

---

# Türban Kararının Gerekçesi

---

Ergun Özbudun

Anayasa Mahkemesi, 5 Haziran 2008 tarihinde iptal ettiği 5735 sayılı Anayasanın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'a ilişkin iptal gerekçesini, 22 Ekim 2008 tarihinde açıkladı. Anayasa ve demokrasinin temel ilkelerine aykırılığı daha başta açıkça belli olan bu kararın hangi gerekçelerle meşrulaştırılmaya çalışılacağı gerçekten merak konusuydu. Belirtmek gerekir ki, yayınlanan gerekçe hiçbir açıdan tatmin edici olmadığı gibi, Türk demokrasisinin geleceği açısından daha da endişe verici bazı ifadeleri içermektedir.

Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusundaki görüşlerimi daha önce çeşitli vesilelerle ifade ettiğim için burada konunun ayrıntılarına girmeyeceğim. Ancak bir demokraside gerek aslı (tümüyle yeni bir anayasa yapmak), gerek tâlî (mevcut anayasayı onun değiştirme kurallarına uymak suretiyle değiştirmek) kurucu iktidarın tek sahibinin halk ve onun serbetçe seçilmiş temsilcileri olduğunda ve bu iktidarın başka hiçbir organ veya makamla paylaşamayacağıında elbette kuşku yoktur. Oysa Anayasa Mahkemesi, aslı kurucu iktidarı, "ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibariyle hukuksal çerçeve dışında yer alan... irade" olarak tanımlamaktadır. Bundan çıkan anlam, tümüyle yeni bir anayasanın, ancak ihtilâl, darbe, iç savaş gibi kesintilerin ürünü olabileceği gibi, akıl ve mantığın kabul edemeyeceği bir anlamdır. Dünyada, böyle bir kesinti olmaksızın, normal yasama organı

---

Ergun Özbudun Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesidir.

Yaz-Sonbahar 2008, Sayı: 51-52, s. 79-82.

tarafından yapılmış anayasaların birçok örneği mevcuttur. Uzağa gitmeksizin, 1924 T.C. Anayasası, bir kurucu meclis tarafından değil, 1923 yılında seçilmiş olan olağan TBMM tarafından yapılmıştır. Nitekim gerekçe, bir sonraki cümlesinde, “demokratik ülkelerde asli kurucu iktidarın sahibi halktır” demek suretiyle çelişkiye de düşmektedir.

Anayasa Mahkemesinin gerekçesi, şekil ve esas (Mahkeme, nedense “esas” değil, “içerik” deyimini kullanmaktadır) unsurları açısından değerlendirilebilir. Şekil, yönünden Anayasa Mahkemesi, değiştirilemeyecek hükümlere ilişkin değişiklik tekliflerinin geçersiz olduğu, dolayısıyla şekil yönünden denetimin kapsamına girdiği kanısındadır. Mahkemeye göre, “teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. Maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sayısal çokluğun gücüyle etkin kılınmasının gerekçesi olamaz”. Bu gerekçe, Anayasa Mahkemesinin 1970’li yıllarda bazı Anayasa değişikliklerinin iptalinde başvurduğu gerekçenin aynıdır. Oysa, o dönemde yürürlükte olan 1961 Anayasasının ilgili hükmüyle (m. 147), 1982 Anayasasının 148’inci maddesi arasında çok önemli bir fark vardır. 1961 Anayasasının 1971 yılında değiştirilen 147’nci maddesi, Anayasa Mahkemesinin, “Anayasa değişikliklerinin Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denet”leyeceğini ifade etmekle birlikte, şekil denetiminin kapsamını belirlememiştir.

Dolayısıyla, o dönemde, değişmez hükümlere aykırı tekliflerin şekil denetiminin kapsamında olduğu, çok zorlama ve dolambaçlı bir yorumla, bir dereceye kadar haklılaştırılabilir. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesinin o dönemdeki kararlarının da, birçok anayasa hukukçusu tarafından eleştirildiği unutulmamalıdır.

1982 Anayasası ise, Anayasa Mahkemesinin bu aktivist tutumunu önlemek amacıyla, 148’inci maddesinde şekil denetiminin kapsamını sınırlayıcı şekilde belirtmiştir. Buna göre Anayasa değişikliklerinin denetimi, “teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır”. “Sınırlıdır” kelimesi, bu üç hususun dışında denetim imkânı olmadığını açıkça ifade ettiği gibi, “teklif çoğunluğu” deyiminin salt sayısal bir anlam taşıdığı ve hiçbir şekilde değiştirilemez hükümlere uygunluk açısından bir denetime imkân vermediği âşikardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde verdiği üç kararda (biri 1987, ikisi 2007 yılında) 148’inci madde hükmünü doğru olarak yorumlamış ve iptal istemini reddetmiştir.

