

## Anayasa Mahkemesi ve 4+4+4: Din ve Vicdan Özgürlüğü Hanesinde Elde Var 0<sup>1</sup>

Kerem Altıparmak, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, İnsan Hakları Merkezi, e-posta: Kerem.Altıparmak@politics.ankara.edu.tr.

1990ların Anayasa Mahkemesi'nin, hukukun sınırlarında gezen dili kamu hukuku ve siyasetle ilgilenenlerin unutmaması kolay olmayan bir dildi. Örneğin, Mahkeme, o yıllarda en hassas olduğu "bölünmez bütünlük" söz konusu olunca, zaman zaman slogan tarzında ifade kullanmayı bile sorun olarak görmüyordu: "Kimi siyasal nedenlerle dış etkenlerden kaynaklanan, kimi varsayım, yorum ve bahanelere dayanan, insan hakları ve özgürlük savlarıyla yoğunlaştırılan sakıncalı amaçlara geçerlik tanınmaz. Devlet 'TEK'dir, ülke 'TÜM'dür, ulus 'BİR'dir."<sup>2</sup>

Anayasa Mahkemesi tarafından laikliğe yüklenen anlam da aynı dönemde çok büyüktü: "'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."<sup>3</sup>

Aynı dönemde, Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası insan haklarına yaklaşımı da araçsaldı. Anayasa Mahkemesi, Avrupa hukukuna yollama yapıyordu, ama tahmin edilebileceği üzere ya çok eski kaynaklara ya da olmayan ilkelere. Şöyle diyordu Anayasa Mahkemesi<sup>4</sup>:

- a. Ulusal ve üniter devletin etnik farklılıklara göre tartışılması uluslararası hukuksal belgelerce de yasaklanmıştır.<sup>5</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi bu konuda son derece açıktır.<sup>6</sup> Ayrıca bu sözleşmenin 17. maddesi özellikle bu konuyla ilgilidir.
- b. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi de Federal Cumhuriyetin varlığını tehlikeye atan veya temel demokratik düzeni yok etmeye yönelik faaliyetlerde bulunan siyasal partileri kapatma yetkisine sahiptir. Ve Almanya Anayasa Mahkemesi hem Komünist Partiyi hem de Faşist Partiyi bu gerekçelerle kapatmıştır.<sup>7</sup>

Bu kararlardaki yaklaşım sorunu, sıklıkla ifade edildiği gibi Anayasa Mahkemesinin siyasal saikları olabilir. Bununla birlikte, ortada bir metodoloji sorunu olduğu da açıktı. Bu dönem verilen kararlarda, özellikle laiklik, bölünmez bütünlük gibi hassas değerlerin tartışıldığı ifadelerin bütününe bakıldığında, çok net olarak önce kararın verildiği ardından karara uygun gerekçenin yazıldığı anlaşılabilirdi. Bunun için de gerekçeler, her şeye biraz değinen, bazen yanlış bilgilere dayanan, bazen de bir mahkeme kararında beklenmeyecek türde bir üslupla kaleme alınabiliyordu.

Kamuoyunda 4+4+4 yasası olarak bilinen ve 30.3.2012 günlü, 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un bazı maddelerinin iptali talebiyle CHP tarafından açılan davada Anayasa Mahkemesinin geçen hafta yayımlanan kararı<sup>8</sup>, Mahkeme'nin muhakeme tekniğinin 1990lardan farklı olup olmadığını görmek için iyi bir fırsat sundu. Bu karar, Yeni Anayasa Mahkemesi'nin, Eski Anayasa Mahkemesi'nin izlediği metodolojiyi değiştirip değiştirmediğini incelemek için çok bir örnek oluşturuyor.

Bilindiği gibi 2010larda hem Mahkemenin yapısı hem de Türkiye'deki temel paradigmlar değişti. Laiklik, Türkiye siyasal düzenindeki büyümlü anlamını yitirdi. 2010 Anayasa Referandumu ve yeni atanan üyelerle birlikte Anayasa Mahkemesindeki dengelerde de önemli bir değişiklik söz konusu oldu. Bunun kararlardaki dile ve muhakeme tekniğine yansımaması şaşırtıcı olurdu. Yeni Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen ilk kritik laiklik davası olan 4+4+4, bu açıdan birçok açıdan değerlendirmeye değer gözüküyor.

Yukarıda tanımladığımız sorunu, oldukça uzun olan kararın, en çok tartışma yaratan seçmeli din dersleri konusuna ilişkin bölümüne bakarak tartışmaya çalışacağız. Hemen belirtelim, bu yazı esastan çok, mahkemenin kullandığı metodolojiye ilişkin olduğu için, değerlendirmemizi yaptıktan sonra, Mahkeme'nin ulaştığı sonucun doğru olup olmadığının değerlendirmesini okuyucuya bırakıyoruz.

