

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İlkay OKDEMİR

DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ VE LAİKLİK BAĞLAMINDA
ÜNİVERSİTELERDE TÜR BAN SORUNU

Danışman

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2005

İçindekiler

GİRİŞ	1
1 LAİKLİK	2
1.1 Din ve Devlet İlişkisine Ait Tutumlar.....	2
1.2 Laiklik Kavramı.....	5
1.2.1 Terim Sorunu.....	5
1.2.2 Tanım	7
1.2.3 Laikliğin Çeşitli Açılardan Anlamları	9
1.2.3.1 Sosyolojik Açıdan Laiklik	9
1.2.3.2 Teolojik Açıdan Laiklik.....	10
1.2.3.3 Felsefi Açıdan Laiklik	10
1.2.3.4 Ahlaki Açıdan Laiklik	10
1.2.3.5 Siyasi Açıdan Laiklik	11
1.2.3.6 Hukuki Açıdan Laiklik	11
1.3 Laikliğin Tarihsel Gelişimi	11
1.3.1 Evrensel Planda Laikliğin Gelişimi.....	11
1.3.1.1 Çok Tanırlı Dinler ve Laiklik	11
1.3.1.2 Hıristiyanlık ve Laiklik.....	13
1.3.1.3 İslamiyet ve Laiklik.....	18
1.4 Laik Devlet Kavramı	20
1.5 Ülkemizde Laikliğin Gelişimi.....	23
1.5.1 Osmanlı Devleti Döneminde Laiklik.....	23
1.5.2 Cumhuriyet Dönemi Laiklik	26
1.5.2.1 1921 Teşkilatı Esasiye Çerçevesinde Laiklik	27
1.5.2.2 1924 Anayasasında Laiklik.....	28
1.5.2.3 Tek Parti Dönemi	28
1.5.2.4 Çok Parti Dönemi	29
1.5.2.5 1961 Anayasasında Laiklik.....	31
1.5.2.6 1982 Anayasasında Laiklik.....	32
1.6 Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik.....	35
1.7 Çağdaş Anayasalarda Din ve Laiklik.....	39
1.7.1 Anayasalarında Resmi Din İbaresini Olan Devletler.....	39
1.7.1.1 İngiltere	39
1.7.1.2 Danimarka	40
1.7.1.3 İtalya.....	41
1.7.1.4 İran	41
1.7.2 Anayasalarında Resmi Din İbaresini Olmayan Devletler.....	42
1.7.2.1 Fransa	42
1.7.2.2 Almanya	43
1.7.2.3 ABD	44

2	DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ	46
2.1	İnsan Hakları.....	46
2.1.1	İnsan Hakları Kavramının Gelişimi.....	46
2.1.2	İnsan Hakları Kavramı	56
2.1.3	Özgürlük Kavramı.....	58
2.1.3.1	Sivil ve Siyasi Özgürlükler.....	59
2.2	Din Özgürlüğü Kavramı	60
2.2.1	Bir Dine inanma ve İnanmama Özgürlüğü.....	62
2.2.2	Dinin Gereklere Yerine Getirme Özgürlüğü.....	62
2.2.3	Dini Tebliğ ve Telkin Etme Özgürlüğü.....	63
2.2.4	Dini Eğitim ve Öğretim Özgürlüğü.....	64
2.3	Anayasal açıdan din ve vicdan hürriyeti	64
2.3.1	Dini eşitlik.....	65
2.3.2	Dini inanç veya vicdani kanaate sahip olma ve değiştirme	66
2.3.3	Din veya inancı açığa vurma biçimleri ve sınırları.....	66
2.3.3.1	Dini eğitim ve öğretim.....	67
2.3.3.2	İbadet.....	68
2.3.3.3	Uygulama	68
2.3.3.4	Dini propaganda	69
2.4	Din ve Vicdan Özgürlüğünün Sınırları ve Kötüye Kullanılması	70
2.4.1	Genel olarak özgürlüklerin sınırlanması.....	70
2.4.2	2001 Anayasa Değişikliğinden Önce 1982 Anayasasında özgürlüklerin sınırlanması....	71
2.4.2.1	1982 Anayasasında Olağan Dönemlerde Özgürlüklerin Sınırlanması	72
2.4.2.2	Sınırlama Kanunla Yapılmalıdır.....	73
2.4.2.3	Sınırlama Genel veya Özel Sebeplere Dayanmalıdır.....	74
2.4.2.4	Genel Sınırlama Sebepleri	74
2.4.2.5	Özel Sınırlama Sebepleri	75
2.4.2.6	1982 Anayasasında Olağanüstü Dönemlerde Özgürlüklerin Sınırlanması.....	76
2.4.3	2001 Anayasa Değişikliğinden Sonra 1982 Anayasasında özgürlüklerin sınırlanması...	77
2.4.4	Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılmaması	86
2.5	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)	88
2.5.1	AİHS'in İç Hukuk Açısından Durumu.....	88
2.5.1.1	2004 Değişikliklerinden Önce	88
2.5.1.2	2004 Değişikliklerinden Sonra	91
2.5.2	AİHS Çerçevesinde Din Ve Vicdan Özgürlüğü	92
2.5.2.1	Sözleşmenin 9. Maddesi	92
2.5.2.2	İçsel Alan.....	93
2.5.2.3	Din ve İnançın Dışavurumu.....	95
2.5.2.4	1 Nolu Protokolün 2. Maddesi.....	98
2.5.3	Dini İnanç Açıklama Özgürlüğünün Sınırlanması ve Müdahale Edilmesi.....	99
2.5.3.1	Genel Olarak.....	99
2.5.3.2	Dini İnanç Açıklama Özgürlüğüne Müdahalenin Varlığı.....	100
2.5.3.3	Dini İnanç Açıklama Özgürlüğüne Müdahalenin Kanun Tarafından Öngörülmüş Olması	101
2.5.3.4	Dini İnanç Açıklama Özgürlüğüne Müdahalenin Meşru Bir Amaca Yönelik Olması.....	102

2.5.3.5	Kamusal Amaçlar	102
2.5.3.6	Bireysel Amaçlar	104
2.5.3.7	Müdahalenin Demokratik Toplumda Zorunlu Olması (Ölçülülük / Orantılılık).....	105
2.6	Eğitim Ve Öğrenim Hakkı	107
2.6.1	Eğitim Ve Öğrenim Hakkının Anayasal Düzenlenişi.....	107
2.6.2	Eğitim Ve Öğrenim Hakkının AİHS’de Düzenlenişi	109
3	LAİKLİK VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN TÜRBAN.....	110
3.1	Türbanlı Öğrencilerin Okula Alınmamasının Bir Problem Olarak Ortaya Konulması	110
3.1.1	Diğer Devletlerdeki Uygulamalar	110
3.1.1.1	Fransa	110
3.1.1.2	Belçika.....	112
3.1.1.3	İsviçre	113
3.1.1.4	Almanya	113
3.1.1.5	Hollanda	114
3.1.1.6	İngiltere	114
3.1.2	Türkiye Cumhuriyeti’ndeki Türban Yasağı uygulaması	115
3.2	Yasal Durum.....	118
3.2.1	İnkılap Kanunları.....	118
3.2.1.1	25.11.1925 tarih ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun.....	118
3.2.1.2	3.12.1934 tarihli ve 2596 numaralı “Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun”.....	119
3.2.2	YÖK Mevzuatı	120
3.2.2.1	YÖK Kanununa Kılık Kıyafetle İlgili Norm Koyma Girişimleri	120
3.2.2.1.1	16.11.1988 Tarihli 3503 Sayılı Kanun	120
3.2.2.1.2	10.12.1988 Tarihli ve 3511 Sayılı Kanun.....	120
3.2.2.1.3	25.10.1990 Tarih ve 3670 Sayılı Kanun.....	124
3.2.2.2	YÖK kararları	129
3.2.2.2.1	30.12.1982 tarihli Yükseköğretim Kurulu Genelgesi	129
3.2.2.2.2	YÖK Başkanlığının 10.05.1984 tarihli kararı.....	130
3.2.2.2.3	YÖK Başkanlığının 10.10.1984 tarihli kararı.....	130
3.2.2.3	Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Mevzuatında Kılık Kıyafet	130
3.2.2.3.1	13.01.1985 Tarihli Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği	130
3.2.2.3.2	24.12.1986 Tarihli Duyuru Niteliğindeki YÖK Genelgesi	131
3.2.2.3.3	08.01.1987 Tarihli Yönetmelik	131
3.2.2.3.4	04.12.1987 Tarihli Yönetmelik	132
3.2.2.3.5	28.12.1989 Tarihli Yönetmelik	132
3.2.2.3.6	22.06.2000 Tarih ve 4584 Sayılı Kanun.....	132
3.3	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türban Sorunu.....	133
3.3.1	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararlarında Türban	133
3.3.1.1	Karaduman /Türkiye.....	133
3.3.1.2	Bulut/Türkiye	136
3.3.2	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türban	136
3.3.2.1	Dahlab/İsviçre Kararı	136
3.3.2.1.1	Kanun Tarafından Öngörülme.....	137
3.3.2.1.2	Meşru Amaç	137
3.3.2.1.3	Demokratik bir toplumda gereklilik	138

3.3.2.2	Leyla Şahin/Türkiye Kararı	139
3.3.2.2.1	Bir Müdahale Bulunup Bulunmadığı.....	140
3.3.2.2.2	Kanun Tarafından Öngörülme.....	141
3.3.2.2.3	Meşru Amaç	142
3.3.2.2.4	Demokratik Bir Toplumda Gereklik	143
SONUÇ		147
KAYNAKÇA		153

KISALTMALAR LİSTESİ

AİHK	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları mahkemesi
AMK	Anayasa Mahkemesi Kararı
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AUSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Age.	Adı geçen eser
Agk.	Adı geçen karar
Agm.	Adı geçen makale
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
Böl.	Bölüm
Bas.	Baskı, basım
C.	Cilt
Çev.	Çeviren, çevirmen
DK.	Danıştay Kararı
DİDDGKK.	Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı
Der.	Derleyen
E.	Esas sayısı
Ens.	Enstitü
Edit.	Editör
gnş.	Genişletilmiş
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBF	İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Mecmuası
AİHS	İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya İlişkin Avrupa Sözleşmesi
K.	Karar sayısı
k.t.	Karar tarihi
krş.	Karşılaştırınız
mad.	Madde
N.	No
S.	Sayı
s.	Sayfa
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
vb.	Ve başkaları, ve benzerleri, ve bunun gibi

vd.	Ve devamı
vs.	Ve saire
Yay.	Yayın
YCGKK.	Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı
yy.	Yüzyıl

ÖZET

Bu tezde türban takan kız öğrencilerin üniversitelere alınmaması uygulaması insan hakları açısından incelenmektedir.

Bu nedenle ilk olarak Laiklik ilkesine değinilmiş, özgürlük ve insan hakları ilişkisi incelenmiş, daha sonra din özgürlüğü ele alınmıştır. Son olarak da türbanın din özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenmiştir.

Sağlıklı bir sonuca ulaşılması için, konuyla ilgili yasal düzenlemelerin yanı sıra, uygulamaya ve özellikle yasaların yorumlanması açısından Anayasa Mahkemesi kararlarına yer verilmeye çalışılmıştır.

ABSTRACT

The Head Scarf Problem In Universities In The Contexts of Secularism and Liberty of Conscience is examined in this thesis. Known as the entrance of Female students who wears head scarves to universities is forbidden in Turkey.

In this thesis this prohibition is examined in the context of human rights

First of all secularism is summarised, then the contact between liberty and human rights is examined. At the end of the study head scarf problem is argued.

GİRİŞ

Genelde insan hakları, özelde din ve vicdan özgürlüğü, son yıllarda Türkiye'nin hem iç hem de dış ilişkilerinde sıklıkla gündeme gelen temel konulardan birisidir. Sadece hukukçular, siyaset bilimciler ya da üniversite çevresinde değil, toplumun tüm kesimlerinde varolan “türban” tartışmaları ise bu gündemde özel bir yer işgal etmektedir.

Türban tartışmalarında ağırlık noktasını Üniversiteler oluşturmaktadır. Bu nedenle bu çalışmada, türban takan öğrencilerin üniversiteye alınmamasında insan hakları açısından bir ihlal olup olmadığının anlaşılması amaçlanmaktadır. Bu amaç doğrultusunda, sorunun bir bütün olarak ele alınması yerine, alt parçalara ayrılarak yanıt aramaya çalışmanın daha sağlıklı bir yöntem olacağı düşünülmüştür.

Ana soruya bağlı olarak ortaya çıkan ilk alt soru din özgürlüğünün bir insan hakkı olup olmadığıdır. Bu ise beraberinde İnsan hakları ve özgürlük ilişkisinin incelenmesini getirmektedir. Din özgürlüğünün bir insan hakkı olduğu sonucuna varılması, türban takmanın din özgürlüğü içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusuna yanıt arama ihtiyacını doğurmaktadır. Böyle bir soruya verilebilecek olumlu yanıt ihtimali ise özgürlüklerin sınırlandırılması meselesini gündeme getirir.

Burada laiklik ilkesi çalışmaya dahil olmaktadır. Aslında Laiklik din özgürlüğünün hem koruyucusu hem sınırlayıcısıdır. Bu nedenle türban yasağının gerekçesi olarak gösterilen laiklikle din ve vicdan özgürlüğünün ilişkisi incelemek zorunludur.

Çalışmada Türkiye'deki uygulama incelendiğinden ilk bölümde genelde din ve devlet ilişkileri, özelde “laiklik” kavramı ele alınmış, ilkenin farklı anlamları, tarihsel gelişimi, Türkiye'de ve seçilen örnek ülkelerde nasıl uygulandığı anlaşılmaya çalışılmıştır. Aslında burada amaçlanan, Anayasa ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında, ilkenin tarihsel gelişimini de dikkate alarak, devletin laiklik anlayışını açıklığa kavuşturmak.

İkinci bölümde öncelikle insan hakları kuramı özetlenmeye çalışılmıştır. Ardından özgürlük kavramı ve İnsan Hakları özgürlük ilişkisi ele alınır, Genel ve anayasal anlamda din özgürlüğü, özgürlüğün kapsamı ve sınırlandırılması incelenir. Bölümün son kısmında Türkiye'nin tarafı olduğu AİHS'nde din özgürlüğünün düzenlenişi kapsamı, sınırları ve sınırlandırılması Sözleşme metni ve AİHM kararları ışığında ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde ise öncelikle Üniversitelerde türban sorunu somut olarak ortaya konulmaya çalışılmış, iç hukuk açısından türbanın yasal olup olmadığı incelenmiştir. Ardından AİHMnin türbanla ilgili kararları incelenerek AİHSnin türbana ilişkin yaklaşımı anlaşılmaya çalışılmıştır.

1 Laiklik

1.1 Din ve Devlet İlişisine Ait Tutumlar

Ortaya çıkışı her yerde ve her zaman aynı şekil ve biçimde olmasa da¹ tarihteki her toplumun, siyasi kurumlara ilkel de olsa siyasi bir örgütlenmeye sahip olduğu görülür.²

Dilimize el değiştirme, elden ele geçme anlamındaki Arapça “devl” kökünden geçen devlet, batı dillerinde stato, state, Etat ya da estaat gibi isimler almakla belirlilik dengelilik süreklilik düşüncelerini taşımaktadır.³

Toroslu devletin üç şekilde, yani bir iktidar, bir kurum (hukuki yapılar bütünü) ve belirli değerlere sahip bir topluluk olarak ortaya çıktığını belirtmektedir.⁴

Kısaca karmaşık çok yanlı, çok yönlü, sosyal bir olgu olarak tanımlanan⁵ devlet ile sosyolojik ve felsefi açıdan evrensel önem taşıyan bir kurum olan din⁶ arasındaki ilişki pek çok bakımdan incelenmiştir.

Arapçadan dilimize geçen din sözcüğü ise usul adet tutulan yol anlamına gelir. Sözcük batı dillerine İznikli filozof Lactantios’un belirttiği üzere “bağlamak” anlamındaki “religare” kökünün türemesinden oluşan Latince “religio” kelimesinden geçmiştir.

Öktem’e göre “İslam keliminde din, tanrının koyduğu ve mensuplarını dünya ve ahirette kurtuluşa götüren inanış ve davranışlar getiren kurumun adıdır.”⁷ Bu tanımdan yola çıkarak dinin mahiyeti şöyle açıklanmaktadır:

“Dinde dinselikle diye adlandırabileceğimiz bir inanç boyutu vardır;

Din insanı kutsallığa bağlayan sembolik ve uygulamalı biçimsellik yumağıdır;

Dinlerde uygulama ve sembollerini ritüelleştiren bir cemaat ve kilise, tarikat, mezhep gibi sosyal kurumlar mevcuttur;

Din tarihsel temeli olan, kutsallığı içeren, kurtuluşu amaçlayan bir umut sürecidir;

1 ZABUNOĞLU, Y., *Genel Devlet Teorisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 47.

2 CLAESSEN, H. J.& SKALNIK, P., *Erken Devlet (Kuramlar – Veriler – Yorumlar)*, Çev.: Alaeddin Şenel, İmge Kitapevi, Ankara 1993.

3 D’ENTREVES, A. P., “Devlet Kavramı”, *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, Dost Kitapevi, Ankara 2000, s. 195.

4 TOROSLU, N., “Laik Devlet Kavramı”, *AÜSBFD*, C. 49, N. 3-4, Ankara 1994, s.456.

5 ZABUNOĞLU, s. 35.

6 ÖKTEM, N., “Dinler ve Laiklik”, *Cogito (Laiklik Özel Sayısı)*, S.1, Yapı Kredi Yay., İstanbul 1994. s. 33.

7 ÖKTEM, N., “Din-İnanç Özgürlüğü ve Site”, *Doğu Batı (Yeni Devlet Yeni Siyaset)*, Y. 6, S.21, Ankara 2002, s.201.

Dinde bunlara inanan, inancını ibadet, ritüel içerisinde ifade eden insanlar vardır.”⁸

Sosyal bir gerçek olan din ile sosyal hayatı düzenleme aygıtı olarak devlet, en genel şekliyle “bütünleşme” ve “farklılaşma” biçiminde karşılaşırlar. Bütünleşme biçiminde bir karşılaşma sonucu din, ya siyasi ve hukuki bir sistem haline gelmekte ya da Devlet Dini olmaktadır. Farklılaşma biçiminde bir karşılaşma ise Laiklik anlamına gelir.⁹ Aslında bu ikili ayırım din-devlet ilişkileri açısından iki uç tercihi ifade etmektedir.

Bütünleşme biçiminde karşılaşma “teokrasi” olarak da adlandırılır. Yunanca aslıyla tanrı anlamına gelen “theo” ile güç anlamına gelen “kratos”un birleşmesinden oluşan, “theokratia” sözcüğünün, ilk kez Yahudilerin yönetim şeklini betimlemek amacıyla Yahudi tarihçi Flavius tarafından M.S. 100 yıllarında kullanıldığı sanılmaktadır.¹⁰ Teokrasinin tarihteki en ünlü örneklerinden biri Musa devrindeki İbrani yönetimi iken bir diğeri Mısır uygarlığı döneminde Firavunlar dönemidir.¹¹

Bir yönetimin teokrasi sayılabilmesi için ruhban sınıfının varlığı, bu sınıfın yönetime egemen olması, yönetirken gerekli bilgiyi ilham yoluyla tanrıdan alması ve tanrının isteklerine uygun davranması gibi bazı koşulların varlığı gerekmektedir.¹² Sonuç olarak din ve devletin iç içe olması (Confusion) durumunun günümüzdeki tek örneği; Vatikan Devleti ve Laterano Anlaşmasından sonra İtalya’nın durumudur.¹³

Öte yandan diğ er uç olan din ve devletin ayrı olması (Seperation) halinin üç farklı uygulamasından bahsedilmektedir. ABD’de uygulanan “genel ilgisizlik”, komünist ülkelerde uygulanmış olan “düşmanca ayrılış” ve Portekiz, Fransa, kısmen Almanya, Hollanda ve Belçika’da uygulanan “sempatizan müsamaha” anlayışı.¹⁴

Bu ikili ayırım dışında, din ve devletin ayrı ayrı olmakla beraber, birlikte olmaları esasına dayanan ve iki uç arasında yer alan, başka bir gruptan da bahsedilebilir. Bu grupta dini tanıma (reconnaissance), dinin devlet olması (religion d’Etat) ve dinin benimsenmesi

8 Ibid.

9 ÇAĞLAR, B., “Türkiye’de Laikliğin Büyük Problem’i: Laiklik ve Farklı Anlamları Üzerine”, *Cogito (Laiklik Özel Sayısı)*, S:1, Yapı Kredi Yay., İstanbul 1994, s.114.

10 HARMAN, Ö. F., “Katolik Kilisesi ve Teokrasi”, *Bilgi ve Hikmet (Din-Devlet İlişkisi Laiklik Sayısı)*, S.11, 1995, s. 14-15.

11 TAPLAMACIOĞLU, M., *Din Sosyolojisi*, 2. Bas., AÜİF Yay., Ankara 1975, s. 360-361.

12 AKBULUT, A., “Problem of Sovereignty in the Light of The Qur’an”, *Journal Of Islamic Research*, vol. VIII, no. 3-4, 1995, s. 157.

13 ER, İ., “Bugünkü Avrupa’da Din-Devlet İlişkiler”, *Bilgi ve Hikmet (Din-Devlet İlişkisi Laiklik Sayısı)*, S.11, 1995, s. 11-12.

14 ER, s.22.

(confessionalism) şekilde uygulanmalar yer almaktadır.¹⁵

Ünlü sosyolog Weber'in tipolojisine göre ise din ve devlet ilişkileri üç biçimde kendini göstermektedir: dinin devlete hakim olmasıyla siyasi otorite ile dini otoritenin kaynaştığı teokrazi, dinin seküler güçlerin egemenliği altında olduğu ya da devletin dine hakim olduğu Sezaro-Papizm ve dinin devletten ayrı olmakla birlikte devletin siyasal meşruiyetinin temellerinden birini oluşturduğu Hiyeroksi. Bu tipoloji içinde günümüz demokrasilerini daha çok bir ara model olan hiyeroksi kapsamında değerlendirmek mümkün görünmektedir.¹⁶

Sosyolojik açıdan din devlet ilişkilerine dair diğer bir sınıflandırma Berkes tarafından yapılmıştır. Yazar uygulamayı yedili bir ayrıma tabi tutmaktadır; taassupçuluk (fanatizm), biçimcilik (formalizm), kuralcılık (şeriatçılık), dünyadan çekilme (asetizm, zühd), ayincilik (ritüalizm), sofuluk (püritanizm) ve sezaro-papizm.¹⁷

Günümüz çağdaş demokrasi uygulamalarında din-devlet ilişkileri bakımından en açıklayıcı sınıflandırma Monsma ve Soper'in üçlü modellemesi gibi görünmektedir:¹⁸

İlk uygulama din ve devletin kurumsal olarak birbirinden tamamen ayrıldığı, devletin dine karşı kayıtsız kaldığı, en tipik örneği Amerika Birleşik Devletlerinde uygulanan "Ayrılıkçı Model"dir.¹⁹

İkinci uygulama "Dinin Devletçe Resmi Olarak Tanınması Modeli"dir. İleride ayrıntılı olarak inceleneceği gibi İngiltere, Almanya ve İtalya'da farklı uygulamaları olmakla birlikte, devlet dini tanır, varlığını sürdürme imkanı verir, maddi açıdan destekler; din ise ulusal birlik düşüncesini pekiştirici rol oynar.²⁰

Üçüncü uygulama ise devletin dinsel ve seküler tüm dünya görüşlerine saygı duyması esasına dayanan "Çoğulcu Model"dir. Devlet din alanını yönetimden ayrı bir alan olarak görmekle birlikte tüm dinlerin kurumsal ve bireysel özgürlüklerini eşit bir şekilde tanımaktadır. Modelin en başarılı örneği Hollanda'da uygulanmaktadır.²¹

15 Agm, s. 11-12.

16 ERDOĞAN, M., "Secularism, Laicism and Religion", *Journal Of Islamic Research*, vol. VIII, no. 3-4, 1995, s. 189-190.

17 BERKES, N., *Teokrazi ve Laiklik*, 2. Bas., Adam Yay., İstanbul 1997, s. 13-14.

18 MONSMA, S. V. -SOPER, J. C., *Çoğulculuğun Meydan Okuması- Beş Demokraside Kilise ve Devlet*, Çev. Bilal Sambur, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2005, s. 11-12.

19 MONSMA.- SOPER, s.15.

20 Age., s.127-128, 163-164.

21 Age., s.66-71.

1.2 Laiklik Kavramı

1.2.1 Terim Sorunu

İngilizce’de “secularism”, Fransızca’da “laïcisme”²², Almanca’da “Laizismus”²³ olan kavram, ülkemize Meşrutiyet döneminde Ziya Gökalp’in kullandığı Osmanlıca “ladini”²⁴ (dindışı) sözcüğü ile girmiş, sonradan “layiklik” şeklinde de kullanılmakla birlikte, “laiklik” halinde kalıcı olmuştur. Buna karşın kavramı halen farklı şekillerde “yercilik”²⁵ ya da “sekülerizm” olarak adlandıranlar bulunmaktadır.

Türkçe literatürde laiklik ve sekülerizm kelimeleri birbirleri yerine kullanılabildiği gibi, bilim kültür konularında “sekülerleşme”, siyaset konusunda “laikleşme” kavramının tercih edilmesi örneğinde olduğu gibi, kelimelerin kullanım alanlarını ayırıştırarak yazarlar da bulunmaktadır.²⁶

Dinçkol’un aktardığına göre “laicization, din profesyonellerinin papazlığın büyük önemine ilişkin iddiaları açıkça reddetmeyi” öngörürken; “secularization”, “papazlığa ait iş ve fonksiyonların ortadan kaldırılması veya yargısal roller, öğretim ya da sosyal işler gibi belirli fonksiyonların, teolojik niteliklerine daha fazla gerek duyulmayan veya uygun görülmeyenlerden alınarak uzmanlara devredilmesini” ifade eder.²⁷

Ortaylı ise Avrupa’da, Ortaçağlarda hukuk tıp gibi dalların kilise üyelerinin elinde olması nedeniyle, bu sanat ve bilimleri bilmeyen halka “laymen” ve “laic” dendiğine dikkat çekerek, laique-laicus-ladini kavramının ruhban sınıfına ve ruhaniyete ait olmayan düşün ve yaşam biçimini ifade ettiğini ifade etmektedir.²⁸

Kuçuradi seküler yani “seacularis” sıfatının kökü olan “saeculum” sözcüğünün Latince’de “yüzyıl” “çağ” anlamına geldiğine dikkat çekerek, sekülerizmin “çağdaşlaşma” anlamına geldiğini söylemekte,²⁹ aynı konuya vurgu yapan bir başka yazar ise kelimenin

22 SARAÇ, T., *Büyük Fransızca Türkçe Sözlük*, Adam Yay., İstanbul 1985, s. 808.

23 ÖNEN, Y. -ŞANBEY, C., *Almanca Türkçe Sözlük*, C. I, TDK Yay., Ankara 1993, s. 624.

24 CANATAN, K., “Kilise Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi ve Türkiye’de Laiklik”, *Bilgi ve Hikmet, (Din-Devlet İlişkisi Laiklik Sayısı)*, S.11, 1995, s. 31.

25 EROĞUL, C., *Anatüzye Giriş*, 5. Bas., İmaj Yay., Ankara 1997, s. 266-267.

26 DURAN, B., “Sekülerleşme-Laikleşme Süreci ve Gezegen Ölçeğinde Sonuçları”, *Köprü Dergisi*, S.51, 1995.

27 DİNÇKOL VURAL, B., *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, Kazancı Hukuk Yay., No. 103, İstanbul 1992, s. 5.

28 ORTAYLI, İ., *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, 19. Bas., İletişim Yay., İstanbul 2004, s.171.

29 KUÇURADI, I., “Laiklik ve İnsan Hakları”, *Laiklik ve Demokrasi*, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İmge Kitabevi Yay., Ankara 2001, s. 218.

“yüzyıla ait olma” yani “bu dünyaya ait olma, bu dünyayı yaşama” anlamına geldiğini ifade etmektedir.³⁰

Bir başka görüşe göre, 13. yüzyıldan itibaren Seküleristlerin bireyin üstünlüğü ve bireycilik ve onun düşünsel ve ahlaksal davranışsal bağımsızlığının savunucusu olmaları³¹ nedeniyle sekülerizm, insanı kendi kendine yeter kabul etme felsefesi, semavi olanla bağların koparılması ideolojisidir.³²

Çok farklı olmayan diğer bir görüş açısıyla sekülerizm, düşünsel alanda temsilcileri Newton, Descartes; toplumsal alana ilişkin temsilcileri Machiavelli ve Hobbes olan, kalbin ve buna bağlı olarak insan aklının değişmesidir.³³ İleride ayrıntılı olarak incelenecek olan tevhid inancı parçalardan bütünselliğe doğru bir amaç taşırken, sekülerizm bunun tam tersi bir süreci ifade etmektedir. Başlangıç noktası kalp olduğuna göre, sekülerizm sürecini din dışı (irreligijs) olmaktan çok dinden yoksunlaşma (unreligijs) dinden arınma olarak anlamak mümkün olabilir.³⁴

Kısaca sekülerlik ve laikliğin, birbirleri yerine kullanılabilecek ikame kelimeler olmadığı söylenebilir. İki kavram arasındaki ilişkiye dair pek çok görüş ortaya atılmıştır.

Sekülerizmi çağdaşlaşma olarak gören Kuçuradi'ye göre, laiklik bir devletin örgütlenmesini ve işleyişini nelerin belirlememesi gerektiğini söylerken, sekülerizm nelerin belirlemesi gerektiğine ışık tutmaktadır. Bu özellikleri nedeniyle iki kavram birbirlerini tamamlayarak, “çağın” felsefi düşüncelerini yansıtmakta, yani aydınlanmanın ürünü olan fikirlerin daha iyi anlaşılmasını sağlamaktadır.³⁵

Bir görüşe göre Fransızca “laïcisme”den türeyen “laiklik” terimi İngilizce “secularization”dan dilimize uyarlanmış olan sekülerleşme teriminden daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Aksi bir görüşe göre ise, laiklik aşamasında devlet dinden yani ruhban sınıfın vesayetinden kurtulduktan sonra, devlet yönetiminde skolastik bilginin yerini alan pozitif bilgiler bireyin özgürleşmesini sekülerleşmesini sağlamıştır³⁶. Bu nedenle sekülerizm laisizmden daha ileri bir aşamadır. Ancak iki kavramın birbirini takip eden süreçler değil,

30 KILIÇBAY, M. A., “Laiklik ya da Bu Dünyada Yaşayabilmek”, *Cogito (Laiklik Özel Sayısı)*, S.1, Yapı Kredi Yay., İstanbul 1994, s. 17.

31 ALTINDAL, A., *Laiklik Enigma'ya Dönüşen Paradigma*, 4. Bas., Alfa Yay., İstanbul 2004, s.11.

32 MARDİN, Ş., “Türkiye Cumhuriyetinde Laik Modelin Oluşumu”, *Devlet ve Din İlişkileri Farklı Modeller, Konseptler ve Tecrübeler*, Konrad Adenauer Vakfı Yay., Ankara, 2003.

33 ARSLAN, A., *Modern Dünyada Müslümanlar*, 2. Bas., İletişim Yay., İstanbul 2000, s. 155.

34 ARSLAN, A., s. 156.

35 KUÇURADİ, Laiklik, s. 218.

36 ÇİVİ, H., “İslam Dini Avrupa Birliği'ne Girmeye Engel mi?”, *Marmara Journal of European Studies*, Vol VI, N.1, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Yay., s.73.

farklı toplumlarda din devlet ilişkileri açısından ortaya çıkan anlayış farkları olması nedeniyle bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Katolik ve Ortodoks inancı taşıyan, Fransızca'ya bağlı kitlelerde “laicisme” kavramı, Protestan ve Anglikan inanca bağlı İngilizce ve Almanca konuşulan topluluklarda ise “secularism” kavramı, tercih edilmektedir.³⁷ Aslında bu tercih farkının nedeni, toplumlarda din devlet ilişkilerine dair farklı süreçlerin yaşanmasıdır. Sekülerleşme süreci Almanya, İngiltere ve ABD gibi ülkelerde daha uzlaşmacı ve evrimsel bir yöntemle gerçekleşmiştir.³⁸

Türkiye Cumhuriyetinin devletin üstünlüğüne dayanan laiklik anlayışı da büyük ölçüde Fransız uygulamasından etkilenmiştir. Hatta Mardin bu süreçte sekülerlik yerine “laiklik” teriminin tercihini, biraz da din konusunda radikalizmi ifade etmek isteyenlerce bilinçli olarak yapıldığını düşünmektedir.³⁹

Sonuç olarak sekülerizm, daha çok Anglo sakson dünyasına ait olup, din ve ruhban dışılık ya da dünyevilik yani dinden etkilenmeyen siyasi alan anlamına gelmekte, sekülerizmde dinle ilgili kamusal politikalara pek yer verilmemektedir.⁴⁰ Bu nedenle çalışmada laiklik teriminin kullanılması yerinde olacaktır.

1.2.2 Tanım

“Laik” kelimesi Yunanca “laikos” kökeninden gelmektedir. Yunanlılar din adamı yani “klerikoi” sıfat ve yetkisini taşımayan kimseleri betimlerken, halk anlamındaki “laos” kökünden türeyen “laikos” kelimesini kullanırlardı.⁴¹ Burada halktan kastedilen yönetim aygıtını elinde bulundurmeyen, yönetime maruz kalan kesimdi.⁴²

Homeros destanlarında seçkin komutanların karşısında yer alan niteliksiz askerler için kullanılan kelime, Hıristiyanlığın kabulünden sonra Latince “laicius” biçimini alarak, Ruhban olmayan, Kiliseye mensup olmayan inananlar topluluğunu tanımlamak için kullanılmıştır.⁴³ 800 yılında Charlemagne'nin Roma İmparatoru olması ve kilisenin ruhani ve dünyevi iktidarı kendi bünyesinde toplaması sonucu kelimenin anlamı değişmeden kalmıştır.⁴⁴

37 ALTINDAL, s. 6.

38 AKAD, M. -VURAL DİNÇKOL, B., *Genel Kamu Hukuku*, 2. Bas. (genişletilmiş), DER Yay., İstanbul 2002, s.352-353.

39 MARDİN,

40 AKAD-VURAL DİNÇKOL, s.357.

41 ARSEL, İ., “Din ve Devlet Ayrılığı”, *AÜHFD*, C. XVI, S. 1-4, Ankara 1959, s. 171.

42 KILIÇBAY, s. 16.

43 Aktaran DİNÇKOL VURAL, s. 6.

44 KILIÇBAY, s. 16.

Sivil toplumda insan yaşamındaki çeşitli durumların din tarafından yönlendirilmesinin sona erme süreci olan Laikleşmenin sonu Laiklikdir.⁴⁵ Bu anlamıyla teokrasinin tersi “devletin din işlerine, dinin devlet ilişkilerine karışmaması durumu”⁴⁶ ya da başka bir bakışla, devlet düzenin kurucu unsurunu oluşturan egemenliğin kaynağının ilahi değil beşeri irade olması demektir.⁴⁷

O halde laik bir rejimden bahsedildiğinde “kısaca din işleriyle dünya işlerini ayıran rejim kastedilmektedir.”⁴⁸ Ancak laiklik din ve devlet kurumlarının ayrılığı ve birbirinden bağımsızlığı kadar din ve vicdan özgürlüğünü de içerir.

Özbudun laiklik kavramının olumlu ve olumsuz olmak üzere iki boyutu olduğunu düşünmektedir. Laikliğin olumsuz boyutundan daha çok din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılmış sayılmaları için gerekli olan unsurlar anlaşılmaktayken, Laikliğin olumlu boyutundan vicdan özgürlüğü ve ibadet özgürlüğü anlaşılmaktadır.⁴⁹

Aliefendioğlu ise laikliğin unsurlarını şöyle sıralamaktadır: egemenliğin kaynağının ilahi irade olmaması, devletin dinler karşısında yansızlığı, din ve devlet işlerinin ayrılığı, eşitlik, devletin ve toplumun hoşgörüsü esasına dayanması, din ve vicdan özgürlüğünün bulunması, hukukun ve eğitimin laik olması, çağdaş yönetim, çoğulculuk.⁵⁰

Kısaca laiklik fikrinin, devlet din ilişkisi çemberinden çıkarak, sosyal ilişkilerin bütününe yayılmaya başlamasıyla, laiklik kavramının anlamının farklılaştığını söylemek mümkündür.

Çağlar laikliğin farklı anlamlarını şöyle açıklamaktadır: İlk anlamıyla laiklik “devletin yansızlığı” demektir. Bu anlamıyla dini inanç ve ifadelerin hukuk mekanı, kamu hukuku mekanı değil, özel hukuk mekanıdır.

Ancak bu gerçekçi bir ifade değildir çünkü; pek çok alanda hukuk düzeni ve dini sistemler iç içe geçmiştir. Bu nedenle yansız devleti hukuk devleti içinde ele almak daha doğru olacaktır.

İkinci anlamıyla laiklik bir “hümanizma”, farklılıklara ve herkesin hakkına saygı gösteren, kimseyi inançları nedeniyle dışlamayan bir sosyal felsefedir.

45 MICHAEL, T., “Laisizme Katolik Bir Bakış”, *Cogito (Laiklik Özel Sayısı)*, S.1, Yapı Kredi Yay., İstanbul 1994, s. 103-104.

46 PÜSKÜLLÜOĞLU, A., *Türkçe-Türkçe Sözlük*, Arkadaş Yay., Ankara, 1994.

47 HAFIZOĞULLARI, Z., “Laiklik”, *SÜHFD*, Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan, Hukuk Fakültesi Yay., Konya 1991, s.38.

48 BERKES, s. 91.

49 ÖZBUDUN, E., *Türk Anayasa Hukuku*, 3.Bas.(gözden geçirilmiş), Yetkin yay., Ankara 1993, s. 56-58.

50 ALİEFENDİOĞLU, Y., “Laiklik ve Laik Devlet”, *Laiklik ve Demokrasi*, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İmge Kitabevi Yay., Ankara 2001, s.75-79.

Üçüncü anlamıyla laiklik ise devletin din üzerindeki denetimini kapsayan, “aktif ya da militan laikliktir”. Türk Anayasa Mahkemesinin Anayasa İdeolojisi, laiklik anlayışı ve temel hak ve özgürlükler karşısında laikliğin konumu “aktif ya da militan laikliğin” tipik örneğidir.⁵¹

Görüldüğü gibi “Militan laiklik” anlayışı “laisizm” ile büyük benzerlik göstermektedir. “Laikleşme politik ve entelektüel bir program olarak kabul edilip tüm dünya görüşünün temeli durumuna geldiğinde, insan ve toplum yaşamında dinsel inancın ya da din kurumlarının herhangi bir biçimde rol almasına aktif olarak karşı gelen bir ideoloji halini aldığında, bu, laisizm olarak adlandırılmaktadır.”⁵²

Burada laikliğin anlamının ortaya konması açısından Erdoğan’ın önermelerini aktarmak yararlı olacaktır.⁵³

Laiklik devletin tarafsız olması ilkesinin bir sonucudur. Devletin tarafsızlığı ise, ahlaki ve dini meselelerde ortak bir görüşe varmanın imkansızlığı ve bu anlaşmazlıkların siyasi otorite yoluyla çözülemeyeceği gerçeğine dayanmaktadır.

Laiklik bireyleri değil devleti sınırlayan bir ilkedir. Devlet belli bir din ya da ideolojiyi tercih ya da tesis etmemelidir. Devletin dine müdahale etmemesi gerektiği gibi, din ve vicdan özgürlüğünü, dinin serbestçe icrasını ve dine inanmamayı da güvence altına alması gerekmektedir..

Laiklik kendi başına bir amaç-değer değil, özgürlük ve barış gibi değerler için araç-değerdir. Bu nedenle tek başına değil, hukuk devleti, insan hakları gibi diğer hukuki ve siyasal düzenlemelerle birlikte değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, hukuk devleti insan hakları ve demokrasinin güvenceli şekilde tesis edildiği bir durumda laikliğin özel olarak vurgulanmasına gerek yoktur.⁵⁴

1.2.3 Laikliğin Çeşitli Açılardan Anlamları

1.2.3.1 Sosyolojik Açıdan Laiklik

Toplumsal evrim sürecinde siyaset, hukuk, bilim, iktisat gibi tüm kültür tezahürleri dinden ayrılarak bağımsızlığına kavuşmuş,⁵⁵ bununla birlikte dinsel işbölümünden siyasi

51 ÇAĞLAR, s. 114-117.

