş Kavramlar ve Düzenler, İstanbul, 1993.

Can, Osman. Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması, Ankara, 2005.

Çağlar, Bakır. “Anayasa Yargısı’nın Güncelliği: Yargıçlar Zamanı”, Anayasa Yargısı, 1998, No:15.

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C.7.

David, René. *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri* (trc. Argun Köteli), İstanbul 1985.

Davis, F. “Anglo-Amerikan İdare Hukuku – Kuvvetler Ayrılığı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1957, C.14, Sy.1-4.

Dinçkol, Bihterin. 1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik, İstanbul, 1991.

Diplock, Lord Justice. “Devlet Yönetiminde Yargıya Düşen Görev”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1979, C.36, sy. 1-4.

Doğru, Osman. 27 Mayıs Rejimi, İstanbul, 1998.

Erdoğan, Mustafa. “Anayasa Mahkemesi Nasıl Karar Veriyor: Basörtüsü Kararı”, *Liberal Düşünce*, Kış 1998, sy.9.

Erdoğan, Mustafa. Anayasal Demokrasi, Ankara, 1999.

Erdoğan, Mustafa. Demokrasi-Laiklik-Resmi İdeoloji, Ankara, 2000.

Eroğul, Cem. Anatüzeeye Giriş, Ankara, 1997.

Feyzioğlu, Turhan. “Kuvvetlerin Ayrılığı Nazariyesi”, Ankara Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, C. II, 1947, sy.1-2.

Giritli, İsmet. 27 Mayıs’tan İkinci Cumhuriyete, İstanbul, 1961.

Göze, Ayferi. Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul, 1989.

Gözler, Kemal. “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 61, Sayı 3, Temmuz-Eylül 2006.

Gözler, Kemal. “Hukuk Açısından Monarşi ve Cumhuriyet Kavramlarının Tanımı Sorunu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 54, 1999, sy. 1.

Gözler, Kemal. Hukuka Giriş, Bursa, 2008

Gözler, Kemal. Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara, 1998.

Gözler, Kemal. Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000.

Güven, Serhat. Laiklik ve Anayasa Mahkemesi, Ankara, 2005, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Hakyemez, Yusuf Şevki. Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Ankara, 2009.

Heper, Metin. Türkiye’de Devlet Geleneği, Ankara, 2006.

Hirsch, Hirsch. Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara, 2001.

Hirschl, Ran. Towards Juristocracy, Harvard University Press, 2004.

Kabağağaç, Sina - Alover, Erdal. Latince – Türkçe Sözlük, İstanbul, 1995.

Kaboğlu, İbrahim Ö. Anayasa Yargısı, İstanbul, 2007.

Kuzu, Burhan. Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 1988.

Küçük, Adnan. Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar, Ankara, 2005.

Locke, J. Uygar Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Bölüm XII, Paragraf 143 (Seçme metin, Çeviren Mete Tunçay, in Mete Tunçay (der), Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi, Ankara, Teori Yayınları, 1986.

Longman – Metro, Büyük İngilizce – Türkçe Sözlük, İstanbul, 1993.

Montesquieu, “İngiltere’nin Esas Teşkilatı”, Çev. Mükbil Özyörük, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, Cilt II, 1947, Sayı 1-2.

Ovacık, Mustafa. İngilizce Türkçe Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2000.

Önen, Yaşar – Şanbey, Cemil Ziya. Almanca – Türkçe Sözlük, C. I, Ankara, 1993.

Özbudun, Ergun. “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, Editör: Ozan Ergül, Demokrasi ve Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, (Ayrı Bası), s.1-16.

Özbudun, Ergun. “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl 1968 Cilt 25 Sayı 1-2.

Özön, Mustafa Nihat. Büyük Osmanlıca – Türkçe Sözlük, İstanbul, 1965.

Perinçek, Doğu. Anayasa ve Partiler Rejimi, Ankara, 1985.

Sancar, Mithat – Atılgan, Eylem Ümit. Adalet Biraz Es Geçiliyor – Demokratikleşme Sürecinde Hakimler ve Savcılar, İstanbul, 2009.

Sinanoğlu, Suat. “Laik Kelimesinin Etimonu ve Anlamları”, Laiklik – 1, İstanbul, 1954.

Sweet, Alec Stone. Governing With Judges, Oxford University Press, 2000.

Şentop, Mustafa. “Siyasi Hakimiyetin Kaynağı Meselesi ve Osmanlı Telakkisi”, e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Temmuz 2004, sy.29.

Şentop, Mustafa. Şer’iyye Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf, İstanbul, 1995, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

Tahiroğlu, Bülent – Erdoğmuş, Belgin. Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 2009.

Tanilli, Server. Anayasalar ve Siyasal Belgeler, İstanbul, 1976.

Tanör, Bülent. Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul, 1994.

Taplamacıoğlu, Mehmet. Din Sosyolojisi, Ankara, 1975.

Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C.2.

Tunaya, Tarık Zafer. Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul, 1982.

Turhan, Mehmet. “Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu”, Editörler: Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, Anayasa Yargısı İncelemeleri - 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara.

Turhan, Mehmet. Hükûmet Sistemleri, Ankara, 1993.

Türk Hukuk Lügatı, Ankara, 1998.

Ünsal, Artun. Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara, 1980.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. Devirden Devire, C.1, Ankara, 1974; C.2, Ankara, 1975; C.3, Ankara, 1976.

Yenisey, Feridun. İstinaf, İstanbul, 1979.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.1.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.9.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.10.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.17.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.18.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.20.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.22.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.23.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.25.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.27.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.34, C.2.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sy.37, C.2.

Danıştay Dergisi, sy.56-57.

Danıştay Dergisi, sy.70-71.

Danıştay Dergisi, sy.72-73.

Resmi Gazete, 22.10.2008 tarihli ve 27032 sayılı.

Resmi Gazete, 24.10.2008 tarihli ve 27034 sayılı.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jsp?ozet=metin&dokid=12754>
29.05.2010)

(Erişim,

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jsp?ozet=metin&dokid=25569>
27.06.2010)

(Erişim