#### **Yeni Anayasa Mahkemesi-Yeni Karar Kurma Yöntemi**

1990lar yönteminden farklı olarak, 2013 laiklik kararında dikkat çeken bir kaç husus var, biz de aşağıda tartışmamızı bu hususlar üzerinden yürütmeyi planlıyoruz. Birincisi Anayasa Mahkemesi, farklı bir laiklik tanımı yapıyor. İkincisi, bunu Anayasa ile uyumlu hale getirmek için sistematik yorum yöntemine başvurduğunu söylüyor. Üçüncüsü, daha çok sayıda insan hakları hukuku kavramını, özellikle de pozitif ödev kavramını laiklik tartışmasına taşıyor. Dördüncüsü, eşitlik kavramına yine hukukun sistematik yorumundan ilginç bir açıklama getirmeye çalışıyor. Nihayet beşinci olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından yararlanıyor ama 1990larda yaptığı gibi 40 yıl önce verilmiş kararları değil en yeni kararları kullanıyor.

Bunları okuyunca, daha iyisi ne olabilir diyebilirsiniz ama durum ne yazık ki değil. Karar dikkatli okunduğunda, davaya ilişkin temel sorunun yanlış sorulduğunu, yukarıda bahsettiğimiz bütün tekniklerin de yersiz ve yanlış kullanıldığını gözlemlemek mümkün. Mahkeme, dilini ve araçlarını değiştirmesine, "özgürlükçü laiklik" gibi yeni bir kavramı kullanmasına rağmen yirmi yıl önceki

ana metodunu değiştirmemişe benziyor. Karar veriliyor, sonra bu karara uygun bir gerekçe yazılıyor. Bunu açıklamak için Mahkeme'nin yukarıda sözünü ettiğimiz yorum araçlarını nasıl kullandığını incelemeden önce davanın konusunu netleştirmek gerekiyor.

### **Davanın Konusu**

İptal davasına konu olan 6287 sayılı Kanununun 9. maddesi, 1739 sayılı Kanun'un 25. maddesine şu hükmü getiriyor: "Ortaokul ve liselerde, Kur'an-ı Kerim ve Hz. Peygamberimizin hayatı, isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulur. Bu okullarda okutulacak diğer seçmeli dersler ile imam-hatip ortaokulları ve diğer ortaokullar için oluşturulacak program seçenekleri Bakanlıkça belirlenir."

Her ne kadar CHP'nin sunduğu karmaşık dava dilekçesi nedeniyle anlaşılması güç olsa bile iptal talebinin konusu, yukarıda verilen hükmün laiklik ve eşitlik ilkelerine ve din ve vicdan özgürlüğüne aykırı olup olmadığıdır. Bu nedenle davanın temel sorusunun da şu şekilde olması gerekir: Ortaokul ve liselere koyulan Kur'an-Kerim ve Hz. Peygamberimizin Hayatı dersleri, dersi seçmek isteyen öğrenci ve velilerin veya seçmek istemeyen öğrenci ve velilerin hak ve özgürlüklerini ihlal etmekte midir? Eğer salt dersin koyulmuş olması böyle bir ihlale vücut vermiyorsa, Sünni İslam dışındaki inanç mensuplarının ve inançsızların hakları sadece ilkinin isteklerine uygun ders programı hazırlanmış olması nedeniyle ihlal edilmiş midir?

### **Laiklik ve Sistemik Yorum**

Anayasa Mahkemesi, bu soruyu hiç sormadığı, onun yerine konuyla dolaylı olarak ilgili olan sorulara cevap aradığı için ulaşılan sonucun doğru mu olduğunu anlamak da mümkün değildir. Çünkü Mahkeme, bir din ve vicdan özgürlüğü incelemesi yapmamaktadır. Yeni Anayasa Mahkemesi, Eskisinin sıklıkla yaptığı gibi incelemesini laiklik üzerinden yapmaktadır. Yeni Anayasa Mahkemesi'nin tercih ettiği yeni "esnek ve özgürlükçü" laiklik tanımını şöyledir:

"Laikliğin daha esnek ya da özgürlükçü yorumu ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu tespitinden yola çıkmaktadır. Bu laiklik anlayışı, dini sadece bireyin i dünyasına hapsedmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır. Laik bir siyasal sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din ve vicdan özgürlüğüne güvencesidir."