52 MICHAEL, s. 104.

53 ERDOĞAN, M., *Anayasal Demokrasi*, 6. Bas., Siyasal Kitabevi, Ankara 2004, s. 274-275.

54 ERDOĞAN, A., s. 274-275.

55 TAPLAMACIOĞLU, s. 241-242.

işbölümüne geçtikçe, kutsal olanın etkinliği azalmıştır.⁵⁶ Dolayısıyla sosyolojik açıdan laiklik yalnız devletle din arasındaki ilişki olarak değerlendirilemez. Toplumsal açıdan kutsal (sacrum) değerlerle kutsallık dışı (profanus) değerler arasındaki ilişkiler sorundur.⁵⁷

Başka bir deyişle laiklik, toplumsal yaşamın çeşitli alanlarının en üstün kural ve değer ölçüleri sayılan din kavramlarından kurtarılmasından başka bir şey değildir. Berkes laik toplumun şu özellikleri taşıdığını ifade etmektedir: “(a) Yanılgısız ve kutsal bir üst otorite yokluğu; (b) toplum kurullarının ve değerlerinin bölüşümlü ve otonom olması; (c) özel kişi için davranma ve karar verme özgürlüğü, yararlık ölçülerine uygun ölçülerin benimsenmesi; (d) gelenek kavramının karşıtı olarak değişme kavramının üstünlüğü.”⁵⁸

1.2.3.2 Teolojik Açıdan Laiklik

İlkel dinler açısından gerçek hayatla dini hayat tamamen iç içe geçmiş, tek tanrılı dinlerin doğmasıyla, dinler toplum yerine bireylerin vicdanına yönelmiştir. Dolayısıyla insanlar dünya işleri için içinde yaşadıkları toplumun kurallarına, din işleri için bağlı buldukları dinin kurallarına uymak durumunda kalmışlardır. Bu da din ile dünyanın ayrılması sonucunu doğurmuştur.⁵⁹

1.2.3.3 Felsefi Açıdan Laiklik

Felsefi açıdan laiklik insanın işini kendi aklıyla düzenlemesidir.⁶⁰ “İman ile aklın sahalalarının ayrılmasını, imanın, aklın sahasına asla müdahale ettirilmemesi gerektiğini müdafaa eden görüş”⁶¹tür. Başka bir deyişle iman ve inanç yerine aklın egemenliğinin, sorgulayan ve araştıran bir anlayışın kabul edilmesidir.⁶²

1.2.3.4 Ahlaki Açıdan Laiklik

Ahlaki açıdan laiklik ahlaki hayatın dinin etkisinden bağımsızlaşması ile ilgilidir. Ahlaki hayatın ve ahlaki eylemlerin dini etkilerden uzaklaşarak aklın prensiplerine ve bilimsel

56 AKAL, C. B., *Yasa ve Kılıç*, 2. Bas., Afa Yay., İstanbul 1991, s. 64.

57 BERKES, s. 25-26.

58 Age, s. 26.

59 TAPLAMACIOĞLU, s. 242.

60 AKBULUT.

61 BOLAY, S. H., *Felsefi Doktrinler Sözlüğü*, 5. Bas., Akçağ Yay., İstanbul 1990, s. 145.

62 ALİEFENDİOĞLU, s.74.

gelişmelere bağlanması, metafizik temelden kurtulmasını ifade etmektedir.⁶³

1.2.3.5 Siyasi Açıdan Laiklik

Siyasi açıdan laiklik, bir siyasi kurum olan devletin çıkarları ile kutsal çıkarların çatışması halinde, dini saldırılara karşı devletin korunması ve bu yolla din ve vicdan özgürlüğünün güvence altına alınması anlamını taşır. Bu anlamıyla laikliğin esası, siyasal iktidarın dinden ayrı olması, dinsel güce dayanmamasıdır.⁶⁴ Bir başka tanımla: “Aydınlanmanın bir fikri ve modern devletin –birimi yurttaş olan ve yurttaşların hak eşitliğine dayanan- bir ilkesi olarak laiklik (laicite), bir devletin teşkilatlanmasında hukukun oluşturulmasında ve işletilmesinde herhangi bir dinin anlayışlarının ve normlarının belirleyici olmaması talebini dile getiriyor.”⁶⁵

1.2.3.6 Hukuki Açıdan Laiklik

Özgür olan, istediği din, inanç ve kanaate sahip olabilme ya da olmama konusunda eşit olan insanın kendi dini inanç ve ameline göre istediği gibi inanç ve ibadet edebilmesidir.⁶⁶ Başka bir tanımla: “Kanun önünde farklı dinlere inananların eşit muameleye tabi tutulması ve din ve vicdan hürriyetlerinin hiçbir kısıtlama getirilmeden tanınmasıdır.”⁶⁷ Kısaca hukuki açıdan laiklik, hukukun ve otoritenin kaynağının ilahi olabileceğini kabul etmeyerek, devlet otoritesi ve hukuk prensiplerini dinin etkisinden ve dini unsurlardan uzak tutma anlayışıdır.⁶⁸

1.3 Laikliğin Tarihsel Gelişimi

1.3.1 Evrensel Planda Laikliğin Gelişimi

1.3.1.1 Çok Tanrılı Dinler ve Laiklik

İlk çağlarda dinin insan yaşamının her alanında etkin olduğuna dair belirtiler vardır. Çok tanrılı dinler döneminde devletler teokratiktir. Bu çağlarda din ve devlet işleri tamamen

63 BOLAY, s. 145.

64 ALİEFENDİOĞLU, s.74.

65 KUÇURADİ, I., *Türkiye Felsefe Kurumu Bülteni*, S. 6, Ankara 1996, s.3.

66 TAPLAMACIOĞLU, s. 241.

67 TÜRKÖNE, M., *Modernleşme Laiklik ve Demokrasi*, Ark Yay., Ankara 1994, s. 4.

68 BOLAY, s. 145-146.

birbirinin içine girmiş, dini lider aynı zamanda cismani otoritenin de sembolü olmuştur.⁶⁹

Eski Yunanda laikos terimiyle yönetime maruz kalan kişinin ifade edildiği belirtilmişti.⁷⁰ Bu dönem devletin yani sitenin kendi resmi tanrıları mevcuttu.⁷¹ Site aynı dine mensup olan vatandaşlardan meydana geldiğinden, dinsel cemaat ile siyasal topluluk kavramları ayırt edilmemiş, siteye karşı işlenmiş suç tanrıya karşı işlenmiş sayılmıştır. Sonuç olarak din siyasal iktidarın kaynağını oluşturması sebebiyle, devlet ile özdeştir ve maddi ve manevi alanlarda bireyler üzerinde mutlak bir otoriteye sahiptir.⁷²

Roma İmparatorluğu'nda ise; Principatus döneminde, hükümdar aynı zamanda en yüksek ruhani başkan sayılmış, Daminatus döneminde imparatora “Allahımız” anlamına gelen “Deus Noster” diye hitap edilmiştir.⁷³ Bununla birlikte Epikurus'a göre tanrılar, “dünyalar arasında” bulunmaları nedeniyle dünya üzerinde hiçbir fiziki etkiye sahip değildir⁷⁴ ve insan ilişkilerine karışmazlar.⁷⁵

Dinçkol'a göre, tarihi kaynaklarda din devlet birlikteliğine dair bir veri bulunmaması sebebiyle; İslamiyet'tin kabulünden önce Türklerde din ve devletin ayrılması düşüncesi mevcuttur. Özellikle Orhun Yazıtlarında din ve dinin ruhban sınıfını oluşturan “kam”lara ilişkin bir beyana rastlanmaması bu görüşü pekiştirmektedir.⁷⁶

Ancak kaynakların incelenmesi sırasında Mete'nin “gökten kudret alan” anlamındaki “Şan-Yu” ya da “Tan-Hu” sanını kullanması⁷⁷ gibi örneklere rastlanması, Dinçkol'un görüşünün aksini savunmayı mümkün kılmaktadır. Orhun yazıtlarında geçen: “Ben tanrıya benzer, gökte doğmuş Türk Bilge Kagan tahtıma oturdum.” ifadesi ya da Göktürk hükümdarı Şa-po-lüe'nin Çin imparatoru Kao-tsu'ya gönderdiği mektupta kendini tanımlarken geçen: “Göktürk devletinin Göktürk doğan egemen ve kutsal oğlu” ifadesi, bütün eski kültürlerde olduğu gibi Göktürk Devleti'nde de Kaganın gücünü gökten yani tanrıdan aldığını göstermektedir. Sonuç olarak Göktürk hükümdarı kendini tanrı sayan Mısır firavunu ile tanrının en büyük hükümdarı ve baş rahip olan Sümer hükümdarı arasında bir yerde yer almaktadır.⁷⁸ Uygur devletinde de egemenliklerini tanrısal bir kaynağa bağlamak isteyen

69 DİNÇKOL VURAL, s.9.

70 KILIÇBAY, s. 16.

71 UYGUN, O., *Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları*, İnkılap Kitabevi, İstanbul 2003, s. 32.

72 KAPANİ, M., *Kamu Hürriyetleri*, 7. Bas., Yetkin Yay., Ankara 1993, s. 20.

73 DİNÇKOL VURAL, s.10.

74 GÖKBERK, M., *Felsefe Tarihi*, 2.Bas., Bilgi yay., Ankara 1966, s. 106.

75 GÖZE, A., *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 9. Bas., Beta yay., İstanbul 2000.

76 DİNÇKOL VURAL, s.10-11.

77 ÜÇÖK, C. -MUMCU, A., *Türk Hukuk Tarihi*, 7. Bas.(gözden geçirilmiş), Savaş Yay., Ankara 1993, s. 12.

78 ÜÇÖK - MUMCU, s. 19.

hükümdarlar kendilerinden “Gök veya Ay tanrıdan kut bulmuş” diye bahsetmişlerdir.⁷⁹

1.3.1.2 Hıristiyanlık ve Laiklik

Hıristiyanlığı resmen kabul eden ilk devlet adamı Roma İmparatoru, Constantinus’tur. Kilisenin dünyevi ilişkilere karışmaya başlaması ise Saint Peter’in Havariler tarafından İsa’nın vekili olarak kabul edilmesine dayanır. Saint Peter, papa olduktan yani Katoliklerin ruhani başkanı olma sıfatını kazandıktan sonra, inananların dünya ve devlet karşısındaki tutumunu belirlemeye başlamıştır.⁸⁰

Saint Peter sonrası Kilisenin gücü gün geçtikçe daha da artmış, Hıristiyanlık algısı din olmanın ötesine geçerek, insanların tüm ilişkilerine uygulanabilecek bir düşünceye doğru genişlemiştir.⁸¹

Tüm ortaçağ boyuca “iki güç” olan kilisenin devleti ile dünyevi devletlerin çatıştığını görülür. Ancak bu harici çatışmadan başka, bizzat kilisenin bünyesinde kiliseye karşı olan, kilisenin teşkilatını temelden değiştirmek isteyen Padovalı Marsilius ve Ockham’lı William gibi kişiler de mevcuttur.⁸²

Padovalı “toplum”u kendini oluşturan unsurlardan bağımsız bir soyutlama, bir veri gibi düşünerek var olanın incelenmesine dayanan bir siyasi düzen kuramı geliştirmiştir. Padovalı’nın veri olarak ele aldığı toplum, eserin isminden de (Defensor Pacis) anlaşılacağı gibi dengeye ve barışa kavuşmuş bir toplumdur. Ancak barış ve dengeyi ortadan kaldıracak “iç savaş” tehlikesi, O’na göre rahipler sınıfının tüm toplumu yönetme iddiasını uygulamaya koymasıyla baş gösterecektir. Oysa din adamlarının asıl işlevi doğru yolu göstermektir ve bu konuda insanları zorlamak doğru değildir. Din adamlarının koyduğu kurallara uymayanlar ancak ruhani otorite tarafından cezalandırılabilirler ki bu ruhani alemde oluşan içsel bir şeydir.

Padovalı’nın kuramında sivil yasanın kaynağı “halkta” yani site üyelerinin tamamında veya onların temsilcilerindedir. Bu nedenle O’na göre halk yasa koyucu, hükümdar yasayı uygulayan koldur. Böylece yasa bütünüyle din dışı kaynaklı hale gelmektedir. Dumuzel’in tasnifindeki sınıflardan biri olan rahipler kesimi ise siyasi iktidarın dışına itildiğinden, iktidar özerk sivil bir güç haline dönüşmektedir.⁸³

79 Age., s. 25.

80 TAPLAMACIOĞLU, s.25.

81 Age, s. 137.

82 MARDİN,

83 MAIRET, G., “Padovalı Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu”, *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali

Sonuç olarak Padovalı Marsilius, “Defensor Pacis” (Barışın Koruyucusu) isimli eseriyle papanın “eksiksiz gücüne” saldırarak, modern siyasi düşüncenin temellerini atıp; Hobbes, Locke ve takipçilerine siyaset felsefesinin koşullarını hazırlamıştır.

Fransiskan tarikatına bağlı bir teolog olan Ockham’lı William ise insan aklının tanrının aşkınlığını kavrayamayacak denli sınırlı olduğunu ve bilginin ancak deney yoluyla elde edilebileceğini düşünmektedir. Nitekim Tanrı insana akıl vererek, yeryüzündeki işlerin ancak akıl ve mantık yoluyla çözülebileceğine işaret etmiştir. Bu nedenle papa hiç kimseyi tanrı doğa ya da başka bir insan tarafından verilmiş haklardan veya tanrı ya da doğanın bahsettiği özgürlükten yoksun bırakamaz.⁸⁴ Böylece Ockham’lı pozitif hukuku tanrısal kaynaklı olmaktan kurtararak kilise devlet ayırımına ulaşmıştır.⁸⁵

Akıl ve imanın birbirinden ayrılması ve din alanında papanın, devlet alanında kralın yetkili olduğuna dair fikirleri, Ockham’lı William’ı reform hareketinin öncülerinden yapmaktadır.

Fakat din kurumuna ve düşüncesine asıl ideolojik saldırı dışardan, din ötesi dünyadan gelmiştir. Avrupa’da kilisenin koyduğu kalıplardan çıkma eğilimi, eğitim ve öğretim alanında atılan adımlarla başlamıştır. On birinci yüzyılda önce İtalya’da arkasından Fransa’da kurulan üniversiteler, kilisenin dinsel eğitimi dışında ilk laik okullar olmuştur. Daha sonra hümanizm ile başlayan akılcılık, kuşkuculuk, aydınlanma, deneycilik gibi akımlar Rönesans döneminde bilimin ve sanatın dinsel çemberin dışına çıkmasını sağlamış, insanı ve insan aklını yücelten fikirleriyle Rousseau, Diderot, Descartes, Locke, Voltaire, Grotius gibi “aydınlanma çağı” düşünürleri bu dönemde ortaya çıkmışlardır. Bu nedenle Laikliğin felsefi temelini akla dayalı doğal hukuk düşüncesi oluşturmuştur demek yanlış olmaz.⁸⁶

On altıncı ve on yedinci yüzyıllarda düşünce alanındaki gelişmeler üzerine iktidarın sadece tanrıdan kaynaklandığı, dolayısıyla iktidara gelenlerin tanrının iradesiyle geldikleri ve tanrının temsilcisi oldukları fikri gittikçe zayıflamış; dokunulmazlık ve kutsallık kavramları artık insanla ve bireyle ilişkilendirilmeye başlamıştı. Bir başka gelişme ise papaların Hıristiyan devletler üzerindeki en büyük otorite olma iddialarından fiilen vazgeçerek, dünyevi mülk edinmeye yönelmişleriydi. Sonuçta bu gelişmelerin birleşik etkisi modern laik devlet fikrinin ortaya çıkmasını sağladı.

Modern devlet ve iktidarın merkezileşmesi anlayışı toplumların yöneticilerden önce

Akal, Dost Kitapevi, Ankara 2000, s. 215-242.

84 AĞAOĞULLARI, M. A. & KÖKER, L., *Tanrı Devletinden Kral Devlete*, İmge Kitabevi, Ankara 1991, s. 76.

85 AKAD-VURAL DİNÇKOL, s.54-59.

86 DİNÇKOL VURAL, s. 16.

oluştuklarını düşünen Bodin'in fikirlerinde vücut bulmuştur.⁸⁷ Bodin ailedeki baba otoritesi ile devletteki egemen otoriteyi birbiriyle özdeşleştirerek; devleti, “çeşitli ailelerin ele geçirdikleri çeşitli varlıklarla birlikte egemen bir kudret tarafından hukuka uygun olarak yönetilmesi” şeklinde tanımlamıştır.

Bodin'e göre “Egemenlik yurttaşlar ve uyruklar üzerindeki en yüksek, en mutlak ve en sürekli güçtür.” ve “Egemenlik daima bölünmez ve devredilmez olacaktır”.⁸⁸ “Egemenliğin sahibi olan prens veya halk ise tanrı dışında hiç kimseye hesap vermek durumunda değildir.” Dolayısıyla egemen sadece tanrısal ve doğal yasalar ile bağlıdır. Ancak egemeni doğal ya da tanrısal yasalara uymaya zorlayacak olan sadece vicdanı olacaktır.⁸⁹ Doğal yasaların başında uyrukların mülkiyet haklarına ve özgürlüklerine saygı gelir.⁹⁰ Denebilir ki devlet ile egemenliğin özdeş kavramlar olduğunu düşünen Bodin'in önemi egemenliği kavramsallaştırması⁹¹ ve modern devleti düşünülebilir kılmasıdır.⁹²

Bodin'in egemenlik kavramına bu kadar vurgu yapmasının nedenini, ortaçağın sonu yeniçağın başlarında Avrupa'da cereyan eden üstünlük mücadelesi sürecinde aramak gerekir. Çünkü ülke içinde rakipsiz tek iktidar olma, ülke dışında ise kendinden üstün iktidar tanımama yani “egemenlik” kavramı, Fransa kralı yanlısı hukukçular tarafından, bir tarafta monarşilerin, öte tarafta feodalite, papalık ve Roma Germen İmparatorluğunun yer aldığı üstünlük mücadelesi sürecini sona erdirmek için bulunmuş bir formüldür.⁹³

Fransa kralının Kiliseyle olan ilişkisi ilk olarak 1682 yılında Fransız düşünür Bossuet tarafından kaleme alınan ve Kraliyet döneminde kanun haline gelen beyanname ile çözülmeye çalışılmıştır. Beyanname ile kralların cismani dünya ve toplum yönetimi üzerinde herhangi bir ruhban egemenliğine tabi olmadığını belirtilerek, tanrı gücü yönetim açısından doğrudan doğruya krala aktarılmaktaydı. Bu yolla Kraliyetin siyasi gücü arttırılırken, Katoliklik içinde özerk bir yapı oluşturan Fransız Gallican kilisesinin siyasi konumu sağlamlaştırılmış, Kraliyet ve Resmi Kilise birlikteliği pekiştirilmiştir.⁹⁴

Ancak bu durum, yani merkezi devletin gittikçe güç kazanması ve resmi kiliseyle birlikteliğini pekiştirmesi, ticaret devrimi ile birlikte gelişerek ekonomik iktidarı ele geçiren

87 ERDOĞAN, Anayasal, s.273.

88 AĞAOĞULLARI- KÖKER, s. 25.

89 Age., s. 35.

90 GÖZE, s. 125.

91 AKAD, M., *Genel Kamu Hukuku*, 2. Bas.(gözden geçirilmiş), Filiz kitabevi, İstanbul 1997, s. 77-78.

92 AĞAOĞULLARI- KÖKER, s. 60.

93 DUGUIT, L., “Egemenlik ve Özgürlük”, *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, Dost Kitapevi, Ankara 2000, s. 380.

94 ÖKTEM, Dinler, s. 34-35.

burjuvazinin, siyasal iktidarı da ele geçirme planının önündeki en büyük engeldi.⁹⁵ Bu durumda atılacak en mantıklı adım, karşıt güçlerin birlikteliğini parçalamak, aristokrasi ve manevi ortağı ruhban sınıfın işbirliğine son vermektir.

Öte yandan aklın egemenliği fikri iktidarın kullanımında “halk egemenliği” veya “ulusal egemenlik” prensiplerinin doğmasına ve gelişmesine yol açtı. Nihayet 1789 Fransız Devrimi patlak verdi.

Rahip sınıfının kilise ve aristokrasi ile birlikte davranarak devrim karşıtı bir tutum takınmaları üzerine, İhtilalin başlarında ülkedeki tüm ayrıcalıkları kaldırıldı. Devrimin ilkelerini ve amacını belirleyen Bildiri hazırlanırken rahip sınıfından üyelerin savundukları devlet dini kavramı kabul edilmeyerek, 26 Ağustos 1789 tarihli “İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi”nde din ve vicdan özgürlüğü sorusuna düşünce özgürlüğü çerçevesinde yer verildi: “Hiç kimse dini türden de olsa, kanaatlerinden ötürü rahatsız edilmemelidir, yeter ki onların açığa vurulması, yasayla getirilmiş olan kamu düzenini sarsmasın.”

Bu dönem Öktem tarafından aydınlanmanın etkisindeki rasyonalist batının, devlet yönetimine insan aklını getirme mücadelesinin başlangıcında irrasyonel bir tutum izleyerek, sosyal ve felsefi kimliğini unutup din karşısında olumsuz bir tutum alması şeklinde değerlendirilmektedir.⁹⁶ Fransa’da yaşanan ulusal bir kimlik oluşturma çabasında bu eğilim açıkça gözlenebilmektedir⁹⁷

Devrim sonrasında manastırlar kapatıldı, bir çok din adamı idam edildi, birçoğu Hollanda’ya kaçmak zorunda kaldı, kilisenin elindeki bütün mallara ulus adına el konuldu, kalan din adamları anayasaya sadakat borcu altına sokuldu ve devlet memuru haline getirildi. Daha sonra papalıkla bir sözleşme yapılarak, Kilise devlet kontrolü altına alındı, atamalar, aylıklar, din öğretimi tamamen devletin yetkisine verildi. Böylece din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması yolunda büyük bir adım atılmış oldu.

Fransa’da devlet ile kilisenin birbirinden kesin olarak ayrılması 1905 sayılı yasa ile gerçekleşmiştir. Yasanın birinci maddesi: “Cumhuriyet vicdan özgürlüğünü sağlar. Tapınçların serbestçe yerine getirilmesini, yalnızca ve aşağıda kamu çıkarı doğrultusunda bildirilen kısıtlamalar altında güvenceye alır.” derken, ikinci maddede “Cumhuriyet hiçbir tapıncı tanımaz, ücretlendirmez ve parasal yönden desteklemez...”demektedir.⁹⁸

Sonunda 4 Ekim 1958 tarihli V. Cumhuriyet Anayasasında yer alan “Fransa

95 Ibid.

96 ÖKTEM, Dinler, s. 48 .

97 ERDOĞAN, Secularism, s.190.

98 *Fransa'da Laisitenin Uygulanışına İlişkin Stasi Raporu*, Çev. Der. Turhan Ilgaz, Paragraf yay., Ankara 2005, s. 21.

bölünmez, laik, demokratik ve sosyal bir cumhuriyettir. Soy, ırk veya din farkı gözetmeksizin bütün vatandaşlara kanun önünde eşitlik sağlar ve her dine saygı gösterir.” ifadesiyle “Laisizm”, Fransız siyasetinin temel dogması haline gelmiştir.

Sonuç olarak Burjuva demokratik devrimlerin genellikle kilise/devlet, din/devlet, ya da din/dünya işleri ayrılığına oturtulduğunu söylemek yanlış olmaz. Bununla birlikte Fransa’da laikleşme açıklandığı gibi hemen hemen her alanda çatışmalı ve devrimci bir nitelik taşımışken, diğer ülkelerde din ve devlet ilişkilerine dair farklı bir süreç ve model söz konusu olmuştur.

Devlet ve din ilişkilerinin daha anlaşmalı bir tarzda yürütüldüğü bu model “Sekülerleşme” olarak adlandırılmaktadır. Din-devlet ilişkilerinde İngilizce ve Almanca konuşulan ülkeler başta olmak üzere, pek çok ülkede devrimci değil evrimci bir süreç olan sekülerleşme yaşanmıştır.⁹⁹

597’de Saint Augustin tarafından kurulan İngiltere Katolik kilisesi, ılımlı bir reform hareketinin sonucu,¹⁰⁰ 1534’de Kraliçe Elizabeth döneminde Roma’dan ayrılarak, 1559’da yapılan Üstünlük Anlaşması ile I. Elizabeth’i kilisenin yüce yöneticisi olarak tanımıştır.

Daha sonra ülkede 1688 tarihli Toleration Act ile tüm Protestanlara din ve vicdan özgürlüğü sağlanmış, 1828’de Test and Corporation Acts’ın yürürlükten kaldırılması ile Anglikan olmayanların kamu hizmetine kabulleri sağlanmıştır. 1829 tarihli Roman Catholic Relief Act ile Katolikler açısından ayrımcı olan düzenlemeler kaldırılmış, 1858’de Jewish Relief Act ile Yahudilere Parlamento’ya girme hakkı verilmiştir.¹⁰¹

Kısaca İngiltere’de din kurumu ve ideolojisiyle çatışmacı değil, uzlaşmacı bir politika temel alınmış, dinin ve 15. Yüzyılda ortaya çıkmalarından itibaren ulusal kiliselerin özerkliği kabul görmüştür.

Dikkat çeken bir diğer husus dinle ilgilenmeme ilkesini belirleyen laisizmin aksine, sekülerizmde aşırı önem vermemek kaydıyla dinle ilgilenme ve vatandaşların dini ibadetine yardımcı olma anlayışının olmasıdır. Amerika Birleşik Devletleri’nde din devlet ayrılığının, siyasette din karşıtı bir tutuma yol açmayıp; aksine yasal düzenlemeler ve siyasi pratik açıdan dine karşı sempatik denebilecek bir bakışın egemen olmasını sağlaması¹⁰² bu anlayışın ürünüdür.

Sonuç olarak bu iki ana modelin din ve devlet ilişkilerine getirdikleri yapılanmalar

99 ÜSTEL, F., *Yurttaşlık ve Demokrasi*, Dost Kitabevi Yay., 1999 Ankara, s. 101-102.

100 BAUBEROT, J., *Avrupa Birliği Ülkelerinde Dinler ve Laiklik*, Çev. Fazlı Arabacı, Ufuk Kitapları, İstanbul 2003, s.167-168.

101 BAUBEROT, s.167-168.

102 ERDOĞAN, *Secularism*, s.189-190.

farklı ulaştıkları sonuçlar benzer olmuş, din toplum hayatından geri çekilerek; esasta bireysel ve vicdani bir tercih işi durumuna gelmiştir.

1.3.1.3 İslamiyet ve Laiklik

İslam dini Hıristiyanlığın tersine bir dünya İmparatorluğu içinde değil, çok parçalı egemenlik ilişkisinin var olduğu Arap Yarımadasında doğmuş ve gelişmiştir. Bu parçalı yapıda Hz. Muhammed İslam dinini kurarken aynı zamanda İslam devletinin de temellerini atmış, din ve devleti, tek bir kurum halinde birlikte örgütlemiştir.¹⁰³ “İslam geleneğinde din, ... kendine özgü ve devletten ayrı, onun yanında ya da onun karşısında, hatta onun üstünde bir örgütleniş olarak gelişmemiş, devletin gücü altında özel kişi hukukuyla kişilerinin dinsel inanç eylemlerinin kuralları olarak kalmıştır.”¹⁰⁴

İslam dini insanların tüm davranış alanlarını, hem tanrıyla hem de diğer insan ve topluluklarla olan ilişkilerin kapsarken; devletin varlığı, şeriata dayalı ilahi bir sözleşmenin erdemi olarak açıklanmıştır. Kısaca İslam’da hukukun kaynağı dindir.¹⁰⁵ Bununla birlikte İslam hukukunun temelde laik olduğuna sonradan şerileştiğine ilişkin görüşler de mevcuttur. Hz. Muhammed’in Huneyn savaşına giderken devlet ve din işlerini ayrı kişilere bırakması gibi bazı somut olaylar bu fikri desteklemek için örnek gösterilmektedir.¹⁰⁶

Doğaldır ki semavi ve dünyevi dünyanın iç içe olmasından ve egemenliğin kaynağının ilahi olmasından bahsedildiğinde laik bir düzen söz konusu olmayacaktır. Bu görüşe göre İslamdaki Tevhid inancı yani Allah’ın tekliğine, varlığına ve birliğine olan kesin inanç, mutlakiyet idaresini ve teokratik düzeni kuvvetlendirmiş¹⁰⁷, İslam dünyasının modernize olmasının önünde büyük bir engel olmuştur.¹⁰⁸

Diğer bir görüşe göre ise tarihte hiçbir İslam ülkesinde devlet, şeriata göre biçimlenmemiş, İslamiyet’e özgü bir devlet biçimi asla varolmamıştır.¹⁰⁹ Hukuk olmayıp “nomos” ya da “dharma” gibi iyi düzene işaret eden genel bir terim olan¹¹⁰ Şariat, belirtilenin

103 DİNÇKOL VURAL, s. 19.

104 BERKES, s.75.

105 DİNÇKOL, s. 19.

106 TAPLAMACIOĞLU, s. 150.

107 DİNÇKOL VURAL, s. 21.

108 GÜLEÇ, C., *Politik Psikoloji Penceresinden Siyaset Ahlakı, Kimlik ve Laiklik*, Ümit Yay., Ankara 2004, s. 188.

109 BERKES, s.25-27.

110 AL-AZMEH, A., *İslamlar ve Moderniteler*, 1. Bas., İletişim Yay., İstanbul 2003, s. 30.

aksine İslam dünyasında özel hukuk alanında siyasal örgütün içinde erimiştir.¹¹¹

Bu görüşe göre İslamiyet'te hukukun kaynağının sadece ilahi olduğu doğru değildir. İslamın ilahi referanslarını; Şeriatın önce Kuran-ı Kerim, sonra Sabib Sünnet(hadis), kıyas ve İcma-ı Ümmetten oluşması nedeniyle, teorik ve pratik olarak iki gruba ayırmak mümkündür.¹¹² Özellikle kıyas akla dayanmakta, yöneticinin önüne gelen somut sorun hakkında akli bir yoruma varmasını gerektirmektedir.¹¹³

Tunaya İslam dininde bir ruhban sınıfı olmamasına rağmen siyasi iktidarın ilahi vesayetten kurtulamamasının nedenini açıklamaya çalışan İslam düşünürlerini üç grupta toplamıştır.¹¹⁴

İlk grup düşünür İslam düşüncesinde varolan “ruhani olan” “cismani olan” birliğini ifade eder. İslam dininde Allah ile kul arasında aracıya yer yoktur. Bunun temelinde yatan doğu dünyasında varolan birlik düşüncesidir. Doğru düşüncesinde varlık dünyası çok alanlı olmadığı gibi iki alanlı da değildir. Bu Descartes'in felsefesinde formüle edilen ruh-beden, din-bilim veya din-devlet ikileminin reddidir. Dolayısıyla çok alanlı, birbiriyle sürekli çatışma halinde olan iki özerk alan fikri bulunmamaktadır.¹¹⁵ Bu nedenle hukuka uymak aynı zamanda dini bir sorumluluktur. İslam'da ruhani iktidar, dünyevi iktidar ayrımının ya da ruhani iktidar olan kilisenin devlet üzerinde bir egemenlik kurmaya çalışmamasının meşru temelinin bulunmamasının, İslamiyette ruhban bir sınıf oluşmamasının nedeni, bu tevhid inancıdır.¹¹⁶

Varoluşun alanını bölerek özerk iki alana ayırma arzusunun temelinde insanın dünyevi alana duyduğu tutku yatmaktadır. Modernizmin insana önerdiği budur. Ancak İslam düşüncesinde, kendi içindeki Tevhidi parçalayan kalbin akletmesi mümkün olmayacaktır.¹¹⁷ Bu nedenle inançlı bir Müslüman demokrat olabilir ama laik olamaz.¹¹⁸

Ayrıca doğu düşüncesinde özbenlik (nefs) duygusu ve bilinci batıdan farklı olarak kolektif toplumsal düzende gelişmektedir. Bu nedenle bireysel özbenlik ancak toplumsal ve kozmik bağlamda söz konusu olabilmektedir.¹¹⁹ Birden fazla özerk bağımsız alan fikri ise her

111BERKES, s.76.

112 BULAÇ, A., “İslam ve Modern Zamanlarda Din-Devlet İlişkisi”, *Cogito (Laiklik Özel Sayısı)*, S.1, Yapı Kredi Yay., İstanbul 1994, s. 73.

113 ALTINDAL, s. 26.

114 TUNAYA, T. Z., *İslamcılık Akımı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2003, s. 246.

115 BULAÇ, s. 73.

116 BULAÇ, s. 79.

117 ARSLAN, A., s. 157-158.

118 GÜLEÇ, s. 188.

119 Age., s. 230.

alan sayısınca hakikat, her alan sayısınca mutlaklaştırılmış hayat biçimi anlamına gelir. Bu parçalanma toplumsal hayata da yansiyacak, toplumsal birlik bozulacaktır.¹²⁰

Günümüzde İslam dünyanın modernleşme ile ilgili çekincesinin kaynağı burada aranmalıdır. Modernleşme yanlılarını kaygılandıran da, bahsedilen toplumsal birliğin cemaatleşmeye yol açması, cemaatçiliğin kaçınılmaz sonucu olarak cemaatin içine kapanması ve teokratik bir devletin ortaya çıkmasıdır.¹²¹

İkinci grup düşünür İslamda laikliğin varlığını ispat etmeye çalışmıştır.¹²² İslamiyette iktidar Tanrıya aittir, iktidara kimse ortak veya sahip olamaz. Siyasi otoriteyi yeryüzünde temsil yetkisi ise doğrudan ümmete aittir. Kanunların ihlali bu dünyada, ilahi olanın ihlali öbür dünyada cezalandırılır.¹²³ Bu görüşe göre İslamiyet'te teokrasi aranacaksa “tek meşru aracı olması” (“Şüphesiz sana biat edenler Allah’a biat etmişlerdir”¹²⁴) sebebiyle, Peygamber dönemindeki uygulamaya bakılarak, “Nebevi Teokrasi”den söz edilebilir.¹²⁵ Gerçekten de Muaviye’ye kadar dört halife kendilerine yönetme hakkını verenin ümmet olduğunu söyleyerek, “Resulun Halifeleri” unvanını kullanmışlardır.¹²⁶

Son olarak İslam’da batı tipi laikliğin olmadığı kabul edilmiş ancak en geniş anlamıyla din vicdan özgürlüğünün varolduğu ileri sürülmüştür.¹²⁷ Bu görüşü taşıyanlar; ünlü “Medine Vesikasını” örnek göstererek İslam’ın günümüzden yaklaşık 1400 yıl önce, bireylere çağımızın anayasalarında ve insan hakları beyannamelerinde yer alan seküler hüküm ve kararlara benzer özel haklar getiren bir inanç sistemi olduğu ileri sürmüşlerdir.¹²⁸

1.4 Laik Devlet Kavramı

En genel anlamı ifade eden “din ve devletin birbirinden ayrı olduğu devlet modeli” tanımını bir tarafa bırakacak olursak laik devlet, “yurttaşların dini inançları ve tercihleri konusunda tarafsız olan ve belli bir dini veya din karşıtı politikaya angaje olmamış olan devlet demektir.”¹²⁹

120 ARSLAN, A., s. 157-158.

121 AL-AZMEH, s. 90.

122 TUNAYA, İslamcılık, s. 246.

123 AL-AZMEH, s. 29.

124 Feth Suresi,10: Mümtahine Suresi,12.

125 BULAÇ, s. 75.

126 Age., s. 75.

127 TUNAYA, İslamcılık, s. 246.

128 ALTINDAL, s. 27.

129 ERDOĞAN, M., *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, 4. Bas. (Gözden Geçirilmiş), Liberte yay., Ankara 2003,

Bir devletin laik sıfatını taşıyıp taşımadığını belirleyen unsur iktidarın kaynağı meselesidir. İktidarın kaynağının ilahi irade veya beşeri irade olduğunun kabulü, iki farklı algılamaya biçimlidir. Laiklik devletin temel unsur egemenliğin kaynağının ilahi değil beşeri irade olmasıdır.¹³⁰

Akad ve Dinçkol'un sınıflandırmasından yola çıkıldığında ise Laik devlet; egemenliğinin kaynağı dünyevi olan, resmi dini olmayan, belli bir dinin emirlerini hukuki yaptırıma bağlamamış, din ve vicdan özgürlüğünü tanıyan devlettir.¹³¹

Din özgürlüğü yani “din ve vicdan özgürlüğü”, öncelikle kişinin istediği din ve mezhebe inanmakta, istediğine inanmamakta serbest olmasını içermektedir. İkinci olarak inanılan din ve mezhebin gereklerinin serbestçe yerine getirilmesinin güvence altına alınmasını gerektirir. Üçüncü olarak din eğitim ve öğretimi özgür olmalıdır. Son olarak hiç kimse dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kamu otoriteleri tarafından ayrımcı muameleye tabi tutulmamalı, dindar olmak ya da olmamaktan dolayı sivil ve siyasi özgürlükleri baskı altına alınmamalıdır.¹³²

Din ve vicdan özgürlüğünün içeriğine ilişkin tartışmalar, din eğitim ve öğretimi konusunda çıkmaktadır. Erdoğan'ın tersine pek çok yazar “din eğitim ve öğretimi serbestliğini” din ve vicdan özgürlüğünün kapsamına dahil etmektedir.¹³³

Laikliğin diğer bir gereği, devletle dinin organik ayrılığıdır. Organik ayrılık devletin kendi içinde din örgütüne yer vermemesi ve din veya mezheplerin devletten bağımsız örgütlenmelerinin güvence altına alınması yoluyla sağlanır. Laik bir devlette din kurumları devlet fonksiyonları göremeyeceği gibi, devlet kurumları da din fonksiyonu göremez. Yani laik devlet “dine bağlı devlet” veya “devlete bağlı din” anlayışını reddeder. Kısaca devletin dine bağlı olması kadar dinin devlete bağlı olması da laikliğe aykırıdır.

Ayrıca laik devletin herkesin din özgürlüğünü tanıma zorunluluğu; bir din ya da mezhebi resmi din olarak tanınmasına engel olur. Devlet toplumda yaşayan çeşitli din ve mezhepler arasında taraf tutmamalı, çeşitli dinlerin mensuplarına eşit mesafede durmalı, ayrılık gözetmeksizin herkese eşit davranmalıdır.¹³⁴ Çünkü; devletin belli bir dini ya da mezhebi resmileştirmesi, yurttaşlara eşit muamele etmesini engelleyecek,¹³⁵ bu yönüyle insan

s.153-160.

130 HAFIZOĞULLARI, s.38.

131 AKAD-VURAL DİNÇKOL, s.355.

132 ERDOĞAN, Türkiye’de, s.154.

133 bkz. ÖZBUDUN, s.56; AKAD-VURAL DİNÇKOL, s.355; VURAL DİNÇKOL, s.7-69.

134ÖZBUDUN, s. 56.

135 ERDOĞAN, Türkiye’de, s.154.

hakları ve hukukun üstünlüğü ile bağdaşmayacaktır. Başka bir ifadeyle laik devlet, belli bir dine üstünlük tanımamakta, dinin kurallarını kanunlar ve diğer devlet işlemleri yoluyla vatandaşlarına uygulamamaktadır.¹³⁶

Devletin dine karşı tarafsızlığı pek çok laiklik tanımının ana eksenini oluşturmaktadır. Tarafsızlık; devletin dini bilmemesi, tanımaması, dinin dostu ya da düşmanı olmaması olarak formüle edilmektedir. Bu görüşe göre, devlet ancak bireyin din ve inançları nedeniyle rahatsız edilmesi ya da olumsuz etkilenmesi durumunda dini görür ve müdahil olur. Onun dışında dine karşı kayıtsızdır.¹³⁷

Yine eşitlik ilkesi gereği, laik devlet manevi ya da dini hiçbir tercihe de ayrıcalık tanımamak zorundadır. Bu nedenle dini bir dogmayı savunmayacağı gibi, tanrıtanımaz ya da bilinemezci bir inancı da destekleyemez. Laik çerçevede, manevi yönlendirme konusunda her türlü siyasi müdahale gayri meşru olacaktır. Sonuç olarak laik devlet sadece din karşısında değil dinsizlik doğması karşısında da mesafeli durmalıdır.¹³⁸

Devletin dinler karşısındaki tarafsızlığının kayıtsızlık anlamına gelip gelmediği özellikle ABD örneği ele alınarak tartışılmaktadır. Bir yoruma göre devletin dinler karşısındaki tarafsızlığı kayıtsızlık anlamına gelirken, diğer yoruma göre devlet din ve mezhepler arasında ayırım yapmamak koşuluyla dinlere “müzahir” olabilir. ABD’de son dönemde etkin olan ikinci yorum “dine sempatik tarafsızlık” olarak adlandırılmaktadır.¹³⁹

Bazı yazarlar “devlet yönetiminin din kurallarından etkilenmemesi”¹⁴⁰ ya da “belli bir dinin emirlerinin hukuki yaptırıma bağlanmaması”¹⁴¹’ni da laik devletin nitelikleri arasında saymaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin laiklikle ilgili kararlarında ve Türkiye’deki resmi laiklik söyleminde odak noktası oluşturan çektiği bu anlayış şöyle açıklanabilir.

Laik bir toplumda hukuk düzeninin yanı sıra din düzenlerinin varlığına bakarak, dine hukukta, hukuka dinde kaynaklık değeri izafe edilememeli; bunlar ilkeleri tamamen farklı, normatif düzenler olarak kabul edilmelidir.¹⁴² Kurum olarak laiklik her türlü dinden arınılılığı ifade eder. Kanunlar tamamen beşeri etik ve rasyonel yani belirli bir tarih dönemindeki ortak bilincin benimsediği doğal adalet prensiplerinden kaynaklanan bir içerik

136 ÖZBUDUN, s. 56.

137 GÜNEŞ, S., *Kişî Özgürlüğü ve Güvencesi*, Kazancı Hukuk Yay., İstanbul 1998, s.199.

138 ERDOĞAN, Türkiye’de, s.157.

139 Age, s.157-158.

140 ÖZBUDUN, s. 56.

141 AKAD-VURAL DİNÇKOL, s.355.

142 HAFIZOĞULLARI, s.45.

kazanır.¹⁴³

Laik bir devlette devlet yönetiminin kuralları dine göre değil, toplum ihtiyaçlarının akılcı ve bilimsel yönden değerlendirilmesine göre belirlenir. Bu ilkenin dar yorumuna göre, devlet işlemleri din kurallarına uymak zorunda değildir. Geniş yoruma göre ise iktidar olarak devletin laikliği dini iktidarın devletin üzerindeki açık hakimiyetini olduğu kadar, üstü kapalı hakimiyetini de reddeder. Laik bir devlet düzeninde din hukukun ne maddi ne şekli kaynağıdır,¹⁴⁴ sayılabilirse ancak etik değer olarak hukuka kaynak oluşturabilir.