Gerekçenin bu bölümünde ileri sürülen bazı görüşler, geleceğe yönelik endişeleri daha da arttırıcı niteliktedir. Mahkemeye göre, “Anayasa’nın 4. Maddesi dahil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasi düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa’nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa’nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez”. Anayasasının ilk üç maddesi ile 2’nci maddenin atıfta bulunduğu Başlangıç bölümündeki kavramların ne kadar geniş, soyut ve değişik yorumlara açık olduğu düşünülürse, bu kararlar Anayasa Mahkemesinin kendisini, Anayasa değişikliği sürecinin mutlak ve nihaî hâkimi olarak ilân ettiği açıktır. Çünkü bu

kavramların biri veya diğeri ile şü veya bu şekilde ilişkili olmayan hiçbir Anayasa değişikliği düşünülemez. Anayasa Mahkemesinin kurucu iktidarın üzerinde olduğu anlamına gelen bu yorum, hiçbir Batı demokrasisinde kabul edilemez. Anayasa Mahkemesi, bu kararıyla, tipik bir yetki, hatta fonksiyon gasbında bulunmuştur. Bugün ortaya çıkan durumun, demokrasiden çok, “juristocracy” (hâkimler hükûmeti) tanımına uygun düştüğü söylenebilir. Hâkimler hükûmeti deyimini ise, milletlerarası literatürde bir övgü değil, bir yergi ifadesi olarak kullanılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin esasla ilgili yorumları da fazlasıyla tartışmaya açıktır. Anayasa Mahkemesi, daha önceki kararlarında yaptığı gibi, ondokuzuncu yüzyıldan kalma pozitivist ve aydınlanmacı lâiklik anlayışına tümüyle bağlı kalmış, “akılcılığı ve bilimsel yöntemleri” dini inançların zorunlu karşıtı olarak görmüştür. Keza gerekçede, iptal edilen düzenlemenin “farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı”ndan söz edilmektedir. Söylemeye gerek yok ki, bir yargı kararı, olasılıklar, vehimler, kuşkular üzerine değil, ancak maddî olgular üzerine inşa edilebilir. Devlet organlarının “bu hakkın kullanımına hiçbir sınır getiremeyecekleri” iddiası da isabetli değildir. Çünkü iptal edilen 42’nci madde değişikliğinde, “kanunda açıkça yazılı olmayan” ve “bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir” ibareleri, bu konuda kanunî sınırlamalar getirilmesine imkân vermektedir. Anayasa Mahkemesi, böyle bir kanunî düzenleme yapılabileceğini şüphe ile karşılamaktadır. Mahkemeye göre, “yasa koyucunun temel siyasal karar mekanizması olduğu ve ülke nüfusunun büyük çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu dikkate alındığında, bu takdirin dinsel özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılmasının güçlüğü açıktır”. Burada da Anayasa Mahkemesi, bir önceki hususa çok benzer şekilde, olasılıklar, şüpheler, tahminler temelinde karar vermiştir. Yasama organının gelecekteki takdirinin ne olacağı, bir yargı kararının temeli değil, ancak bir spekülasyon konusu olabilir.

Gerekçede ifade edilen, “hukuksal düzenlemelerin...ulusal irade yerine dinsel buyruklara dayandırılması” cümlecığının de konuyla ilgisini tesis etmek güçtür. Yükseköğretim kurumlarında kıyafet serbestliğini gerçekleştirmek, hukuksal düzenlemelerin dinsel buyruklara dayandırılması değil, her demokraside en temel hürriyetler arasında yer alan din ve vicdan hürriyeti ile eğitim hakkının alanlarının genişletilmesidir. Bu, lâikliğe aykırı değil, tam tersine lâikliğin herkes için din ve vicdan hürriyetini de içermesi açısından, lâikliğin bir gereğidir.

Nihayet kararın, belki milletlerarası normların da dikkate alındığı izlenimini yaratmak amacıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına yaptığı yollamalar da, karara destek olmaktan uzaktır. Zikredilen Dahlab-İsviçre kararında, bir üniversite öğrencisi değil, kamu görevlisi bir öğretmen söz konusudur ve kamu görevlilerinin dini simge kullanıp kullanamayacakları, önümüzdeki olayla uzaktan yakından ilgili değildir. Refah Partisi kararında kapatmanın onaylanmasının iki temel gerekçesi, bazı RP sözcülerinin şiddeti övme niteliğinde görülebilecek ifadeleri ile partinin çok hukukluluk projesidir. Bir partinin, bir yasağın kaldırılmasını, diğer bir deyimle bireysel hürriyet alanının

genişletilmesini savunduğu için kapatılması, Avrupa normları çerçevesinde tasavvur dahi edilemeyecek bir şeydir. Nihayet Leyla Şahin kararında , Türkiye'deki yasak AİHS'nin ihlâli niteliğinde görülmemiş olmakla birlikte, Türkiye'nin veya başka herhangi bir üye ülkenin böyle bir yasak koymak veya onu sürdürmek mecburiyetinde olduğu sonucu elbette çıkarılamaz. AİHM, konunun üye ülkelerin millî karar organlarının takdirinde olduğunu belirtmekle yetinmiştir. Ayrıca hatırlatmak gerekir ki, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin hiçbirinde, üniversite öğrencileri düzeyinde böyle bir yasak yoktur.

Bu karar, Türk demokrasisinin karşı karşıya bulunduğu anayasa sorununun ciddiyetini bir kere daha ortaya koymaktadır. Düğümün çözülmesi, ancak evrensel demokratik ve hürriyetçi standartlarda ve devlet organlarının karşılıklı yetkilerini yerleşik demokrasilerdekine benzer şekilde düzenleyen yeni bir anayasanın yapılmasıyla mümkün olacağı benzenmektedir. Aksi halde Türkiye, milletlerarası rating kuruluşlarının (meselâ Freedom House) listesinde olduğu gibi, bir "yarı-demokrasi"(semi-democracy), ya da "kısmen hür" (partially free) bir ülke olarak kalmaya devam edecektir.