Görüldüğu gibi, Mahkeme yeni laiklik tanımını kurumlar üzerinden değil din ve vicdan özgürlüğü üzerinden yapmaktadır. Kavramın nasıl anlaşılması gerektiğini

anlamak için Anayasa Mahkemesi sistematik yorum yönteminin kullanılması gerektiğini vurguluyor:

Bu kavramı tanımlarken ve unsurlarını ortaya koyarken, sistematik yorum yöntemi kullanmak suretiyle Anayasa'nın konuya ilişkin tüm hükümlerini bütüncül bir yaklaşımla değerlendirmek gerektiği açıktır. Laiklik kavramı, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 13., 14., 68., 81., 103., 136. ve 174. maddelerinde yer almaktadır. Söz konusu maddelerde laiklik, devletin dini inançlar karşısındaki konumunu belirleyen siyasal bir ilke olarak düzenlenmiştir.

Sistematik yorum yöntemini kullanacağını söyleyen Mahkeme'nin 13 ve 14. maddelere atfı yaparken din ve vicdan özgürlüğünü koruyan 24. maddeden neden bahsetmediği anlaşılabilir. Karar, laiklik ilkesinin din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi olduğunu söylemektedir söylemesine ama 13 ve 14. madde açısından da bir değerlendirme yapmamaktadır. Oysa davada ortaya konan sorun asıl buradadır ve gayet de açıktır. 1739 sayılı yasanın yeni 25. maddesi, din ve vicdan özgürlüğüne bir müdahale niteliği taşımakta mıdır? Eğer bu nitelikteyse, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen temel haklar ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine uygun bir sınırlandırma mıdır? Yani; bu değişiklik, hakkın özüne dokunmakta mıdır, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun mudur, demokratik bir toplumda zorunlu mudur, laik Cumhuriyet ilkesine uygun mudur ve ölçülü müdür?

Mahkeme'nin kafasındaki temel sorunun din ve vicdan özgürlüğü olmadığı, kararın ilerleyen bölümlerinden anlaşılabilir. Mahkemenin sistematik yorumla ulaşmak istediği nokta, özgürlüklerin Anayasa'daki sistematik okuması değildir. Mahkeme, yeni laiklik anlayışında Devletle İslam dini arasındaki ilişkiyi tanımlamak için sistematik yorum yöntemini kullanmaktadır:

"Kaldı ki, bir bütün olarak bakıldığında, Türkiye'de baştan beri laiklik ilkesinin anayasal düzeyde ve uygulamada Devlet ile İslam dini arasındaki kurumsal ilişkiyi mutlak surette dışladığı da söylenemez."

Mahkemeye göre, Diyanet İşleri Başkanlığını düzenleyen 136. madde ve Anayasa'nın 174. maddesinin koruması altında olan 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu ve din eğitimi ve öğretimine ilişkin olan Anayasa'nın 24. maddesi bu ilişkiyi ortaya koymaktadır. Mademki Devletle İslam dini arasında kurumsal bir ilişki vardır, o halde Devletin din dersini örgütlemesini de yadırgamamak gerekir.

### **Pozitif Yükümlülük**

Dava konusu düzenlemenin, insanların din ve vicdan özgürlüğünü ihlal edip

etmediğini tartışmayan Anayasa Mahkemesi, bu sistematik yorumdan yola çıkıp, ilginç bir atlama yapmakta ve din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin alışık olunmayan bir pozitif yükümlülük sonucu çıkarmaktadır:

“Bu anlamda laiklik, devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Negatif yükümlülük, devletin bir dini ya da inancı resmî olarak benimsememesini ve bireylerin din ve vicdan hürriyetine zorunlu nedenler olmadıkça müdahale etmemesini gerektirmektedir. Pozitif yükümlülük ise devletin, din ve vicdan hürriyetinin önündeki engelleri kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkânları sağlaması ödevini beraberinde getirmektedir.”

Bu saptamanın yapılması ilginçtir. Çünkü medeni haklar arasında pozitif yükümlülüğün en az kullanıldığı alanların başında din ve vicdan özgürlüğü gelmektedir.<sup>9</sup> Ama daha da ilginç olanı Anayasa Mahkemesi'nin bu yükümlülüğü götürdüğü yerdir. Anayasa Mahkemesi'ne göre:

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 3.maddesi uyarınca, “*din eğitimi-öğretimi yapan kurumların aynı veya benzeri özel öğretim kurumları açılmaz.*” Dolayısıyla, devlet bir taraftan din eğitimi-öğretimi yapan kurumların açılması, diğer taraftan da okullardaki din eğitimi ve öğretimine ilişkin zorunlu ve seçmeli dersleri belirleme konusunda tekel konumundadır. Bireylerin devlet kurumları dışında din eğitim ve öğretimi alabilecekleri kurumsal alternatiflerinin bulunmadığı gerçeği, laikliğin devlete yüklediği pozitif yükümlülüğü daha anlaşılır ve önemli hale getirmektedir.