Bu görüşe karşı itiraz Erdoğan'dan gelmektedir. Yazar dinin “insanlık durumunun bir parçası” olması gerçeğinin reddiyle uygar bir toplumsal siyasal sistem kurulamayacağını söyledikten sonra, dinin toplumsal gerçekliğin parçası olduğu ölçüde bir şekilde pozitif hukuka yansımalarının kaçınılmaz olduğunu belirtmektedir.¹⁴⁵

1.5 Ülkemizde Laikliğin Gelişimi

1.5.1 Osmanlı Devleti Döneminde Laiklik

Osmanlı dönemindeki din devlet ilişkilerinin niteliği, Osmanlı'nın Şer'i bir devlet olup olmadığı yoğun tartışmalara konu olmuştur.¹⁴⁶

Bazı yazarlara göre Osmanlı, dini hükümlerin yönetim ve yargıda tartışılmayacak kadar fazla olduğu teokratik bir devlettir. Osmanlı'nın teokratik bir devlet olduğu düşüncesini savunanların görüşleri şu cümleyle özetlenebilir: “Devletin dini, din-i İslam'dır, kanunlar İslam dininin kaynaklarıdır.”

Laikliği ülkenin her yanında her vatandaş için aynı hukuki mevzuatın uygulanması olarak tanımlayan Ortaylı'ya göre bu tanıma uymayan Osmanlı'nın şer'i olmadığı öne sürülemez.¹⁴⁷ Toplumun örgütlenmesine bakıldığında dini ve geleneksel bir düzenle karşılaşılır.¹⁴⁸ Osmanlı padişahlarının dini bir unvan olan halifeliği kullanmaları da egemenliğin kaynağının ilahi bir otoriteye dayandırıldığını göstermektedir.¹⁴⁹

Ö.Lütfi Barkan gibi düşünürlerin öncülüğünü yaptığı diğer bir grup ise Osmanlı'da

143 TOROSLU, s.456-457.

144 HAFIZOĞULLARI, s.44.

145 ERDOĞAN, Türkiye'de, s.161.

146 ORTAYLI, İmparatorluğun, s.171.

147 ORTAYLI, İ., “Osmanlı Devletinde Laiklik Hareketleri Üzerine”, *Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına*, İÜSBF Yay., İstanbul 1982, s. 498.

148 ORTAYLI, İmparatorluğun, s.176.

149 Age, s.178.

toplum hayatında şer'i mevzuattan çok örfi sultaninin hakim olması sebebiyle, Osmanlı'ya şer'i demenin kolay olmadığını belirtmektedir.¹⁵⁰ Osmanlı'da şeriat denen kurallar sistemi hiçbir zaman yasalaşmamış, “din-devlet” birliği görüntüsü altında, din, dünyevi iktidarın meşrulaştırılması için araç olarak kullanılmıştır.¹⁵¹ Bu nedenle halifelik sadece politik etkisi olan sembolik bir unvandır ve ülkeyi yöneten kanunlarla bir ilgisi yoktur.

Başka bir grup ise Osmanlı'nın teokratik olarak tanımlanmasını yanlış ve yetersiz bulmakta, Osmanlı yönetimini hem “İslami” hem “bürokratik” olarak tanımlamaktadır. Mardin'e göre Osmanlı Yönetimi sultanının asli olarak İslam toplumunun lideri olması anlamında İslami, memurların devlet bütünlüğünü korumaya yönelik uygulamaları açısından bürokratiktir. Yönetimin bu iki niteliği arasındaki denge 17. yüzyılda İslami tarafa doğru kaymışsa da 18. yüzyıldan itibaren bürokratik taraf ağır basmıştır.¹⁵² Nitekim daha sonra hukuk alanında yapılacak yeniliklerde, Ortaylı'ya göre 19. yüzyıl koşulları içinde merkezîyetçi bir yapı kazanan Osmanlı bürokrasisinin, standart ve derlenmiş bir hukuki mevzuata ihtiyaç duymasının da etkisi vardır.¹⁵³

Osmanlı İmparatorluğunda batılılaşma hareketleri elbette Tanzimatla başlamaz. Tanzimat aynı zamanda bir yandan araştırmacı ve batıcı diğer yandan muhafazakar çizgiyi ifade eden bir zihniyettir. Başka bir deyişle Tanzimat Avrupa ortak hukukuna girme çabasıyla birlikte padişahın mutlak otoritesine karşı gösterilen ilk muhalefet girişimidir.¹⁵⁴

Çünkü 1839 yılında ilan edilen Tanzimat Fermanı, biraz da batı dünyasının gittikçe güçsüzleşen Osmanlı Devletinin üzerindeki baskısının sonucudur. Fermanın ilk bölümünde Kur'an hükümlerine ve şeriat hükümlerine saygı duyulacağı yer olsa da “gayrimüslim tebaayla ilgili işlemlerin Nezarete bırakılması, gayrimüslim tebaanın can, mal, ırz, namus güvenliğinin ön planda tutulması, vergi vermede eşitlik” gibi düzenlemeleri getirmesi nedeniyle önemlidir.

Fermanın etkisi hukuk alanında kendini göstermiştir. Fermandan altı ay sonra yapılan 1840 tarihli Ceza Kanununda hiç kimsenin şeriata göre açıkça yargılanmadan ölümle cezalandırılmayacağı düzenlemesi geldi. Böylece ilk defa batının temel kurumlarından biri İslam Hukukunun yanında yer almaya, düalist bir yapı oluşmaya başlamıştır. Aslında 19. yüzyılda Osmanlı Devletindeki laikleşme çabalarına bakılacak olursa, bu çabaların tümünün

150 ORTAYLI, Osmanlı, s. 499.

151 ERDOĞAN, Secularism, s.190.

152 MARDİN, Ş., *Türkiye'de Din ve Siyaset (Makaleler 3)*, İletişim Yay., İstanbul 1991, s.40.

153 ORTAYLI, İmparatorluğun, s.180.

154 TUNAYA, T. Z., *Türkiye'nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri*, İstanbul 1960, s.31-43.

İslami kurumlarla laik kurumları bir arada yürütmeye yönelik olduğu görülmektedir.¹⁵⁵

Laiklik konusunda ilk adımlar, 1839 Gülhane Hattı Hümayunu ile atılmaya başlanmıştır. Belgede yer alan, müslim-gayri müslüm ayrımının yapılamayacağına dair ifadeler dikkat çekmektedir. Ancak başlangıç kısmında Devlet-i Aliyenin kuruluşundan itibaren son yüz elli sene öncesine gelinceye kadar “İslam ahkamına” tam anlamıyla uyulduğu, bu dönemde devletin kuvvetinin, tebaanın refah ve memnuniyetinin en yüksek noktada bulunduğu fakat yüz elli sene öncesinden beri çeşitli nedenlerle İslam hükümlerine uyulmadığı, bu yüzden devletin eski kuvvetini kaybettiği belirtilmekte, kurtuluşun tekrar İslamiyete dönüşmekte olduğu vurgulanmaktadır.

Tanzimat döneminin ikinci dönemi 1856 Islahat Fermanının ilanı ile başlamıştır. Islahat Fermanı Gühane Hatt-ı Hümayunu’nu açıklayarak, vergi, askerlik ve eğitim alanlarında Müslüman tebaa ile Hıristiyan tebaa arasında eşitlik sağlamaktadır.

Daha sonra Hıristiyanların vatandaşlıkları kabul edilmiş, 1861 yılında siyasi temsil hakları sağlanmıştır. Eğitim alanında medreselerin yanında modern okulların açılması, şer’i mahkemelerin yanına ticaret ve nizamiye mahkemeleri kurulmak suretiyle, şer’i mahkemelere alternatif mahkemeler oluşturulması gibi uygulamalar, yine bu dönemde gerçekleşmiştir.

1876 Kanun-i Esasiye’si bu yeniliklerin yarattığı ortamda yeşeren Anayasalcılık akımının bir sonucudur. Ancak daha çok Padişahın istediği zaman geri alabileceği, tek taraflı bir bağışlama ifadesi niteliği taşımaktadır.

Belgenin 11. maddesinde “Devlet-i Osmaniye’nin dini, Din-i İslâmdır” ifadesi ile devletin resmi dinini İslam olarak açıklamakla kalmamış, 4. maddesinde devlet reisinin aynı zamanda Halife sıfatıyla İslâm dininin hâmisî ve en yüksek ruhanî reisi olduğunu ilan etmiştir. Padişahın vazifelerinden biri de “Ahkâm-ı Şer’iye”nin icrasıdır. Ayan Meclisi kanun teklif ve tasarılarında “Umuru Diniyeye ... halel verir bir şey görürse...” bunları tasdik etmemekle görevlidir.

Kanun-i Esasiye’nin asıl önemi devletin sınırları içindeki tüm din ve mezheplere din hak ve özgürlüğünü sağlamış olmasıdır. Ayrıca 8. maddede Osmanlı tebaasının Müslim Gayri Müslim ayrılmaksızın yasalar karşısında eşit olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla, “Osmanlılık”, ırksal, dilsel veya dinsel bir vatandaşlık anlayışı değil, hukuki, anayasal bir vatandaşlık anlayışı haline gelmektedir.

Osmanlıda modern toplum ve devlet fikrinin son gerçekleştirme çabası 24 Temmuz 1908’de ilan edilen İkinci Meşrutiyettir. İkinci Meşrutiyet döneminde, bazı aralıklar dışında, ülkeyi, İttihat ve Terakki Cemiyeti yönetmiş, parlamentoya tek başına hakim olarak fiili bir

155 TUNAYA, Türkiye’nin, s.23.

tek parti sistemi kurmuş, tek başına kanun koyucu olmanın getirdiği güçle bütün sosyal hayata tahakküm edebilmiştir.¹⁵⁶

1.5.2 Cumhuriyet Dönemi Laiklik

Cumhuriyet'in laik kurumlarının ve düzenlemelerinin düşünsel kökenlerinin 19. yüzyıla kadar uzandığı belirtilmişti. 19. yüzyıl sonunda Osmanlı düşünce hayatına damgasını vuran siyasal düşünce akımları İslamcılık, Batıcılık ve Milliyetçilikti. İttihat ve Terakki ile ulus devlet inşasına girişen Kemalizm arasında politika yapma tarzı açısından süreklilik olmakla birlikte ideolojik açıdan kesintiler gözlenmektedir.¹⁵⁷

Cumhuriyet'i kuran yenilikçi reformcu kadro elbette dünyadaki gelişmeleri takip ediyordu. Bu gelişmelerin etkisiyle din anlayışlarının da farklılaşmaya başladığı söylenebilir. Bu tür değişik din anlayışlarına sahip olanlar İslam'ı da bu anlayış çerçevesinde konumlandırma yolunu seçmiş görünmektedirler.¹⁵⁸

Osmanlı'nın son dönemine modern batı karşısındaki yenilgisine şahit olmuş bu kadrolar, çözümü modern bir devlet kurmakta bulmuşlardı.¹⁵⁹ Öncesinde yapılan dinsel reformlarda, ulemanın modern toplum kurma hareketinde halka liderlik yapmasının mümkün olmadığı anlaşılmıştı. Bu durumda geliştirilen ve çoğunluğun desteklediği proje; halkın liderliğine ulemanın yerine öğretmenin geçmesi, padişahlık yerine milliyetçiliğin bir ideoloji haline gelmesiydi.¹⁶⁰ Cumhuriyet'in ilk yıllarındaki devrimlerin çoğu yapısal değişiklikler yerine Türk toplumundaki değerler sistemini değiştirmeye yönelik olmasının sebebi budur.¹⁶¹ Amaç toplumu İslami bir konum yerine batılı bir konuma oturtmaktır.

Bunun üzerine Cumhuriyeti kuran Kemalist kadro, Osmanlı reformcularının yaptığı gibi geleneksel düzeni restore ederek modernleşme mantığına karşı çıkararak geleneksel düzenin tüm yönlerine karşı çıkan yepyeni bir devlet ve toplum düzeni yaratma yolunu seçti.¹⁶²

156 TUNAYA, Türkiye'nin, s.214.

157 ÜNÜVAR, K., "İttihatçılıktan Kemalizme İhya'dan İnşa'ya", *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce (Cumhuriyet'e Devreden Düşünce Mirası Tanzimat ve Meşrutiyet'in Birikimi)*, C. 1 Edit. Mehmet Ö. Alkan, 2. Bas., İletişim Yay., İstanbul 2001, s. 140.

158 MERT, N., *Laiklik Tartışmalarına Kavramsal Bir Bakış*, Bağlam Yay., İstanbul 1994, s.57-80.

159 SAYARI, B., "Türkiye'de Dinin Denetim İşlevleri", *AÜSBFD*, C.XXXIII, N.1-2, Ankara 1978, s.176.

160 MARDİN,

161 SAYARI, s.176

162 SARIBAY, A. Y., *Post Modernite Sivil Toplum ve İslam*, İletişim Yay., İstanbul 1994, s. 59.

Bu batılılaşma fikrinin karşısındaki en güçlü ve yaygın karşı ideoloji dindi.¹⁶³ Her devrim karşısına kaçınılmaz olarak bir gericiliğin çıkacağını hesaplar.¹⁶⁴ Kemalistlerin Türk siyasetinde İslam'ın önemli bir faktör olduğunu ve bunu önlemek için gerekli önlemler alınmadığı sürece kendilerine karşı kullanılacağını bilmeleri; laikliğin çok katı bir biçimde uygulanmasının ve bir ideoloji haline getirilmesinin temel nedeniydi.¹⁶⁵ “Laiklik her şeyden önce batılılaşma çabalarını önlemek isteyen bir dünya görüşünü tesirsiz hale getirmek için kabul edilen bir ilkedir.”¹⁶⁶

Tunaya Atatürk'ün laiklik politikasını “Osmanlı düzenini devam ettirmemek, batı medeniyetini kabul etmek, siyasal ve sosyal hayatta çağdaşlaşma” olarak üç kurala dayandırırken¹⁶⁷, Sayarı Atatürk önderliğindeki milliyetçiliğin siyasi amaçlarını şöyle sıralamıştır: “ulusal devlet ve ulusal devletin amaçlarına meşruiyet sağlayacak bir ideolojinin benimsenmesi; devlet otoritesinin toplumdaki bireyler ve etnik dinsel ve başka guruplar üzerinde sağlanması; kitleleri mobilize etmek amacıyla ulusal bilincin yaratılması.”¹⁶⁸

İslamiyet ve laiklik kısmında incelendiği gibi İslam öznel yapısı gereği bu amaçlarla çelişki yaratacak potansiyele sahipti. Bu nedenle Atatürk dini asli fonksiyonuna döndürmek, yapmayı tasarladığı inkılapların karşısına çıkarılmasını önlemek ve dolayısıyla politikanın dışında kalmasını sağlamak istemiştir.¹⁶⁹

1.5.2.1 1921 Teşkilatı Esasiye Çerçevesinde Laiklik

20 Ocak 1921 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu ilk maddesinde egemenliğin tanrıya değil, ulusa ait olduğunu ilan eden, 24 maddelik kısa bir anayasadır. Yapıldığı dönem itibariyle Anayasada sadece devletin örgütlenişine; yasama, yürütme ve yargıya ilişkin bazı temel esaslar düzenlenmektedir.

Milli Mücadele her ne kadar batıya karşı verilmişse de amaç batının siyasi kurumları ile bütünleşmektir. Mustafa Kemal niyetini açıkça şu sözleriyle belli etmişti: “Büsbütün yeni kanunlar vücuda getirerek eski hukuk esaslarını temelinden yıkmak teşebbüsündeyiz...”¹⁷⁰

163 SAYARI, s.176

164 PERİNÇEK, D., *Kemalist Devrim II-Din ve Allah*, 2. Bas., Kaynak Yay., İstanbul 1994, s.168.

165 SAYARI, s.173-174.

166 ALDIKAÇTI, O., “Atatürk İnkılaplarında Laiklik”, *İÜHFİM*, Doğumunun Yüzüncü Yılında Atatürk'e Armağan, İstanbul 1981-1982, s.41.

167 TUNAYA, T. Z., *Atatürkçü Laiklik Politikası*, TTK Basımevi, Ankara 1970, s.33.

168 SAYARI, s. 175.

169 ALDIKAÇTI, s. 40.

170 TUNAYA, T. Z., *Devrim Hareketleri İçinde Atatürk ve Atatürkçülük*, 2. baskı (genişletilmiş), Turhan

Bu bakış amaçla çok kısa bir zaman diliminde gerçekleştirilen Saltanatın kaldırılması, 3 Mart 1924’de hilafetin kaldırılması aynı gün Şeriye ve Evkaf Vekâleti'nin kaldırılarak bu bakanlığa bağlı medreselerin işlevlerine son verilmesi ve yalnızca din işleriyle uğraşacak Diyanet İşleri Başkanlığı'nın kurulması, tarikat ve zaviyelerin kapatılması, 1924’de dinsel mahkemelerin kapatılarak yargı birliğinin sağlanması gibi adımlar Laiklik ilkesinin özünü oluşturmaktadır.¹⁷¹

1.5.2.2 1924 Anayasasında Laiklik

1.5.2.3 Tek Parti Dönemi

1921 Teşkilatı Esasiye'nin 1876 Osmanlı Kanun-u Esasiye'sini yürürlükten kaldırmamış olması ve yeni kurulan devlet için yetersiz kalması yeni bir Anayasa ihtiyacını doğurmuştu.¹⁷² Sonuçta 20 Nisan 1924’de yeni anayasa kabul edildi. Bu dönemin en önemli özelliği Cumhuriyeti kuran kadronun, dönemin tek partisi olan CHP çatısı altında “modern toplum/devlet” kurma projesini hayata geçirmesi olmuştur.

1924 Anayasasında da Egemenlik yetkisi, 1921 Anayasasında olduğu gibi, kayıtsız koşulsuz ulusa verilmişti. Ancak, Anayasa'nın 2. maddesinde “Türkiye Devletinin dini; din-i İslam’dır.” hükmü yer almaktaydı. Ayrıca 26. maddede “ahkâmı şer’iye’nin tenfizi” yani devletin şeriat hükümlerine göre yönetileceği belirtilerek, siyasal iktidarın ruhani bir görev de yüklenmesi sağlanmıştı. Ancak dönemin koşulları nedeniyle kuramsal olarak teokratik gibi görünen bu Anayasanın¹⁷³ laikleşme sürecine engel olmayacak şekilde yorumlanmaya elverişli olduğu kuşku götürmez. Nitekim bu dönemde arzuladıkları modern toplumu bir an önce kurmak isteyen “inklapçı kadrolar” pek çok yasal düzenleme yapmışlardır¹⁷⁴: 25 Kasım 1925’de Şapka ve Kıyafet Kanununun kabulü, 30 Kasım 1925’de Tekke ve Zaviyelerin kapatılması, 1926 yılında Türk Medeni Kanunu, Ticaret Kanunu ve Ceza Kanununun kabulü.¹⁷⁵

Bu gibi değişimlerin kısa sürede gerçekleştirilmesi Laikleşme projesinde önemli bir yolun kat edilmesi anlamına gelmektedir. Sonuçta laikliğin tam anlamıyla yasal tabana

Kitabevi, İstanbul 1981, s.278-296.

171 ŞAYLAN, G., *Türkiye’de İslamcı Siyaset*, 2. Bas. (gözden geçirilmiş), Verso Yay., Ankara 1992, s. 83-86.

172 DİNÇKOL VURAL s. 34.

173 Age, s. 35.

174 ÜNÜVAR, s.138

175 ERGİL, D., “Laiklik”, *AÜSBFD*, C. XLIV, S. 3-4, 1989 Ankara, S.12.

oturtulması için, 1924 Anayasası'nda yer alan “Türkiye devletinin dini İslâm'dır” hükmünü tartışan TBMM, 10 Nisan 1928'de Anayasa'nın ikinci maddesini değiştirip, 16. ve 38. maddeler gereğince milletvekilleri ile cumhurbaşkanının ant içerken söylemek zorunda oldukları “vallahı” sözcüğünü maddelerden çıkardı. Ayrıca, 26. maddedeki “ahkâmı şer'iyenin tenfizi” sözcükleri de Anayasa'dan çıkarıldı.¹⁷⁶ 3 Şubat 1928'de hutbelerin Türkçe okunmasının kabul edilmesini, dualar ve ezanın Türkçe'ye çevrilmesi çalışmaları izledi. Bu dönemde sürekli olarak dinin bir “vicdan meselesi” olduğu vurgulanmıştır. 1928 Anayasa değişikliği gerekçesi “İnsanları manevi mutluluğa kavuşturma işini almış olan din, vicdanlarda yüce yerini alacak ve Allah ile kul arasında bir kutsal ilişki aracı durumuna girmiş bulunacaktır.”¹⁷⁷ Bu vurgunun altında CHP'nin dini bir karşı ideoloji olarak görmesi ve dinin toplum işlerinden, toplumsal görevlerden sıyrılıp vicdanlara itilerek, kişilerin iç dünyalarından dışarıya taşmayan bir inançlar bütünü haline gelmesini istenmesi yatmaktadır.

Sonunda 5 Şubat 1937'de Anayasa'nın ikinci maddesinde laiklik ilkesine yer verilmesi ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laik bir devlet olduğunun yazılmasıyla, laiklik devrimi tamamlanmış oldu.¹⁷⁸ Görüldüğü gibi devleti laikleştirmeye ve toplumu dönüştürmeye yönelik düzenlemeler, laiklik ifadesi Anayasada yer almadan önce yapılmış, laiklik ifadesi dönüşümün bir sonucu olarak Anayasada yer almıştır.

1.5.2.4 Çok Parti Dönemi

Laiklik konusundaki ilk reformların 1945'de devlet başkanı İsmet İnönü'nün çok partili hayata geçileceğini açıklaması üzerine gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Çok partili yarışmacı bir siyasal hayat ve bunun beraberinde getireceği oy rekabetinin, Cumhuriyet Halk Partisini (CHP) dine karşı tutumunu yeniden gözden geçirmeye zorladığı görülüyor.¹⁷⁹

1947 yılında yapılan Cumhuriyet Halk Partisi Kurultayında, delegeler bir çok yararlı yanının bulunmasına rağmen, bazı nitelikleri nedeniyle laiklik kavramının din karşıtı olarak da algılanabileceğini belirtmişlerdir. Bu kaygının altında İslam dininin niteliği gereği devletin dinden bağımsızlaşmasına uygun olmaması yatmaktaydı. Devleti dinin etkisinden koruyabilmek için dini devletin kontrolü altına almak en uygun yöntemdi.¹⁸⁰ Bunun üzerine

176 PERİNÇEK, s.175.

177 Age, s.160.

178 ALDIKAÇTI,

179 TARHANLI, İ., *Müslüman Toplum, “Laik” Devlet*, Afa Yay., İstanbul 1993, s.23-25.

180 SAYARI, s. 180.

Kongrede yapılan tartışmalar sonucu laiklik kavramını liberalleştirecek ilkelere ulaşıldı.¹⁸¹

1947 Kongresi'nin ilkelerinden cesaret alan hükümet 1947'de hacılar için döviz teminini, 1949'da ilkokul programlarına seçmeli dini konulmasını, din adamları için imam-hatip kursları açılmasını, 1949'da Ankara Üniversitesinde bir İlahiyat Fakültesi kurulmasını Din adamlarının denetiminin Diyanet İşleri Başkanlığına aktarılmasını gerçekleştirdi.¹⁸² Böylece Kemalist rejim, örgütlü İslam'ı kontrolü altında tutma amacıyla din üzerinde yönetsel denetimini büyük ölçüde genişletmiş oldu.¹⁸³

Yine de bu değişiklikler seçmeni tatmin etmedi ve seçim öncesinde din ve vicdan özgürlüğüne getirilen kısıtlamaları engellemeyi vaat eden Demokrat Parti (DP) seçimi kazandı.¹⁸⁴

1950'de iktidara gelen Demokrat Parti'nin o zamana kadar süregelen uygulamalara göre daha tavizkar davranmasına karşın, temelde Kemalist laiklik anlayışına sahip çıkmaya çalıştığı görülmektedir.¹⁸⁵ Batılı örnekleriyle karşılaştırılacak olursa CHP'nin Fransız laikleşmesini, DP'nin ise toplumsal modernleşmenin daha uzlaşmacı biçimi olan Anglo-Sakson türü sekülerleşme anlayışını temsil ettiği söylenebilir.

DP'nin Parti programında laiklikle ilgili şu ifadeler yer almaktadır: “Partimiz laikliği, devletin siyasette dinle hiç bir ilgisi bulunmaması ve hiç bir din düşüncesinin kanunların tanzim ve tatbikinde müessir olmaması manasında anlar ve laikliğin din aleyhtarlığı şeklinde yanlış tefsirini ret eder. Din hürriyetini diğer hürriyetler gibi insanlığın mukaddes haklarından tanır”. Demokrat Parti bu yaklaşımını İmam-Hatip kurslarının düzenli İmam-Hatip okullarına dönüştürülmesi, ezanın Türkçe'den Arapça'ya tekrar çevrilmesi, din eğitiminin önce ilkokul, sonra ortaokul programlarına konulması, devlet radyosundan dini içerikli programların yayınlanması gibi örneklerle hayata yansıtmıştır. Ancak DP'nin siyasal ömrü laik değerlere sıkı sıkıya bağlı ve bu konuda oldukça duyarlı olan asker-sivil bürokrat kadro tarafından sona erdirilmiştir.

Sonuçta Kemal Atatürk'ün kurduğu devleti koruma gerekçesiyle 27 Mayıs 1960'da ordunun yönetime el koyması üzerine Türkiye'de demokratikleşme süreci kesilmiştir.

181 TARHANLI, s.23.

182 TARHANLI, s.23-25.

183 TARHANLI, s.25.

184 SAYARI, s.181.

185 TARHANLI, s.25-26.

1.5.2.5 1961 Anayasasında Laiklik

27 Mayıs darbesinin ardından yeniden demokrasiye geçişin anahtarı “Kurucu Meclis” tarafından hazırlanan 1961 Anayasası olmuştur. Anayasanın “Genel Esaslar” başlığını taşıyan birinci kısmında devletin şekli, cumhuriyetin nitelikleri gibi temel ilkeler düzenlenmiştir. Bu ilkeler arasında laiklik de sayılmaktadır: “Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen, temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.”¹⁸⁶

1961 Anayasası laikliği devletin temel nitelikleri arasında saymakla yetinmemekte, Partilerin uyacakları esasları belirleyen 57. maddede partilerin laiklik ilkesine uymak zorunda olduklarını vurgulamakta, temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği 19. maddede din ve vicdan özgürlüğünü teminat altına almaktadır:

“Herkes, vicdan ve dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. Kamu düzenine veya genel ahlaka veya bu amaçlarla çıkarılan kanunlara aykırı olmayan ibadetler, dini ayin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz. Kimse, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz. Din, eğitim ve öğrenimi, ancak kişilerin kendi isteğine ve küçüklerin de kanuni temsilcilerinin isteğine bağlıdır. Kimse, 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 edemez ve kötüye kullanamaz. Bu yasak dışına çıkan veya başkasını bu yolda kışkırtan gerçek ve tüzel kişiler hakkında, kanunun gösterdiği hükümler uygulanır ve siyasi partiler Anayasa Mahkemesince temelli kapatılır.”¹⁸⁷

1961 Anayasasının, 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu göre, temel hak ve özgürlüklere daha geniş bir yer verdiği hemen gözlemlenmektedir. Keza bu Anayasa temel hak ve özgürlükler sınırlandırılmasını oldukça güvenceli bir sisteme bağlamıştır.

Anayasanın belirgin yanı bir yandan çağdaş ve açık görünmekle birlikte, diğer yandan dayanışmacı milliyetçi bir anlayışın ve Kemalist ideolojinin taşıyıcısı olmasıdır.¹⁸⁸ Örneğin 1961 Anayasası 1924 Anayasasında olan altı ilkedeki halkçılığı, devletçiliği ve inkılapçılığı kabul etmemiş, milliyetçilik ilkesini ise “milli devlet” olarak değiştirerek kabul etmiştir. Ayrıca dini kendi içinde düzenlemekle kalmayıp; hem de 1920’lerden bu yana hukuk sisteminin içinde yer alan laikleşmeyle ilgili bir dizi organik kanuna atıfta bulunması, hem de

186 TC 1961 Anayasası, madde 2.

187 TC 1961 Anayasası, madde 19.

188 ERDOĞAN, Türkiye’de, s.89.

bu kanunların yargı denetimi dışında tutulacaklarını öngörmesi nedeniyle laikliğe ideolojik bir vurgu yaptığı söylenebilir¹⁸⁹

1961 Anayasası dönemi, 12 Eylül 1980 günü Türk Silahlı Kuvvetlerinin “emir komuta” zinciri içerisinde emirle yönetime el koymasıyla sona ermiştir.¹⁹⁰

1.5.2.6 1982 Anayasasında Laiklik

Laiklik kavramı; 12 Eylül darbesiyle tüm yönetim yetkilerini kendi elinde toplayan Milli Güvenlik Konseyi'nin, 27 Ekim 1980 tarih 2324 sayılı “Anayasa Düzeni Hakkında Kanun” ile yapımına karar verdiği 1982 Anayasasının belirleyenlerinden biridir. Başlangıç kısmı 7. paragrafta: “Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” ifadesine yer verilerek, anayasanın dayandığı temel değer ve prensiplerden biri olduğu ilan edilmiştir.

Anayasanın 176. maddesi göre, Anayasa metnine dahil olan ve uygulanabilirlik açısından diğer maddelerden bir farkı bulunmayan Başlangıç bölümü Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle “Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri içermekle Anayasa maddelerinin amacını ve yönünü belirleyen bir kaynak”tır. Dolayısı ile göre başlangıç ilkelerinin tümünü bağlayıcı normlar olarak nitelendirmek zorunluluğu vardır.¹⁹¹

Ancak Anayasaların yapılış nedenlerini ve dayandıkları temel felsefeleri yansıtan başlangıç metinlerinin temel işlevleri pozitif anayasal normların uygulanışında yorumlayıcı olarak ele alınmalarıdır.¹⁹² Başlangıç ilkeleri içinde yer alan “Türk milli menfaatleri, Türk varlığı, Türklüğün tarihi ve manevi değerleri, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliği” gibi terimlerin hukuksal niteliğe sahip olduklarını iddia etmek mümkün değildir.¹⁹³ Bu kadar belirsiz ifadeler içeren, karmaşık bir metinden anayasal anlamda uygulanabilir prensipler çıkarmak oldukça güçtür.¹⁹⁴

Atatürk ilke ve inkılapları başlangıç dışında anayasanın çeşitli maddelerinde de yer

189 MARDİN, Ş., Türkiye’de Din, s. 128

190 ÖZBUDUN, s. 27

191 AMK, E.1988/64, E.1990/2, E. 1988/62, E. 1990/3.

192 YÜZBAŞIOĞLU, N., *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İÜ Basımevi, İstanbul 1993, s.118.

193 TANÖR, B., *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Bas, BDS Yay., İstanbul 1994, s. 198.

194 YÜZBAŞIOĞLU, s.116.

almaktadır. Yüzbaşıoğlu'na göre; bu düzenlemeler Atatürk ilke ve inkılaplarının bireyler ve devlet kurumları için bağlayıcı bir devlet ideolojisi oluşturduğunu göstermektedir. Dolayısıyla anayasa hukukumuz açısından Atatürk ilke ve inkılapları diğer anayasal normlara göre üstündür; en azından anayasal normlar anayasanın özünü ve ruhunu yansıtan Atatürk ilke ve inkılaplarına uygun yorumlanmak zorundadırlar.¹⁹⁵

Bu bakış açısının “ideolojik devlet” düşüncesini çağrıştırdığını söylemek mümkündür. Erdoğan ideolojik devleti, kendi ideolojisi doğrusunda bireylerin dünya görüşlerine ve hayat tarzlarına müdahale eden devlet olarak anlatmaktadır. Kaçınılmaz olarak böyle bir devlet kendi ideolojisi doğrultusunda istek ve tercihlerini uygun bulduğu yurttaşları kayırarak, diğerlerini mağdur edecektir. Ayrıca yasa yapma sürecinde teknik gereklilikler değil, devlet seçkinlerinin ideolojik tercihleri belirleyici olacak, hukuk gündelik siyasetin bir aracı haline gelecektir. Dolayısıyla kamu politikalarını belirleyen temel siyasi kararların alınmasında asker ve sivil bürokrasinin istekleri, halkın tercihlerinin yerine geçecektir. Böyle bir devlet modelinin en vahim yanı ise devletin meşruluğunu halktan ve hukuktan değil de kendi ideolojisinden alması ve sonucunda, topluma karşı sorumluluk taşımamasıdır.¹⁹⁶

Laiklik 1982 Anayasası 4. maddeye göre “değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez” niteliğe sahip 2. maddede Cumhuriyetin nitelikleri arasında bir kez daha sayılmaktadır;

Anayasanın 2. maddesine 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”

Ancak Başlangıç Kısım 7. paragraf dikkate alındığında laikliğin sadece cumhuriyetin niteliklerinden biri olmanın ötesinde cumhuriyetin temeli olduğu anlaşılır.¹⁹⁷ Laiklik 2. maddenin gerekçesinde şöyle açıklanmaktadır “Hiçbir zaman dinsizlik anlamına gelmeyen laiklik, her ferдин istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dini inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tabi kılınmaması anlamına gelir.” Görülüyor ki gerekçede vurgu yapılan laikliğin “dinsizlik” olarak yorumlanamayacağı başka bir ifadeyle; laikliğin toplumsal ilişkilerin manevi değerlerden soyutlanmasını gerektirmediğidir.

1982 Anayasasının “Din ve vicdan hürriyeti” başlıklı 24. maddesi 1. fıkrasında “Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.” cümlesiyle din ve vicdan özgürlüğü tanınmış, ikinci fıkrada “14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla

195 Age., s.98.

196 ERDOĞAN, Anayasal, s.270.

197 YÜZBAŞIOĞLU, s. 171.

ibadet, dini âyin ve törenler serbesttir” ifadesiyle dinin uygulama kısmına bir sınırlama getirilmiştir.

Anayasa 14. madde 1. fıkrası bu sınırı şöyle çizer: “(Değişik: 3.10.2001-4709/3 md.) Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.”

Ayrıca Anayasa madde 24/3 ile “Kimse, ibadete, dini âyin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.” diyerek dini inanç ve kanaat özgürlüğünü düzenlemekte, 24/5 maddede “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” diyerek dinin ve dini duyguların siyasi amaçlara alet edilmesini yasaklamaktadır.

Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasındaki yasakla amaçlanan; dinin ve din duygularının şahsi veya siyasi nüfuz elde etmek amacıyla, dinin aldatma aracı haline getirilmesinin önlenmesidir¹⁹⁸ Burada önemli olan, güdülen amaçtır: Eğer “dini, din duygularını ya da dince kutsal sayılan şeyleri “istismar etme ve kötüye kullanma kastı” varsa düşünce açıklama hürriyetinin kullanılmasından bahsedilemez. Çünkü; bu durumda, hakkın kötüye kullanılması söz konusudur.¹⁹⁹

Laik devlet laik öğretimi gerektirmektedir. Laik öğretim ise; devlet okullarının dini bir cemaat tarafından idare edilmemesi, öğretim esaslarının dini esasa dayanmaması ve okullara kabul için dini inanç şartı aranmaması ile gerçekleşmektedir. 1982 Anayasası 24. madde 4. fıkrada din kültürü ve ahlak bilgisi zorunlu hale getirilmiştir. Bu yönüyle laiklik ilkesi ile çelişmektedir.²⁰⁰

Laikliğin bir başka gerekliliği olan eşitlik ilkesi Anayasa 5. maddede şöyle ifade edilmiştir: “ Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir... Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.”

Sonuç olarak 1982 Anayasası 6. maddede “Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir.”,”Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi

198 DİNÇKOL VURAL, s. 104.

199 SOYSAL, M., *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 7. Bas, Gerçek Yay., İstanbul, 1987, s. 261.

200 AKAD-VURAL DİNÇKOL, s.357.

kullanamaz.” hükümleriyle egemenliğin ilahi değil beşeri bir iradeden kaynaklandığını ifade ederek laikliğe vurgu yapmaktadır.²⁰¹

1.6 Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik

1961 Anayasası'nın 153. maddesi, 174. madde olarak 1982 Anayasası'na olduğu gibi alınmış, ayrıca 1982 Anayasası'nın Başlangıcıyla kimi maddelerinde açıkça yer verilerek laiklik anlayışı benimsenmiştir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi gerek 1961 Anayasası gerekse 1982 Anayasası döneminde, laiklik ilkesini Anayasal düzenin temeli olarak kabul etmiş, laikliğin korunması yönünde son derece hassas davranmış, laiklik anlayışında sürekli bir içtihat oluşturmuştur.²⁰²

Kararlarda ilk göze çarpan unsur batı dünyasından alınan laiklik kavramının Türkiye'de farklı bir anlam taşıması bu nedenle farklı bir uygulama şeklinin gerekliliğidir. Uygulama farklılığı ülkelerin içinde buldukları özgün şartlar, Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasında laikliğin önemi, modern devlet yaratma sürecinde laikliğin rolü ya da İslam dininin öznel yapısı ile gerekçelendirilmiştir;

“Her şeyden önce şurasını belirtmelidir ki, laiklik ilkesi din ve Devlet ilişkilerini düzenleyen bir ilke olması nedeniyle, her ülkenin içinde bulunduğu ve her dinin bünyesinin oluşturduğu koşullar arasındaki ayrılıkların, laiklik anlayışında da ortaya ayrımlar çıkarması zorunlu bir sonuçtur.”²⁰³

“Türkiye’de laiklik ilkesinin uygulanması, rejimleri değişik kimi batılı ülkelerdeki laiklik uygulamalarından farklıdır. Laiklik ilkesinin, her ülkenin içinde bulunduğu koşullarla her dinin özelliklerinden esinlenmesi, bu koşullarla özellikler arasındaki uyum ya da uyumsuzlukların laiklik anlayışına da yansiyarak değişik nitelikleri ve uygulamaları ortaya çıkarması doğaldır.”²⁰⁴

“İslamlık bireylerin yalnız vicdanlarına ilişkin olan dinî inanç bölümünü düzenlemekle kalmamış, aynı zamanda bütün toplum ilişkilerini, devlet faaliyetlerini ve hukuku da tanzim etmiştir”²⁰⁵

Anayasa Mahkemesi değişik kararlarında tekrar ettiği laiklik anlayışını şöyle

201 AKAD-VURAL DİNÇKOL, s.356.

202 YÜZBAŞIOĞLU, s.174.

203 AMK., E. 1970/53, K. 1971/76, k.t.21.10.1971.

204 AMK., E. 1989/1, K. 1989/12, k.t.7.3.1989.

205 AMK., E. 1995/17, K. 1995/16, k.t.21.06.1995.

açıklamaktadır:²⁰⁶

1. Dinin devlet işlerinde etkili ve egemen olmaması,
2. Dinin, bireyin manevi yaşamına ilişkin olan dini inanç bölümünde, aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir özgürlük tanınarak dinlerin anayasal güvence altına alınması,
3. Dinin, bireyin manevi 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,

Kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla, dinsel hak ve özgürlükler konusunda devlete denetim, yetkisi tanınması.

Görülüyor ki Anayasa Mahkemesi din ile devletin birbirinden ayrılmasını laikliğin gereği saymıştır: “Hukuki yönden, klasik anlamda laiklik, din ve Devlet işlerinin birbirinden ayrılması anlamına gelmektedir. Ayrılık, dinin Devlet işlerine, Devletin de din işlerine karışmaması biçimindedir. ...”²⁰⁷

Ancak Cumhuriyet’in ilk yıllarında Laiklik ideolojisinin bir parçası haline gelen: “dinin ait olduğu yere, vicdanlara dönmeli” ve “İslamiyet’te din ve devlet birbirinden ayrılamıyorsa, devletin dinden bağımsızlığını sağlayabilmek için din devletin kontrolü altına alınmalı”²⁰⁸ eğiliminin Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında etkin bir biçimde yer aldığı gözlenebilir: “... dinin toplum için manevi bir disiplin olmasının sağlanması ve böylece Türk Milletinin çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi, yücelmesi ana ereğinin gerçekleştirilmesi”nin temin edilmesi olarak ifade edilmiştir.”²⁰⁹

“Devlete, dinsel konularda denetim ve gözetim hakkı tanınması, din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir sınırlama sayılmaz.”²¹⁰

“Laik düzende özgün bir sosyal kurum olan din, devlet kuruluşuna ve yönetimine egemen olamaz” “... sınırsız, denetimsiz bir din hürriyeti ve bağımsız bir dini örgütlenme anlayışının ülkemiz için pek ağır tehlikelerle yüklü olduğu uzak ve yayın tarihi tecrübelerle anlaşılmıştır. Bu nedenlerle Anayasa Koyucu, mabedin ve din işleriyle uğraşan kimselerin özerkliği veya, bağımsızlığı biçiminde sınırsız ve Devlet denetimi dışında kalan bir din hürriyeti anlayışının Anayasa’da kabul edilen laiklik düzeni ve ilkelerine uygun

206 AMK., E. 1989/1, K. 1989/12, k.t.7.3.1989; E. 1995/17, K. 1995/16, k.t.21.06.1995.

207 AMK., E. 1970/53, K. 1971/ 76, k.t.21.10.1971.

208 SAYARI, s. 180.

209 AMK.,E.1970/53, K. 1971/ 76, k.t.21.10.1971.

210 AMK., E.1989/1, K. 1989/12, k.t.7.3.1989.

görmemiştir”²¹¹

Temel hak ve özgürlükler açısından konuya yaklaştığımızda Anayasa Mahkemesi'nin, devlet yönetiminde din kurallarından esinlenilmemesi gerektiği biçimindeki en geniş laiklik anlayışına bağlı kaldığını görüyoruz:

“laik devlette, kutsal din duyguları politikaya, dünya işlerine, hukuksal düzenlemelere kesinlikle karıştırılmaz. Bu tür düzenlemeler, dinsel gerekler ve düşüncelerle değil, bilimsel verilerden yararlanılarak kişi ve toplum gereksinimlerine göre yapılır.... Dinsel kurallardan arındırılmış, akla ve bilime dayanan, dinsel inancı kişilerin vicdanlarına bırakan laik devlette, hukuk düzeninin dinsel gereklerle sağlanıp sürdürülmesi benimsenemez.... Yasalar dine dayanamaz ve bağlanamaz. Yasalar ilkelerini dinden değil, yaşamdan ve hukuktan almazlarsa hukuk devleti niteliği zedelenir. Yasalar dinsel temele oturtulamaz.”²¹²

“Anayasa'daki laiklik ilkesine ... karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi, demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu temel ilke ele alınarak değerlendirilmesi zorunludur.... laiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşı laiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kısıtlanmasına olanak tanımamıştır.”²¹³

Mahkeme kararlarında laikliğin sadece geniş yorumlanmakla kalmadığını, devletin temel ideolojisi olduğuna vurgu yapıldığı görülmektedir. “Türk anayasal sisteminde Anayasa Yargıcı, önce, Anayasa ideolojisinin yargıcıdır. Ve bu ideolojik yapılanmada laiklik ilkesi kilit ilkelere biridir.”²¹⁴

“Türk Ulusu'nun yücelmesi bakımından laikliğin Anayasa'da öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden, Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğu yinelenerek ortaya konulmuştur.”²¹⁵

“... laiklik karşıtı beyan ve davranışlarıyla, demokratik hak ve özgürlükleri, demokrasiyi ortadan kaldıracak olan şeriat düzeninin getirilmesi için araç olarak kullandıkları anlaşılmalıdır. Bu tür davranışların, . . . korunmaları olanaksızdır”²¹⁶

Bu tavır laiklikle Cumhuriyet'in diğer nitelikleri arasında zorunlu bağ kuran Mahkeme kararlarında açıkça görülmektedir.