Bir başka deyişle, Mahkemeye göre Devletin seçmeli din dersi verme yükümlülüğü vardır. Bu garip akıl yürütme yönteminin zorunlu sonucu şudur; bu bir yükümlülük olduğuna göre bugüne kadar tüm hükümetler bu pozitif yükümlülüğü yerine getirmemiştir. Oysa din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin pozitif ödevler, olsa olsa, Anayasa Mahkemesi'nin işaret ettiği gibi “kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı” sağlamaya yönelik olabilir. Anayasa'nın 24. maddesi de bu nedenle, din eğitiminin Devlet tarafından yerine getirileceğini değil ve fakat “Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi[nin] Devletin gözetim ve denetimi altında yapıl”acağını belirtmektedir.

Kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı sağlamaya yönelik çeşitli pozitif ödevler akla gelebilir. Örneğin Devlet dışı aktörlerden gelebilecek saldırılara karşı, bireyleri ve grupları korumak, Devletin din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin pozitif ödevleri arasındadır.<sup>10</sup> Devletin imar planlaması yaparken, ihtiyaç duyulan ibadet yerlerini dikkate alma gerekliliği din ve vicdan özgürlüğü açısından pozitif bir ödev olarak görülebilir.<sup>11</sup> Ya da sağlık koşullarına

uymak koşuluyla, bir inanç grubunun inancına uygun şekilde hayvan kesimi için yetkilendirilmesi de Devletin pozitif ödevi olarak görülebilir.<sup>12</sup>

Devletin görevi kendi içinde parçalanmış dinleri bir araya getirerek çoğulculuğu ortadan kaldırmak değil, çatışan grupların birbirleriyle hoşgörülü bir şekilde var olmalarını sağlamaktır.<sup>13</sup> Bir başka deyişle, din ve vicdan özgürlüğü konusunda Devletin pozitif ödevlerinin varlık sebebi, çoğunluğa din hizmeti sunmak değil çoğulcu bir toplumda, hem farklı din mensuplarının hem de ateistlerin, agnostiklerin, şüphecilerin ve umursamazların<sup>14</sup> demokratik haklarını bireysel ve grup olarak kullanmalarını sağlayacak ortamın var olmasıdır. Bu nedenle, Alevilerin cemevi sorunundan, Rahip Santoro cinayetine kadar birçok güncel sorun Devletin din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin pozitif yükümlülüğünün bir parçası olarak görülebilir.

Ancak, Devletin din dersini bir kamu hizmeti olarak örgütlemesi bir pozitif yükümlülük olarak anlaşılabilir. Anayasa Mahkemesinin aksine, Strazburg organları, devletlerin ebeveynlerin felsefi inançlarına saygı göstermek amacıyla belirli türde bir eğitim verme yükümlülüğü olmadığını, ancak eğitim içerisinde ebeveynlerin tercihlerine saygı gösterme yükümlülüğü şeklinde bir pozitif ödevin bulunabileceğini saptamıştır.<sup>15</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), eğitim ve öğretim konusunda devletin pozitif ödevini bu kapsamda belirlemiştir. Sözleşmenin diğer hükümleri ile birlikte sistematik yorum yaparak, AİHM şu sonuca ulaşmıştır: Eğitim ve öğretimle ilgili işlevlerini yerine getirirken Devlet, müfredattaki bilgilerin nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde verilmesini güvence altına almalıdır. Ebeveynlerin dinsel ve felsefi inançlarına saygı göstermeyen ideoloji aşılayan (*indoctrination*) bir amacın izlenmesi ise yasaktır.<sup>16</sup>

Bir toplumun çoğunluğunu oluşturanların dinsel inançlarına ilişkin derslerin yasal güvenceye alınıp, diğer grupların göz ardı edilmesinin, çoğulculuğu ve hoşgörüyü destekleyecek bir adım olmadığı, bu anlamda bir pozitif yükümlülük sayılamayacağı açıktır. Anayasa Mahkemesi burada olsa olsa, din ve vicdan özgürlüğüne bir müdahale olduğunu belirtip, bu müdahalenin karşı güvencelerle dengelendiğini ve ölçülü olduğunu kabul edebilir ve böyle bir düzenlemenin yasakoyucunun takdirinde olduğu sonucuna ulaşılabilir. Dava konusu yasa hükmünün bu testi geçip geçemeyeceğini aşağıdaki başlıklarda kısmen tartışacağız. Burada şunu belirtmekle yetinelim: Eski Anayasa Mahkemesi dini sosyal hayatın dışına çıkarmakta ne kadar aşırıya gitmişse, Yeni Anayasa Mahkemesi de Devletin din eğitimini pozitif bir yükümlülük sayarak dini hukukun merkezine yerleştirmekte sonu öngörülemez bir aşırılığa gitmiştir.

## Eşitlik

Dava dilekçesi, düzenlemenin eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Anayasa Mahkemesi, öncelikle yerleşik eşitlik içtihadını hatırlatmaktadır: “Anayasa’da korunan eşitlik ilkesi, aynı durumda olanlara aynı, farklı konumda olanlara da farklı kuralların uygulanmasını gerektirmektedir”. Hemen ardından Mahkeme, şu ilginç saptamayı yapmaktadır:

1739 sayılı Kanun’un 25. maddesinin dava konusu kuralı da içeren birinci fıkrasının son cümlesiyle, Bakanlığa, ortaokul ve liselerde okutulacak diğer seçmlik dersleri belirleme yetkisi verilmektedir. Buyönde toplumsal bir ihtiyacın doğması halinde, Bakanlıkça diğer dinlerin ilahi kitapları ile peygamberlerinin hayatının seçmeli ders olarak okutulmasının önünde herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.

Sorun tam da bu değil midir? Yasakoyucu, herhangi bir açıklama gereği görmeksizin, önünde herhangi bir engel de bulunmazken, Sünni İslam lehine bir tercihte bulunmuş, sadece bu inancın derslerini yasal güvenceye kavuşturmuştur. Nihayetinde Bakanlık, başka dinleri de ders olarak müfredata koyabilir ama koymaya da bilir. Kur’an-Kerim ve Hz. Peygamberimizin Hayatı dersleri için ise böyle bir takdir yürütmesi mümkün değildir. Bu yönüyle bu dersler zorunlu seçmeli ders niteliği taşımaktadır. Bu husus, şu şekilde açıklanabilir. Bakanlık, bir sene seçmeli ders olarak koyduğu konuyu ikinci sene kaldırabilir veya bir okul öğretmeni olmadığı için ilan edilen seçmeli derslerden birini açmayabilir. Ne var ki, aynı durum Kanunda sayılan iki ders için geçerli değildir. Bakanlık bu dersleri müfredatta bulundurmamak ve örgütlemek zorundadır.

Türkiye’deki başka inanışlara ilişkin dersler yasada kendine yer bulamadığı gibi Milli Eğitim Bakanlığı Temel Eğitim Genel Müdürlüğü’nün yayımladığı Genelge’de de bu yönde bir alternatif bulunmamaktadır.<sup>17</sup> Dahası, seçmeli ders olarak konulan 3 farklı din dersinin<sup>18</sup>, muadili sayılabilecek hiçbir seçmeli ders de Ortaokul müfredatında yer almamaktadır.<sup>19</sup> Örneğin, bir veli çocuğunun din dersi yerine başka bir inanışa ilişkin dersi almasını isteyemediği gibi etik dersini de seçemeyecektir. Yakın tarihli bir haber bu endişelerin pratikte de karşılığının bulunduğunu göstermektedir.<sup>20</sup> Habere göre Diyarbakır Protestan Kilisesi Pastörü Ahmet Güvener’in kızı zorunlu Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinden muaf tutulmuş ancak okulda 10 kişiden daha fazla öğrencinin seçtiği ders bulunmadığından, başka seçecek ders olmadığı gerekçesiyle Temel Dini Bilgiler, Kur’an ve Peygamberimizin Hayatı derslerinden birini almak zorunda kalmıştır. Konu Protestan Kiliseler Derneği’nin 2012 Hak İhlalleri İzleme Raporu’nda da yer bulmuştur.<sup>21</sup>

Eşitlik konusunda, Anayasa Mahkemesi'nin ikinci saptaması da dikkat çekicidir. Mahkemeye göre, Lozan Antlaşması dinsel azınlıkların haklarını güvenceye aldığından ayrıca bir düzenlemeye gerek yoktur: "Lozan Antlaşması, Türkiye'nin tüm ahalisinin din farkı gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduklarını ve Türkiye tebaası gayri müslim azınlıkların, müslümanların sahip oldukları aynı medeni ve siyasi haklardan istifade edeceklerini belirtmiştir. Dava konusu kural, Lozan Antlaşması'nın hükümleriyle birlikte değerlendirildiğinde din eğitimi ve öğretimi konusunda diğer dinlerin mensuplarına ayrımcılık yapılmadığı anlaşılmaktadır."