“Demokratik düzen, dinsel gerekleri egemen kılmayı amaçlayan şeriat düzeninin

211 AMK., E.1995/17, K. 1995/16, k.t.21.06.1995.

212 AMK., E.1989/1, K. 1989/12, k.t. 7.3.1989; E.1990/36, K. 1991/8, k.t. 9.4.1991.

213 AMK., E:1989, K. 1989/12, KT. 7.3.1989.

214 ÇAĞLAR, s.116.

215 AMK., E. 1989, K. 1989/12, k.t. 7.3.1989.

216 AMK., E.1997/1 K.1998/1, k.t. 16.1.1998.

karşıtıdır. Dinsel gereklere yönetimde ağırlık veren bir düzenleme demokratik olamaz. Demokratik devlet ancak laik devlettir”²¹⁷

“Hukuk Devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü laiklikten almış, milliyetçilik ilkesi laiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi laiklikle anlam kazanmıştır.”²¹⁸

“Laikliğin, Türk Devrimi’nin, Cumhuriyetin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğu bir gerçektir.”²¹⁹

Anayasa Mahkemesinin kararlarında Laiklik “akıl ve bilim” ile özdeşleştirilirken, bir değerler çatışmasının varlığına (“din ile bilimin bağdaşmazlığı”, “dinin bilime aykırılığı”, “dinle bilim arasında bir çatışma olduğu”) vurgu yapılmıştır. Bu tür tanımlar laikliği değil, pozitivismi yani bir felsefi düşünceyi ifade etmektedir. Bunun adı da laiklik değil, laisizmdir.

Bir görüşe göre, “Laikleşme sürecinin dinsel inançtan bağımsız olduğu söylene de ... laisizm dine kayıtsız değil, bütünüyle karşıdır. Laisizm ideolojisini savunanlar, dini gelişmeye engel, bağnazlık kaynağı, uyutucu, belirsizlik içinde bir sığınak ve karşı gelinmesi ezilmesi ve yok edilmesi gereken bir insan zayıflığı olarak görürler”²²⁰

Bu anlayışın laikliği anayasal bir ilke olmaktan çıkararak kavrama aşkın anlamlar yüklediği kesindir. Ancak bu anlamlar arasında mantıklı bir bütünlük kurmak çok mümkün değildir. Aynı kararda, laikliğe hem “çağdaş değer” hem “akılcı ve insani değer”; hem “bir yaşam tarzı” hem “insanlık ideali” gibi kavramların peş peşe yüklenmesi ayrıca laikliğin bir “felsefe” olduğunun iddia edilmesi, laikliğe dinin karşısında bir kutsallık kazandırma çabası gibi gözükmektedir.

“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.”²²¹

“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. Çağdaş bilim, skolastik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir”²²²

“Devlete egemen ve etkin güç, dinsel kurallar ve gerekler değil, akıl ve bilimdir. Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı-insan arasındaki inanış olgusudur. Kişinin iç-

217 AMK., E:1989, K. 1989/12, KT. 7.3.1989.

218 AMK., E:1989, K. 1989/12, KT. 7.3.1989.

219 AMK., E. 1989/1, K. 1989/12, k.t.7.3.1989.

220 MICHAEL, s. 104.

221 AMK., E.1989, K.1989/12, k.t. 7.3.1989.

222 AMK., E.1989/1, K.1989/12, k.t.7.3.1989.

inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde söz sahibi ve çağdaş değerlerle, hukukun yerine geçerek yasal düzenlemelerin kaynağı ve dayanağı olması düşünülemez.”²²³

“Çağdaşlaşmayı hızlandıran ve Türk Devrimi'nin kaynağı olan laiklik ilkesi toplumun akıl ve bilim dışı düşüncelerle yargılardan uzak kalmasını amaçlar”²²⁴

Fransız Temel Eğitim Kanununda yer alan laiklik tanımı: “Devlet, din, felsefe ve politika konularında tarafsızdır.” ifadesiyle, devletin dinler karşısındaki tarafsızlığının ötesinde, herhangi bir felsefi görüşü de savunamayacağını anlatmaktadır. Devlet dinlere karşı tarafsızken, din karşıtı felsefelerden birini savunursa tarafsızlığını yitirmiş olur. Bu yüzden din karşıtı düşünceleri, en başta da pozitivizmi laiklik olarak niteleyenler en çok laikliğin kendisine zarar vermektedir.

Sonuç olarak laiklik bir dünya görüşü veya ontolojik ve etik bir sistem özelliği taşımaz. Bir felsefe, bir doktrin veya bir ideoloji değil, devlete dair anayasal bir prensiptir. Laikliğin norm alanı bireysel alanı ilgilendirmez, sosyolojik gerçeklik de laikliğin norm alanından bağımsızdır.²²⁵ İnsanlar laik olamaz; laiklik devlete özgü bir tutum ve yöntemdir.

“Aklın ve bilimin öncülüğünde, uluslaşmanın temeli...” diye başlayan tanımlar laikliği felsefe akıl ve teknikten ruhunu alan bir tür “din” olarak kabul ederek, kavrama kutsallık atfetmektedir. Laikliğin esas amacı kutsalla kutsal olmayanı birbirinden ayırmak olduğuna göre, böyle bir durumda ilk olarak “laiklik dini” ortadan kaldırılmalıdır.²²⁶

1.7 Çağdaş Anayasalarda Din ve Laiklik

1.7.1 Anayasalarında Resmi Din İbaresini Olan Devletler

1.7.1.1 İngiltere

Anayasalarında resmi din ibaresi bulunan devletler arasından seçilen örnekler şunlardır:

Yazılı bir anayasası bulunmayan İngiltere’de Anglikan kilisesi 16. yüzyılın yarısından bu yana resmi kilisedir. Sadece Anglikan Hıristiyan doktrinlerini koruma altına alan “İrtidat Yasası” (blasphemy law) bu özel yasal statüyü yansıtan bir düzenlemedir.²²⁷

223 AMK., E.1989, K.1989/12, k.t. 7.3.1989.

224 AMK., E.1989/1, K.1989/12, k.t.7.3.1989.

225 ERDOĞAN, Secularism, s. 184.

226 BAUBEROT, s. 13.

227 MONSMA.- SOPER, s.138.

İngiliz kilisesi organik olarak monarşiye özellikle de Protestan olma şartını taşıyan kral ve kraliçeye bağlıdır. “Act of Settlement” hükümlerine göre kraliyet ailesi üyelerinin kiliseye katılması zorunlu olup, kral veya kraliçeye taç, Canterbury Başpiskoposu tarafından giydirilir.²²⁸

Kilise Lordlar Kamarasında Başbakanın seçtiği piskoposlar tarafından temsil edilir. Canterbury ve York başpiskoposları ile 24 Anglikan piskoposu Lordlar Kamarasının üyesidir. Diğer dinlerin tanınmış temsilcileri de bu kamaraya üye seçilebilirler.²²⁹ Yeni seçilen Avam Kamarası üyeleri dini bir içerik taşıyan Monark’a bağlılık yemini ederken, ellerinde kendi dinlerine ait kutsal kitabı tutarlar. Ancak her hangi bir dini inancı olmayanlar için bu zorunluluk yoktur. Dini inancı olmayanlar dini içerikten soyutlanmış bir yemin metni okuyabilirler.

İngiltere’de yazılı bir anayasa olmadığından temel hak ve özgürlükler anayasal statüde korunmuş değildir. Ancak uygulamada müdahaleci anlamda bir din özgürlüğü yoktur.²³⁰ Dini özgürlükler yasal şartlar, uluslar arası hukuk ve kamuoyundan oluşan bir “kombinasyon” ile korunmaktadır.²³¹ Bu nedenle çoğunluğun inancına sahip olmayanların inançlarından dolayı mağdur edildikleri zaman başvuracakları hukuksal bir yol mevcut görünmemektedir.²³²

Devlet dini sosyal kurumları kamuya yararlı nitelikte oldukları gerekçesiyle desteklemekte, farklı din ve inançlara sahip insanların oluşturduğu hayır kurumları arasında oldukça eşit davranmaya çalışmaktadır.

1.7.1.2 Danimarka

1953 tarihli Danimarka Anayasasında milli kilise olarak belirtilen Evangelique Lutherienne kilisesi devletle organik ilişki içindedir. Anayasaya göre kilise devleti destekler ve kilisenin statüsü kanunla belirlenir. Danimarka’da da İngiltere’de olduğu gibi Kralın Lutherienne mezhebinden ve kilisenin mensubu olması zorunludur. Kilise işleri merkezi hükümette yer alan ve din işlerinden sorumlu olan bir bakan tarafından yürütülür. Papazlar memur statüsünde olup, devletten maaş alırlar.²³³

Danimarka’da Lutherienne Protestan Kilise sivil topluma, sağlığa ve eğitime ilişkin

228 ÜSTEL, s. 101.

229 BAUBEROT, s. 171.

230 SOYSAL, s. 255.

231 MONSMA.- SOPER, s.142.

232 MONSMA.- SOPER, s.160.

233 BAUBEROT, s. 17.

faaliyetleri için kamusal sübvansiyonlardan yararlanmakta, milli kilise ve tanınmış statüye sahip diğer dini cemaatler bir arada bulunmaktadır. Anayasa'nın 67. ve 70. maddeleri din özgürlüğünü ve siyasi özgürlüğü tam olarak sağlamakta, bütün dini veya milliyetçi ayrımları yasaklamaktadır.²³⁴

Din eğitimi, öğretimin her aşamasında resmi müfredatın bir parçası olarak vardır ve devlet tarafından desteklenmektedir.

1.7.1.3 İtalya

İtalya'da ise din devlet işleri Anayasa ile değil kilise ile yapılan anlaşmalarla belirlenmiştir. Katolik kilisesi yüzyıllardan beri kendisini ve devleti aynı ölçüde ilgilendiren konuları “konkordato” denilen uluslar arası anlaşmalarla düzenlemektedir. Bunun en önemli nedeni Vatikan'ın İtalya sınırları içinde bulunarak maddi ve manevi ağırlığını hissettirmesidir.²³⁵ 1947 İtalyan Anayasasında devletin ve Katolik kilisesinin kendi aralarında bağımsız ve egemen oldukları; aralarındaki ilişkinin 1929 yılında Mussolini tarafından imzalanan Laterano Sözleşmesiyle belirleneceği ifade edilmektedir. Laterano Sözleşmesi Vatikan'ı bağımsız bir devlet haline getirmiş ve Katolik kiliseye “ulusal kilise” niteliği kazandırmıştır.²³⁶

Son olarak 1984 yılında hükümet ile papalık arasında yapılan anlaşma ile Katolikliğin İtalya'nın resmi dini olma statüsü kaldırılarak, devlet ve kilisenin kendi aralarında bağımsız oldukları teyit edilmiştir. Anlaşmanın 8. maddesine göre “Bütün mezhepler kanun önünde eşit olarak serbesttir.” Anlaşmaya göre devletin diğer dinlerle ilişkisi de kanunla düzenlenecektir. Ancak düzenleme yapılmadan önce devletin ilgili grubun temsilcisi ile anlaşması şarttır.

Bu düzenlemenin üzerine 1986 tarihinde Yedinci Gün Adventistleri Hristiyan Kiliseleri ile 1986 tarihinde İtalya Tanrı Cemaatleri ile 1987 tarihinde İtalya İbrani Cemaatleri Birliği ile 1993 tarihinde İtalya Protestan-Hristiyan Baptistler Birliği ile ve 1993 tarihinde Protestan-Lutheryen Kilisesi ile statü anlaşmaları yapılmıştır.

1.7.1.4 İran

İran İslam Cumhuriyeti Anayasasında devletin resmi dininin İslam olduğu belirtilmekle kalmamış, mezhebi de “Ca'feri-i İsna-aşeri” olarak belirtilmiştir. Diğer mezhep

234 BAUBEROT, s. 78-80.

235 DİNÇKOL VURAL, s. 44.

236 BAUBEROT, s. 133.

ve din mensuplarına inanç ve ibadet özgürlüğü tanınmış, hiç kimsenin inancı yüzünden saldırı ve kınamaya hedef olmayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte resmi görevler örneğinin Cumhurbaşkanlığı dini azınlıklara kapalıdır.

1.7.2 Anayasalarında Resmi Din İbaresini Olmayan Devletler

1.7.2.1 Fransa

Fransa laikliğin en katı uygulandığı ülkelerden biridir. 1791 tarihli ilk Fransız Anayasası, anayasanın teminat altına aldığı “tabii haklar ve vatandaşlık hakları” başlığı altında “her insanın mensup olduğu dinin ibadetini yapma özgürlüğünü tanımaktadır”. 1793 tarihli Jakoben Anayasasının 7. Maddesi dinlerin yasaklanmasına izin vermeyerek serbestçe yaşanmasını teminat altına almaktadır

Kilise ve devlet 1905 yılında 3. Cumhuriyet döneminde kesinlikle birbirinden ayrılmıştır. 1958 Anayasasının 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında laiklik ikinci sırada sayılırken, yine aynı maddede tüm yurttaşların yasa önünde eşit oldukları ve Cumhuriyetin tüm inançlara saygı gösterdiği belirtilmektedir.²³⁷ Devlet, dini inançlarının gereklerini özgürce yerine getirmeleri bakımından vatandaşların dinlerine saygı göstermekte, fakat dinleri resmen kabul etmemektedir.

İstisna olarak Elzas ve Mosel’de 1802’de Vatikan ile yapılan ve halen yürürlükte olan anlaşma gereği mevcut olan dört mezhebi (Latin-katolik, Lutheryen, reformcu ve Yahudi mezhebi) tanıyan yerel bir yasa vardır.

Fransız Anayasası din ve vicdan özgürlüğünü tam olarak tanımakla kalmaz, her birey için, mensup olduğu dine inanmama hakkını da garanti altına alır. Kamu eğitimi tamamen bağımsızlaştırılmış, kamu eğitiminde hiçbir mezhebe yer tanınmamıştır.²³⁸

Fransa’da dini cemaatlerin cemaat olarak özel bir statüleri yoktur. Ancak 1924’ten beri “associations diocésaines” denilen kamu yararına çalışan derneklerle eş değer tutulan cemiyetler oluşmuştur. Bu cemiyetlere yapılan maddi yardımlar, daha çok vergi indiriminde şeklinde olmaktadır. Anayasa Konseyi 1962 tarihinde bu vergi muafiyetinin laikliğe aykırı olmadığını açıklamıştır.

Ayrıca devletin Alsace ve Moselle illerinde, kiliselerin yönettiği okulları doğrudan sübvans ederek, inşaat ve bakım masraflarını hatta kiliselerin ve kiliselerin emrine verilen diğer kamu binalarının kiralarını ve kalorifer masraflarını karşıladığı böylece dini cemaatlere

237 GÜRBÜZ, Y., *Anayasalar*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1981, s.106.

238 BAUBEROT, s. 105.

özellikle de Katolik kilisesine ekonomik destek verdiği görülmektedir.²³⁹

1.7.2.2 Almanya

Almanya’da devletin resmi bir dini yoktur. 1919 Weimar Anayasasının din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 136. maddesi, 1949 tarihli Temel Yasanın 140. maddesi uyarınca halen geçerliliğini korumaktadır.²⁴⁰ Din özgürlüğü Glaubensfreiheit temel yaklaşımdır ve her türlü siyasi baskı dışlanmıştır. Anayasa vicdana uygun davranma ve yaşama özgürlüğünü tanımış; inanç özgürlüğüne, vicdan felsefi ve dini inanç özgürlüğüne dokunulamayacağını; dinin serbestçe icra edilmesinin sağlanacağını hükme bağlamıştır.

Almanya’da da İtalya’da olduğu gibi devlet ile kilise veya devlet ile cemaat arasındaki bütün ilişkileri sürekli şekilde düzenlemeyi amaçlayan statü anlaşmaları yapılmaktadır. Bu Anlaşmalarla daha çok devlet kilise işbirliği, devlet kilise arasındaki gelenekselleşmiş hizmet ilişkileri ve bu ilişkilerin ortadan kaldırılması gibi uygulamalar düzenlenmekte; anlaşmaların içeriğini din hürriyetinden doğan kolektif hakların anayasal düzenlemesi, res mixtae yani devlet okullarında din dersi, ilahiyat fakülteleri, hastane ve askeriyede din hizmetleri, radyo ve televizyon yayınlarında dini içerik, mezarlık hakkı, okulların ve öğretmen yetiştiren kurumların müfredatı, kilise vergisi yasası, kültür eserlerini koruma gibi konular oluşturmaktadır.

İki Almanya’nın birleşmesinden önce Federal devlet veya eyaletlerle yapılan 169 önemli konkordato ve kilise anlaşması bulunmakta, bunlardan 82 tanesi Katolik kilisesiyle, 77 tanesinin Protestan kilisesiyle, 10 tanesinin Yahudi cemaatleri, eski Katolikler, Rus Ortodoks, Yunan Ortodoks, Protestan-metodist kiliseler ve ülkedeki serbest dini cemaatlerle ilişkileri düzenlemektedir.²⁴¹

Almanya’da kiliselere Weimar Anayasası 137/3 maddesinde geçen “Her kilise veya din, kendi işlerini bağımsız olarak düzenler ve yönetir” cümlesi ile otonomi verilmiştir. Kiliseler istedikleri gibi örgütlenebilir ve birleşebilir, kendi işlerini bağımsız biçimde düzenleyebilir ve yönetebilirler. Ayrıca Weimar Anayasası’nın 137/6 maddesi nedeniyle vergi toplama hakkına sahiptirler.²⁴² Belli bir mezhebe mensup vatandaşlardan mensup oldukları ilgili kiliseye aktarmak üzere vergi yasalarının zorlayıcılığını kullanarak alınan kilise vergisi

239 ÜSTEL, s. 95.

240 GÜRBÜZ, s.103.

241 MONSMA.- SOPER, s.182-197.

242 BAUBEROT, s. 21.

devlet yardımlarının esas kaynağını oluşturmaktadır.²⁴³

Din eğitimi devletin denetim hakkı saklı kalmak kaydıyla, farklı dinlerin kendi prensiplerine uygun olarak verilir ve devlet okullarında devamlı ders niteliğindedir.²⁴⁴ Dini eğitim verme hakkına, kabul edilmiş olan dinler sahiptirler ve gelir vergisinden, Kirchensteuer denilen bir pay alırlar.

1.7.2.3 ABD

Anayasasında resmi din ibaresi olmayan devletler arasında seçtiğimiz son örnek, Amerika Birleşik Devletleri'nde kilise ve devletin katı bir şekilde birbirinden ayrıldığı bir model benimsemiştir.

Vicdan özgürlüğü ilk kez ABD'nin kuruluşunda yayımlanan 12 Haziran 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesinin 16. maddesinde herkesin “dininin gereklerini vicdanının emrine göre yerine getirmek hakkına sahip olduğu” ilan edilerek yankısını bulmuştur.

“Kurucu Atalar”ın, dini yurttaşların özgür iradelerinin ve tümüyle özel alanın konusu saymalarının²⁴⁵ kökeninde; aydınlanma düşünürlerinin devletin dinden bağımsızlaşmasına dair düşünceleri²⁴⁶ ve Avrupa’da gelişen laikleşme hareketinin kilise ile devlet arasında nasıl bir gerilime sebep olduğunu görmeleri yatmaktadır.

Birleşik Devletler Anayasasında devletin dini olmadığına dair net bir ibare yer almıyorsa da 17 Eylül 1787 Tarihli ABD Anayasasının eki olan ve 15 Aralık 1791 tarihinde onaylanan (Bill of Rights) Haklar Bildirgesinin 1. maddesinde kongrenin bir din kuran veya dinin gereklerinin serbestçe yerine getirilmesini yasaklayan hiçbir hüküm çıkaramayacağı ilan edilmiştir. Maddede “kuruluş hükmü” (establishment clause) ve “ibadet özgürlüğü” (free exercise clause) olarak bilinen iki temel düzenlemenin söz konusu olduğu görülmektedir. Bu ilkeye göre devlet herhangi bir dini “resmi din” olarak tanıyamamaktadır. Arslan’ın aktardığına göre Yüksek Mahkeme 1947 tarihli Wverson v. Board of Education kararında “kuruluş hükmü”nün anlamını şu şekilde tespit etmiştir: “.. ‘din tesisi’ hükmü en azından şu anlama gelir: Ne bir eyalet ne de federal hükümet bir kilise kurabilir. Ne de her ikisi bir dine ya da bütün dinlere yardımı öngören veya bir dini diğerine tercih eden yasalar çıkarabilir.”²⁴⁷ Görülüyor ki hiçbir dinin devlet tarafından düzenlenemeyeceği ile din devlet ayrılığı; dinin

243 MONSMA.- SOPER, s.184.

244 BAUBEROT, s. 22.

245 ÜSTEL, s. 96.

246 MONSMA.- SOPER, s.52.

247 ARSLAN, Z., *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yay., Ankara 2005.

gereklerinin serbestçe uygulanması ile din vicdan özgürlüğü ifade edilmekte, devlet ile din arasına kesin bir sınır (Jefferson Duvarı) çekilmektedir.²⁴⁸

ABD’de din özel alanın konusu sayılmakta ve hiçbir din yardım alamamaktadır. Özel hayır kurumları dini karakterleri baskın değilse seküler amaçlar için kullanmak üzere desteklenirken, din eğitimi için kamu fonlarından herhangi bir ödenek ayrılmamaktadır. Kiliseler de diğer dernekler ve vakıflar gibi gelir vergisinden muaf tutulmuşlardır.²⁴⁹ Böylece ABD’de devlet, din karşısında bekçi/koruyucu konumuna geçmiş, din ve vicdan özgürlüğünü zedeleyen bir durum baş göstermedikçe kayıtsız kalmıştır.

Ancak bu kayıtsızlık devletin dine yardımını “kategorik” olarak yasaklanmaktadır. dinsel kuruluşların bazı kamusal kuruluşlardan yararlanması, dinsel kuruluşlara yapılan yardımlara getirilen vergi muafiyeti, paranın üzerinde yazan “Tanrıya güveniyoruz” (In God We Trust) cümlesi gibi devletin “kaçınılmaz” olarak dine yardım ettiği durumlar da söz konusu olabilmektedir. Ne tür yardımların “kuruluş hükmünü” çiğneyecek denli izin verilmez olduğunun kararı Yüksek Mahkeme’ye bırakılmaktadır.²⁵⁰

Yine Arslan’ın aktardığına göre Yüksek Mahkeme 1940 tarihli Cantwell v. Jeanette Kararında “İbadet Özgürlüğü”nün de sınırsız olmadığına ve biri mutlak diğeri sınırlı olmak üzere iki boyutu olduğuna dikkat çekmektedir. “.. iki kavramı kapsamaktadır, -inanma ve ibadet özgürlüğü. Birincisi mutlaktır, ancak doğası gereği ikincisi sınırsız olamaz. İbadet, toplumu korumak için düzenlemeye tabidir.”²⁵¹

248 ÜSTEL, s. 96.

249 MONSMA.- SOPER, s.45.

250 ARSLAN, Anayasa, s.194-195.

251 Age, s.196.

2 Din Ve Vicdan Özgürlüğü

2.1 İnsan Hakları

2.1.1 İnsan Hakları Kavramının Gelişimi

Donnelly'ye göre insan hakları kavramının kökeni, eski Yunanda Aristoteles'in, Stoa'cıların ve daha sonra Roma'lıların doğal hukuk (ius naturale) öğretisine dayanmaktadır.²⁵² Kaboğlu ise siyaset ve hukuk felsefesinin İnsan hakları belgeleri üzerindeki katkısını dört kuramın ifade ettiğini belirtmektedir: doğal hukuk, toplum sözleşmesi, fizyokratlar ve kuvvetler ayrılığı²⁵³

Doğal Hukuk doktrini denilince ilk akla gelen düşünür Aristoteles'tir. O'na göre: “doğaya göre haklı olan her şey” “yasalara göre haklı” değildir ve insanların düşünce biçiminden bağımsız her yerde geçerli olan bir “doğal adalet” bulunmaktadır.

Zenon'un kurucusu olduğu Stoa'cı görüşe göre ise, site düzeni dışında ve üstünde bir us, yasa ve adalet vardır. Kişi, evrensel usa uygun davranmakla, sitenin sınırlarından uzaklaşarak, bir dünya vatandaşı (kozmpolites) durumuna gelmektedir. Erdem, doğayla uyum içinde yaşamak; özgürlük doğaya, akla ve aklın gerektirdiği etik değerlere uygun davranıştır.²⁵⁴ Kısaca Stoacıların us (logos) ile uyumlu eşitlikçi bir doğal hukuktan yana olduklarını söyleyebiliriz.²⁵⁵

İnsan hakları kavramı doğal hukuk öğretisine dayandırmayanların sıkça dile getirdiği gibi, dönemin doğal hukuk anlayışı içersinde, günümüz anlamında insan haklarının temelini oluşturan özgürlük ve eşitlik gibi değerler yer almamaktaydı. Roma'da ve eski Yunan'da, Stoacılar'ın haricinde köleliğin doğal hukuk öğretisine aykırı düştüğü düşünülüyordu.²⁵⁶ O nedenle Stoacılar'ın eşitlik konusundaki fikirleri, çağları göz önüne alındığında oldukça önemlidir.

Doğal hukuka bağlı haklar ile liberal düşünce akımının öngördüğü özgürlükler

252 DONNELLY, J., *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Çev. Mustafa Erdoğan- Levent Korkut, Yetkin Yay., Ankara 1995, s.37.

253 KABOĞLU, İ. Ö., *Özgürlükler Hukuku*, 6. Bas. (gözden geçirilmiş ve genişletilmiş), İmge Kitabevi Yay., Ankara 2002, s.42-45.

254 LİPSON, L., *Siyasetin Temel Sorunları*, Çev. Fügen Yavuz, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2005, s. 122.

255 AĞAOĞULLARI, M. A., *Eski Yunan'da Siyaset Felsefesi*, Verso Yay., Ankara 1989, s. 293.

256 LİPSON, s. 122-124.

arasındaki bağlantı, Ortaçağı takiben Rönesansla, aydınlanma döneminin düşünürleri tarafından kurulmuştur. İlk kez XVII. Yüzyıl düşünürü Hugo Grotius, toplumları yöneten yasalara, eskilik, örf-adet, ortak rıza gibi görecelik içeren kanıtlardan daha geçerli bir meşruiyet kaynağı ararken, insanın doğal haldeki naturasından yola çıkarak doğal hukuk düşüncesine ulaşmış, hukukun akla ve doğaya uygun olması gerektiğini ileri sürmüştür. Ona göre, doğal hukuk nitelik, zaman ve yer açısından değişmeyen Tanrı'nın bile müdahale edemeyeceği hukuktur.²⁵⁷

Aynı Yüzyıl düşünürü Thomas Hobbes için bireyin ve toplumun özü kavga, savaş, güvensizlik ve kaostur. Hobbes insanın doğasında, insanları kazanç için mücadele etmeye iten rekabet, güvenlik için mücadele etmeye iten güvensizlik ve şöhret için mücadele etmeye iten san-şeref tutkusu olmak üzere üç temel kavga nedeni keşfetmiştir.²⁵⁸

Hobbes'u ünlü "Homo homini lupus" (insan insanın kurdudur) sonucuna ulaştıran düşünceler bunlardır. Çözüm, insanların bir sözleşme ile doğal durumdaki tüm haklarını bir egemene devretmeleri olacaktır: "Yani, kendi kişiliklerini taşıyacak tek bir kişi veya bir heyet tayin etmeleri ve, herkesin, bu kişi veya heyetin ortak barış ve güvenlikle ilgili işlerde yapacağı veya yaptıracağı şeylerin amili olmayı kabul etmesi, ve kendi iradesini o kişi veya heyetin iradesine ve muhakemesine de onun muhakemesine tabi kılmasıdır... Bu yapıldığında, tek bir kişilik halinde birleşmiş olan topluluk, bir devlet olarak adlandırılır. İşte o, Leviathan'in (ejderha) veya daha saygılı konuşursak, ölümsüz tanrının altında, barış ve savunmamızı borçlu olduğumuz, o ölümlü tanrının doğusudur."²⁵⁹

O'na göre, insan yaşamla kazandığı doğal hakka (jus naturale) sahiptir. Hobbes jus naturale'yi "her insanın kendi doğasını, yani yaşamını korumak için kendi gücünü kullanma özgürlüğü" olarak tanımlamaktadır. Bu durumda devlet "...o büyük Ejderha (Leviathan), doğal insanın korunması ve savunulması için tasarlanmış olup ondan daha büyük bir cesarete ve kudrete sahip"²⁶⁰ olacaktır.

Hobbes için siyasal iktidarın meşruiyeti "halkın güvenliğinin sağlanmasında yatar; egemen, bu göreve doğa yasasıyla bağlıdır ve bunun hesabını, doğa yasasını yaratan Tanrı'ya ve sadece ona vermekle yükümlüdür."²⁶¹ Leviathan sözleşmenin tarafı olmadığından bir sınırlandırmayla bağlı değildir ve mutlak otorite sahibidir. Sonuç olarak Hobbes'e göre devlet sadece, insanın kendi yaşamına zarar verecek her hangi bir şey yapmasını yasaklayan ve us

257 GEMALMAZ, M. S., *İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Beta Yay., İstanbul 1997, s. 28.

258 HOBBS, T., *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1993, s.94.

259 HOBBS, s. 130.

260 Age, s.17-18.

261 Age,s.234.

yoluyla ortaya çıkan genel kurala, yani hiç kimse tarafından değiştirilemeyen tanrısal nitelikli doğa yasasına (lex naturalis'e) tabidir.

XVIII. Yüzyıl düşünürü John Locke ise insanın bazı haklarının, sırf insan olmasından dolayı var olduğunu, toplumsal sözleşme öncesinde içinde yaşadığı doğal durumda da bu haklara sahip olduğunu ileri sürmektedir. Locke'a göre siyasal toplumun doğuşu özgür insanların istek ve iradesine dayanmaktadır.²⁶² Özgür insanlar siyasal toplumu oluşturarak çoğunluğun iradesine uymayı kabul etmişlerdir. Toplum sözleşmesi ile kurulan devlet “herkesin özgürlüğünü ve mallarını daha iyi korumak amacıyla yapıldığından toplumun ya da onlarca kurulan yaşamanın etki alanının genel iyiliğin ötesine yayılacağı düşünülemez” Kısaca devletin amacı “barış, güvenlik ve kamu iyiliğinden başka bir şey değildir”.²⁶³

Hukuk bireyi kontrol etmek için topluma yayılan bir yapı değil, bireysel özgürlüklerin siyasal iktidarın egemenliğine karşı korunmasını garanti eden bir erktir. Çünkü doğal durum “özgürlük durumudur. Bu durum, insanların kimseden izin almadan ve başka birinin iradesine bağlı olmadan, doğa yasasının sınırları içinde, eylemlerini düzenlemek, mallarını ve kişiliklerini uygun buldukları gibi kullanmak konusunda yetkin bir özgürlük durumudur.”²⁶⁴

Doğa durumu tam bir özgürlük durumu ise devlet bireyi ve toplumu bundan daha az bir özgürlüğe mahkum edecek hukuk düzenlemelerine gidemez. “Hiç kimse özgürlük hakkıma aykırı olarak zorla köle yapmaktan başka bir şey için beni mutlak erki altına almak istemez”²⁶⁵ Devlet koruma görevini yerine getirmezse, insanların karşı koyma yani direnme hakkı doğacaktır. Locke'a göre hiçbir egemen “halkın hem onaylama özgürlüğü hem de gerçekten onayı olmadan yasal bir hak kazanamaz” ve “adalete aykırı olarak zor kullanamaz”²⁶⁶

Daha sonra Montesquieu, Voltaire ve Jean-Jacques Rousseau gibi düşünürler, Locke'un görüşünü desteklemiş ve geliştirmişlerdir. Kaboğlu'na göre insan ve yurttaş hakları belgelerinin esinleyicileri arasında ılımlı hükümet, kuvvetler ayrılığı ve özgürlük anlayışı açısından Montesquieu'nun; eşitlik ve genel iradenin ifadesi açısından Rousseau'nun etkisi açıktır.²⁶⁷

Montesquieu, hukukun toplumların yaşama koşullarının doğal sonucu olduğunu

262 KAPANİ, s.31-32.

263 LOCKE, J., “Uygar Yönetim Üzerine İkinci İnceleme'den Seçme Parçalar”, Çev. Mete Tunçay, *Batıda Siyasi Düşünceler Tarihi*, Seçilmiş Yazılar II, Der. Mete Tunçay, AÜSBF Yay., Ankara 1969, s. 177.

264 LOCKE, s.167.

265 Age., s.172.

266 Age., s.182-184.

267 KABOĞLU, Özgürlükler, s.42.

düşünür. Bu nedenle doğa yasalarının toplumsal yasalardan önce geldiğini, dinin ve devletin yasalarından üstün olduğunu ileri sürmektedir. Ona göre, özgürlük uygar yasaların izin verdiği her şeyi yapabilme hakkıdır.²⁶⁸ Montesquieu, özgürlükçü bir düzenin yalnızca ılımlı rejimlerde kurulabileceğini düşündüğü için iktidarın kötüye kullanılmasının önlenmesi gerektiğini söylemektedir. Bu amaçla İngiliz siyasi sisteminden hareketle, devlet yetkilerinin farklı organlar aracılığıyla kullanılması gerektiğini ileri sürmektedir. Daha sonradan “Kuvvetler Ayrılığı” olarak isimlendirilen bu ilke, mutlak monarşilerin baskıcı düzeninden kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı liberal demokratik rejimlere geçişin bir simgesi olmuştur.²⁶⁹

İnsan hakları doktrine yaptığı katkılar en çok tartışılan düşünür ise hukukun milletin genel iradesi olduğunu söyleyen Rousseau’dur. Ona göre, doğal durumdaki insanlar arasında var olan eşitsizlik, insan aklının ve yeteneklerinin gelişmesi, teknik ilerleme, özel mülkiyet, zengin - yoksul karşıtlığı ile ortaya çıkmıştır. Bozulan düzenin tekrar sağlanması için insanlar üstün bir erk altında toplanmalı, doğal durumda sahip olduğu haklarını, bireylerin istençlerinin toplamından ibaret olan üstün erke (genel iradeye) bir sözleşmeyle devretmelidirler. Rousseau’ya göre genel irade genelin çıkarını ve refahını amaçlamaktadır. Ancak genel irade ve ahlaksal çıkar kamuoyuna göre değil, seçmenin çıkarının tamamen dışında ve bağımsız olan “örnek akla” göre birbirinden ayrılmalıdır.

Görünürde “doğal durum” “sosyal sözleşme” gibi doğal hukuk okulunun argümanlarını savunan yazarın, toplum sözleşmesine katılma iradesi gösteren bireyin kendi iradesini toplumun iradesine katarak, genel iradenin bir parçası olduğu ve böylece kendisinin katıldığı kanunlara tabi olduğu²⁷⁰ düşüncesi, insan hakları doktrini ile çok uyumlu görünmemektedir. Bu uyumsuzluğu dikkat çeken Kapani Rousseau’yu Locke’un aksi kutbunda konumlandırmaktadır.²⁷¹

Gerçekten de Rousseau’da genel irade kişisel iradeye karşı her zaman önceliklidir. “Genel irade daima doğru yoldadır ve kamu yararını hedefler. Fakat halkın kararları her zaman aynı şekilde doğru değildir.” Rousseau’nun düşüncelerini kabul edilirse, kanun ve hukuk genel iradenin emirlerinden ibaret sayılabilir. Genel iradeye dayanmayan hiçbir emir meşru sayılmaz.²⁷²

268 HİRŞ, E., *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Çev. Selçuk Baran (Veziroğlu), 3. Bas., Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 231.

269 AKAD - VURAL DİNÇKOL, s.133-137.

270 HİRŞ, s. 123.

271 KAPANİ, s.37.

272 HİRŞ, s. 123.

Tarihsel süreçte gelişimini üç aşamada²⁷³ gerçekleştiren insan haklarının ilk aşaması İngiliz, Amerikan ve Fransız devrimlerinde gözlenen birinci kuşak hakların ortaya çıkışıdır. Bireysel nitelikli klasik hak ve özgürlükler dar anlamda bireyin güvenliği ve özerkliğini sağlarken, geniş anlamda geleceğin koşullarını seçerek kişinin kendini geliştirmesine olanak sağlarlar. “Kişi Özgürlükleri ve Siyasal Haklar” da denilen yasal eşitlik, kişi güvenliği, düşünce ve ifade özgürlüğü, inanç özgürlüğü, siyasal ve mülkiyet hakları gibi örnekleyebileceğimiz bu haklar daha çok aristokrasi ve burjuvazi arasındaki çekişmeye dayanmakta olup dönemin “devrimci” sınıfı burjuvazinin taleplerini yansıtmaktadırlar.²⁷⁴

Haklar kategorinde birinci kuşak haklar olarak geçen sivil ve siyasi özgürlüklerin temelinde, odak noktası birey olan liberal öğretiy yatmaktadır. Liberal öğretiye göre birey devlet ve hukuktan önce gelen özgül haklara sahiptir.²⁷⁵ Bu aşamada ortaya çıkan haklar karşısında devletten beklenen beklilik göreviyle yetinmek ve söz konusu haklara karışmama olduğu için, Jelinek bu hakları “negatif statülü haklar” olarak nitelendirmiştir.²⁷⁶

İnsan hakları listeleri ise insan onuru için yapılan siyasal mücadelelerin sonucunda kabul edilmeye başlanmıştır. Tartışmalı olmakla birlikte, Donnelly’ye göre günümüzde onurlu bir hayat için zorunlu olan asgari ön şartlar hakkında genel kabul görmüş fikir birliğini, İnsan Hakları Uluslararası Yasasından sayılan hak listeleri temsil etmektedir.

İnsan haklarının korunması ile ilgili ilk hükümlerin sınırlı da olsa 1215 tarihli Magna Carta Libertatum’da (Büyük Hürriyet Fermanı) yer aldığı kabul edilmektedir. Aslında kral ile soylular arasındaki yetki ve sorumluluk ilişkilerini yeniden belirleyen belge, halkın özgürlüklerini taşıyan bir belge olmaktan çok “Feodal Bir Manifesto”dur.²⁷⁷ Ancak belgenin yorumuna açık hükümleri ve esnek yapısı daha sonraki süreçte yeniden yorumlanarak yeni özgürlük belgeleri için kaynak oluşturmasına neden olmuştur.²⁷⁸

İngilizlerin ikinci önemli haklar bildirgesi, 1628 tarihli Petition of Rights yani Haklar Dilekçesi’dir. Bu belge Kral I. Charles ile parlamento arasında çıkan çıkar uyumsuzluğuna

273 Bu konuda dördüncü bir aşamadan bahseden ve Amerika’da James Buchanan, Brennan, F.A. Hayek ve Friedman, Türkiye’de Vural Savaş gibi yazarlarca savunulan başka bir görüş de mevcuttur. Buna göre: hükümetlerin sınırsız ve hesapsız iç ve dış borçlanmalarla, para basımı ve yüksek düzeyde enflasyonist uygulamaları kişilerin ve yeni doğacak çocukların geleceklerini ipotek altına almakta, dolayısıyla insanın geleceğini kendi kararlarıyla belirleme hakkına aykırılık taşımaktadır. Bu görüşe göre geleceğin belirlenmesi hakkının mali anayasalarla korunması gerekmektedir.