Bu açıklama, belki bu hükmün neden iptal edilmesi gerektiğini açıklamak için bir gerekçe olabilir, iptal edilmemesi için değil. Lozan Antlaşması, Türkiye'ye tüm ahalisine aynı medeni hakları tanıma yükümlülüğü getirmektedir. Dava konusu hüküm ise çoğunluğu oluşturan Sünni İslam inancına ilişkin dersleri zorunlu seçmeli ders haline getirmiş diğer inançlara ilişkin hiçbir güvence sağlamamıştır. Dahası, sorun sadece Lozan'da tanınan azınlıklarla ilgili değildir. Din ve vicdan özgürlüğü, sadece farklı inançta olanlara değil ve fakat ateistlere, agnostiklere, şüphecilere ve umursamazlara<sup>22</sup> da güvence sağlamalıdır.

Eşitlik ilkesi, bir gruba diğerleri karşısında avantaj sağlanması halinde, bunun nesnel ve makul bir gerekçesinin bulunmasını gerektirmektedir. Eğer farklı muamelenin meşru bir gerekçesi veya gerçekleşmesi istenen amaç ile kullanılan araç arasında makul bir orantılilik ilişkisi yoksa bu muamele ayrımcılık olarak nitelendirilir.<sup>23</sup> Anayasa Mahkemesi, eşitliğe bu boyutundan bakmış olsaydı, muhtemelen bir inancın lehine yapılan bu ayrımcılığın meşru bir açıklamasını bulmakta da zorlanacaktı.

#### **Uluslararası Yargı Kararlarını Kullanma**

Girişte de belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi iptal konusu vakada iki AİHM kararından faydalanıyor. Her ikisi de yeni ve önemli kararlar: Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye<sup>24</sup> ve Lautsi/İtalya<sup>25</sup> kararları. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi bunu yaparken daha önce iki farklı şekilde karşımıza çıkan AİHM kararlarını özgürlükleri kısıtlama için kullanma yöntemine üçüncü bir yöntem ekliyor. Uzun zamandır yargıda kullanılan ilk iki yöntem şöyle çalışmaktaydı:

a. Yukarıda alıntılarladığımız Siyasi Parti Kapatma davasında olduğu gibi mahkemeler bazen çok eski tarihli kararları kullanmakta, ya da yukarıda gösterildiği gibi "ulusal ve üniter devletin etnik farklılıklara göre tartışılması uluslararası hukuksal belgelerce de yasaklanmıştır" gibi geçerliliği olmayan ifadelere yer vermektedir.

b. İkinci ve daha sık rastlanan yöntem ise AİHM'in özgürlüğü kısıtlayan, çok eleştirilen, istisna kararlarını esas almaktır. İfade özgürlüğüne ilişkin olarak



Zana, Sürek (3), Otto Preminger Institute kararlarının mahkemelerce ısrarla kullanılması bu yöntemin tipik örnekleridir.<sup>26</sup>

Anayasa Mahkemesi, 4+4+4 kararında bu iki yöneme bir üçüncüsünü eklemiş gözüküyor. Mahkeme, AİHM kararının bir bölümünü alıyor ancak devamından bahsetmediği için AİHM'in söylediğinin tam zıttı bir sonuca ulaşıyor. Anayasa Mahkemesi'nin Zengin/Türkiye kararından yaptığı alıntı şöyle: "devletin laik niteliğine karşın İslam'ın Türkiye'de çoğunluk dini olduğu gerçeği karşısında, "Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Dersi" müfredatında diğer dinlere kıyasla İslam dinine daha fazla yer ve öncelik verilmesinin, tek başına çoğulculuk ve objektiflik ilkelerinden sapma anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir (para. 63)." Evet AİHM, bunu söylüyor ama hemen ardından şu soruyu soruyor: İslamiyet öğretimine verilen önceliğin 1 No'lu Protokolün 2. maddesinin amacı kapsamında kabul edilebilir sınırlarda kaldığının düşünülebilir mi? (para. 64) Ve şu sonuca ulaşıyor: "Hükümet'in de kabul ettiği gibi, Türkiye'de hâkim olan dinsel çeşitlilik "din kültürü ve ahlâk bilgisi" derslerinde dikkate alınmamıştır" (para. 67).

Anayasa Mahkemesi, 63. paragraftan sonrasını görmediği ve karara aktarmadığı için iptal konusu hüküm ile ilgili şu soruyu sormaktan imtina ediyor: Müfredata eklenen ve bir inancın ayrıntılı anlatımına ilişkin bu derslerle İslamiyet öğretimine verilen öncelik Anayasada korunan din ve vicdan özgürlüğü kapsamında kabul edilebilir sınırlarda kalmış mıdır?