274 KABOĞLU, Özgürlükler, s.41.

275 Age, s.267.

276 KAPANİ, s.151.

277 Age, s. 41.

278 AKAD - VURAL DİNÇKOL, s.191.

çözüm getirmekte ve Magna Carta Libertatum'da yer alan haklara göndermeler yapmaktadır.²⁷⁹ Bir sonraki belge ise özellikle kişi güvenliğine dair hükümler taşıyan ve Kral II. Charles döneminde basit bir yasama işlemiyle kabul edilen 1679 tarihli Habeas Corpus Act'tır.²⁸⁰

İngiliz haklar belgeleri genellikle kral ile parlamento arasındaki mücadelenin sonucunda ortaya çıkmışlardır. Anayasa'ya en yakın belge sayılan 1689 tarihli Bill of Rights da böyle bir sürecin sonunda, 1688 ihtilalinin sonucu Fransa'ya kaçan II. Jacques'in kızının kocası ile parlamento arasında imzalanmıştır.²⁸¹

Kapani'ye göre İngiliz belgeleri Amerikan ve Fransız bildirimleri ile karşılaştırıldıklarında tam anlamıyla birer Haklar Bildirisi sayılmazlar. Hatta Jelinek'ten aktardığına göre Amerikan özgürlük belgeleriyle aralarında “bir uçurum” yer almaktadır. Çünkü, İngiliz belgeleri genellikle doğrudan doğruya kişi hak ve özgürlükleriyle ilgili olmadıkları gibi, temel felsefi düşüncelerden hareketle ortaya çıkan soyut ve evrensel prensipleri içermemektedirler.²⁸² Akad ve Dinçkol ise kişi özgürlüğü kuramlarının ortaya çıkmasından çok daha önce İngiltere'de özgürlüklerin pratik olarak yaşandığına dikkat çekerek, İngiliz belgelerindeki ortak amacın, hangi sınıf için olursa olsun hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması olduğunu düşünmektedirler.²⁸³ Bununla birlikte İngiliz belgelerinin on sekizinci yüzyıl sonuna doğru Amerika'da ilan edilen çeşitli haklar bildirimleri üzerinde önemli bir etki yarattıkları görmezden gelinemez.

Genel görüşe göre insan hakları doktrinin dayandığı felsefi görüşün ilk resmi ifadesini Thomas Jefferson tarafından kaleme alınan 4 Temmuz 1776 tarihinde “Amerikan Haklar Bildirileri” ile bulmuştur. Ancak Akın da Kapani de bu bilginin doğru olmadığı konusunda fikir birliğine sahiptirler.²⁸⁴ Yazarlara göre bu nitelikteki ilk belge 12 Haziran 1776 tarihli Virginia Anayasasının başındaki “Bill of Rights”dır. 18. yüzyılın son çeyreğinde Anavatan İngiltere ile savaş halindeki on üç Amerikan kolonisinin temsilcilerinden oluşan Philedelphia Kongresi 10 Mayıs 1776 tarihinde tüm kolonilere birer Anayasa ilan ederek devlet inşasına girişmelerini önermişti. Anayasa yaparak öneriyi hayata ilk geçiren eyalet Virginia oldu.²⁸⁵ “1176 Virginia Haklar Bildirisi” olarak anılan belge ile insanların devletten önce mevcut olan,

279 Age, s.192.

280 KAPANİ, s. 42.

281 AKAD - VURAL DİNÇKOL, s.195.

282 KAPANİ, s. 42-43.

283 AKAD - VURAL DİNÇKOL, s.194

284 KAPANİ, s. 43; AKAD - VURAL DİNÇKOL s.195.

285 KAPANİ, s. 42.

doğuştan bir takım tabii haklara sahip olmaları nedeniyle, devlet iktidarının bu haklarla sınırlanması gerektiği düşüncesi hukuki formüllerle doktrin alanından uygulama alanına geçmiştir.²⁸⁶

Amerikan Haklar Bildirileri'nin ilanından kısa bir süre sonra Fransız İhtilali ile birlikte ilan edilen "1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi" ile kişi haklar doktrini Avrupa kıtasında somut ifadesini bulmuştur. "Orijinal" bir belge olmamasına ve Amerikan Haklar Bildirileri'ne nazaran büyük bir yenilik ve değişiklikler getirmemesine rağmen²⁸⁷ "1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi" üslubunun daha berrak olması, genel olarak kullanılan formüllerin daha evrensel nitelik taşıması ve Bildirinin o dönemde İngilizce'ye göre daha yaygın bir dil olan Fransızca olarak kaleme alınmış olmasından dolayı daha çok ünlenmiş ve daha büyük etki yaratmıştır.²⁸⁸ On yedi maddeden oluşan belgede, belirli insan ve vatandaş haklarının sayılarak hakların özünün tespit edildiği maddelerin yanı sıra, bazı siyasal ilkeler ve anayasal esasların belirlendiği düzenlemeler de yer almaktadır.²⁸⁹

İnsan Haklarının gelişim sürecindeki ikinci aşama XIX. Yüzyılın ikinci yarısında ekonomik, sosyal ve kültürel nitelikli ikinci kuşak hakların ortaya çıkışıdır. Herkese tanınmış olmalarına rağmen, kişi özgürlükleri ve siyasal hakların esasını oluşturan eşitlik ve özgürlükten sadece küçük bir zümrenin yararlanması, insanın özgür sayılmasının yeterli olmadığı, pratikte de gerçekten özgür olması gerektiği düşüncesini doğurmuştur.

Marksist ve sosyalist düşünce akımları ile pozitivist hukuk doktrininin bireyci özgürlük anlayışına getirdiği sistemli eleştiriler de iktisaden güçsüz durumda olan sınıfların ekonomik ve siyasal eşitsizliklere duydukları tepki ile birleşince "Sosyal İktisadi ve Kültürel Haklar ve Özgürlükler" in doğumu kaçınılmaz olmuştur. Sonuçta bu kuşak hakların sanayinin gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan işçi sınıfının siyasal hakları ve iktisadi talepleri ve bu taleplerin sözcülüğünü yapan sosyalist akımların mücadeleleri sonucu ortaya çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır.²⁹⁰

İkinci kuşak hakların diğer bir özelliği de bireyci özgürlüklerin yanı sıra toplu özgürlüklere de yer verilmesi ve insana insanca bir yaşam sağlanabilmesi, ekonomik ve sosyal yaşamının iyileştirilmesi için devletin seyirci kalmak yerine ekonomik ve sosyal yaşama müdahale etmesinin talep edilmesidir. Bu özellikleri nedeniyle ikinci kuşak haklar

286 Age., s. 45.

287 Age., s. 46.

288 AKAD - VURAL DİNÇKOL, s.196-201.

289 KAPANİ, s. 47.

290 KABOĞLU, Özgürlükler, s.42-45.

Jelinek tarafından “Pozitif Statü Hakları” olarak nitelenmiştir.²⁹¹

İnsan hakları katalogunun sosyal haklarla genişlemesi, XX. Yüzyıl Anayasal belgelerinde sosyal hakların yer almasına ve anayasalarda sosyal devlet olgusunun ortaya çıkmasına da yol açmıştır.²⁹²

XX. Yüzyılın ikinci yarısında İkinci Dünya Savaşından sonra insan hakları kavramının uluslar arası bir nitelik kazanmaya başlamasıyla Jelinek’in “Aktif Statü Hakları” olarak nitelendirdiği²⁹³ “Dayanışma Hakları” da denilen üçüncü kuşak haklar anayasalarda yer almaya başlamıştır. Bu hakların temelinde toplumsal ve uluslar arası dengesizlik,²⁹⁴ dünya ölçeğinde süreklilik taşıyan savaş ve çatışmalar, tarihsel ve doğal mirasın hızla yok olması gibi etmenler yatmaktadır.

Sonuç olarak ulusların, sosyal, kültürel, ekonomik kaynaklarını korumaya ve geleceklerini belirlemeye ilişkin barış hakkı, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşam hakkı, doğal kaynaklardan ekonomik biçimde yararlanma hakkı, tarihsel kalıntıları ait oldukları yerlerde görebilme hakkı gibi haklar, insan hakları listelerine eklenmiştir. “Çevre, Barış ve Gelişme Hakları” başlığı altında toplayabileceğimiz bu haklar, insanın yaşadığı çevreyle barışık; doğal, sosyal, ekonomik ve kültürel bütünlük içinde olması ve bu denge içinde varlığını devam ettirmesi gereğine inanan görüşe dayanmaktadır.²⁹⁵

II. Dünya Savaşı sonrasında imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşması insan hakları ve temel özgürlüklerini sadece anmakla yetiniyor, bunları teker teker belirlemiyor ve açıklamıyordu. Bu eksiklik Birleşmiş Milletler bünyesindeki İnsan Hakları Komisyonu’nca hazırlanan ve 10 Aralık 1948 günü Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nca kabul ve ilan edilen “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi” ile giderilmiştir.

Bildiri teknik olarak Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararı olma vasfını taşımakta, imzalayan devletlere hiçbir yükümlülük yüklememektedir. Bununla birlikte, platonik nitelikte bir haklar listesi olan “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”, düzenlediği hakların hukuki yönden bağlayıcılığı bulunmasa da insanlığın gelişme süreci içinde bir dönüm noktasını simgeleyen ve insanlık tarihinin sayılı belgelerinden biridir.²⁹⁶

Bildirinin bağlayıcılığındaki eksiklik Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulmuş olan komisyonun hazırladığı sözleşmelerle giderilmeye çalışılmıştır. Hazırlık aşamasında insanın

291 KAPANİ, s.6.; AKAD - VURAL DİNÇKOL, s.151.

292 KABOĞLU, Özgürlükler, s.45.

293 KAPANİ, s.6.; AKAD - VURAL DİNÇKOL, s.151.

294 KABOĞLU, Özgürlükler, s.46.

295 Age., s.45-47.

296 KAPANİ, s. 62.

kişiliğine bağlı “temel” hakların tam ve acilen sağlanması gerektiği buna karşın sosyal ve kültürel hakların soysa-ekonomik gelişme düzeylerine ve olanaklarına göre değişik ölçülerde aşamalı olarak gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu düşüncesi, farklı denetim mekanizmalarının öngörüldüğü iki sözleşmenin hazırlanmasına neden olmuştur: 1966’da imzaya açılıp Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe giren “Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme” ile Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren “Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”

Sözleşmeler kişisel, hukuki, sivil, siyasal, geçim, iktisadi, sosyal ve kültürel haklar gibi geniş bir yelpazeyi kapsamaktadırlar.²⁹⁷ İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması bakımından sözleşmelerin son derece gevşek esnek ve kademeli bir mekanizma getirdiğine dair görüşler mevcutsa da²⁹⁸ içerdikleri hakların birbiriyle bağlantılı ve etkileşim içinde bir güvenceler sistemi oluşturduğu konusunda genel bir fikir birliğine ulaşılmıştır.²⁹⁹

İnsan haklarını bölgesel düzeyde koruyan belgelerin en önemlisi 4 Kasım 1950 tarihinde on beş devlet tarafından imzalanan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” tam adıyla “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya İlişkin Avrupa Sözleşmesi”dir. Sözleşme içerdiği hak ve özgürlükleri sağlamak ve korumak konusunda taraf olan devletlere hukuki zorunluluk yüklemektedir. Bu yönüyle yani bireylere sağladığı hak ve özgürlüklerin güvencesini yaptırıma dayanan yargısal bir denetime tabi kılması özelliği ile İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nden farklıdır.³⁰⁰ Ayrıca AİHS’nin Evrensel Bildiri’nin daha dar bir liste içermekle birlikte, hakların Bildiri’den farklı olarak sadece ismen sayılmakla yetinilmeyerek, mümkün olduğu kadar açık ve geniş bir şekilde tanımlandığı görülmektedir.³⁰¹

İnsan haklarının korunması açısından bölgesel koruma sistemlerini geliştirilmesi Birleşmiş Milletler tarafından da desteklenen bir çabadır. AİHS’den sonra bölgesel düzeydeki en önemli belge 22 Kasım 1969’da imzalanıp, 18 Temmuz 1978’de yürürlüğe giren “Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi”dir.³⁰² Kıtada daha önce de Bogota’da toplanan Amerikan Devletleri Örgütü, 1948 IX. Pan-Amerikan Konferansı’nda, “Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi”ni yayımlamıştı.

Amerika kıtasını takiben 1981 yılında Afrika Birliği Örgütü, 1986 yılında yürürlüğe giren, “Afrika Halkları ve İnsan Hakları Sözleşmesi”ni kabul etti.

297 DONNELLY, s.34.

298 KAPANİ, s. 69.

299 DONNELLY, s.39.

300 AKAD - VURAL DİNÇKOL, s.253.

301 KAPANİ, s. 69.

302 Age., s. 74.

Bu alandaki diğer belge ise eski SSCB'ne dahil devletlerin bir bölümünün, birliğin dağılması üzerine oluşturduğu Bağımsız Devletler Topluluğu'na bağlı yedi devletin, 1995 yılında kabul ettiği "Bağımsız Devletler Topluluğu İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Sözleşmesi"dir.³⁰³

Uluslararası alanda insan haklarına saygı gösterilmesini sağlamaya yönelik diğer bir belge (AGİK) "Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı"na katılan 35 ülkenin 1975 yılında imzaladıkları Helsinki Nihai Senedi'dir. Belge esasında insan haklarını güvence altına alma amacı taşımadığı gibi hukuksal açıdan bir sözleşme niteliğine de sahip değildir. Ancak ülkelerin "egemen eşitliği", "sınırların değişmezliği" gibi ilkeler yanında "insan haklarına ve temel hak ve özgürlüklere" saygı esasına dayalı bir andlaşma üzerine kurulmuştur. Bu nedenle Helsinki Nihai Senedi'nin önemi insan hakları kavramının ideolojiler arası ortak bir değer olarak benimsenmiş olmasında yatmaktadır.³⁰⁴

AGİK'nın 19-21 Kasım 1990 Zirvesinde ise, silahsızlanma andlaşması olarak da bilinen "Avrupa Konvansiyonel Kuvvet Andlaşması" (AKKA) ve insan hakları, demokrasi ve azınlık konularındaki görüşlerini yenileyen "Paris Şartı" kabul edilmiştir. Paris Şartı'nda "insan hakları ve temel hürriyetler, tüm insanların doğumlarıyla birlikte iktisap ettikleri vazgeçilmez haklardır ve kanunla garanti altına alınmışlardır. Bunların korunması ve geliştirilmesi devletin başta gelen görevidir. Bunlara saygı, zorba bir devlete karşı asıl güvenceyi oluşturur. Bunlara uyulması ve tam olarak uygulanması hürriyetin, adaletin ve barışın temelidir" denilmektedir.

Bu alandaki son Avrupa belgesi ise 7 Aralık 2000 tarihinde Nice/Fransa'da imzalanan ve gelecekte Avrupa Birliği Anayasası'nın bir parçası olacak olan "Avrupa Temel Haklar Şartı"dır. Avrupa Temel Haklar Şartı saydığı hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanıyan bir Bildirge niteliği taşıdığından, düzenlediği hakların hukuki yönden bağlayıcı olduğu söylenemez. Dolayısıyla, bildiriye ve bildiride sayılan hakları tanıyan devletlere herhangi bir yükümlülük getirmemektedir. Belgenin giriş kısmında bu nitelikler şöyle ifade edilmiştir: "Avrupa halkları, aralarında daha yakın bir birlik oluşturmak için ortak değerlere dayalı barışçı bir geleceği paylaşmaya karardır. Ruhani ve manevi mirasının bilincinde olan Birlik, bölünmez ve evrensel değerler olan insan onuru, özgürlük, eşitlik ve dayanışma değerleri üzerine inşa edilmiştir. Demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkelerine dayanmaktadır. Birlik vatandaşlığını tesis ederek ve bir özgürlük, güvenlik ve adalet bölgesi oluşturarak bireyi, faaliyetlerinin merkezine yerleştirir. ... Bu Bildirge, Topluluk ve Birliğin yetkileri ve

303 "Human Rights, Information Sheet", Council of Europe, No. 37, July- December 1995.

304 KAPANİ, s. 75.

görevlerini ve yetki ikamesi ilkesini dikkate alarak özellikle Üye Devletlerin ortak uluslararası yükümlülükleri ve anayasal gelenekleri, Avrupa Birliği Antlaşması, Topluluk Antlaşmaları, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi, Topluluk ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Sosyal Bildirgeler ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukundan kaynaklanan hakları yeniden teyit etmektedir...”³⁰⁵

Ancak bu durum belgenin siyasi ağırlığını etkileyen bir unsur değildir. Tüm AB devletleri liderlerinin onayladığı bu belge AB tarafından iç ilişkilerinde temel başvuru kaynağı olma yanında aday ülkeler için de Kopenhag Zirvesinde belirlenen insan hakları kriterlerinin ne anlama geldiğini tespiti yarayan bir argümandır.

2.1.2 İnsan Hakları Kavramı

“İnsan hakları” kavramı hakların özel bir grubu olup, bir kişinin yalnızca insan olduğu için sahip olduğu en üstün ahlaki hakları ifade etmektedir.³⁰⁶ Kişinin insan haklarına sahipliği, mensubiyetine doğuştan getirdiği özelliklerine veya kazanılmış donanımlarına bağlı olarak değişmez, çünkü; kavramın başındaki “insan” sözcüğünün işaret ettiği hakkın kaynağı, insanlık (humanity) veya insanın ahlaki doğasıdır.³⁰⁷ Dolayısıyla insan hakları doğrudan doğruya insan kişiliğini ve onurunu koruyan, bütün insanlar için geçerli olan haklardır.³⁰⁸

“İnsan hakları”nın geçerliliklerini üstün bir ahlaki ilkedен aldığı, bireylerin sadece “insan” olmak itibarıyla sahip oldukları en üstün ahlaki hak olduğu düşüncesi, birey merkezli, bireyi kendi başına değer olarak ele alan aydınlanma düşüncesinin ürünü bir paradigmaya dayanmaktadır.³⁰⁹

Kişinin doğal hukuktan kaynaklı siyasal iktidara karşı korunması gereken özgürlük ve haklarının olduğu fikrine liberal Jeremy Bentham, sosyalist Karl Marx, muhafazakar Edmund Burke gibi değişik düşünce akımlarına mensup yazarlar tarafından yapılan eleştiriler, insan hakları kavramı savunucuları tarafından, Kant’ın “insana araç olarak değil, amaç olarak davranılması”ni emreden kategorik buyruğu esas alınarak savuşturulmaya çalışılmıştır.³¹⁰

Kavramın savunucularına göre insan hakları iddiaları esas itibarıyla extralegal yani

305 <http://www.deltur.cec.eu.int>.

306 DONNELLY, s. 22.

307 DONNELLY, s. 27.

308 ERDOĞAN, M., *Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji*, 2. Bas.(genişletilmiş), Liberte yay., Ankara 2000, s.31.

309 ARSLAN, Anayasa, s.25.

310 Age, s.25.

hukukun dışındadır.³¹¹ Çünkü, insan hakları pozitif hukuk tarafından tanınmış olsun ya da olmasın, belli bir tarihsel aşamada insanların sahip olmaları gerekli sayılan tüm hak ve özgürlükleri kapsar.³¹² Tanör'e göre insan hakları kavramı, varolan ya da yazılı hukukun tanıdığı haklarla olduğu kadar, olması gereken evrensel olanla da ilgisi olan, insanlığın ulaştığı gelişmenin her aşamasında bütün insanlara tanınması gereken hak ve özgürlüklerdir.³¹³

Bireyin sahip olduğu hakların her hangi bir yer veya zamanda inkar ve ihmal edilmesi, bireye kendi başına bir amaç olarak değil, başkası için bir araç olarak kullanılması sonucunu doğuracaktır.³¹⁴ O nedenle İnsan haklarına hayat için değil, fakat onurlu hayat için ihtiyaç duyulmaktadır.³¹⁵

Bir görüşe göre hukukun kişilere tanıdığı yetkiler niteliklerine göre özel haklar, kamu hakları, temel haklar olarak ayrılabilir.³¹⁶ Literatürde insan hakları deyimi yerine “temel haklar” kavramını kullanan yazarlara rastlanmaktadır. Ancak bu iki kavramın aynılığından bahsetmek çok isabetli değildir. Hak hukukun kişilere tanıdığı yetki olma yönüyle bir taraftan hukukun koruduğu bir çıkarı anlatırken, diğer taraftan sahibine yararlanma yetkisi verir.

İnsan hakları temel haklar kavramları arasındaki anlam farkına değinen Mümtaz Soysal, temel hakları, “Türkiye Cumhuriyetince benimsenen ayrıntılarıyla düzenlenen, belirli bir güvenceye kavuşturulan haklar..” olarak açıklarken, insan hakları deyiminin bu temel hakları da içine alacak biçimde fakat onların üzerinde ve ötesinde genel bir felsefeyi, insan odaklı genel bir yaklaşımı ifade ettiğini³¹⁷ belirtmektedir.

İnsan hakları deyimi yerine “Kamu Hürriyetleri” kavramını tercih eden Kapani'ye göre ise, insan hakları deyiminden, daha çok “olan”dan çok “olması gereken” haklar listesi, platonik bildirilere geçen bir “ulaşılacak hedefler programı” anlaşılırken, temel haklar kavramı ile anayasalarda düzenlenen ve güvence altına alınan insan hakları kastedilmektedir.³¹⁸

Kısaca genel eğilime göre insan hakları olması gereken ve evrensellik boyutu olan bir ideali; temel haklar pozitif hukuk tarafından tanınan ve güvence altına alınan hakları, ortaya

311 DONNELLY, s. 24.

312 TANÖR, Türkiye'nin, s.14.

313 Age, s.14.

314 ARSLAN, Anayasa, s.25.

315 DONNELLY, s. 27 .

316 EREN, s.11.

317 SOYSAL, s.189.

318 KAPANİ, , s.14.

konan bir realiteyi, ifade etmektedir.³¹⁹ Realite her zaman ideal olanı aradığına göre insan hakları, yürürlükteki hukuk sistemlerinin iyileştirmesi konusunda ölçü alınacak bir “mihenk taşı”, aktüel hukuk düzenlerinin “değer ölçüsü”³²⁰ olarak görülebilir.

Kısaca insan hakları iddialarının esas amacının mevcut hukuki uygulama ve kurumların değiştirilmesi olması³²¹ sebebiyle kavram en geniş anlamıyla siyasal meşruluğun bir ölçütüdür.³²²

2.1.3 Özgürlük Kavramı

İnsan hakları literatüründe özgürlük kavramı ve kavramın insan haklarıyla ilişkisi sıkça tartışma konusu olmuştur. Kaboğlu’na göre özgürlük fiili bir durumu ifade eder; kişi karar verme, yapma veya yapmama iradesine sahip olduğu ölçüde özgürdür.³²³ Özgürlüğün bir şeyi yapma veya yapmama serbestisi olduğunu düşünen Tanör ise kamu otoritesinin dayatacağı buyrukların tutsağı olmamaya vurgu yapmaktadır.³²⁴

Özgürlüğün insanlık durumunun ayrılmaz bir parçası olduğunu düşünen Erdoğan özgürlüğün özünün; engellenmeme, kısıtlanmama ve zorlamalara maruz kalmama olduğunu ifade etmektedir. Başka bir deyişle özgürlük, kişinin yapmak veya olmak istediği bir şey konusunda, dışarıdan gelen ve doğal olmayan yani insan yapısı veya insani müdahale ile değiştirilebilir olan herhangi bir engelleme veya kısıtlama altında olmaması durumudur.³²⁵

Başka bir açıdan ise özgürlük, herhangi bir harici ve keyfi kısıtlama altında bulunmadan seçenekler arasında tercihte bulunabilme kapasitesi olarak tanımlanabilir. Ancak bu tanım alternatif bir tanım değil, “kısıtlanmamışlık” anlamında özgürlük kavramının tamamlayıcısıdır.³²⁶ Yazara göre özgürlük kişinin ahlaki doğasını gerçekleştirmek üzere tercih yapmasıyla kendini göstermekte; bir eylem potansiyeli olmasıyla kişinin ahlakiliğin ve kişisel özerkliğin temelini oluşturmaktadır.³²⁷

Özgürlük tüm hakların ortak kökeni olup, haklar özgürlükleri sağlamak için kişilere

319 EREN, s.11.

320 ERDOĞAN, Demokrasi, s.31.

321 DONNELLY, s. 24.

322 Age, s. 25.

323 KABOĞLU, Özgürlükler, s.15.

324 Age, s.13.

325 ERDOĞAN, M., “Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü”, *Demokratik Hukuk Devletinde Din ve Vicdan Hürriyeti*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2002, s.63.

326 ERDOĞAN, Dersimiz, s.17.

327 Age., s.33.

hukukça tanınan meşru yetkililerdir. Dolayısıyla özgürlük herkese tanınmış bir insan hakkıdır. Bu nedenle özgür olmak başkalarına karşı ileri sürülebilen haklara sahip olmak anlamına gelmektedir.³²⁸

Nitekim 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde, hakkın cevherinde bir özgürlük saklı olduğu, dışarı vurulması ya da dışarıdan saldırıyla karşılaşılması durumunda özgürlüğün hak biçimini aldığı vurgulanmaktadır. Sonuç olarak Belgeden insan haklarının özgürlüğün açıklanışı dışı vurulması olduğu sonucu çıkarılabilir.³²⁹

İnsan haklarını kısaca özgürlük hakları olarak nitelendiren Erdoğan da çoğu insan hakkının, insanın ontolojik gerçekliği olan özgürlükten türediğini, temel hakların özgürlüğün açılımları veya onun türevleri olduğunu düşünmektedir. Dolayısıyla kişinin seçme özgürlüğünü korumaya dönük talepler, insan haklarının özünü oluşturmaktadırlar.³³⁰

Yukarıdaki görüşlerden farklı olarak, Kubalı hak ve özgürlük arasında bir anlam farkı olmadığını, hak ve özgürlüğün bir gerçeğin iki yönü olduklarını savunmaktadır. O'na göre Özgürlük bir haktır ve hak ancak özgürlükle gerçekleştirilebilir.³³¹

Buna karşın özgürlük hak ilişkisinde aynılığın olmadığını “özgürlük herkese tanınmış bir haktır fakat bütün haklar özgürlük değildir” cümlesi ile belirten Kaboğlu'nun görüşlerine yeniden dönmekte fayda var: “Özgürlük bireyin toplum içinde sahip olduğu bağımsızlık alanıdır. Bu alan toplumsal ve kamusal arasındaki ayrımın sınırınıdır.”³³²

2.1.3.1 Sivil ve Siyasi Özgürlükler

Siyasi bir program olarak ele alındığında insan haklarının nihai amacı siyasi iktidarın bireyler karşısında zora başvurma olanaklarını azaltmak ve bu yolla kişilerin cebre maruz kalmadan tercihte bulunabilme kapasitelerini arttırmaktır. Tercih özgürlüklerinin başlıca görünümleri olan sivil özgürlükler ise bu özgürlük programının yani insan haklarının çekirdeğini oluşturmaktadır.³³³

İnsan hakları kavramının felsefi ve siyasal düşünceye, siyasal meşruluğun hakim ilkelerine meydan okuyarak girmesi³³⁴ sivil ve siyasal alanda kendini gösterir. Sivil alan her

328 KABOĞLU, Özgürlükler, s.15.

329 AKAD - VURAL DİNÇKOL s. 200.

330 ERDOĞAN, Demokrasi, s.33.

331 EREN, s.10.

332 KABOĞLU, Özgürlükler, s.15.

333 ERDOĞAN, Demokrasi, s.34.

334 DONNELLY, s.38.

bireyin özerkliği yaşam ve davranış tercihini serbestçe belirleyeceği alanı iken siyasal alan katılma haklarında somutlaşmaktadır.

Donnelly'ye göre sivil özgürlükler hem vicdan ve inanç alanını hem de bu özel konuların serbestçe ifade edilebileceği bir kamusal alanı tanımlamaktadır.³³⁵ Erdoğan'a göre de Sivil özgürlükler barışçı, medeni özgür bir toplumsal varoluşun, başka bir ifadeyle sivil toplumun temelini oluşturan özgürlüklerdir.³³⁶ Donnelly bu görüşü şöyle ifade etmektedir: "Sivil özgürlükler bazı etkinlik alanlarını devletin müdahalesinden korur ve onurlu bir hayatın kamusal söylem ve etkinliğine girmeyi mümkün kılacak olumlu düşünce toplanma dernekleşme özgürlüklerini gerektirdiği düşüncesiyle devlete getirilen olumsuz sınırlamaları kapsar."³³⁷

Siyasal özgürlük ise kişilerin güvenliği, ruhun huzuru demektir, yönetim öyle olmalıdır ki, hiçbir yurttaş bir diğerinden korkmasın.³³⁸ İnsanlar özgür ve eşit doğduğuna göre iktidarın emanet edildiği kişilerin neyi yapıp neyi yapamayacağı belirlenmelidir.³³⁹ Çünkü iktidarı elinde bulunduran onu kötüye kullanma eğilimindedir ve karşısına bir engel çıkana kadar devam eder.³⁴⁰ Bu nedenle kuvvetler ayrılığını savunan Montesquieu siyasal özgürlüğün her istenilenin yapılması değil, yasaların izin verdiğini yapma hakkı olduğunu düşünmektedir.³⁴¹

2.2 Din Özgürlüğü Kavramı

İnsan hakları ve özgürlükler pozitif hukuk sınırlarını taşan, hukukça çerçevelemiş veya güvencelemiş beşeri ayrıcalıklardır.³⁴² Din özgürlüğü ise bir görüşe göre özgürlüklerin asıl kalkış noktasını oluştururken³⁴³, başka bir görüşe göre düşünce, kanaat ve vicdan özgürlüğünün tabi bir sonucu ve tezahürüdür.³⁴⁴

Demokrasi ve çoğulculuk kavramları da din özgürlüğü ile yakından ilgilidir. İnsan

335 Age., s.44.

336 ERDOĞAN, Demokrasi, s.34.

337 DONNELLY, s.44.

338 AKAD - VURAL DİNÇKOL s. 134.

339 KABOĞLU, Özgürlükler, s.268.

340 AKAD - VURAL DİNÇKOL, s. 134.

341 Age., s. 134.

342 KABOĞLU, Özgürlükler, s.12.

343 ALDIKAÇTI, O., s.46.

344 EREM, F., "Ceza Hukuku Bakımından Vicdan ve Din Hürriyeti", *AÜHFD*, C.VIII, S.3-4, 1951, S.67.

haklarının temelinde din özgürlüğünün yattığını savunanlar³⁴⁵ kadar demokrasi ve din özgürlüğünün birbiriyle bağlantılı kavramlar olduğunu, dini hoşgörünün tesisine yönelik çabaların demokratik toplumların ortaya çıkmasında itici güç rolü oynadığını ileri sürenler³⁴⁶ de vardır.

Aslında din ve vicdan özgürlüğü temelde kişinin vicdani bir kanaate sahip olması ve bu kanaatin dışı vurulması olmak üzere insanlık durumunun iki yönüyle ilgilidir. Din özgürlüğü kavramının İnsan Hakları Evrensel Beyannameinde vicdan ve düşünce özgürlüğü ile birlikte zikredilmesi, bu kavramlar arasında yakın bir ilişki olduğunu ima etse de, gerek vicdan gerekse düşünce özgürlüğünün kapsamı din özgürlüğünün kapsamından daha geniştir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 18. maddesi, “Herkes düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne sahiptir. bu hak, herkesin istediği dine yada inanca sahip veya bunları benimseme özgürlüğünü kapsadığı gibi, herkesin ister tek tek isterse başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din yada inancını tapınma, uyma ve uygulama veya öğretme bakımından, açık yada kapalı biçimde ortaya koyma özgürlüğünü kapsar.”

Ayrıca BM Genel Kurulu din ve inanç özgürlüğü ile ilgili olarak “Din veya İnanca Dayalı Her Türü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi” ile bu konudaki genel prensipleri belirlemiştir. Bildirgenin 6. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Madde-6. Bu Bildirgenin 1. Maddesi uyarınca ve 1. Maddesinin 3. Fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, düşünce, vicdan, din ya da inanç özgürlüğü hakkı diğerlerinin yanı sıra,

- a) Bir din ya da inancın gerekleri uyarınca ibadet ya da toplanma ve bu amaçla ibadet yerleri kurma ve koruma,
- b) Uygun yardım ve insancıl amaçlı kurumlar kurma ve koruma,
- c) Bir din ya da inancın tören ya da törenlerine ilişkin araç ya da gereçleri yeterli ölçüde yapma, edinme ya da kullanma,
- d) Bu alanlarda ilgili metinleri yazma, yayınlama ve yayma,
- e) Bir din ya da inancı bu amaçlara uygun yerlerde öğretme,
- f) Bireylerden ve kurumlardan gönüllü maddi ya da başka yardımlar isteme ya da alma,
- g) Herhangi bir din ya da inancın gereklilikleri ve standartlarının öngördüğü uygun liderleri yetiştirme, atama, seçme ya da yerini alacak olanı belirleme,
- h) Dinin ya da inancın kuralları uyarınca tatil günlerine uyma ve bayram ve törenleri kutlama,

345 ÖKTEM, A. E., *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberte Yay., Ankara 2002, s. 46.

346 HABERMAS, J., “Religious Tolerance-The Pacemaker for Cultural Rights”, *Philosophy*, 79, 2004, s.15.

i) Din ve inanç konularında ulusal ve uluslararası düzeylerde bireylerle ve topluluklarla iletişim kurma ve sürdürme, özgürlüklerini içerir.”

Avrupa Birliği Temel Haklar Anlaşması'nın 10. maddesi ise düşünce, inanç ve din özgürlüğünü hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde yer kalmayacak şekilde düzenlemektedir:

“Herkes düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, tek başına ya da başkalarıyla birlikte topluluk halinde ve herkesin önünde veya özel olarak, din ya da inanç değiştirme özgürlüğünün yanı sıra, ibadette, öğretimde, uygulamada ve törenlerde dinini veya inancını açıkça ortaya koyma özgürlüğünü de içerir.”³⁴⁷

2.2.1 Bir Dine inanma ve İnanmama Özgürlüğü

Bir dine inanma ve inanmama özgürlüğü din ve vicdan özgürlüğünün birinci boyutunu ifade etmektedir. Bireyler bir dine inanıp inanmamakta serbesttir başka bir deyişle inanma ve/veya inanmama tutumu din ve vicdan özgürlüğünün koruması altındadır. Dolayısıyla din ve vicdan özgürlüğü sadece herhangi bir dinin inananlarını veya dindarlarını değil, aynı zamanda dine ilgisiz veya kayıtsız olanlarla, herhangi bir dine inanmayanları ve tanrıtanımları da korumaktadır.

Din ve vicdan özgürlüğünün bu boyutu, dini inancı olup olmamasına ya da aynı dini inanca sahip olmakla birlikte farklı mezheplere, dini cemaatlere ve kiliselere mensup olunmasına veya bağımsız dindarlar olunmasına göre insanlar arasında ayırım yapılmasını engellemektedir.

Ayrıca bu korumaya, mensup olunan dini değiştirmek ve dinden çıkmak da girmektedir. Din ve vicdan özgürlüğünün bu yönü İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, m. 18; Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi, m. 9; Sivil ve siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 24; Avrupa İnsan Hakları Yasa Tasarısı, m. 10/1 gibi başlıca uluslararası insan hakları belgelerinde açıkça güvence altına alınmıştır.

2.2.2 Dinin Gereklerini Yerine Getirme Özgürlüğü

Dinin gereklerini yerine getirme özgürlüğü, inananların bireysel hayatlarında ve toplumsal ilişkilerinde dini inançlarının gerektirdiği şekilde davranma özgürlüklerini içermektedir. Çünkü din ve vicdan özgürlüğü sadece bireylerin inançlarını ve vicdani kanaatlerini güvence altına almakla gerçekleşmiş olmaz. “Din sırf bir inançtan ibaret değildir.

³⁴⁷ Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma Taslağı, Avrupa Konvansiyonu, 2003, s. 59.

Din, aynı zamanda ameli bir hayat yolu; emirler yasaklar ihtiva eden ilahi bir kanundur. Dindar olan bir kimsenin bu yolda yürümesi ve bu kanunun emirlerini yerine getirmesi, yasak ettiği fiil ve hareketlerden kaçınması, hülasa dindarlığın gereğini yapması lazımdır.”³⁴⁸

Dinin gerektirdiği bireysel ve toplu ibadetler ve dini ayinler, yine dinin inanan kişiye yüklediği bireysel ve toplum hayatıyla ilgili ödevler bu özgürlüğün konusunu oluşturmaktadır. İbadet “Tanrıya kulluk etmek, kutsala yaklaşmak ve yakınlaşmak için yapılmakta olan dini eylemlerdir.”³⁴⁹ İbadet özgürlüğü din özgürlüğünün doğal bir uzantısı olarak, “konviksiyonu” ortaya koyma hakkını anlatmaktadır. Birey tek başına veya toplu halde, özel veya kamusal yaşamda ibadet ve ayinler yoluyla inancı doğrultusunda hareket etme serbestliğine sahiptir.³⁵⁰

Bu özgürlük 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 18. madde 1. fıkrada “kişinin dinini ve inancını tek başına veya diğer insanlarla birlikte cemaat halinde, alenen veya gizli öğrenme, uygulama, ibadet ve ritüelleri yerine getirmek suretiyle yaşama özgürlüğü” cümlesi ile yer almaktadır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ndeki bu ibare 1950 tarihli Avrupa İnsan Temel Hak ve Özgürlükleri Sözleşmesi’nde, 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Paktı’nda (m. 18) ve ileride çıkacak Avrupa Anayasası’nda yer alacak Avrupa Temel Haklar Bildirgesi’nde (m. 10) tekrarlanmaktadır. Fakat aynı özgürlüğe hem Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nde, hem Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde (m. 10/ 2) hem de Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Paktı’nda (m. 18/3) birçok sınırlama getirilmektedir (m. 29).

2.2.3 Dini Tebliğ ve Telkin Etme Özgürlüğü

Tüm dinler “en üstün” inanç sistemi olma iddiasına sahiptirler ve inananlara tebliğ etme görevi yüklerler. Ancak din ve vicdan özgürlüğünün unsurlarından olan kişinin dini inancını yaymak üzere başkalarına tebliğ ve telkinde bulunabilmesi, dini bir referanstan değil, özgürlüğün doğasından kaynaklanmamaktadır. Herhangi bir dini inancın yayılması amacıyla yürütülen propaganda faaliyetlerinin yasaklanması veya cezai müeyyideye bağlanması din ve vicdan özgürlüğüne aykırıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 9. madde ile ilgili ilk verdiği

348 KUZU, B., “Din-Vicdan Hürriyeti ve Türkiye’de Laiklik Anlayışı”, *Demokratik Hukuk Devletinde Din ve Vicdan Hürriyeti*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2002.

349 TAPLAMACIOĞLU, s.285.

350 KABOĞLU, Özgürlükler, s.367.

kararda dini telkinin “ikna” etme hakkını da kapsadığını belirtmiştir.³⁵¹

2.2.4 Dini Eğitim ve Öğretim Özgürlüğü

Evrensel Bildiri başta olmak üzere bütün uluslararası hukuk belgelerinde din ve vicdan özgürlüğünün "öğretim" hakkını da içerdiği hüküm altına alınmıştır. Öğretim özgürlüğü, kamu okulları yanında, dini ağırlıklı olanları da dahil olmak üzere her türlü özel eğitim kurumunun kurulup işletilmesinin serbest olmasını gerektirir.

Nitekim, 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi 18. maddesinin son fıkrası ile ebeveynlerin çocuklarının din ve ahlak eğitimini kendi inançları doğrultusunda görmelerini sağlama özgürlüğüne, taraf devletlerin saygı göstermeleri yükümlülüğü getirilmiştir: “Bu sözleşmeye taraf devletler, anne-babalar ile mümkünse vasilerin, kendi inançlarına uygun biçimde, çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğüne riayet etmeyi taahhüt ederler.” Aynı konu “İktisadi, Toplumsal ve Kültürel haklar Uluslararası Sözleşmesi”nin 13. maddesinde de yer almakta, akid devletlere, ebeveyn veya kanuni temsilcilerin devletçe kurulanlar dışında okul seçme özgürlüklerine saygı göstermeleri yükümlülüğü getirilmektedir.

UNESCO bünyesinde imzalanan “Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme”nin 2. maddesi de eğer şartlar gerektiriyorsa dil ve din gerekçesi ile ayrı eğitim sistem ve kurumlarının kurulmasının ayrımcılık sayılmayacağını ifade eder.

Son olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 Nolu Protokolün 2. maddesi, ana-babaların kendi dini ve felsefi inançlarına uygun bir eğitim ve öğretim sağlama hakkını güvence altına almaktadır: "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneyeceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir."³⁵²

2.3 Anayasal Açıdan Din ve Vicdan Hürriyeti

1961 anayasasının 2. maddesi aralarında din ve vicdan hürriyetinin de bulunduğu insan haklarını kapsar: “Vicdan ve Din Hürriyeti” başlığını taşıyan 19. madde ise “Herkes vicdan ve dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. Kamu düzenine veya genel ahlaka veya bu amaçla çıkarılan kanunlara aykırı olmayan ibadetler, dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse

351 ARSLAN, Anayasa, s.112.

352 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Protokol 1, Madde 2.

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

1982 Anayasası ise din ve vicdan özgürlüğünü laiklik ilkesinin vazgeçilmez unsuru olarak görmüş ve düşünce özgürlüğünden önce düzenlemiştir. Anayasada bu özgürlüğün öncelikli olarak yer almasının nedeni, laikliğin “diğer özgürlüklerin döl yatağı olarak kabul edilen düşünce özgürlüğünün de temeli zemini olduğunu vurgulamak” içindir.³⁵³ Başka bir deyişle, “düşüncenin özgür olabilmesi için öncelikle vicdanların özgür olması gerektiği” düşüncesi bu bakışın kaynağını oluşturmaktadır.

Din ve vicdan özgürlüğü hakkının sağladığı somut güvence, devletin dini-vicdani inançları veya kanaatleri nedeniyle bireyleri herhangi bir şekilde kınamaya, hak mahrumiyetine ve ayrımcı muameleye maruz bırakmaması ve inancını değiştirmek için baskı yapamamasıdır.

Anayasal alanda din özgürlüğünün kapsamı din eşitliği, ibadet, eğitim ve propagandayı kapsarken; özgürlüğün yasak bölgesini kötüye kullanılması oluşturur.³⁵⁴

2.3.1 Dini Eşitlik

T.C. Anayasasının "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesine göre: "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." Böylece Anayasa din açısından yurttaşlar arasında bir ayırım olamayacağını hükme bağlamış, maddenin devamında, “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” cümlesiyle devletin “dini eşitlik” karşısındaki konumu belirlenmiş olmaktadır.