Mahkeme'nin Lautsi kararına ilişkin göndermesi de aynı yöntemi kullanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesi şu şekildedir:

Lautsi/İtalya davasında, Hıristiyanlığın sembollerinden olan çarmıha gerilmiş İsa figürünün sınıflarda asılı olmasının çoğunluk dini olan Hıristiyanlığın okul ortamında baskın bir görünürlüğe sahip olması anlamına geldiğini kabul etmiştir. Ancak, Mahkeme'ye göre, bu durum tek başına çoğulculuk ilkelerinden uzaklaşma ve ideoloji aşılama (*indoctrination*) anlamına gelmemekte, dolayısıyla din eğitimi güvenceye alan Sözleşme'nin 1 No'lu Protokolünün 2. maddesine aykırılık teşkil etmemektedir. (para. 71)

Vatikan'ın ve dinsel çevrelerin yoğun baskısı sonrasında, Daire kararının aksi yönde karar veren Büyük Daire de burada durmuyor. Haçla Hıristiyanlık eğitimi arasında bir ilişki olmadığını belirttiği gibi İtalyan okullarında çoğulcu bir dinsel ortam olduğunu saptıyor. Hıristiyan olmayan çocukların, kendi dinsel sembollerini giyebildikleri, okullarda Ramazan'ın kutlandığını ve tüm dini inançlar için seçmeli dini eğitimin organize edilebildiğini belirtiyor. (para. 74). Bir başka deyişle, AİHM, tatmin edici düzeyde olmasa bile İtalyan eğitim sistemindeki fren-denge araçlarını dikkate aldığı için tek başına Haçın ideoloji

aşılama olmadığını sonucuna ulaşıyor. Anayasa Mahkemesi ise bu yasanın nasıl bir denge, ölçü sistemi getirdiğini sorgulamaksızın AİHM kararının inceleme konusu yasa hükmünün değerlendirilmesinde uygulanabileceği sonucuna ulaşıyor.

### Sonuç

23 Nisan Resepsiyonununundan ayrılırken Anayasa Mahkemesi Haşım Kılıç 4+4+4 kararını değerlendirmiş “Pozitif anlamda bir değişikliğin, dolayısıyla daha liberal, daha özgürlükçü bir laiklik anlayışını bu ülke için çok daha sorunları çözecek bir anlayış olduğu kanaatine vardık. Dikkat ederseniz iki arkadaşın muhalefeti var. 15 arkadaşın oyuyla geçmiş olan bir karar, dolayısıyla çok güçlü bir içtihat tabii” sözlerini kullanmıştır.<sup>27</sup>

Oysa yukarıda ayrıntılı bir şekilde ortaya konduğu gibi karar, din ve vicdan özgürlüğünden hareket etmemiş, buna ilişkin testler üzerinden sonuca ulaşmamıştır. Bu durumda, özgürlükçü laiklik hükümetlerin din konusunda diledikleri düzenlemeyi yapma konusunda özgür olmasından başka bir anlam taşımamaktadır. Eski Anayasa Mahkemesi, dini sosyal hayatın dışına çıkarma konusunda ne kadar aşırı bir tavır içerisine girmişse, Yeni Anayasa Mahkemesi de din-devlet ilişkisini hükümete din dersi verme yükümlülüğü sonucuna ulaşacak kadar başka bir uca sürüklenmiş gözükmektedir. Ne var ki, esasa ilişkin bu pozisyondan daha kaygı verici olan Yeni Anayasa Mahkemesi’nin de karara göre gerekçe yazma yönteminden vazgeçmemiş olmasıdır.

### Sonnotlar

<sup>1</sup> Mülkiye Dergisinde yayımlanması için verdikleri izinden ötürü Bianet editörlerine yayın kurulu adına teşekkür ederim-MGYY.

<sup>2</sup> AYM, E. 1993/1 (Siyasi Parti Kapatma-Özgürlük ve Demokrasi Partisi), K. 1993/2, 23.11.1993, R.G. Tarih-Sayı: 14.02.1994-21849

<sup>3</sup> AYM, E. 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma-Refah Partisi), K. 1998/1, 16.1.1998,

<sup>4</sup> AYM, E. 1993/1 (Siyasi Parti Kapatma-Özgürlük ve Demokrasi Partisi), K. 1993/2, 23.11.1993, R.G. Tarih-Sayı: 14.02.1994-21849

<sup>5</sup> Şimdilerde dinsel değerlere yönelik hakaretle ilgili dillendirilen evrensellik iddiasının aynısının 15 sene önce ulus devlet için seslendirilmesinin de altını çizmek gerekiyor. Bkz ve krş. Kerem Altıparmak, Fazıl’ın Tweetleri ve Dini Değerlere Hakaretle İlgili Doğru Sandığınız 7 Yanlış, <http://www.bianet.org/bianet/siyaset/146003-fazil-say-in-tweetleri-ve-dogru-sandiginiz-yedi-yanlis>.