Dini eşitlik ilkesi Anayasa Mahkemesi kararında şöyle yorumlanmaktadır: “yasalarda devletçe kabul edilen din, kabul edilmeyen din ... ayırımı bulunmamaktadır. Hiç kimse başkasının inancına ya da inançsızlığına karışmamaktadır.”³⁵⁵ Diğer yandan Danıştay’ın E. 1993/73 sayılı kararının karşı oy gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “laik devlet kavramı devletin dinler arasında yansızlığın ve bütün dinsel inançları eşdeğerde görmesini gerektirir. ... Anayasanın 10 uncu maddesine göre, eşit uygulamayı konu yapılması zorunludur. Eşit uygulama zorunluluğu, her dinsel inancın beğenilsin beğenilmesin, benimsensin benimsenmesin, Anayasa’nın 24 üncü maddesinde yer alan din ve vicdan

353 YÜZBAŞIOĞLU, s. 171.

354 TAPLAMACIOĞLU, s.282-283.

355 AMK., E.1995/17, K. 1995/16, k.t.21.06.1995.

hürriyetinin yarattığı haklardan yararlanmasını zorunlu kılar.”³⁵⁶

2.3.2 Dini İnanç veya Vicdani Kanaate Sahip Olma ve Değiştirme

T.C. Anayasasının “Din ve Vicdan Hürriyeti” başlıklı 24. maddesinin 1. fıkrasına göre: “Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.” Bazı yazarlara göre dini inanç, düşünce ve kanaat, din özgürlüğünün subjektif yönü iken, ibadet, teşkilat, propaganda ve öğretim ilkenin objektif yönünü oluşturmaktadır.³⁵⁷

Din ve vicdan özgürlüğü olağanüstü hal ve sıkıyönetim durumunda dahi anayasal koruma altına alınmıştır. Anayasanın 15. maddesinin 2. fıkrasında savaş, seferberlik, olağanüstü hal ve sıkıyönetim durumlarında dahi “kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatleri açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz.” Böylece din ve vicdan özgürlüğünün dokunulmaz, çekirdek alanlı haklardan olduğu ortaya konmaktadır.

2.3.3 Din veya İnancı Açığa Vurma Biçimleri ve Sınırları

Anayasada din veya inancı açığa vurma biçimleri 24. maddede şöyle sayılmıştır: “vicdan, dini inanç ve kanaat”, “ibadet, dini ayin ve törenlere katılma” “dini eğitim ve öğretim” Danıştay’ın 1992/3226 Esas sayılı kararında “Türkiye Cumhuriyetinin kabul etmiş olduğu laiklik ilkesinin başlıca koruyucu aracı, kişilere sağlanmış olan din ve inanç özgürlüğüdür... Anayasanın 24. maddesi ile herkes için dini inanç ve kanaat hürriyetini tanımış ve bu hürriyetin alt bölümleri sayılabilecek ibadet, dini ayin ve tören yapma; bu gibi işlere katılmama; dini inanç ve kanaatlerini açıklamama ya da korkusuz ve cezasız açıklama hürriyetlerini de güvence altına almıştır”³⁵⁸ denmiştir.

Dini inancı açığa vurma biçimleri AİHS 9. madde hükmünün 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Sözleşmenin Fransızca ve İngilizce metinlerinde açığa vurma biçimleri yani “izhar” şekilleri şöyle belirtilmektedir; ibadet (par le culte/in worship), öğretim (l’enseignement/teaching), uygulama veya ayin icrası (les pratiques/practise), yerine getirme veya kural niteliğindeki hareketlerin yapılması (l’accomplissement des rites/observance)³⁵⁹ Bununla birlikte resmi Türkçe metinde “izhar” şekilleri, “ibadet” “ayin” “öğretim” olarak belirtilmektedir.

356 DİDDGK., E. 1993/73, K. 1994/310, k.t. 10.06.1994.

357 TAPLAMACIOĞLU, s.284 .

358 D10.DK., E. 1992/3226, K. 1995/4872, k.t. 25.10.1995 .

359 GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s.352.

2.3.3.1 Dini Eğitim ve Öğretim

Anayasanın 24. maddesi 4. fıkrasına göre, “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.”

Din özgürlüğü kavramının vazgeçilmez bir unsuru olan dini eğitim ve öğretimin, 1982 Anayasasında zorunlu hale getirilmesi laiklik ilkesi açısından yoğun tartışmalara yol açmıştır. Ancak Tanör’e göre 1982’ye kadar din dersleri zaten “fiilen” zorunludur. Anayasa sadece bu samimiyetsizliği ortadan kaldıracak düzenlemeyi getirmiştir.³⁶⁰

Nitekim Danıştay 8. Daire 1971/1678 esas sayılı kararında “üç sene arka arkaya din dersine devam ettiği halde velisi yazılı veya sözlü olarak buna itiraz ettiğini iddia etmediğine göre zımnen oğlunun bu dersi okumasına muvafakat etmiş sayılır.” Yine aynı kararda “..din dersinin, seçmeli ve uygulamalı bir ders olmadığı, ancak derse girmeyi kabul edenler için zorunlu, fakat girip girmeme konusunda öğrenci velisinin ihtiyarına bırakılan bir ders olduğu..”³⁶¹ belirtilmiştir.

Diğer bir görüşe göre ise Anayasaya bu fıkranın eklenme nedeni, 1980 darbesi sonrasında yönetimin “ılımlı İslamı” gençleri siyasal sapmalardan koruyacak bir panzehir olarak görmesidir.³⁶² Nitekim “din derslerinin zorunlu olması ilkesi” Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun değil, Milli Güvenlik Konseyinin ürünüdür.³⁶³ Ayrıca din, darbeyi yapan kadro tarafından “toplumu birleştirici bir unsur” olarak görülmüştür.³⁶⁴

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Nolu protokolün 2. maddesine göre, “.. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”³⁶⁵ Her ne kadar Türkiye 1 Nolu protokolü onaylarken bu maddeye çekince koysa³⁶⁶ da protokol ve sözleşme birlikte yorumlandığında zorunlu din eğitiminin din ve vicdan

360 TANÖR, Türkiye’nin, s. 49.

361 D8.DK., E. 1971/1678, K. 1972/2522, k.t. 04.071972.

362 NARLI, N., “Türkiye’de Laikliğin Konumu”, *Cogito (Laiklik Özel Sayısı)*, S.1, Yapı Kredi Yay., İstanbul 1994, s.29.

363 KUZU, B., *1982 Anayasası’nın Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, 1. Bas., Filiz Kitabevi Yay., İstanbul 1990, s. 257.

364 TANÖR, Türkiye’nin, s. 51.

365 KUZU, 1882, s. 779.

366 GÖLCÜKLÜ- GÖZÜBÜYÜK, s.435.

özgürlüğüne zarar verdiği açıktır.³⁶⁷

Erdoğan'a göre devlet okullarında din eğitim-öğretimi ancak isteğe bağlı olarak yapılması halinde din ve vicdan özgürlüğü ile uyuşabilir; kimse kendi dini inancına veya vicdani kanaatine aykırı olarak din eğitimi almaya zorlanamaz.³⁶⁸ “Serbestlik ilkesiyle gerçekleşen özgürlük, zorunluluk durumunda ortadan kalk”maktadır.³⁶⁹

2.3.3.2 İbadet

“Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.” İfadesi ile din ve vicdan özgürlüğünü mutlak bir şekilde kabul eden Anayasa, 24. madde 2. fıkradaki “14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir” ifadesiyle, ibadet özgürlüğünün, diğer hak ve özgürlükler gibi Anayasa’da belirlenen sınırlar içinde kullanılabilceğini belirtmiştir.³⁷⁰

Anayasa Mahkemesi “din özgürlüğünün kimi kişilerin iç aleminden taşarak toplumun huzurunu kaçırarak boyutlara ulaşmasına, kamu düzeninin korunması ve işlerliğinin uyum içinde sağlanması düşüncesi izin vermez. Bu nedenle öngörülen bu sınırlama ile, toplumun bütün bireylerinin aynı özgürlükten yararlanabilmelerinin amaç edinildiğinde ve böylece bireylerin bu alandaki özgürlüklerinin güvence altına alınmak istendiğine kuşku edilmemek gerekir.”³⁷¹

İbadet özgürlüğü aynı zamanda hiç kimsenin ibadete zorlanamayacağını da kapsamaktadır. Anayasa aynı maddenin 3. fıkrasında “Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.” demekle özgürlüğün bu yönüne vurgu yapmaktadır.

2.3.3.3 Uygulama

Din ve vicdan özgürlüğü inancı olduğu kadar inançların dış dünyada ortaya konulmasını “izhar” şekillerini de kapsamaktadır.³⁷² Ancak dini inancı açığa vurma

367 AİHM'nin konuyla ilgili Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen / Danimarka kararı çalışmanın ilerleyen bölümlerinde incelenecektir.

368 ERDOĞAN, s. 68.

369 KABOĞLU, Özgürlükler, s. 369.

370 YÜZBAŞIOĞLU, s. 172.

371 AMK, E.1979/9, K.1979/44, k.t. 27.11.1979.

372 DİNÇKOL VURAL, s.85.

biçimlerini düzenleyen AİHS hükmünün resmi Türkçe çevirisinde, Fransızca ve İngilizce asıllarında yer aldığı halde “uygulama”ya yer verilmemiştir.³⁷³

Burada bir diğer sorun da uygulama hareketlerinin din veya inancın emrettiği toplumsal davranışı içerip içermediği konusunda çıkmaktadır. AİHK önceleri uygulama hareketleri kavramını geniş yorumlasa da sonradan kavramın “bir din ve inancın emir, telkin ve tavsiye ettiği tüm davranışları içermediği” şeklinde içtihat geliştirmiştir.

Anayasa Mahkemesi’ninse bu konuda oldukça dar bir yorumu benimsediği görülmektedir: “Ferdin manevi hayatına ilişkin olan dine inanç bölümünde sınırsız bir hürriyet tanınmış” olmakla birlikte, “din hürriyetinden doğan hakların bireyin (hayatından çıkıp) toplum alanına taşması ve toplumun huzurunu ve çıkarlarını tehdit eden eylem ve davranışlara dönüşmesinin, milletin çıkarlarını ve huzurunu korumakla yükümlü olan Devletçe önlenmesi zorunludur. Bu nedenle, din hürriyetinin bu bölümünün sınırlamalara tabi tutulmak zorunluluk”³⁷⁴ Bu konudaki temel sınırlama ölçütünü, kamu düzeni ve kamu güvenliği oluşturmaktadır.

2.3.3.4 Dini Propaganda

Anayasada dini propagandanın serbest olduğuna dair açık bir hüküm yoktur. Ancak din özgürlüğünün tanınması ve dini inançların açıklanmasının serbest bırakılmasının, dini propagandanın da serbest olmasını beraberinde getirdiği düşünülmektedir.³⁷⁵

Bununla birlikte Danıştay ve Yargıtay’da Hıristiyanlık propagandası konulu pek çok dava görülmüştür. Aslında halen yürürlükte olan Lozan Antlaşması dikkate alındığında böyle bir suçtan bahsetmek anlamsızdır. Çünkü 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Antlaşması 38. madde 2. fıkrada “Türkiye’de oturan herkes, her inancın, dinin ya da mezhebin, kamu düzeni ve ahlak kurallarıyla çatışmayan gereklerini, ister açıkça isterse özel olarak, serbestçe yerine getirme hakkına sahiptir.”³⁷⁶

Buna karşın Danıştay pek çok kararında Hıristiyanlık propagandası yaptığı gerekçesiyle, kişilere pasaport verilmemesi işlemini hukuka uygun bulmuştur. Örneğin Danıştay 10. Daire 1978/5826 Esas sayılı kararında, “davacının çeşitli tarihlerde Hıristiyanlık propagandası yaparken ve bu konuda broşür ve kitaplar dağıtırken yakalandığı ... ülkemizde faaliyeti yasaklanan Yehova Şahitleri adlı örgütün düzenlediği toplantılara katıldığı ... göz

373 GÖLCÜKLÜ –GÖZÜBÜYÜK, s.352.

374 AMK, E. 1989, K. 1989/12, k.t. 7.3.1989.

375 TAPLAMACIOĞLU, s.286-287.

376 KUZU, 1882, s.967.

önüne alındığında, yurt dışına çıkması sakıncalı görülerek, ... yasa hükmü uyarınca pasaport verilmemesi suretiyle tesis edilen işlemde hukuka aykırı bir husus bulunmamaktadır.”³⁷⁷ ifadesi yer almaktadır.

Başka bir kararda ise “Hıristiyanlık propagandası yaptığı belirlenen yabancı uyruklu kişinin ikamet izni verilmeyip, sınır dışı edilmesinde mevzuata aykırılık olmadığı”³⁷⁸ na karar verilmiştir.

Yargıtay’ın konuyla ilgili kararlarının ise farklı doğrultuda olduğu görülmektedir. Ceza Genel Kurulu “Hıristiyanlığın değişik bir yorumundan ibaret bulunan Yehova Şahitleri inancını paylaşılanların topluluk oluşturmalarının, toplanıp birlikte ibadet etmelerinin, inanışlarını öğretme ve yayma, yani propagandasını yapma eylemlerinin Anayasanın 24. maddesinin kapsamına dahil olduğu...ve suç teşkil etmediği...”³⁷⁹ ne karar vermiştir.

2.4 Din ve Vicdan Özgürlüğünün Sınırları ve Kötüye Kullanılması

2.4.1 Genel Olarak Özgürlüklerin Sınırlanması

Kapani’ye göre sınırsız ve mutlak hürriyet kavramı toplum ve devlet hayatı içinde yer alamamakta, devletin ve toplumun var olabilmesi, sürekliliğinin sağlanması için özgürlüklerin sınırlandırılması kaçınılmaz bir zorunluluk olarak gözükmemektedir³⁸⁰. Ancak, demokratik bir toplumda, temel hak ve özgürlükler sınırlandırılabilir, bu sınırlandırma, sınırsız keyfi bir şekilde olmamalı ve temel hak ve özgürlükler bütünüyle yok edilmemeli, sınırlandırmanın da sınırları olmalıdır.

1789 Bildirgesinden beri kabul edilmiş bir prensibe göre, temel hak ve özgürlükler ancak yasama organı tarafından kanunla³⁸¹, ayrıca keyfi olarak, zevk için değil, ancak kamu düzeninin, genel sağlığın, genel asayişin korunması gibi belli sebeplere dayanılarak sınırlandırılabilir. Bu sınırlama kanunla yapılsa ve kamu yararını amaçlasa dahi, temel hak ve hürriyetin sınırlandırılmasında başvurulan araç, ulaşılmak istenen amaçla ölçüsüz bir oran içinde bulunmamalı³⁸², sınırlama, anayasaya aykırı olmamalıdır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 29. maddesi ikinci fıkrasında temel hak ve

377 D12.DK., E. 1978/5826, K.1980/4070, k.t.25.22.1980.

378 D10.DK., E. 1993/3535, K.1995/4616, k.t.19.10.1995.

379 YCGGK, E. 1985/9-596, K. 1986/293, k.t.26.05.1986.

380 KAPANİ, s.228.

381 ÖZBUDUN, s.103; KAPANİ, s.230. -232.

382 METİN, Y., *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yay., Ankara 2002.

özgürlüklerin genel sınırlama nedenleri şöyle sayılmaktadır: “Herkes haklarını ve özgürlüklerini kullanırken, başkalarının hak ve özgürlüklerinin gereği gibi tanınmasını ve bunlara saygı gösterilmesini sağlamak ve demokratik bir toplumda genel ahlakın kamu düzeninin ve genel refahın meşru gereklerini karşılamak için sadece hukuk tarafından belirlenmiş sınırlamalara tabidir.”

Her hak ve hürriyetin, Anayasada belirtilmemiş olsa bile, o hürriyetin niteliğinden doğan, yani eşyanın tabiatında mevcut olan, objektif sınırları mevcuttur.³⁸³ Ayrıca bazı temel hak ve özgürlükler bizzat anayasalar tarafından, daha tanınırken sınırlandırılmış olup ayrıca kanunla sınırlandırılmalarına gerek yoktur. Bu şekilde objektif veya Anayasal sınırların varlığı durumunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasından değil, sınırlılığından bahsedilir.

Bu sınırlar aslında temel haklara ait olan nesnel sınırlardır. Ancak anayasaların ideolojik, otoriter niteliğine göre bu sınırlar yeterli gelmemekte, anayasalar kendileri soyut ya da somut nitelikte sınırlar ve yasaklar koymaktadırlar. Anayasaların hak ve özgürlüklerin etrafında doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak çizdiği sınırlar dahilinde kalan özgürlük alanı, anayasal korumadan yararlandığı için, anayasal sınırlar hakların garanti sınırını belirlemektedirler. Anayasaların otorite hürriyet ikileminde aldığı konum buradan bakılarak değerlendirilebilir.

Gemalmaz, hakların sınırlandırılmasında kullanılması gerekli ölçütleri şöyle sıralamaktadır: başkalarının hak ve özgürlüklerinin tanınması ve saygı gösterilmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, başkalarının şöhretine saygı gösterilmesi, genel ahlak, kamu düzeni, genel refah, kamu yararı, genel güvenlik ya da kamu güvenliği, ulusal güvenlik, genel sağlık ya da kamu sağlığı, özel yaşamın korunması, çocukların çıkarlarının korunması, adaletin gereği, ülke bütünlüğünün korunması ya da yararı, suçun önlenmesi, gizli bilginin açığa çıkmasının önlenmesi, ülkenin ekonomik refahının yararı, vergilerin ya da diğer iştirak ve cezaların ödenmesinin güvence altına alınması, kamu hizmeti nedeni, hukukun ve düzenin korunması, yargının yetke ve yansızlığının devamı.³⁸⁴

2.4.2 2001 Anayasa Değişikliğinden Önce 1982 Anayasasında Özgürlüklerin Sınırlanması

1982 Anayasası özgürlük otorite ikileminde otoriteden yana tercih kullandığı ve

383 ÖZBUDUN, s.103.

384 GEMALMAZ, Ulusalüstü, s. 755.

özgürlükçü olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.³⁸⁵

Bu tercih 1982 Anayasasını hazırlayan Anayasa Komisyonu Başkanı Orhan Aldıkaçtı tarafından 25 Nisan 1986 günü Anayasa Mahkemesi tarafından düzenlenen Anayasa Yargısı Sempozyumunda şöyle gerekçelendirilmiştir: “şimdi... beni asıl üzen tenkit, devletin ferdin üzerine çıkartıldığıdır... Anayasamızda hiçbir şekilde böyle bir düşünceyi, böyle bir dünya görüşünü gerçekleştirmek yolunu seçmedik, düşünmedik dahi. Kendilerine şunu hatırlatmak isterim ki, gerçekte 12 Eylül’den evvel devlet otoritesi zayıflamıştı; devlet gücünü yitirmişti. Biz, bir devletin haiz olması gereken otoriteyi, bir devletin haiz olması gereken gücü yeniden tesis etmek istedik. Yoksa, devlete birtakım yetkiler vererek ferdin üzerine çıkarmak istemedik... Bunu da Anayasanın 5 inci maddesinde gayet açık bir şekilde “devletin temel amaç ve görevleri” bölümünde belirttik. Anlatmak istedik ki..., bu devletin görevleri vardır. Bu devletin görevleri arasında neler vardır; kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak. Devlet ferdin hizmetindedir. Burada kişinin temel hak ve hürriyetlerini devletten de öne koyuyoruz ...”³⁸⁶

1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması belli bir temel hak ve hürriyetin koruduğu alana dışarıdan girilmesi ve bu alanın daraltılması şeklinde olmaktadır. Anayasa hak ve özgürlükleri sınırlama yetkisini sadece kanun koyucuya tanımıştır. Kanun koyucu bu sınırlamayı ancak, genel veya özel sebeplere dayanarak, kanunla yapabilecektir. Bu nedenle belli bir temel hak ve özgürlüğün sınırlanması “kurucu” nitelikte olmakta, sınırlamayla temel hak ve özgürlüğün alanı, sınırlama öncesine göre daralmaktadır³⁸⁷.

1982 Anayasası temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını olağan ve olağanüstü dönemlerde iki ayrı sisteme bağlamıştır. Olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sistemi Anayasanın 13. maddesinde düzenlenirken, olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması Anayasanın 15. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu nedenle 1982 Anayasasına göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sistemini olağan ve olağanüstü dönem olmak üzere ikiye ayırarak incelemek uygun olacaktır.

2.4.2.1 1982 Anayasasında Olağan Dönemlerde Özgürlüklerin Sınırlandırılması

2001 değişikliğinden önce 1982 Anayasası olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını 13. maddede düzenlemiştir: “Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğinin, Cumhuriyetin,

385 SOYSAL, s.126-135; TANÖR, İki Anayasa, s.197.

386 ALDIKAÇTI, s.53.

387 SAĞLAM, F., *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF Yay., Ankara 1982, s.33.

milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir”.

Madde metninden temel hak ve özgürlükleri sınırlamanın kanunla yapılması, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması, “genel sınırlama sebeplerine” veya “anayasanın ilgili maddesinde öngörülen özel sebeplere” dayanması, “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne aykırı olmaması, öngörüldüğü amaç dışında kullanılmaması gibi şartlara bağlandığını anlaşılmaktadır.

2.4.2.2 Sınırlama Kanunla Yapılmalıdır

Demokratik hukuk devletlerinde temel hak ve özgürlüklerin ancak yasama organı tarafından kanunla sınırlanabilir³⁸⁸. Kapani’ye göre iktidarın kaynağının halkta olduğu demokratik devlette, temel hak ve özgürlükleri sınırlama yetkisinin halkı temsil eden parlamentoya tanınması, yerinde bir uygulamadır. Sınırlamanın herkes için geçerli genel kurallar koyan kanun ile yapılması sınırlamanın objektifliğini sağlamış ve belli kişilerin hedef tutması ihtimalini önlenmiş olacaktır.³⁸⁹ Ayrıca kanunun yasama organında açık görüşme ve tartışma usulleri ile hazırlanması, sınırlandırmanın kamu oyu denetimi altında olmasını sağlayacaktır.

1982 Anayasası da temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği prensibini 13. maddesinin birinci fıkrasında kabul etmektedir: “temel hak ve hürriyetler... kanunla sınırlanabilir”.

Buradan çıkan sonuç temel hak ve özgürlüklerin kanun hükmünde kararnameyle, tüzükle, yönetmelikle veya diğer idari işlemler ile sınırlanamayacağı, yasama organı dışında bir organın bu alana müdahale edemeyeceğidir. Anayasa Mahkemesi bir kararında maddedeki “kanun” kelimesinden şekli ve organik anlamda kanunu anladığını şu şekilde ifade etmektedir: “13. maddenin birinci fıkrasında ‘kanunla’ denilmek suretiyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının münhasıran yasama tasarrufuyla mümkün olabileceğine

388 KAPANİ, s.230.

389 Age, s.231.

işaret edilmiştir”³⁹⁰.

2.4.2.3 Sınırlama Genel veya Özel Sebeplere Dayanmalıdır

Temel hak ve özgürlüklerin kanun koyucu tarafından ve ancak kanunla sınırlanabilmesinin yeterli güvenceyi oluşturamayabileceği ihtimali, genellikle sınırlama sebeplerinin anayasalarca önceden belirlenmesi ilkesini ortaya çıkarmıştır. Bu ilkenin yansımaları 2001 değişikliğinden önce 1982 Anayasasının 13. maddesinin birinci fıkrasında bulmak mümkündür: “temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğinin, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle... sınırlanabilir”. Maddenin metninden de anlaşılacağı üzere Anayasa, birinci fıkrada sayılan “genel sınırlama sebepleri” ve Anayasanın ilgili maddesinde düzenlenen “özel sınırlama sebepleri” olmak üzere iki tür sınırlama sebebi öngörmektedir.

2.4.2.4 Genel Sınırlama Sebepleri

03.10.2001 tarihli Anayasa değişikliği ile kaldırılan genel sınırlandırma sebepleri temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olan sınırlama sebepleri idi. Anayasanın 13. maddesinin son fıkrasında bu durum şöyle ifade edilmekteydi: “bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir”. Ayrıca maddenin gerekçesinde bu cümle şöyle açıklanmaktaydı: “Hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını hüküm altına alan genel maddenin birinci fıkrasında önce bütün hak ve haklar için geçerli yani genel nitelikte olan sınırlama nedenleri gösterilmiştir... Bu nedenlerden herhangi birisi tek başına yahut birkaçı bir arada, belli bir hak ve hürriyetin sınırlandırılmasına meşru gerekçe teşkil eder. Daha önce de belirtildiği gibi genel nitelikteki bu sınırlama nedenlerinin belli bir hak ve hürriyet konusunda uygulanabilmesi için, o hak ve hürriyete ait özel maddede ayrıca öngörülmüş olması yani açıkça kendisinden söz edilmiş bulunması gerekmez”³⁹¹.

Bu bakış açısı Anayasa Mahkemesinin farklı kararlarında da ifadesini bulmaktadır: “Genel nitelikteki bu sınırlama nedenlerinin herhangi bir hak ve hürriyet konusunda uygulanabilmesi, o hak ve özgürlüğe ait maddede ayrıca öngörülmüş olması gibi bir koşula

390 AMK, E.1985/21, K.1986/23, k.t. 06.09.1986.

391 AKAD, M. -DİNÇKOL, A., 1982 Anayasası: Madde gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkım Yay., İstanbul 1998, s.71.

bağlı değildir. Maddede o hak ve hürriyet için hiçbir sınırlama nedeni gösterilmemiş olması o hak ve hürriyetin hiçbir nedenle sınırlanamayacağı anlamına da gelmez”³⁹². “Bütün hak ve özgürlükler için geçerli ‘genel nitelikte’ olan sınırlama nedenleri Anayasanın 13. maddesinde yer almaktadır. Bu nedenlerden herhangi birisi tek başına yahut birkaçı bir arada belli bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasına haklı gerekçe teşkil eder”³⁹³.

Anayasanın 13. maddesinin değişiklikten önceki halini incelediğimizde “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü”, “milli egemenlik”, “Cumhuriyet”, “milli güvenlik”, “kamu düzeni”, “genel asayiş”, “kamu yararı”, “genel ahlak” ve “genel sağlık olmak üzere dokuz adet genel sınırlama sebebinin yer aldığını görüyoruz.

2.4.2.5 Özel Sınırlama Sebepleri

Değişiklikten önceki 13. maddenin birinci fıkrasına göre, “temel hak ve hürriyetler... ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle... sınırlanabilir”. İfadeden anlaşılan tüm hak ve özgürlükler için geçerli olan genel sınırlama sebeplerinin yanı sıra kanun koyucunun bazı temel hak ve özgürlükler için sadece ilgili oldukları hak ve özgürlükleri sınırlayabilecek özel sebepler öngörebilmesidir.

Bu durumda eğer bir maddede özel sınırlama sebepleri öngörülmüş ise, o maddedeki temel hak ve hürriyet, hem 13. maddenin birinci fıkrasında öngörülen genel sınırlama sebepleri ile hem de o madde de öngörülen özel sınırlama sebepleri ile sınırlandırılabilir. Örneğin Anayasanın 23. maddesine göre, yerleşme hürriyeti hem “genel sağlık” genel sebebiyle hem de “sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek” özel sebebi ile kanunla sınırlandırılabilir.

Anayasa Mahkemesinin bir kararında özel sınırlama nedenlerine örnekler verilmiştir: “Anayasanın kimi haklar ve özgürlüklerle ilgili özel maddelerinde de bu genel sınırlama nedenlerine ek olarak özel sınırlama nedenlerine yer verilmiştir. Örneğin düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile ilgili olarak 26. maddede suçların önlenmesi, meslek sırrının korunması, yargılama görevinin amacına uygun biçimde yerine getirilmesi maksadıyla yapılan sınırlamalar özel sınırlama sebeplerinden bazılarına tipik birer örnek teşkil ederler. Belli bir hak ve özgürlüğün bu genel ve özel sınırlama nedenlerinden biri ya da birkaçı ile sınırlandırılabilmesi mümkün bulunmaktadır”³⁹⁴.

392 AMK, E.1985/21, K.1986/23, k.t. 06.09.1986.

393 AMK., E.1985/8 ,K. 1986/27, k.t. 26.11.1986.

394 AMK, E.1985/21, K.1986/23, k.t. 06.09.1986.

2.4.2.6 1982 Anayasasında Olağanüstü Dönemlerde Özgürlüklerin Sınırlandırılması

Olağanüstü hal rejimlerinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemi Anayasanın 15. maddesinde belirtilmiştir: “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

(Değişik: 7.5.2004-5170/2 md.) Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

Maddeden de açıkça anlaşıldığı gibi, 1982 Anayasası, olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından 13. maddenin dışında ve ötesinde bir sınırlandırma sistemi öngörmüştür. Buna göre olağanüstü dönemlerde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında 15. madde uygulanacak, Anayasanın diğer maddelerinde belirtilen güvenceler geçerli olmayacaktır. Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin kararında şöyle ifade edilmektedir: “Anayasa genel olarak temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını 13. maddesinde düzenlemiştir. Ancak, savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını ve hatta durdurulmasını özel olarak düzenleyen 15. maddedir.”³⁹⁵

Anayasanın 15. maddesinde geçen “durdurma” kavramı, 13. maddede yer alan “sınırlama” kavramına göre daha geniştir. Sınırlamadan sonra genellikle temel hak ve özgürlük tamamıyla ortadan kalkmamakta, bazı kullanım olanakları yine de devam etmektedir. Durdurma ise belli bir hakkın, belli bir süre için kullanılmasının mümkün olmamasıdır. Diğer bir ifadeyle, durdurma, temel hak ve hürriyetin kullanılmasının geçici olarak ertelenmesi anlamına gelir.³⁹⁶

Anayasanın 15. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerden birinin mevcut olduğu durumlarda, Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmeden, ölçülülük ilkesine uyularak durdurulabilir. Ancak hiçbir şart ve durumda 15. maddenin ikinci fıkrasında sayılan hak ve ilkelerden oluşan

395 AMK., E.1990/25, K.1991/1, k.t.10.01.1991.

396 SAĞLAM, 180-181.

çekirdek alana dokunulamaz.

1982 Anayasasının 15. maddesinin ikinci fıkrasında olağanüstü hallerde, hatta savaş halinde bile dokunulamayacağı öngörülen bu “çekirdek alan” Anayasa Mahkemesine göre şu hak ve özgürlüklerden oluşmaktadır: “ a) Savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile, ölüm cezalarının infazı dışında³⁹⁷, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; b) Kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; c) Suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; d) Suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

Şu durumda olağanüstü yönetimlerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı olmamak ve ölçülülük ilkesine uyulmak koşuluyla, yukarıda sayılan hak ve özgürlükler, sınırlandırılabilir, hatta bu hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kısmen veya tamamen durdurulabilecektir”³⁹⁸

2.4.3 2001 Anayasa Değişikliğinden Sonra 1982 Anayasasında Özgürlüklerin Sınırlanması

1982 Anayasasının özgürlükçü olmadığına dair görüşlerin doktrinde yaygın olarak savunulduğu belirtilmişti. “Özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna” olduğu liberal anayasacılık geleneğine ters düşen dolayısıyla 1982 Anayasasını liberal anayasacılık geleneğinden uzaklaştıran hükümlerin başında 13. madde gelmekteydi³⁹⁹. Özellikle maddenin genel sınırlama sebeplerini sayması “sınırlamanın kural, özgürlüğün istisna” olduğuna dair kanıları güçlendirmekle kalmıyor, AİHK’in De Becker kararında belirttiği “Sözleşmeyi hazırlayanlar tarafından kabul edilen metot, her bir hak ve hürriyeti ayrı bir madde olarak belirtmek ve tanımlamak ve her bir maddeye söz konusu hak ve özgürlüklere ilişkin, kabul edilebilir özel kayıt ve istisnaları ilave etmekten ibarettir” anlayışına aykırılık teşkil ediyordu.⁴⁰⁰

Bu eksiklikler, Avrupa Birliği’ne giriş sürecinde, Kopenhag Kriterleri ve Katılım Ortaklığı Belgesinin gereklerinin yerine getirilmesi ve ulusal hukukun Avrupa Birliği Hukuku ile uyumlulaştırılması amacıyla oluşturulan “Ulusal Program” çerçevesinde giderilmeye çalışıldı.

397 2004 Anayasa değişikliği ile “ölüm cezalarının infazı dışında” ibaresi 15. madde metninden çıkarılmıştır. Bu nedenle artık çekirdek alanın korumasına dahil edilmemelidir..

398 AMK., E.1990/25, K.1991/1, k.t.10.01.1991.

399 TANÖR, İki Anayasa, s.135.

400 TANÖR, B. -YÜZBAŞIOĞLU, N., *Türk Anayasa Hukuku*, YKY, İstanbul 2002, s.137.

Ulusal Programın bir parçası olarak yapılan kapsamlı Anayasa değişikliğinde, 3.10.2001 tarihinde kabul edilen 4709 sayılı Kanunun 2. maddesi ile Anayasasının 13 üncü maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Maddede ilk dikkati çeken genel sınırlama sebeplerinin tümünün metinden çıkarılarak, yerine her temel hak ve hürriyetin, “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” sınırlandırılabilmesi ilkesinin konulmasıdır.

Böylece, katmerli sınırlama sistemi terk edilerek, her hak ve özgürlüğün niteliğine uygun farklılaşmış kademeli sınırlama sistemine geçilmiş⁴⁰¹ olmakta, temel hakların sınırlama sistematiğinde köklü bir değişiklik meydana getirilmektedir.

Bu bir bakıma 11. maddesinin ilk halinde “Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.” ifadesi yer alan 1961 Anayasası sınırlandırma sistematiğine bir geri dönüş anlamına da gelmektedir.

Sonuç olarak 13. maddenin yeni hali ile değişiklik öncesinin aksine, sınırlama nedenlerine ve olanaklarına değil, kanun koyucunun sınırlama yetkisine sınır getirilmesi esasına dayanan, özgürlükçü bir anlayış tarzı hakim olmaktadır.⁴⁰² Başka bir deyişle AİHS sistemine uygun bir yaklaşımı yansıtan yeni metin, genel sınırlandırma maddesi olmaktan çıkarak, “genel güvence maddesine” dönüşmüştür.⁴⁰³

Bununla birlikte genel sınırlama sebeplerinin ortadan kalkması sonucu düşünce ve kanaat hürriyeti (m.25), hak arama hürriyeti (m.36), kanuni hakim güvencesi (m.37), ispat hakkı (m.39), çalışma ve sözleşme hürriyeti (m.48), vatandaşlık hakkı (m.74), kamu hizmetine girme hakkı (m.70), dilekçe hakkı (m.74) gibi bazı temel hak ve özgürlüklerin tamamıyla; Anayasanın 18-74. maddelerinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin kısmen sınırlamayacak hak ve özgürlüklere dönüştüğü; Anayasada sayılmayan ve doktrininde “isimsiz hürriyetler” olarak sıfatlandırılan özgürlüklerin de hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak özgürlükler haline geldiğini düşünmektedir. Bu nedenle Gözler’e

401 EREN, s.77.

402 SAĞLAM, M., “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenledikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yay., S.19, Ankara 2002, s. 247.

403 EREN, s.77.

göre 2001 Anayasa değişikliği bir “abesle iştilgal örneği”⁴⁰⁴ dir. Ancak Başlangıç ve 14. madde bir arada düşünüldüğünde anayasal sınır niteliğinde olduklarından, yasal düzenlemelerle somutlaştırılarak adı geçen özgürlüklere sınır çizilebileceği anlaşılır..

13. Maddenin yeni halinde temel hak ve hürriyetin sınırlandırmalarda, “öze dokunmama” “ölçülülük ilkesine aykırı olmama” ve “laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama” şeklinde üç güvence ilkesine yer verilmektedir.

Maddenin eski halinde “öze dokunma yasağı” yerine “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” ifadesi yer alırken; “ölçülülük” ilkesi yerine “temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlamalar... öngörülükleri amaç dışında kullanılamaz” şeklinde örtülü bir ifade yer almaktaydı. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi’nin maddeyi geniş yorumlayarak, hem öze dokunma yasağını hem de ölçülülük ilkesini 1982 Anayasası dönemindeki kararlarında da düzenli olarak kullandığı gözlenmektedir.⁴⁰⁵ Anayasa Mahkemesi “Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz.”⁴⁰⁶ diyerek, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve öze dokunmama ölçütlerini birbirlerini tanımlayan ve tamamlayan ölçütler olarak ele alsa da 1982 Anayasasının hazırlık döneminde iki ölçütün birbirinin alternatifi olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır.⁴⁰⁷

1961 Anayasasında yer aldığı halde “öz güvencesi”nin metinde yerini “demokratik toplum gerekleri”ne bırakması gereği Anayasa Komisyonu Başkan vekili Feyyaz Gölcüklü tarafından şöyle açıklanmaktadır: “demokratik toplum gereğini bilmek, özü tayin etmekten çok daha kolaydır.”⁴⁰⁸ “1961 Anayasasının kabul ettiği ‘öze dokunmama’ kıstasından daha belirgin, uygulanması daha kolay olan bir kıstastır.”⁴⁰⁹

Bununla birlikte öz güvencesinin tercih edilmeyişinin altında yatan esas çekince Anayasa Komisyonu üyelerinden Fikret Alpaslan tarafından ifade edilmiştir: “özgürlüklerin özüne dokunmamak için ülkede otoriteyi ne hale getirdiğimiz hepimizce malum”⁴¹⁰. Nitekim

404 GÖZLER, K., “3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştilgal Örneği”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yay., S.19, Ankara 2002, s. 348-354.

405 AMK., E. 1985/8, K. 1986/27, k.t.26.11.1986; E. 1987/16, K.1988/8, k.t.19.4.1986; AMK., E. 1988/14, K.1988/18, k.t.;86, E.1986/17,K.1987/11, k.t.22.05.1987.

406 AMK., E. 1985/8, K. 1986/27, k.t.26.11.1986.

407 ARSLAN, Z., “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yay., S.19, Ankara 2002, s. 151.

408 Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 8, TBMM Basımevi, Ankara 1982, s. 66-67.

409 Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 8, TBMM Basımevi, Ankara 1982, s. 16.

410 Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 8, TBMM Basımevi, Ankara 1982, s. 70.

Komasyon Başkanının ifade ettiği gibi: 13. "... madde düzenlendiği şekilde, çok daha elastiki, devlet iktidarına imkanlar verebilen maddedir. ... halbuki öz kavramı, gerçi şimdiye kadar hiçbir güçlük çıkarmamıştır, Anayasa Mahkemesi gayet ustaca kararlar vermiştir, ama bu kararlar tenkitlere, ileride demokrasi daha geliştikçe memleketimizde, tenkitlere yol açıp, Anayasa Mahkemesi bir iktidarı çok güç durumlarda bırakabilir."⁴¹¹

Aslında "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ibaresi uluslararası İnsan Hakları belgelerinde sınırlamanın sınırı ölçütlerinin başında gelmektedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin hakların sınırlanmasına dair olan 30. maddesinde "Herkes haklarını ve özgürlüklerini kullanırken, başkalarının hak ve özgürlüklerinin gereği gibi tanınmasını ve bunlara saygı gösterilmesini sağlamak ve demokratik bir toplumda genel ahlakın, genel kamu düzeninin ve genel refahın meşru gerekçelerini karşılamak için sadece hukuk tarafından belirlenmiş sınırlamalara tabidir." ifadesi yer almaktadır. Benzer bir şekilde Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 4. maddesinde geçen "Bu sözleşmeye taraf devletler... demokratik bir toplumda sadece kamunun yararını korumak amacıyla ve yalnızca bu hakların niteliğine uygun düştüğü ölçüde, ancak hukuk tarafından tespit edilmiş sınırlamalara tutulmayı kabul eder." cümlesi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesindeki "... demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir" ifadesiyle sınırlamanın sınırı belirlenmiş olmaktadır.

Bununla birlikte karşımıza çıkan sorun 13. maddedeki "demokratik toplumun" nasıl anlaşıldığı, "hangi demokrasi"nin gereklerinin esas alınacağı, sınırlamaların "milli demokrasiye" göre mi batı anlamında "klasik demokrasiye" göre mi yapılacağıdır.

Özbudun'a göre kararlarda demokratik toplum düzeninin gerekleri ve öze dokunmama ölçütlerinin birbiriyle bağlantılı kullanılması, Anayasa Mahkemesi'nin tercihinin "hürriyetten yana" olduğunun göstergesidir. Nitekim Mahkeme bir kararında demokrasiyi şu şekilde açıklamaktadır: "Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindedir. Şu halde getirilen sınırlamaların, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak; istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu

411 Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 8, TBMM Basımevi, Ankara 1982, s. 77.

rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır.”

Ancak karar metninde 2. maddeye yapılan atıf göstermektedir ki, Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzenini Cumhuriyetin temel nitelikleriyle de tanımlamaktadır. Bu atıf göz önüne alındığında Mahkeme'nin Siyasi Partilerle ilgili kararlarında mücadeleci bir “militan demokrasi” anlayışını benimsemesi⁴¹² daha anlaşılır olmaktadır..

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna bireysel başvuru hakkını tanıdığını bildiren başvuruda, Türkiye tarafından talep edilen “demokratik toplum düzeni kavramından, Anayasada belirtilen demokrasi anlayışının anlaşılması gerektiği” iddiası, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilmemiştir.⁴¹³

Sonuç olarak demokrasi ve dolayısıyla “demokratik toplum düzeninin gerekleri” de en az öze dokunmama kadar tanımlaması ve somutlaştırılması zor bir kavramdır.⁴¹⁴ Teziç'e göre tanımlama ve konuyla ilgili kanun koyucunun tercihlerini denetleme görevi Anayasa Mahkemesine bırakılırsa, Mahkeme kendi kendisini bağlamış olur ve yaptığı denetim, “yerindelik denetimi”ne dönüşebilir. Bu da gelecekte “yargıçlar hükümeti”nin doğmasına elverişli bir zemin oluşturur. Bu nedenle ilke Anayasa Mahkemesine tarafından, eşitlik ve özgürlük anlayışı bağlamında Anayasanın 2. ve 5. maddesinden hareketle yorumlanmalıdır.⁴¹⁵

Doktrinde hakkın özü kavramı; özün ne olduğu, nereden başlayıp nerede biteceği, öze dokunma yasağının somut olaydan bağımsız mutlak bir şekilde mi, yoksa her somut olay için ayrı ayrı birey-devlet dengesini sağlayacak şekilde mi yorumlanacağı gibi pek çok tartışmaya konu olmuştur.⁴¹⁶

Bununla birlikte her hakkın tarihsel süreç içinde koruma altına aldığı nesnel sınırları olduğu, bu sınırlar dahilinde nesnel yaşam ilişkilerine özgür bir alan sağladığı genel kabul gören bir görüştür. Ancak temel hak normunun bu alanı aynı yoğunlukta koruduğu söylenemez. “Hakkın özü” bu alan içinde en yoğun korunan, “vazgeçilmez çekirdeği” ifade etmektedir. Öyle ki bu “vazgeçilmez çekirdek” temel hak normunun varlık nedenidir ve ona dokunulduğu takdirde temel hak güvencesi nesnesiz kalacaktır.⁴¹⁷

412 AMK., E.1990/2, K.2001/2, k.t.22.6.2001; E.1989, K.1989/12, k.t.7.3.1989.

413 Vurgu bana ait. TANÖR,-YÜZBAŞIOĞLU, s. 82-83-149.

414 TURHAN, M., “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yay., S. 8, Ankara 1991, s. 403.

415 TEZİÇ, E., *Anayasa Hukuku*, 1.basım, Beta yay., İstanbul 1986, s. 196.

416 SAĞLAM, s.169-171.

417 SAĞLAM, s.158.

Konuyla ilgili tartışmaların ana eksenini “özün içeriğinin belirlenmesi” oluşturmaktadır. Çoğunluk görüşü, bir hakkın özünün nereden bittiğini, öz olmayanın nerede başladığını önceden belirlemenin mümkün olmayacağı bu nedenle takdir yetkisinin Anayasa Mahkemesi’ne bırakılması gerektiği yönündedir.⁴¹⁸

Sağlam’ın görüşüne göre doktrin tarafından konuyla ilgili kriter geliştirmekte yalnız bırakılsa da⁴¹⁹ Anayasa Mahkemesinin “mutlak öz” teorisini benimsediği kolayca anlaşılmaktadır: “Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı hükümler o hak ve hürriyetin özüne dokunur.”⁴²⁰ Mahkeme diğer kararlarında da bu görüşünü tekrar etmektedir: “... bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halindedir ki, o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir.”⁴²¹

Doehring’e göre “Öze dokunmama güvencesi, mümkün olan yasal sınırlama yapılırken dahi temel hakların çekirdek çevresine değmemek.”⁴²² tir. Buradan sınırlamanın sınırları bakımından, öz güvencesinin bir ön koşul halinde ortaya çıktığı sonucuna ulaşılabilir.⁴²³ Bununla birlikte öz güvencesinin hakların sınırlandırılmasını diğer ölçütlere göre çok daha fazla zorlaştırması, “sınırlamanın son sınırı” olarak kabul edilmesine yol açmaktadır.⁴²⁴

Nitekim “demokratik toplum düzeni gerekleri kavramı içinde öze dokunma yasağı ölçütü de bulunmaktadır” görüşünün sanıldığı kadar problemsiz olmadığını düşünen Arslan “öz güvencesi”nin demokratik bir toplumda mümkün görünen bazı sınırlandırmaların yapılmasına müsaade etmediği görüşünü tekrarlamaktadır.⁴²⁵

Ayrıca Arslan’a göre; yeni 13. maddenin “formülasyonu öz güvencesi ile demokratik toplum kriterini özdeşleştirmeye müsait değildir. Öz güvencesi öncelikle uygulandığı takdirde, ‘demokratik toplum düzeninin gerekleri’ ölçütü sadece retorik bir öneme sahip olacak ve işlevini büyük ölçüde yitirecektir. Zira hakların özüne dokunan her sınırlama

418 SOYSAL, s.129.

419 SAĞLAM, s.188.

420 AMK., E. 1962/208, K. 1963/1, k.t. 4.1.1963

421 AMK., E. 1963/25, K. 1963/87, k.t. 8.4.1963.

422 DOEHRING, K., *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, Çev. Ahmet Mumcu, 2. Bas.(gözden geçirilmiş), İnkılap Yay., İstanbul 2002, s. 266.

423 ARSLAN, Temel, s.155.

424 SAĞLAM, s.156.

425 ARSLAN, Temel, s. 151.

‘zorunlu’ olarak demokratik toplumun gereklerine aykırı olacaktır. Tersinden baktığımızda da, öze dokunmayan sınırlamalar yine mantıksal olarak demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayacaktır. Sonuç olarak, 13. maddede sınırlamaların sınırı olarak belirtilen ‘öze dokunmama’ ve ‘demokratik toplum düzeninin gerekleri’ kriterleri arasındaki ilişki zannedildiği gibi problemsiz değildir. Anayasa Mahkemesi’nin bundan sonraki içtihatlarında bu iki kriteri kısmen birbirinden bağımsız yorumlaması gerekecektir. 13. maddenin metni, hakların özüne dokunmayan sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olabileceği varsayımını yansıtmaktadır. Dolayısı ile bu varsayımı dikkate alan ve demokratik toplum kriterini işlevsel kılmayı amaçlayan yaklaşım, bu kriteri ‘öz güvencesi’nden daha ‘geniş’ ve daha ‘özgürlükçü’ şekilde yorumlamak durumundadır.”⁴²⁶

2001 değişikliğinin getirdiği bir başka yenilik “Bu sınırlamalar... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” ifadesinin 13. maddenin yeni metninde yer alması, böylece “ölçülük ilkesi”nin temel hakların sınırlanması konusunda olağan ve olağanüstü dönemler için pozitif temelini bulmuş olmasıdır⁴²⁷.

Sınırlamanın amacı ile sınırlamada başvuru araç arasındaki ilişkiyi göz önünde tutmayı gerektiren ölçülük ilkesi, yasayla yapılacak, meşru bir amaca dayanan her hangi bir sınırlamanın nasıl ve ne ölçüde yapılabileceğini gösterir⁴²⁸. Ölçülülük ilkesi bu işlev çerçevesinde elverişlilik, genellik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır⁴²⁹.

Elverişlilik, temel hak ve özgürlüğü sınırlamak için kullanılan aracın yani getirilen yasal düzenlemenin sınırlama amacını kısmen veya tamamen gerçekleştirmek bakımından elverişli olması⁴³⁰; gereklilik her somut olayda ayrı ayrı ele alınmak üzere sınırlama amacına ulaşmak bakımından sınırlamada başvuru aracın gerekli olması⁴³¹; oranlılık aracın yani belirli bir yasal önlemin yöneldiği kişiye “ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi”, onun için “beklenmedik bir nitelikte olmaması”⁴³² olarak özetlenebilir.

13.maddede dikkat çeken diğer değişiklikse, ilk metindeki “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ibaresine “laik Cumhuriyetin gerekleri” ibaresinin eklenmesidir. Şüphesiz bu ifadenin eklenmesi Avrupa hukukuna uyum çabası olarak görülemez. Uluslararası İnsan Hakları belgelerinde yer almayan “Laik Cumhuriyetin gerekleri”

426 Age, s. 152.

427 EREN, s.94.

428 EREN, s.95.

429 SAĞLAM, s.110-128.

430 SAĞLAM, s.114.

431 ÖZBUDUN, s.86.

432 SAĞLAM, s.116.

ifadesinin, sınırlamanın sınırı ölçütü olarak yeni düzenlemeye eklenmesi, ancak Türkiye'nin laik düzeni koruma konusundaki hassasiyet ve kararlılığının vurgulanması olarak anlaşılabilir.

Çalışmanın ilk bölümünde laiklik ilkesinin Anayasa Mahkemesi neznindeki ayrıcalıklı konumu açıklanmaya çalışılmıştı. Burada sadece şu ifadeye yer vermek yeterince hatırlatıcı olacaktır: “Anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur. ...özelde korunması gereken laiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunamaz”⁴³³

Anayasa Mahkemesi kararlarında Laikliğin Türk demokrasisinin olmazsa olmaz koşulu haline getirildiği ortadadır. “Demokratik düzen, dinsel gerekleri egemen kılmayı amaçlayan şeriat düzeninin karşıtıdır. Dinsel gereklerle yönetimde ağırlık veren bir düzenleme demokratik olamaz. Demokratik devlet ancak laik devlettir”.⁴³⁴ Anlaşılan odur ki Mahkeme “Laik cumhuriyetin gerekleri”ne aykırı her sınırlamayı aynı zamanda demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı kabul edecek, başka bir deyişle laik cumhuriyetin gereği yapılan her sınırlama, demokratik toplum düzeninin gereklerine de uygun kabul edilecektir.

435

Anayasa Mahkemesi laiklik ve demokrasi kavramlarını laikliğe öncelik vererek birbiri içinde eritmeye çalışsa da, doktrinde konuyla ilgili yoğun tartışmalar devam etmektedir.

Aliefendioğlu iki kavram arasındaki ilişkiyi, çoğulculuk dolayısıyla demokrasi teorisi açısından ele almakta ve kavramlar arasında vazgeçilmez bir bağdaşım olduğu sonucuna varmaktadır: “Laiklik demokratik çoğulculuğun dayandığı ‘farklı olabilme’ ve ‘farklılığı ifade edebilme’ özgürlüğünün bir sonucudur. Çoğulcu demokraside, hiçbir düşünsel ya da dinsel başkalık yok edilemez. Demokrasiyle çoğulculuk, çoğulculukla laiklik arasında vazgeçilmez bir bağlaşım (korelasyon) vardır. Laiklik demokrasiyle bağlantılı olduğu kadar, ekonomik ve sosyolojik temelde toplumsal yapıyla da yakından bağlantılıdır.”⁴³⁶

Tanör ise uygulamadan yola çıkarak iki kavram arasındaki ilişkiyi şöyle açıklar: “Bütün laik sistemler demokratik ve laik değildir, ama bütün çağdaş demokrasiler ya da çoğulcu özgürlükçü sistemler fiilen laik ya da sekülerdir. Devletin ve hukukun dine dayanmaması ya da din-devlet ayrılığı ilkesi pratikte genel geçer doğrudur...”⁴³⁷

Erdoğan ise laikliğin demokrasinin gerekli şartı olmakla birlikte yeterli şartı

433 AMK., E.1989/1, K.1989/12, k.t.07.03.1989.

434 AMK., E. 1989, K. 1988/12, k.t. 7.3.1989.

435 EREN, s.134.

436 ALİEFENDİOĞLU, Y., “Laiklik ve Laik Devlet”, *Laiklik ve Demokrasi*, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İmge Kitabevi Yay., Ankara 2001, s.79.

437 TANÖR -YÜZBAŞIOĞLU, s.93.

olmadığını düşünmektedir: “...tarihsel olarak demokrasi siyasal iktidarın laikleşmesi doğrultusundaki gelişmenin tamamlanmasının doğrudan bir sonucu olarak ortaya çıkmış olmadığı gibi, günümüzde de laiklik kendi başına demokrasinin varlığının bir kanıtı değildir. Laiklik hukuk düzeninin dine dayandırılmaması ve devletin dinler (ve mezhepler) karşısında tarafsız olması anlamına gelirken, demokrasi yönetimin halkın rıza ve onayına dayanmasını ifade eder. Bu nedenle dine dayanmayan (laik) bir devlet pekala otoriter ve totaliter nitelikte olabilir. Başka bir ifade ile, laiklikle demokrasi arasında, birincisinden ikincisine doğru giden zorunlu bir ilişki bulunmamaktadır. Nitekim günümüz dünyasında da laik esaslar üzerine kurulu pek çok siyasal sistem demokratik değildir. Bunun tipik örneğini hepsi de laik olduğu halde totaliter özellik gösteren eski sosyalist ülkelerin rejimleri oluşturmaktadır...Buna karşılık aralarında din-devlet ilişkilerinin yapısı bakımından önemli farklar bulunmakla birlikte, demokrasi siyasal sistemlerin hepsinde, siyasal iktidarın meşruluğunun dinden kaynaklanmadığı ve hukukun dinden bağımsız olarak oluşturulduğu gözlenmektedir. Yani demokratik rejimler aynı zamanda laik sistemlerdir. Öyleyse, laiklik demokrasinin gerekli şartı olmakla beraber, yeterli şartı değildir. Bu durumda laiklik olmadan demokrasi olmayacağını söylemek doğrudur, fakat demokrasisiz bir laiklik de hiçbir ahlaki değer taşımaz”⁴³⁸

Son olarak laiklik ile demokrasi arasında hiçbir ilişkinin olmadığına dair görüş Gözler tarafından savunulmaktadır.: “Laik bir devlet, demokratik olabileceği gibi, anti-demokratik de olabilir. Örneğin Fransa laik ve demokratik; eski Sovyetler Birliği ise laik, ama anti-demokratik bir devlettir. Demokratik bir devlet de, laik olabileceği gibi laik olmayabilir de. Örneğin Fransa demokratik ve laik bir devlettir. Buna karşılık İsrail demokratik, ama laik olmayan bir devlettir. İsrail Anayasası Yahudiliği açıkça devlet dini olarak kabul etmiştir. ...Yunan Anayasası Doğu Ortodoks Hıristiyanlığına üstünlük tanımakta ve onu özel olarak himaye etmektedir. Laiklik ilkesi devletin bir resmi dininin olmamasını ve devletin dinler karşısında tarafsız olmasını gerektirdiğine göre, Yunanistan’ı laik olarak kabul etmek mümkün değildir. Oysa Yunanistan yukarıda gördüğümüz ampirik demokrasi teorisinin koşullarını yerine getirmektedir. 1974’ten beri kimse Yunanistan’ın demokratik olmadığını iddia etmemektedir.”⁴³⁹

Konuyla ilgili farklı görüşler incelendiğinde demokrasi ve laiklik arasında vazgeçilmez bir bağlaşımın olmadığı ancak ikisi açısından da önem taşıyan “çoğulculuk” ilkesinin kavramlar arası geçişi kolaylaştırdığı söylenebilir.

438 ERDOĞAN, Anayasal, s.275.

439 GÖZLER, K., *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin yay., Bursa 2001, s.153-154.

Sonuç olarak hak ve özgürlüklerin korunmasında Anayasa metninin önemini göz ardı etmeden, anayasanın yorumlanması ve uygulanmasındaki rolü nedeniyle Anayasa Yargısının temel hak ve özgürlükler konusunda ortaya koyacağı tavır ve çizgiye⁴⁴⁰ dikkat çekmek yerinde olacaktır.

Bu konuda iki farklı görüş ortaya çıkmaktadır. Birinci görüşe göre, laiklik ölçütü Anayasada “sınırlamanın sınırları” içerisinde yer aldığına göre hak ve özgürlükler aleyhine kullanılamayacaktır.

İkinci görüşe göre ise ölçütün metne eklenmesi ve Türkiye’ye özgü laiklik anlayışına yapılan vurgu, Cumhuriyetçi laiklik savunucularının halen dini “laik cumhuriyet” açısından canlı bir tehdit olarak algılamalarının bir sonucudur. Bu algı siyasal özgürlükler, din özgürlüğü, eğitim özgürlüğü, ifade özgürlüğü alanında sınırlamalara yol açmaktadır.⁴⁴¹ Dolayısıyla “laiklik” ölçütünün “Demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve Anayasanın Başlangıç, 2, 6, 10, 14, 24, 68, ve 69 maddeleri varken metne eklenmesinin özgürlükler lehine güvence oluşturacağı şüphelidir.

Tam tersine sınırlamanın sınırı niteliği olmamasına rağmen ilkenin, 13. madde metnine dahil edilmesi, maddenin koruyucu etkisinin ortadan kaldırılmasına hizmet edecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde laik cumhuriyet kavramının pozitivist bir yaklaşımla ele alındığı ve yalnızca temel hak ve özgürlüklerin sınırlaması nedeni olarak algılandığı görülecektir.⁴⁴²

Bu durumda ilkenin temel hakların sınırlanmasında koruyucu nitelik kazanabilmesi, ancak ilkenin yorumlanmasında Fransa’da bile terk edilerek yerini “açık laiklik” anlayışına bırakmaya başlayan “monist laiklik” anlayışının terk edilerek, kıta-avrupası seküler anlayışının benimsenmesi ile mümkün olacaktır⁴⁴³

2.4.4 Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılmaması

Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması Anayasanın 14. maddesinde düzenlenmektedir. Değişiklikten önce maddenin metni şöyleydi: “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk

440 ARSLAN, Temel, s.163

441 BOCKEL, A., “Laiklik ve Anayasa”, *Laiklik ve Demokrasi*, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İmge Kitabevi Yay., Ankara 2001, s.54.

442 ERDOĞAN, M., “Anayasa Değişiklikleri Ne Getiriyor?”, <http://www.liberal-dt.org.tr/at/atme35.htm>, 10.12.2001.

443 Agm

Devletin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar. Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yola teşvik ve tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir. Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz”

2001 Anayasa değişiklikleri ile metin şöyle değiştirildi: “(Değişik: 3.10.2001-4709/3 md.) Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, 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.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”

Değişiklikten sonra metinde ilk dikkati çeken nokta “amaç” yerine “faaliyet” kelimesinin kullanılmasıdır. Böylece 14. maddenin AİHS’in 17. maddesine uyumu sağlanmış olmakla kalmayıp, düşüncenin değil faaliyetin yasakladığına vurgu yapılmaya çalışılmıştır.⁴⁴⁴ Buradan objektif olarak yasal olmayan bir amacın değil, amacı gerçekleştirmeye yönelik faaliyetin cezalandırıldığını anlayabiliriz. Kanun koyucunun yaptırım konusunu belirlerken “...amacıyla kullanılamazlar” yerine “...amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamazlar” terimini tercih etmesi maddeyi kötüye kullanım yasağı niteliğine büründürmektedir. 14. madde temel hakların norm alanları dışında kalan ve demokratik toplum düzenince korunmayan faaliyetleri yasaklamaktadır.⁴⁴⁵

Sorun “çalışmayı bir etkinlik içinde bulunmayı” ifade eden “faaliyet” kavramının Anayasa’da tüzük, program ve eylem kavramlarını kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasıdır.

2001 değişikliklerinin yapılma amacı açısından, kavramın Sözleşmenin 17. maddesi, konuyla ilgili AİHM kararları ve Anayasanın 17. maddesinde geçen “etkinlik ve eylem”

444 EREN, s.33.

445 Age, s.39.

kavramlarını içerecek şekilde dar yorumlanması daha uygun olacaktır.⁴⁴⁶

Bunun dışında yeni metinde göze çarpan asıl önemli yenilik “kötüye kullanma” yasağının kapsamına sadece temel haklarını kullanan bireylerin değil, aynı zamanda “devletin faaliyetlerinin” de dahil edilmiş olmasıdır. Buna göre, devletin temel hak ve özgürlüklerin “Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlaması” da bir kötüye kullanma biçimi sayılacaktır. Bu bakımdan yeni 14. madde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesine oldukça yakınlaşmış görünmektedir.

Ayrıca “Anayasa hükümlerinden hiçbiri, 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” biçimindeki 14/2. madde hükmü ile kötüye kullanma amacını gerçekleştirmek bir hakka dayanılarak hak türetmek yasaklanmıştır. Ancak Anayasanın başlangıç hükmü karşısında bu yeniliğin de anlamı kalmamaktadır.

2.5 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)

2.5.1 AİHS'in İç Hukuk Açısından Durumu

4 Kasım 1950'de imzalanarak 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bölgesel düzeyde insan haklarının korunması açısından en etkili belge olarak kabul edilmektedir. Türkiye Sözleşmeyi imzalayarak, 10 Mart 1954 gün ve 6366 sayılı onay yasası ile vatandaşları ve ülkede yaşayan yabancılar açısından Sözleşme'de yer alan bütün hak ve özgürlüklere uyma yükümlülüğü altına girmiştir.⁴⁴⁷

Sözleşme'nin Türk hukuk sistemindeki yeri ve etkisi yoğun tartışmalara yol açmıştır. Ancak Türkiye Devletinin 21 Nisan 1987 tarihinde bireysel başvuru hakkını, 27 Eylül 1989 tarihinde İnsan Hakları Divanı'nın zorunlu yargı yetkisinin tanınması ve bu beyanını Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine 22.01.1990 tarihinde depo etmesi⁴⁴⁸ ile Türk hukukunda Sözleşmenin yeri ve etkisi güçlenmiştir.

2.5.1.1 2004 Değişikliklerinden Önce

2004 değişikliğinden önce 1982 Anayasasının 90. maddesi son fıkrası şöyleydi:

446 Age, s.34-35.

447 ARSLAN, Anayasa, s.13.

448 GEMALMAZ, Ulusalüstü, s.434.

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz”

Bir görüşe göre bu metin usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş bulunan uluslararası sözleşmelerin anayasaya aykırı oldukları iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağını hükme bağlamakla, uluslararası sözleşme hükümleri ile yasa hükümlerine eşit bir statü sağlamaktadır. Hatta bu ifade ile usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlar karşısında bir derece daha üstünlük tanımaktadır. Soysal bu hükümle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukukumuzun ayrıcalıklı bir parçası haline geldiğini düşünmektedir.⁴⁴⁹

Soysal'la aynı görüşte olan ve muhtemel bir normlar çatışmasında, anayasa üstü bir konumda olan Sözleşme'ye öncelik verilmesi gerektiğini düşünen Gözübüyük de şöyle demektedir: “İç hukukun bir parçası olan sözleşme, Anayasaya aykırı bir hüküm taşısa bile uygulanmaktan alı konamaz...Anayasaya uygunluğu aranmadan, uygulanması gereken sözleşmenin, kendisinden önce, ya da sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı, ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek, uygulanması saksaklanamaz. Kısaca belirtmek gerekirse, sözleşme ile Anayasanın, ya da herhangi bir yasanın çatışması durumunda sözleşme uygulanır.”⁴⁵⁰

Karşıt görüşe göre ise Sözleşme'nin Anayasaya aykırılığının ileri sürülememesi ona kanunlar önünde bir üstünlük kazandırmaz. Çünkü Sözleşme, iç hukuktaki bir kanunla çatışırsa, lex posterior (sonraki norm) kuralı uygulanacaktır. Anayasanın geçici 15. maddesi korumasındaki kanunları Anayasaya uygunluk denetiminin dışında tuttuğuna göre, bir kanun karşısında dahi üstünlüğü olmayan Sözleşme'nin, Anayasadan üstün olması zaten söz konusu olamaz.⁴⁵¹

Aybay'ın görüşlerinin aksine Yüzbaşıoğlu'na göre 15. maddenin olağanüstü durumlarda uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin ihlal edilemeyeceğini belirtmesi ve Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in temel niteliklerinden birisi olarak “insan haklarına saygı” ilkesine yer verilmesi, kanunlar önünde Sözleşmeye üstünlük tanıdığını ve Sözleşmenin doğrudan uygulanması gerektiğini göstermektedir.⁴⁵²

449 SOYSAL, M., “Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı*, S. 14, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara 1997, s.172.

450 GÖZÜBÜYÜK, Ş., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C.9, 1987, s.7.

451 AYBAY, R., “Türk Hukukuna Göre Uluslararası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Altlık Üstlük İlişkisi”, *II.Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri*, Ankara 1993, s.284-286.

452 YÜZBAŞIOĞLU, s.34.

Doktrinde devam eden tartışmalara rağmen uygulamada sözleşmenin kanunlar önünde üstünlüğüne dayanan bir bakışın etkin olduğu söylenebilir. Danıştay 5. Dairesi'nin sözleşmenin iç hukuktaki üstünlüğü vurguladığı bir kararı bu bakışa örnektir: “usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş...bir sözleşmenin Anayasa'ya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulamayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulamasının sarsaklanamayacağı Türk hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, andlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle, iç hukuk yönünden andlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır.”⁴⁵³

Anayasa Mahkemesinin ise 2004 değişikliklerinden önce konuya dair iki farklı uygulaması olduğu göze çarpmaktadır: İlk şekilde Mahkeme “insan haklarına saygı” ilkesi yoluyla İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa Temel Haklar Şartı'na yollama yapmaktadır.⁴⁵⁴ İkinci şekilde ise özellikle, özel hukuk alanındaki hak ve özgürlüklerle ilgili Anayasaya uygunluk denetimi yaparken, uluslararası andlaşmaları destekleyici norm olarak kullanmaktadır.⁴⁵⁵

Bununla birlikte Mahkeme'nin bazı kararlarda Sözleşmeyi “üstün norm” olarak kabul ettiğinin izleri bulunabilir: “Söz konusu bildiri ve sözleşmenin, buyurucu ve bağlayıcı içeriği, sanıklar için bir hak olduğu kadar, insan hak ve özgürlükleri yönünden de bir güvence olarak hukuk düzenimizde kurumlaşan ‘masumluk karinesi’ ilkesini güçlendiren üstün ve evrensel hukuk kuralı niteliğini taşımaktadır.”⁴⁵⁶

Konuya Sözleşme açısından bakıldığında ise Sözleşmenin, akid devletlere, egemenlik alanları içerisinde, Sözleşmede korunan hakları tanıma yükümlülüğünü getirdiği görülür. Bu yükümlülük açık ve net bir biçimde 1. maddede ifade edilmiştir: “Yüksek akid taraflar, kendi yargı yetkileri içindeki herkes için, bu sözleşmenin Birinci Bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alırlar.”

Strasbourg Mahkemesi İrlanda/İngiltere davasında Sözleşmenin bu özelliğini şöyle ifade etmektedir: “Klasik uluslararası andlaşmalardan farklı olarak, Sözleşme sadece akid taraflar arasındaki karşılıklı yükümlülükleri içermemektedir. Sözleşme, karşılıklı yükümlülükler ağıının ötesinde, Önsöz'de ifade edilen, “müşterekeken sağlama” taahhüdünden

453 AMK., E.1986/1723, K.1991/1993.

454 AMK., E.1996/1, K.1997/1, k.t. 14.2.1997.

455 AKILLIOĞLU, T., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, *AÜSBFD*, C.XLIV, S.3-4, Ankara 1989, s.170.

456 AMK., E.1979/38, K.1980/11, k.t.29.1.1980.

beslenen objektif yükümlülükler yaratmaktadır.”⁴⁵⁷

Ayrıca Sözleşmenin 1, 13 ve 19. maddeleri göz önüne alındığında taraf devletlerin yasama, yürütme ve yargı organları olmak üzere bütün organlarıyla sözleşme hükümlerine uygun işlemde bulunmayı taahhüt ettikleri görülmektedir.

Dolayısıyla İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, taraf devletlerin herhangi bir ulusal işlemle Sözleşme hükümlerinden birini çiğnediğini saptarsa, davalı devlet mahkeme kararının gereğini yerine getirmeye zorunludur. Buradan, iç hukukta yapılacak her türlü değişikliğin, değiştirilmesi gereken kural bir anayasa hükmü dahi olsa, “AİHM kararının yerine getirilmesi” çerçevesinde görüldüğü anlaşılmaktadır.⁴⁵⁸

Akıllıoğlu’na göre eğer Sözleşme iç hukukta kanunlar ve anayasal hükümler karşısında üstün olamayacaksa, bu bağlayıcılığın çok da fazla anlamı olmayacaktır: “bütün bir hukuk sisteminin uyum içinde olmak zorunda olduğu bir Sözleşme'nin anayasal değerde olduğunu hatta kimi yönlerden anayasa üstü konumda bulunduğunu ayrıca söylemek fazladır.”⁴⁵⁹ Kısacası 2004 değişikliklerinden önce, doktrinde ağırlıkta olan görüş Sözleşmenin anayasa üstü bir özellik taşıdığı şeklindedir: “AİHS yalnızca anayasal düzeyde olmayıp aynı zamanda anayasa üstü nitelik taşır.”⁴⁶⁰

2.5.1.2 2004 Değişikliklerinden Sonra

2004 Anayasa değişikliklerinden sonra Anayasanın 90. maddenin son fıkrası şu hale gelmiştir: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

Sonuç olarak 2004 değişikliği ile temel haklarla ilgili uluslar arası sözleşmelerin kanunların üzerinde olduğu tam anlamıyla netlik kazanmış, Aybay’ın savunduğu kanunların Sözleşme ile çatışması durumunda lex posterior kuralının uygulanması gerektiği görüşü geçerliliğini kaybetmiştir.

Bununla birlikte 90. madde hali hazırda sözleşme hükümlerinin anayasa ile çeliştiği

457 İrlanda/Birleşik Krallık, par. 239.

458 GÖLCÜKLÜ- GÖZÜBÜYÜK, s.22

459 AKILLIOĞLU, s.42.

460 YÜZBAŞIOĞLU, s.34

durumda nasıl bir yol izleneceği konusunu açığa kavuşturmamaktadır.⁴⁶¹

2.5.2 AİHS Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü

Din özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde başta 9. madde ve Ek 1. Protokol 2. madde olmak üzere, ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, özel hayatın korunması, eğitim hakkı, ayrımcılık yasağı gibi konuların düzenlendiği 8,10,11,14. maddelerle de dolaylı olarak korunan temel bir insan hakkı ve özgürlüğüdür.

2.5.2.1 Sözleşmenin 9. Maddesi

Sözleşmenin din özgürlüğünü doğrudan koruyan 9. maddesi, din özgürlüğüne dair genel düzenlemelerin yer aldığı 1. paragraf ve dini açıklama, açığa vurma özgürlüğüne yönelik sınırlandırma nedenlerinin yer aldığı 2. paragraf olmak üzere iki paragraftan oluşmaktadır.

İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi şöyledir:

“1. Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır; Bu hak, din ya da inancını değiştirme özgürlüğüyle, din ya da inancını tek başına veya topluca ve açık ya da özel olarak ibadet, öğretme, uygulama ve gözetme yoluyla açıklama özgürlüğünü de kapsar.

2. Din ve inancı açıklama özgürlüğü, ancak, demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin gerekleri -kamu düzeninin, genel sağlık ve ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olan ve yasayla konulan sınırlamalara bağlıdır.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi din özgürlüğü ile ilgili verdiği ilk karar olan Kokkinakis/Yunanistan davasında din özgürlüğünün demokratik toplumun temel taşlarından biri olduğuna dikkat çekmiştir. AİHM'ne göre din özgürlüğü şu ilkeleri içermektedir: “9. maddede korunan, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, sözleşme'deki anlamıyla ‘demokratik toplum’un temel taşlarından birisidir. Bu özgürlük, dini boyutuyla, insanların kimliklerini ve yaşam biçimini şekillendiren en önemli unsurlardan biri olmanın yanı sıra, aynı zamanda da ateistler, agnostikler, septikler ve din karşısında kayıtsız kalanlar için de çok kıymetli bir değerdir. Yüzyıllar süren bir mücadele sonunda, büyük bedellerle kazanılan ve demokratik toplumun ayrılmaz bir unsuru olan çoğulculuk da bu özgürlüğe dayanmaktadır. Din özgürlüğü her ne kadar öncelikle bireysel vicdanı ilgilendiren bir mesele olsa da, o aynı zamanda, diğer şeylerin yanı sıra, kişinin ‘dinini açıklama’ özgürlüğünü de ifade etmektedir.”⁴⁶²

461 ARSLAN, Anayasa, s.28.

462 Kokkinakis/Yunanistan, BN.3/1992/348421

Bu karara göre, din özgürlüğüne dair 9. maddenin, herkesin “düşünce, vicdan ve din” özgürlüğüne sahip olduğu “mutlak” içsel alan (forum internum) ve bu hakkın dışı vurulması sonucu ortaya çıkan “sınırlı” dışsal alan olmak üzere iki alanı koruduğu anlaşılmaktadır.

2.5.2.2 İçsel Alan

Din ve inanç özgürlüğünün içsel alanı olan forum internum, inanç özgürlüğünün kamu düzeni gerekçesiyle dokunulamayan başka bir deyişle sınırlanamayan kısmıdır.⁴⁶³ Bu nedenle kısıtlama halini düzenleyen ikinci fıkra hükmünden tamamen bağımsızdır. Devletler bu hakka mutlak olarak saygı göstermek durumundadırlar. Maddenin ikinci fıkrasındaki meşru kısıtlama gerekçesi olabilecek durumlar, maddenin birinci fıkrasının tümü için değil sadece “din ve inançlarını açıklama” hakkı kısmı için geçerlidir.

Komisyon pek çok kararında forum internumun mutlaklığını ifade etmiştir: “9. madde esas olarak kişisel inançlar ve dini iman esasları alanını, başka bir ifadeyle bazen forum internum olarak adlandırılan alanı korumaktadır. Buna ek olarak, Madde bu alanla yakından bağlantılı olan, genel olarak kabul edilen şekliyle bir din veya inancın uygulama boyutları olan ibadet ve bağlılık gibi faaliyetleri de korumaktadır.”⁴⁶⁴

Metinde sınırlanamayacak içsel görünümünün ne olduğu konusu açık bir biçimde tanımlanmamıştır. Bu nedenle insanların vicdan, düşünce ve din özgürlüklerine, iç dünyalarına istenilse bile müdahale edilemeyeceği varsayımı, içsel alanının 9. madde ile korunmasının pratikte bir değeri olup olmadığı sorusunun doğmasına yol açmıştır.⁴⁶⁵

Tıpkı Sözleşmenin 10. maddesinde korunan düşünce özgürlüğü gibi, 9. madde açısından da içsel alanın müdahale edilemezliği büyük ölçüde doğrudur. Bununla birlikte 9. maddedeki koruma, kişinin, din inanç ve düşüncelerini açıklamaya ve değiştirmeye zorlanmaması, bunlardan dolayı kınanmaması ve baskı altında tutulmamasını da kapsamaktadır.⁴⁶⁶ Bu şekilde bireyler istediklere inanca sahip olabilecek ve bunu açıklamaya zorlanamayacak, inançlarından vazgeçirilemeyecek veya bireylere serbest iradeyi etkileyecek yollarla bir inanç kabul ettirilemeyecektir.

Nitekim 9. maddenin ilk paragrafının ikinci cümlesi, din ve kanaat değiştirme özgürlüğünü de din özgürlüğünün gerekleri arasında saymaktadır. Kokkinakis/Yunanistan

463 TEZCAN, D. –ERDEM, M. R.-SANCAKDAR, Ö., *AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yay., Ankara 2002, s.297.

464 Van den Dungen/Hollanda, BN.22838/93

465 ARSLAN, Anayasa, s.34

466 İbid

kararında Mahkeme, devlet dini ya da hakim bir din anlayışının mevcut olduğu ülkelerde görülen bazı uygulamalar karşısında, din değiştirme özgürlüğünün sınırlanamayacak nitelikte olduğunu vurgulamaktadır. Mahkemeye göre: “9. maddenin 1. fıkrasının güvence altına aldığı hakların temel niteliği, sınırlamalarına ilişkin hükmün kaleme alınış biçiminde de belirmektedir: İlk paragraflarında sayılan hakların bütününe içeren 8, 10 ve 11. maddelerin ikinci paragraflarının aksine, 9. maddenin ilk paragrafı sadece ‘dinini ya da kanaatlerini izhar etme özgürlüğü’ne yöneliktir.”⁴⁶⁷

Karardan anlaşıldığı kadarıyla ikinci paragrafta yer alan sınırlama sebepleri 8, 10 ve 11. maddelerden farklı olarak, 9. maddenin ilk paragrafında yer alan hakların tamamına uygulanamayacaktır. Sınırlama sadece din ve inancı açığa vurma / izhar etme özgürlüğü konusu ile sınırlıdır.

Yine mahkeme başka bir kararında İnanç özgürlüğünün “içsel alan” boyutunun, kişinin inancına dışarıdan gelecek taciz ve hareketlere karşı korunmasını da gerektirdiğine işaret etmiştir. Mahkemeye göre farklı düşüncelerin özgürce tartışılması üzerine kurulu demokratik bir toplumda din özgürlüğü belli bir dini inanç veya mezhebe eleştirilerden korunması için bir hak vermemektedir. Ancak belli bir dine yönelik olarak eleştiri ve tacizler din özgürlüğünü tehlikeye sokacak seviyeye ulaşırsa, kamu güçleri buna kayıtsız kalmamalıdır. Aksi takdirde devlet sorumlu tutulacaktır.⁴⁶⁸

İçsel alanına yapılacak bir diğer müdahale devletlerin bireylere eğitim-öğretim vb. yollarla “sistemik dini telkin” (endoctrinement) uygulaması olabilir. Mahkeme, “Devletin, ebeveynin dini ve felsefi inançlarına saygısızlık sayılabilecek bir biçimde sistemik dini telkin gütmesi(nin) yasak”⁴⁶⁹ olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte inançsız bir anne ve kızının okuldaki din eğitiminden şikayetçi oldukları davada, dini eğitimin olduğu yerde bu eğitimden muaf tutulma hakkının da olması gerektiğini ilke olarak belirttikten sonra, olayda din eğitiminin öğrencilere belli bir ibadet biçimi aşılarmayı değil bilgi sunmayı hedeflediğine ve derslerin Hıristiyanlık bilgileri üzerinde yoğunlaşmasının gençler için dini telkin olarak yorumlanamayacağına karar vermiştir.⁴⁷⁰

Valsamis / Yunanistan kararında ise pasifist görüşleri nedeniyle milli bir bayramda öğrenci tören alayına katılmamak nedeniyle disiplin cezası alan Yehova Şahidi inancına mensup, pasifist görüşlü bir öğrenci ile ilgili olarak, öğrencilerin inançlarına ters düşse bile, askeri nitelik taşımayan yürüyüş zorunlu katılımın dini telkin sayılamayacağına

467 Kokkinakis/Yunanistan, BN.3/1992/348421

468 X ve Scientology Kilisesi / İsveç, BN: 7805/77

469 Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen / Danimarka

470 Angelini / İsveç

hükmetmiştir.⁴⁷¹

İçsel alan boyutu kişiyi üyesi olmadığı bir dinin faaliyetlerine iradesine rağmen doğrudan katılma mecburiyetine karşı korumaktadır.⁴⁷² İçsel alanının bu geniş bir yorumunu Mahkemenin Darby / İsveç kararında bulmak mümkündür: “başvuru sahibinin, kanuni yüküm gereği dini bir vergi ödemesi, dininin tezahürü sayılamaz. Burada söz konusu olan, 9. maddenin 1. fıkrasının ilk kısmının hedeflediği, başvuru sahibinin genel din özgürlüğüdür. bu hak, her kişiyi, mensubu bulunmadığı bir dini grubun yürüttüğü dini etkinliklere rızası hilafına doğrudan katılmaya mecbur tutulmaktan korur.”⁴⁷³

Sonuç olarak Reisoğlu'nun görüşleri de dikkate alındığında 9. madde ilk fıkranın tamamen pratik değerden yoksun olduğu düşüncesinin yanlışlığı ortaya çıkmaktadır:

“Avrupa Konseyine üye devletler, dini inanç ve ibadet özgürlüğüne ilişkin tutum ve yükümlülüklerini belirlerken, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yukarıda değindiğimiz 9. maddesini göz önünde bulundurmamak zorundadırlar. Böylece:

a) Devletler, bireylerin “düşünce ve dini inanç özgürlüğünü” sağlayacak önlemleri almakla yükümlüdürler.

b) Devletler, bireyleri, belli bir dini inanca yöneltmeye, belli bir dini faaliyete katılmaya, belli bir dini inançtan veya faaliyetten uzaklaştırmaya yönelik etkinliklerden (örneğin belli dini inanç sahiplerine yarar sağlayan diğerlerine güçlük çıkaran tutumlardan) kaçınmalıdırlar.

c)Devletler, bireyleri, ilke olarak, dini inançları ile bağdaşmayan işler yapmaya zorlamamalıdırlar. Böyle bir zorlama sözleşmenin 9. Maddesine aykırı olacaktır.”⁴⁷⁴

2.5.2.3 Din ve İnançın Dışavurumu

Din özgürlüğü öncelikle, bireysel vicdana ait bir konu olmakla birlikte 9. maddenin ilk paragrafının ikinci cümlesinden anlaşıldığı kadarıyla kişinin aleni biçimde dinini dışa vurma özgürlüğü anlamına da gelmektedir. Kişinin dinini veya inancını hangi şekillerde dışa vurabileceği Sözleşmede şöyle ifade edilmiştir: “Bu hak, din ya da inancını değiştirme özgürlüğüyle, din ya da inancını tek başına veya topluca ve açık ya da özel olarak ibadet, öğretme, uygulama ve gözetme yoluyla açıklama özgürlüğünü de kapsar.” Metinden anlaşıldığı kadarıyla din özgürlüğü, ibadet etme (tapınma), öğretme, uygulama ve dini bir

471 Valsamis / Yunanistan, BN.21787/93

472 GÖLCÜKLÜ- GÖZÜBÜYÜK, s.351.

473 Darby / İsveç

474 REİSOĞLU, s.60

kuralı yerine getirme şeklinde dışa vurulabilecektir.⁴⁷⁵

Akit devletler “inançlara saygıyı, yani bu özgürlüğün gerçekten ve fiilen kullanılmasını sağlamak için gerekli tedbir ve güvenceleri getirmekle yükümlü” oldukları gibi “Bireylerin, özellikle ibadet yoluyla dini ibadetlerini uygulamalarını mümkün kılacak fiziki şartların yaratılmasını bir kamu hizmetinin gereği saymalıdırlar”⁴⁷⁶

Bununla birlikte Komisyon’a göre 9. madde kamusal alanda inanç kuralları gereğince davranma hakkını her zaman güvence altına almamakta, maddedeki ‘uygulama’ sözcüğü, bir din veya inancın motive ettiği veya etkilediği her türlü eylemi kapsamamaktadır: “9. Maddenin ilk paragrafında kullanılan pratiques - practice terimi din veya inanç saikiyle ya da etkisiyle yapılan her eylemi kapsamaz. ... Bireylerin eylemleri, söz konusu inancı gerçekten ifade etmiyorlarsa, bu inanç saikiyle ya da etkisiyle yapılsalar bile 9. maddenin koruması altında sayılamazlar”⁴⁷⁷.