<sup>6</sup> AİHM'in parti kapatma davalarında Türkiye'ye ilişkin verdiği çok sayıda karar durumun bu olmadığını çok net bir şekilde ortaya koydu.

<sup>7</sup> Almanya Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararları 1950li yıllara aitti.

<sup>8</sup> AYM, E: 2012/65, K: 2012/128, kt. 20.9.2012, RG: 18.4.2013, S. 28622.

<sup>9</sup> Avrupa Konseyi'nin konuya ilişkin 2007de yayımladığı kitapta o tarihe kadar 9. maddenin pozitif yükümlülük nedeniyle hiç ihlal edilmediği belirtilmektedir. Bkz. J F Akandji-Kombe (2007). Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, Council of Europe, s. 50-51.

<sup>10</sup> Birleşmiş Milletler Din ve İnanç Özgürlüğü Özel Raportörünün Raporlarında bu yükümlülüğe sıklıkla dikkat çekilmektedir. Bkz. A/60/399, para. 53; E/CN.4/2004/63/Add.2, para. 108; A/HRC/2/3, para. 35.

<sup>11</sup> Bkz. Vergos/Yunanistan, no. 65501/01, 24.6.2004; Manoussakis vd./Yunanistan, 26.9.1996, RJD 1996-IV.

<sup>12</sup> Cha'are Shalom Ve Tsedek/Fransa, no. 27417/95, 27.6.2000.

<sup>13</sup> Şerif/Yunanistan, no. 38178/97, RJD 1999-X, para. 49-54.

<sup>14</sup> Kokkinakis/Yunanistan, 25.5. 1993, Series A no. 260-A, para. 31.

<sup>15</sup> No. 10228/82 ve 10229/82, W. & D.M. ve M. ve H.I./Birleşik Krallık, (1984) DR37, s. 96.

<sup>16</sup> Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/Danimarka, no. 5095/71 vd., 07.12.1976, para. 53.

<sup>17</sup> Milli Eğitim Bakanlığının 31.8.2012 gün ve 2012/37 sayılı Genelgesi için bkz. [http://ogm.meb.gov.tr/meb\\_iys\\_dosyalar/2012\\_09/05092630\\_semeliderslrgenelge2012.pdf](http://ogm.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2012_09/05092630_semeliderslrgenelge2012.pdf).

<sup>18</sup> Yasada öngörülen dışında ayrıca bir de Temel Dini Bilgiler Dersi seçmeli ders olarak alınabilmektedir.

<sup>19</sup> 9. sınıftan itibaren nispeten alternatif sayılabilecek Bilgi Kuramı ve Demokrasi ve İnsan Hakları dersleri alınabilecektir.

<sup>20</sup> Papazın Kızına Zorunlu Seçmeli Din Dersi, Radikal, 16.1.2013, <http://www.aihmiz.org.tr/?q=node/42&vaka=119>

<sup>21</sup> Protestan Kiliseler Derneği (2012), Hak İhlalleri İzleme Raporu, s. 6. <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1358442950.pdf>.

<sup>22</sup> Kokkinakis/Yunanistan, 25.5. 1993, Series A no. 260-A, para. 31.

<sup>23</sup> *Schalk and Kopf/Avusturya*, no. 30141/04, 24 .6. 2010, para. 96, and *Burden/Birleşik Krallık*, no. 13378/05. para. 60.

<sup>24</sup> Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, no. 1448/04, 9 Ekim 2007.

<sup>25</sup> Lautsi ve Diğerleri/İtalya, no. 30814/06, 18.3.2011.

<sup>26</sup> Bu konuda bkz. bkz. Kerem Altıparmak-Hüsnü Öndül (2013), Gözel ve Özer/Türkiye Kararının Uygulanması, İHOP Yayını. [http://www.aihmiz.org.tr/files/04\\_Gozel\\_ve\\_Ozer\\_Rapor\\_TR.pdf](http://www.aihmiz.org.tr/files/04_Gozel_ve_Ozer_Rapor_TR.pdf); Kerem Altıparmak, Fazıl'ın Tweetleri ve Dini Değerlere Hakaretle İlgili Doğru Sandığınız 7 Yanlış, <http://www.bianet.org/bianet/siyaset/146003-fazil-say-in-tweetleri-ve-dogru-sandiginiz-yedi-yanlis>.

<sup>27</sup> <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/23119735.asp>.