Dolayısıyla eylemleri inancın uygulamasını oluşturan eylemler ve inanç saikli (etkili) eylemler olarak ikiye ayırmak mümkün. Aradaki sınır tam anlamıyla belirgin olmamakla birlikte mahkeme bazı kararlarında bu ayırımın ipuçlarını vermekte, önüne gelen vakalarda ilgililerin talepleri ile kanaatleri arasında zorunluluk ve samimiyet ilişkisini tespit etmeye çalışmaktadır.

Komisyonun bir davranışı inancın uygulaması olarak değerlendirebilmek için başvurduğu “Arrowsmith” testinde ispat yükü başvurucuya ait olmak üzere, söz konusu eylemin bir din veya inancın zorunlu ifadeleri olup olmadığı ve eylemin din ve inancın samimi biçimde dışavurumu sayılıp sayılamayacağı şeklinde iki temel ölçüt öngörülmektedir.⁴⁷⁸

Strasbourg organlarının “Arrowsmith” testini çok tutarlı bir şekilde uyguladığı söylenemez.⁴⁷⁹ Mahkeme, İngiltere’de bir İlkokulda görevli Müslüman bir öğretmenin Cuma namazına gitme talebine, başvuru sahibinin halen sürmekte olan iş sözleşmesini ihlal ederek okul zamanında camiye gitmesinin İslam dini açısından zorunlu olduğunu ikna edici biçimde ispatlayamadığı gerekçesiyle red etmiştir.

Karaduman/Türkiye davasında, diplomaya yapıştırılan fotoğrafın dini inançları açığa vurmak değil, kişinin teşhis edilmesini sağlamak amacını taşıdığını belirterek; üniversiteden

475 Kokkinakis/Yunanistan, BN.3/1992/348421

476 REİSOĞLU, S., Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta Yay., İstanbul 2001, s.61

477 Arrowsmith/Birleşik Krallık, BN.7050/75

478 ARSLAN, Z., s.35.

479 ARSLAN, Z., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2005.

mezun olan bayan öğrencinin mezuniyet belgesi için zorunlu olan türbansız fotoğraf çekilmesini reddetme eylemini, dini inanç saikli olsa da, inancın tezahürü saymamıştır.⁴⁸⁰

Değerlendirme kriteri olarak “zorunlu ifade” kriterinin kullanılması yerleşik, yaygın ve bilinen dinlerin mensupları için kolayca uygulanabilecekken, bu tür özelliklere sahip olmayan dinlerin mensuplarının 9. madde güvencesinden mahrum kalacağı kaygısını doğurmaktadır.⁴⁸¹

AİHM din veya inancı net olarak tanımlamaktan kaçınmıştır.⁴⁸² Öktem’in aktardığına göre doktrinde Mahkemenin dini tanımlamaya yetkili olmadığı ve “bu kavramın içeriğinin tezahüre ilişkin sınırlamalar saklı kalmak üzere bireylerin takdirine bırakıldığı” savunulmaktadır.⁴⁸³ Bununla birlikte 9. maddenin sadece geleneksel dinleri değil, marjinal dinleri, dinsel olmayan inançları ve azınlıkta kalan pek çok düşünceyi de kapsadığı anlaşılmaktadır.⁴⁸⁴

İnanç terimi 9. maddede kanı (görüş), vicdan ve din özgürlüğü bağlamında yer almaktadır. Mahkeme soyut olarak ele alındığında, kavramının fikirler ve düşünceler terimleriyle eş anlamlı olmadığı sonucunu çıkarmaktadır.⁴⁸⁵ Bir görüşün inanç kategorisinde yer alabilmesi için temel sorunlar hakkında tutarlı herhangi bir görüşün dışı vurumu ölçütü⁴⁸⁶ ile kuvvet⁴⁸⁷ (ikna edicilik⁴⁸⁸), ciddilik, bütünlük⁴⁸⁹ (tutarlı olma⁴⁹⁰) ve önemli olma ölçütlerini belli bir seviyede karşılaması gerekir.

9. Maddenin 1. fıkrası gereği “öğretim yoluyla” açığa vurma da dinini açığa vurma hakkının bir parçası olarak kabul edilmektedir. Bu kavram sadece okullardaki dini öğretim faaliyetini çağrıştırırsa da kavram Mahkeme tarafından geniş yorumlamıştır: “9. madde anlamında dinin izhar etme özgürlüğü ... ilke olarak “öğretim” yoluyla ikna etme hakkını (da) içerir, aksi takdirde 9. maddenin öngördüğü ‘dinini veya kanaatini değiştirme özgürlüğü’ hükümsüz, ölü bir ifadeden ibaret kalacaktır.”⁴⁹¹

480 Karaduman/Türkiye, BN.16278/90

481 ÖKTEM, Uluslararası, s. 310.

482 ARSLAN, Z., s.36.

483 ÖKTEM, Uluslararası, s. 310.

484 ARSLAN, Z., s.36.

⁴⁸⁵ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s.436

⁴⁸⁶ X/Federal Almanya, BN. 8741/79

⁴⁸⁷ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s.436

⁴⁸⁸ GEMALMAZ, M. S., *Türk Kıyafet Hukuku ve Türban*, Legal Yay., İstanbul 2005, s.1281.

⁴⁸⁹ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s.436

⁴⁹⁰ GEMALMAZ, Türk, ,s.1281.

491 Kokkinakis/Yunanistan, BN.3/1992/348421

Şüphesiz dinini açığa vurma özgürlüğü, aynı zamanda dinini açığa vurmama hakkını da içermektedir. Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin en önemli amacı her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmak olduğuna göre, AIHS 9. madde, devletin bireyleri dini ayrımcılığa karşı koruma ve bireylerin dinini araştırmaktan kaçınma yükümlülüğüne sahip olduğu şeklinde yorumlanabilir.⁴⁹²

2.5.2.4 1 Nolu Protokolün 2. Maddesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No.lu Protokolün 2. maddesi "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir."⁴⁹³ demekle öncelikle bireye öğrenim hakkını tanımakta sonra da devlete, üstlendiği öğretim ve eğitim fonksiyonunu yerine getirirken, ana babanın dini ve felsefi inançlarına uyma yükümlülüğü getirmektedir.

Bu hüküm Gölcüklü/Gözübüyük'e göre devletin, ana-babanın dini ve felsefi inançlarına aykırı nitelikte belli bir fikri aşılama amacı gütmemesini yasaklamaktadır.⁴⁹⁴

Mahkemenin "eğitim ve öğrenim hakkı"nı yorumladığı Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen / Danimarka kararına göre, eğitimde ailelerin dini ve felsefi inançlarına aykırılık varsa devlet bu ailelerin çocuklarına derslere girmeme hakkını tanıyabilir veya özel okullara gitmelerine müsaade edebilir. Yorumdan da anlaşıldığı gibi öncelikle temel eğitimi hedef alan⁴⁹⁵ maddenin öncelikli amacı, özellikle devlet okullarında ana babanın dini ve felsefi inançlarına korumayı ve saygıyı sağlamaktır. Ancak bu hüküm devletin öğrenimi düzenleme hakkını engellememekte⁴⁹⁶, ana babaya din ve felsefi bilgileri içeren eğitim ve öğretimin ders programlarına konulmasına karşı gelme hakkını vermemektedir. Sonuç olarak maddenin 2. cümlesi devletlerin dini ve felsefi nitelikli haber ve bilgileri eğitim ve öğretim yoluyla dolaysız ya da dolaylı yollardan yaymasına engel değildir.⁴⁹⁷

Ailelerin dini ve felsefi inançlarına saygı yükümlülüğü, eğitim ve öğretimin içeriğini kapsadığı gibi; eğitim ve öğretimin organizasyonu, finansmanı ve disiplin sistemi gibi onunla

492 ÖKTEM, Uluslararası, s. 335.

493 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Protokol 1, Madde 2.

494 GÖLCÜKLÜ- GÖZÜBÜYÜK, s.433.

495 Yanasık/Türkiye, BN. 14524/89

496 Yanasık/Türkiye. BN. 14524/89

497 GÖLCÜKLÜ- GÖZÜBÜYÜK, s.433.

birlikte doğal olarak var olan işlevlerini de kapsamaktadır.⁴⁹⁸

Bununla birlikte maddenin 2. cümlesinin eğitimde çoğulculuğu sağlamayı garanti altına almayı amaçladığı açıktır.⁴⁹⁹ “Devlet eğitim ve öğretim alanında üstlendiği görevi yerine getirirken, programlarda yer alan bilgilerin objektif eleştirel ve çoğulcu olmasına özen gösterme”⁵⁰⁰lidir.

2.5.3 Dini İnancı Açıklama Özgürlüğünün Sınırlanması ve Müdahale Edilmesi

2.5.3.1 Genel Olarak

AİHS sisteminde göre haklar ancak belli şekillerde sınırlanabilmektedir. Bunlardan birincisi, Sözleşmenin hakkı tanımlarken ortaya koyduğu, hakkın kendinden kaynaklanan sınırlamalardır. Örneğin Sözleşmenin 4. maddesine göre, angarya yasaktır ama doğal afetlerde bireye hizmet yükümlülüğü getirilmektedir. İkincisi özel statülü bazı kişilere getirilen sınırlamalardır; örneğin AİHS’in 11. maddesine göre güvenlik güçlerinin dernek kurma hakkı sınırlanabilir. Üçüncüsü AİHS’nin 8-11. maddelerinin 2. paragraflarından kaynaklanan, devletlerin meşru amaçlarla söz konusu hakları sınırlandırabilmesidir. Dördüncüsü, 15. maddeye dayanarak Devletin savaş halinde Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini askıya alabilmesidir. Beşincisi, Sözleşmenin 17. maddesinde yer alan kötüye kullanamama sınırıdır.

Sınırlamanın sınırı ise AİHS 18. maddedir: “Bu sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için kullanılır.”

AİHS 9. madde 2. paragrafta geçen din ve inanç özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamalar 8,10 ve 11. maddeler için de öngörülen genel sınırlama sebepleridir: “Dinini veya inançlarını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeni, sağlığı veya ahlakının ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli tedbir olarak ve yasayla sınırlanabilir.”

Daha önce de belirtildiği gibi, din ve inanç özgürlüğünün içsel boyutu forum internum mutlak olup hiçbir şekilde sınırlanamamakta, ancak din ve inancın açığa vurulmasına ilişkin durumlarda din ve vicdan özgürlüğünün sınırlanması söz konusu olabilmektedir.

Bu düzenleme ile din ve vicdan özgürlüğünün diğer özgürlüklere nazaran daha imtiyazlı bir konumda ele alındığı söylenebilir. Ancak BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin

498 Campell ve Cosans/İngiltere

499 Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen / Danimarka

500 GÖLCÜKLÜ– GÖZÜBÜYÜK., s.433.

Sözleşmesi 4. maddede olağanüstü durumlarda dahi sınırlanamayacak haklar arasında sayılmış olmasına rağmen, Din ve vicdan özgürlüğü AİHS'in 15. maddesindeki 'olağanüstü dönemlerde dahi sınırlanamayacak haklar' kategorisine alınmamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmede belirlenen hakların ihlali iddiası söz konusu olduğunda, 8, 9, 10 ve 11. maddelerdeki birbirine benzeyen sınırlama sebeplerinden yola çıkarak ulaştığı dört kriteri uygulamaktadır:

- 1- Şikayet konusu hakka bir müdahalenin olup olmadığı
- 2- Müdahalenin kanun tarafından öngörülmüş olup olmadığı
- 3- Kanunen öngörülen müdahalenin meşru bir amaca yönelik olup olmadığı
- 4- Bu üç kriterin varlığı halinde, hakka müdahalenin demokratik toplum düzeni içinde ölçülü ve gerekli olup olmadığı

2.5.3.2 Dini İnancı Açıklama Özgürlüğüne Müdahalenin Varlığı

AİHM din ve vicdan özgürlüğüne getirilen sınırlamanın Sözleşmeye uygunluğunu denetlemeye başlamadan önce, temel hak ve özgürlüğün sınırlanmasında gerçekleştiren eylemin, söz konusu hakka bir müdahale niteliği taşıyıp taşımadığını inceler.⁵⁰¹ Bu inceleme sırasında Mahkeme, önüne gelen her somut olayı diğerlerinden bağımsız bir şekilde ele almaktadır.

AİHM doğrudan doğruya din özgürlüğüne yönelik ilk kararında, başvuru sahibinin dini propaganda yapması nedeniyle mahkum edilmesini, din ve inancın açığa vurulması hakkına açıkça bir müdahale saymıştır⁵⁰². İzinsiz ibadethane açan başvuru sahiplerinin mahkum edilmesi de Mahkemeye göre dinlerin ibadet ve ayin yoluyla açığa vurulması özgürlüğüne müdahaledir.⁵⁰³ Batı Trakya Türk toplumu tarafından müftü seçilen Şerif'in Yunan makamları tarafından, seçimin yasal olmadığı, dinin önemini açıklayan mesaj yayınladığı, dini kıyafet giydiği ve dini toplantıda konuşma yaptığı gerekçesiyle mahkum edilmesi, AİHM'e göre demokratik toplumun dini çoğulculuk anlayışı ile bağdaşmamaktadır⁵⁰⁴.

Bunun yanında Mahkemeye göre dini inançları nedeniyle tören alayına katılmayan öğrencinin disiplin cezasına çarptırılması, din ve vicdan özgürlüğüne bir müdahale

501 ÖKTEM, Uluslararası, s. 339.

502 Kokkinakis/Yunanistan, BN.3/1992/348421

503 Manoussakis/Yunanistan, BN.59/1995/565/651

504 Şerif/Yunanistan, BN.38178/97

sayılmaz.⁵⁰⁵ Yine Mahkemeye göre aşırı dindar Musevi bir örgüte mezbahada Musevi cemaatin çoğunluğundan daha katı kurallarla kesim yapma izni verilmemesi, dini açıklama özgürlüğüne bir müdahale sayılmamaktadır.⁵⁰⁶

2.5.3.3 Dini İnancı Açıklama Özgürlüğüne Müdahalenin Kanun Tarafından Öngörölmüş Olması

AİHS'nin 8-11 maddelerinde güvence altına alınan hakların kullanılmasında, yürütmenin keyfi müdahalesinin önüne geçebilmek amacıyla kullanılan Kanunilik ilkesi, Sözleşmenin 8-11. maddeleri açısından ortak bir unsurdur.

Bununla birlikte “kanun” teriminden ne anlaşılması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Mahkemeye göre kanun için gereken iki koşul: accessibility yani yurttaşlarca ulaşılabilir, nüfuz edilebilir olması ve percision, foreseable yani yeterince açık ve anlaşılabilir olmasıdır.⁵⁰⁷ “Hukuk” terimi ise sadece şekli değil içeriksel olarak da yorumlanmıştır. Terimden, yasalardan daha alt düzeydeki kararnamelemler⁵⁰⁸ ve parlamentonun yetkilendirdiği mesleki düzenleme organlarınca alınan kural içerikli önlemleri⁵⁰⁹ de kapsayan yazılı ve yazılı olmayan hukuk anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak kanunilik ilkesinin gereği olarak, kanuni düzenlemeler, açık, kesin, öngörülebilir, kolaylıkla ulaşılabilir ve keyfi müdahaleye karşı güvenceler öngörölmüş olmalıdır. İlke bu yanıla hukuk devletinin polis devletinden ayrılmasının şekli şartını oluşturmaktadır⁵¹⁰.

Kanunilik ilkesi Mahkeme tarafından ilk kez Kokkinakis/Yunanistan davasında incelenmiştir. Başvuru sahibi mahkumiyetine dayanak oluşturan 1363/1939 sayılı kanunda, prozelitizm suçunun maddi unsurunun “kasti” olarak tanımlanmamış olduğunu iddia ederek, maddenin dini içerikli her türlü sohbet ve iletişimi kapsayabilecek biçimde, bulanık terimleri özellikle içerdiğine işaret etmiştir.

Mahkeme ise pek çok kanunun aşırı derecede katı ifadelerden kaçınmak ve durum değişikliklerine uyum sağlamak amacıyla bulanık formüller içerebildiğine ancak yargı

505 Valsamis/Yunanistan, BN.74/1995/580/666

506 Cha'are Shalom ve Tsedek/Fransa, BN.27417/94

507 Sunday Times/İngiltere; Silver/İngiltere

508 De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika

509 Bartold/Almanya.

510 ÖKTEM, Uluslararası, s. 342-343.

içtihatlarıyla yorumlandığına dikkat çekerek, müdahalenin kanunen öngörülmüş olduğuna hükmetmiştir⁵¹¹.

Başka bir kararda ise, Mahkeme, dini cemaatlerin tescile tabi tutularak, yöneticilerin re'sen değiştirilmesi sonucu bazı yöneticilerin bölünmüş Müslüman cemaatin bir kısmını temsil etme imkanının fiilen kaldırılmasını, kanunun yürütmeye sınırsız yetki vermesi olarak algılamış ve bu uygulamayı, kanunilik ilkesinin gereği olan kesinlik ve öngörülebilirlik gereklerine uymadığı gerekçesiyle hakka müdahale olarak değerlendirmiştir⁵¹².

2.5.3.4 Dini İnancı Açıklama Özgürlüğüne Müdahalenin Meşru Bir Amaca Yönelik Olması

9. maddenin 2. paragrafına göre din ve inancı açıklama özgürlüğü ancak “..kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık ve ahlak ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması...” amacıyla sınırlanabilecektir.

Benzer nitelikte amaçlar 8-11 maddelerin her birinin 2. paragraflarında sayılmıştır. Bunlar, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu düzeni, suç işlenmesini önlemek, ahlak, sağlık, başkalarının şöhret hak ve özgürlüklerinin korunması, ülkenin ekonomik kalkınması, gizli haberlerin açıklanmasının önlenmesi, yargının tarafsızlığının korunması gibi konulardır.

Din ve inancı açıklama özgürlüğünün sınırlanması açısından 9. maddenin daha kısa bir liste sunduğu kuşku götürmez. Ancak Öktem'in aktardığına göre Strasburg organları, 9. maddeyi diğer maddelerle aynı biçimde ele alma eğilimi taşımaktadır⁵¹³.

Mahkemeye, devletin müdahalesinde güttüğü amacın sorgulanması imkanı tanıyan, meşru amaç kriteri, genel olarak devletin ve toplumun korunmasını amaçlayan “kamusal” amaçlar ve kişilerin hak ve özgürlüğüne yönelik “bireysel” menfaatleri koruyan amaçlar olarak ikili ayırım ile ele alınmaktadır.

2.5.3.5 Kamusal Amaçlar

İnsan Hakları belgelerinde, dinsel özgürlüklerin devletin ya da toplumun korunmasına yönelik kamusal gerekçelerle sınırlandırılmasının kökeni⁵¹⁴, 10. maddesinde “Kimse, dini bile olsa, fikirlerinden dolayı rahatsız edilemez, yeter ki bunların tezahürü kanun tarafından tesis

511 Kokkinakis/Yunanistan, BN.3/1992/348421

512 Hasan ve Çavuş / Bulgaristan, BN.30985/96.

513 ÖKTEM, Uluslararası, s. 349.

514 Age, s. 350.

edilmiş kamu düzenini bozmasın.” ifadesi yer alan 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi’ne kadar uzanmaktadır.

AİHS’de kamusal amaçları belirten ifadelerin geniş yorumlanmaya oldukça elverişli olması nedeniyle, Strasburg organları önlerine gelen her somut olayı ayrı ayrı değerlendirmişlerdir.

Komisyon askerleri firara teşvik eden broşürler dağıttığı için başvuru sahibinin hapis cezasına mahkum edilmesi uygulamasının, inanç özgürlüğünü ortadan kaldırmak amacıyla değil; kamu düzenini korumak, karışıklıkları önlemek ve milli güvenliği sağlamak gibi meşru amaçlarla gerçekleştirildiğine hükmetmiştir⁵¹⁵.

İngiltere’de yasal mevzuat gereği motosiklet kullanan herkesin emniyet kaskı takmak zorunda olması, inancı gereği türban giymesi zorunlu olan Sikh erkeklerinin bu kurala uymasını imkansız kılmaktaydı. Bunun üzerine Sikhlerin kask takma zorunluluğu Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na taşınmıştır. Ancak Komisyon başvuruyu incelerken, İngiltere Sikhler Erkekleri kask takma zorunluluğundan muaf tutan bir kanun çıkarmıştır.

Bu gelişmeye rağmen Komisyon, başvurucunun kask takmadığı için defalarca mahkum edilmesini, inanç özgürlüğüne müdahalenin kamu sağlığına yönelik koruma amacı ile yapılması gerekçesiyle meşru kabul etmiştir⁵¹⁶.

Komisyon’un bu kararına rağmen, İngiliz Parlamentosu yeni düzenlemelerde Sikhleri kask takma zorunluluğundan muaf tutmuş, inşaat alanlarında da kask takma yükümlülüğüne ilişkin kuralların Sikhlere uygulanamayacağına hükmetmiştir.⁵¹⁷

Doktrinde, Sözleşmede geçen “kamu düzeni” kavramı ile devletin ve toplumun çıkarlarını savunmaya yönelik kamu düzeni anlayışı değil, “karmaşa yokluğu” kastedildiğine dair bir düşünce vardır. Ancak “kamu güvenliği” özellikle mahkumlar söz konusu olduğunda Strasburg organları tarafından sıkça kullanılan bir sınırlama sebebi olmaktadır.⁵¹⁸

Musevilikten Budizme geçen bir mahkumun, hayat felsefesini geliştirmek için zorunlu saydığı yayın ve kitaplara ulaşma, yoga eksersizleri yapma, sakal bırakma ve tespih bulundurma taleplerinin hapisane yönetimi tarafından reddedilmesi, Komisyon tarafından “sakal bırakmanın mahkumun teşhis edilmesini güçleştirebileceği” dikkate alınarak, güvenlik gerekçesiyle özgürlüğün ihlali sayılmamıştır⁵¹⁹.

Başka bir olayda Komisyon, Budist bir mahkumun ısmarladığı kitaba hapisane

515 Arrowsmith/Birleşik Krallık, BN.7050/75.

516 X/Birleşik Krallık.

517 ARSLAN, Z., s.64.

518 ÖKTEM, Uluslar arası, s. 351.

519 X/Avusturya, No.1753/63.

yönetimince el konulmasını, kitabın savaş sanatları ve kendini savunma teknikleri içerdiğine dikkat çekerek, kamu güvenliği amacına yönelik bulmuş ve ihlal saymamıştır.⁵²⁰

Mahkeme İngiltere’de dini inançlarına aykırı olduğu gerekçesiyle Sih bir mahkumun üniforma giymeyi reddederek yirmi üç ay boyunca havlu ve battaniye ile örtünmesi üzerine hücreye nakledilmesi, bunun üzerine yine dini inançları gereğince hücreyi temizlemeyi reddetmesi olayında, kamu sağlığına yönelik koruma amacı nedeni ile inanç özgürlüğüne müdahalenin meşru olduğuna hükmetmiştir.⁵²¹

Bir filme çoğunluğun mensup olduğu Katolik inancına hakaret ettiği gerekçesiyle el konularak, gösteriminin yasaklanması, Mahkeme tarafından ifade özgürlüğü (10.madde) kapsamında ele alınmış ve dindaşların dini duygularının rencide edilmemesi amacı sınırlama gerekçesi olarak meşru kabul edilmiştir.⁵²² Karar bir ülkedeki nüfus çoğunluğunun mensup olduğu dinlerin, az bilinen dinler veya (felsefi) inançlara göre daha çok koruma görebildiğini göstermektedir.

2.5.3.6 Bireysel Amaçlar

Devletler, kamusal amaçların yanı sıra başkalarının hak ve özgürlüklerinin yani “bireysel menfaatlerin” korunması için de din ve inanç özgürlüğünün görünümüne sınır getirebilmektedir.

Yunanistan hükümeti Kokkinakis davasında “demokratik bir devletin üzerinde yaşayanların bireysel özgürlüklerinden huzur içinde yararlanmalarını sağlama yükümü altında olduğunu” ileri sürerek, dava konusu olaydaki müdahale gerekçesini, bireyin dini şuur ve onurunun ahlakdışı ve yalan dolu yöntemlerle etkilenmesine karşı koruma olarak açıklamıştır.⁵²³ Nitekim Komisyon da hükümet tezini aynen kabul ederek, başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için gerçekleşen müdahalenin meşru bir amaç güttüğüne karar vermiştir.

Bireysel menfaatlerin korunması kriterine bireyin bizzat kendi çocuğu da dahil olabilmektedir. Musevi bir çiftin kendi çocuklarına İbranice bir isim verme isteklerinin nüfus sicili tarafından reddedilmesi üzerine, Mahkeme 9. maddenin hiçbir sınır gözetmeksizin ebeveynin isim seçme hakkını da kapsadığına hükmetmiştir.

520 X/Birleşik Krallık, No.6886/75.

521 ARSLAN, Z., s.52.

522 Otto Preminger Institut / Avusturya, BN.11/1993/406/485.

523 Kokkinakis/Yunanistan, BN.3/1992/348421.

2.5.3.7 Müdahalenin Demokratik Toplumda Zorunlu Olması (Ölçülülük / Orantılılık)

AİHS’de yer alan hakların sınırlanmasının meşruluğunun incelenmesinde en önemli nokta, devletin müdahalesinin “demokratik bir toplumda” zorunlu olup olmadığıdır. Bu ilke aynı zamanda meşru bir amaç güdülerek yapılan müdahalenin “orantılı/ölçülü” olması anlamına gelmektedir.

Aslında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde ve ek protokollerde “orantılılık” kavramına açıkça yer verilmemiştir. Ancak orantılılık ilkesi çoğunlukla Sözleşmenin 2, 8, 9, 10, 11, 15. maddelerinde ve 4 Nolu Protokolün 2. maddesinde yer alan “gereklilik” ya da “zorunluluk” kapsamında uygulanmaktadır. Komisyon ve Mahkeme kararlarında ölçülülük ilkesinin maddelerde açıkça öngörülmüş olmasa da Sözleşmenin tümüne egemen bir ilke olduğu vurgulanmıştır.⁵²⁴

AİHS’nin 8, 9, 10 ve 11. maddeleri 2. fıkra hükümlerine göre, bu haklar demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmak şartıyla kamu yararının gerektirdiği bazı amaçlar için sınırlanabilirler. Ancak maddelerde yer alan hakların sınırlanmasında yalnızca “meşru bir amacın” bulunması yeterli değildir. Söz konusu sınırlamaların, demokratik bir toplumda, ulaşılmak istenen amaca erişmek için gerekli olduğu ölçüde yapılması zorunludur.

AİHM, hedeflenen meşru amaçla ölçülü olma gereğini, bağımsız bir şart olarak değil, demokratik toplum düzeni gereğinin bir sonucu olarak görmektedir: “Gereklilik kavramının müdahalenin, zorlayıcı sosyal bir ihtiyaca karşılık gelmesi ve özellikle de hedeflenen meşru amaçla ölçülü olması gereğine işaret eder.”⁵²⁵

AİHM ölçülülük ilkesini doğrudan Sözleşme’de düzenlenen temel hakların dışında 18. maddedeki “hakların kısıtlanmasının sınırları”, 17. maddede “hakların kötüye kullanılmasının yasaklanması” ve 14. maddedeki “ayrımcılık yasağı” gibi uygulamalardan da türetmektedir: “Kullanılan araç ve güdülen amaç arasında ölçüsüz bir orantı olduğu tartışmasız tespit edilirse, bu halde 14. madde de ihlal edilmiş olur.”⁵²⁶

Ayrıca AİHS 15. madde hükmü, Sözleşmeye taraf devletlere, savaş ya da ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü hallerde “kesinlikle durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere” Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilme yetkisi tanımaktadır. Metinde yer alan “durumun gerektirdiği ölçüde” ifadesi, alınan tedbirlerin tehlikenin boyutlarıyla orantılı olması gereğine işaret eder.

524 GÖLCÜKLÜ- GÖZÜBÜYÜK, s.343.

525 Olsson/İsveç,

526 Belçika Dil Davası

AİHS'nin 10. maddesinin 2. paragrafı akit devletlerin organlarına takdir hakkı tanımaktadır. Takdir yetkisi sözleşme ile korunan haklar üzerinde etki doğuran ulusal tasarruflarda taraf devletin yetkili makamlarının AİHM'nden çok daha isabetli karar verebilecek durumda oldukları varsayımına dayanır. Ancak takdir yetkisi sınırsız değil, AİHM'in denetimine tabidir. Sözleşmeye uygunluk denetiminde AİHM, sınırlamayı gerektiren “zorlayıcı sosyal bir ihtiyacın” bulunup bulunmadığını ve sınırlamanın Sözleşmede öngörülen meşru amaçla orantılı olup olmadığını incelemektedir. Kısaca baktığı şey “gerekli ve yeterli sebeplerin” var olup olmadığıdır. Gerekli ve yeterli sebeplerin bulunması ölçülülük ilkesi ile doğrudan ilişkilidir.

Nitekim AİHM, bir çok olayda yeterli sebebin bulunmamasını ölçülülük ilkesine uyulmaması olarak değerlendirmiş ve ihlal kararı vermiştir: “başvurucular hakkında verilen yasak için gösterilen gerekçeleri, 10uncu maddenin 2inci fıkrasına göre yeterli bulmamıştır. Bu yasağın, aranan meşru amaçla orantılı olmadığı ortaya çıkmaktadır; bu yasak yargılama organının otoritesini sürdürmek için demokratik bir toplumda gerekli değildir”.⁵²⁷

Cezaevinde kalmakta olan bir mahkuma gelen mektubun Cezaevi idaresi tarafından okunması üzerine yaptığı başvuru, AİHM, tarafından idarenin ölçülü davranmadığı gerekçesiyle hakkın ihlali olarak görülmüştür. AİHM'e göre mahkumların mektupları okunabilecektir ancak bunun için makul bir kuşkunun olması gerekmektedir. Ayrıca idare bu hakkını kötüye kullanamaz. Sonuç olarak her tür yazışmanın denetime tabi olması kuralının, elde edilmek istenen amaçla orantılı olması gerekmektedir.⁵²⁸

Başvurucunun Deniz Gezmiş ve arkadaşları için düzenlenen bir anma törenine gönderdiği mesaj nedeniyle bir yıl sekiz ay hapis ve 208 milyon TL cezaya mahkum edilmesi üzerine AİHM, törene katılan çok az insanın olduğunu, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü üzerindeki etkisinin çok sınırlı kaldığını, şiddete, silaha başvuru veya isyana teşvikin bulunmadığı nedenleriyle, verilen cezanın elde edilmek istenen amaçla orantılı olmadığına ve sonuçta AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵²⁹

Kısaca “alınan önlemlerin koşulların gerektirdiği bir önlem olup olmadığının denetlenmesi” aşamasında kullanılan ilke, devletlerin müdahalesini meşru görmek veya mahkum etmek üzere AİHM'e en geniş takdir yetkisini veren ilkedir.

527 Sunday Times/Birleşik Krallık

528 Campbell/İngiltere

529 Gerger/Türkiye

2.6 Eğitim ve Öğrenim Hakkı

Eğitim ve öğrenim hakkı öğrenme özgürlüğü ve öğretme özgürlüğü olmak üzere iki ögeyi içeren, hemen hemen tüm ulusal üstü belgelerde tanınmış sosyal bir haktır.⁵³⁰ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin eğitim hakkına ilişkin hükümler taşıyan 26. maddesi şu şekildedir: “ Herkes eğitim hakkına sahiptir... Yüksek öğrenim yeteneğe göre herkese eşit olarak sağlanır.... Eğitim insan kişiliğini tam geliştirmeye ve insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygıyı güçlendirmeye yönelik olmalıdır. Eğitim tüm uluslar, ırklar ve dinsel gruplar arasında anlayış, hoş görü ve dostluğu özendirir ve Birleşmiş Milletlerin barışı koruma yolundaki etkinliklerini daha da geliştirmelidir.”

Bu ifadelerle Birleşmiş Milletlere üye devletlerin vatandaşlarının her tür mesleki ve bu arada dini eğitimi ve öğretimi ile ilgilenmek ve bunları gerçekleştirmek zorunda oldukları ifade edilmektedir.

Eğitim hakkı açısından önemli hükümler taşıyan diğer bir belge ise , UNESCO bünyesinde akdedilerek yürürlüğe konulmuş olan Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme'dir. Sözleşmenin 1. maddesinde düzenlenmiştir: “Bu sözleşmenin amacı bakımından ayrımcılık terimi, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi yada başka bir görüş, ulusal yada toplumsal köken, ekonomik koşul yada doğuş temeli üzerinde eğitimde davranış eşitliğini kaldırmak yada bozmak amacı ya da sonucuyla ve özellikle,

- herhangi bir kişi yada grubu herhangi bir tür yada düzeyde eğitim görmekten yoksun bırakmak;
- Her hangi bir kişi yada grubu düşük standartlı bir eğitimle sınırlamak;
- Bu sözleşmenin ikinci maddesinin hükümleri saklı kalmak üzere kişiler yada gruplar için ayrı eğitim sistemleri yada kurumları kurmak yada sürdürmek; ya da
- Herhangi bir kişi ya da gruba; insan onuruyla bağdaşmaz koşullar uygulamak; üzere yapılan her hangi bir ayırım, dışlama, sınırlama ya da yeğlenmeyi içerir” hükmünü getirmektedir.”

2.6.1 Eğitim ve Öğrenim Hakkının Anayasal Düzenlenişi

Eğitim ve öğrenim hakkı 1982 Anayasasının 42. maddesinde düzenlenmiştir:

“Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz.

Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.

530 KABOĞLU, Özgürlükler, s. 488-489.

Eğitim ve ğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, ağdağ bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve ğretim yerleri aılamaz.

Eğitim ve ğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.

İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandağlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır.

Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile eriğilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir.

Devlet, maddi imkanlardan yoksun bağarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve bağka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.

Eğitim ve ğretim kurumlarında sadece eğitim, ğretim, arağtırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür. Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez.

Türkçeden bağka hiçbir dil, eğitim ve ğretim kurumlarında Türk vatandağlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez. Eğitim ve ğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve ğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası andlağma hükümleri saklıdır.”

Maddeyi diğer yasal düzenlemelerle birlikte ele aldığımızda eğitim ve ğretim alanında şu anayasal ilkelere ulağıldığını görüyoruz.⁵³¹

Kimse, eğitim ve ğretim hakkından mahrum tutulamaz; ilköğretim, kız ve erkek, köylü kentli, zengin yoksul bütün vatandağlar için zorunlu ve devlet okullarında parasızdır; mesleki ve teknik eğitimden herkes yararlanabilmelidir; Yükseköğretim yeteneklerine göre herkese açık olmalıdır; devlet, durumları nedeniyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak önlemler alır.

Ayrıca hakkın kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir; eğitim ve ğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, ağdağ bilim ve eğitim esaslarına göre, devletin gözetimi ve denetimi altında yapılır; bu esaslara aykırı eğitim ve ğretim yerleri aılamaz; bu hakların kullanılması ve hürriyeti anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz; özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı oldukları esaslar, devlet okulları ile eriğilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir; devlet maddi imkanlardan mahrum bağarılı öğrencilerin öğrenimlerini sürdürebilmesi için gerekli yardımları yapar; eğitim ve ğretim kuruluğlarında sadece bu faaliyetler yürütülür ve bu faaliyetler engellenemez; ana dil olarak Türkçe'den bağka bir öğretilemez yabancı dillerin eğitimi hususu kanunla düzenlenir.

531 KABOĞLU, zgrlkler, s.490.

2.6.2 Eğitim ve Öğretim Hakkının AİHS’de Düzenlenişi

Eğitim ve öğretim hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde en açık düzenlendiği yer: 20 Mart 1952 de imzalanan ve sonradan Sözleşmenin bir parçası olan Birinci Protokol’ün ikinci maddesidir. Maddeye göre: "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir."⁵³²

Burada ilk dikkati çeken Sözleşmede garanti altına alınan diğer haklardan farklı olarak eğitim hakkının Devlete negatif yükümlülük getirmesidir. Yani Devlet eğitim hakkını inkar ve ihlal etmemeli, bir şahsın eğitim hakkına, sunulan eğitim imkanlarına ulaşmasına ve bu imkanları kullanmasına müdahale etmemelidir. Ayrıca devletin çocukların eğitiminde ailelerin dini ve felsefi inançlarına saygı duyması da gerekmektedir. Bununla birlikte devlet, herhangi bir şahsın talep edeceği eğitim ve öğretim tarzını ve fırsatını sunmakla yükümlü değildir. Çünkü madde, devlete eğitim ve öğretimin içeriği-müfredatı ve seviyesi konusunda tam bir müdahale hakkı tanımaktadır.

Burada Devletin gördüğü bu hizmet kamu hizmetidir. Ancak günümüz dünyasında “kamu” anlayışı değişmiş bir ülkenin insanlarını ifade etmekten çıkarak “bütün insanlığı” ifade eder duruma gelmiştir. Dolayısıyla her hangi bir gerekçe ile eğitim ve öğrenim hakkının ortadan kaldırılması yalnız hakkı ihlal edilene değil, bütün insanlığa zarar vermektedir. Bu nedenle eğitim hakkına zorunluluklar gereği getirilen “meşru” sınırlamalar istisna olmalıdır.

Birinci protokolün 2.maddesi hükmünün sözleşme organları tarafından yapılan yorumundan ve uygulanmasından yola çıkarak, maddenin en önemli amacının “eğitim hakkına ulaşmayı sağlamak” ve ilke olarak mevcut zamanda var olan “eğitim araçlarına ulaşmayı” yani girmeyi sağlamak olduğu söylenebilir.

Dolayısıyla “Etkili bir eğitim alabilme hakkı” sözleşme tarafından korunmaktadır. Mahkeme kararlarından anlaşıldığı kadarıyla madde ile korunan diğer bir hak ise öğrencinin başarıyla tamamladığı eğitiminin resmen tanınması hakkıdır.⁵³³

532 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Protokol 1, Madde 2.

533 HARRIS, D.J.- O'BOYLE, M.- WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, 1995, s. 542.

3 Laiklik Ve Din Özgürlüğü Açısından Türban

3.1 Türbanlı Öğrencilerin Okula Alınmamasının Bir Problem Olarak Ortaya Konulması

3.1.1 Diğer Devletlerdeki Uygulamalar

3.1.1.1 Fransa

Türban sorunu, toplam nüfusunun % 8'inin Müslüman olması nedeniyle Avrupa'daki en büyük Müslüman nüfus oranına sahip ülke olan Fransa gündemini, 15 yıldır meşgul etmektedir.⁵³⁴ Ülkede ilk başörtü krizi, 1989 yılında üç Müslüman kız öğrencinin Gabriel-Havez Koleji'ne türbanlı olarak devam etmek istemeleriyle çıktı. Okul idaresinin olumsuz görüşüne rağmen, ebeveynler kızlarını türbanlı olarak okula göndermekte ısrar edince, kolejin müdürü, bu üç kız öğrencinin kendi okulunda öğrenim görmelerini yasakladı.

Konunun Danıştay'a aksetmesi üzerine, Danıştay 27 Kasım 1989 tarihli kararında, laisitenin, öğretmen ve programlar açısından eğitimde tarafsızlığı, öğrenciler açınsındansa "eğitimin din ve vicdan özgürlüklerine saygıyla yerine getirilmesini" dayattığına vurgu yaparak, öğrencilerin okul içinde dini simgeler taşıma özgürlüğü ilkesini kabul etmiştir. Ancak yasal olarak tanınmış bulunan bu hak, kamu hizmetinin işleyişine ilişkin gerekliliklerle çerçeveslenmek istenmiştir. Öngörülen bu gereklilikler şöyle sıralanmaktadır:

Baskı, kışkırtma, inanç dayatma ya da propaganda eylemleri yasaklanmıştır.

Öğrencinin ya da eğitim camiasının herhangi başka bir üyesinin onuruna, çoğulculuğuna ya da özgürlüğüne dokunabilecek, yanı sıra onların sağlık ve güvenliklerine zarar verecek davranışlar dışlanmıştır.

Eğitim faaliyetlerinin ifasına, öğretmenlerin eğitsel rollerine yönelik her türlü düzensizlik ve eğitim kurumu içindeki düzeni ya da hizmetin normal işleyişini bozan her türlü davranış yasaklanmıştır;

Kamusal eğitim hizmetine verilmiş olan görevler, öğrencilerin davranışları ve özellikle de programların içeriği ve devam mecburiyeti aracılığıyla etkilenmeyecektir.⁵³⁵

Danıştay kararının ardından, 1990 yılında Paris'in yakın semtlerinden olan

⁵³⁴ http://www.beliefnet.com/story/137/story_13798_1.html, 09.03.2005.

⁵³⁵ *Fransa'da Laisitenin Uygulanışına İlişkin Stasi Raporu*, Çev. Der. Turhan Ilgaz, Paragraf yay., Ankara 2005, s.66.

Monfermeil'deki Jean-Jaures ortaokulundan; dinsel, politik, ideolojik nitelikte olan giyim veya simgelerine yasak getiren iç tüzük gereğince, başörtü takan beş Müslüman kız öğrenci okuldan atıldı.

Yine, 1993 öğretim yılında Nantua'daki Xavier-Bichat Ortaokulunda Türk ve Faslı dört öğrencinin sınıfa türbanlı gelmesi üzerine çıkan tartışmalar sonucu bu öğrencilerin velileri, çocuklarını okuldan alarak, eğitimlerine “mektupla” devam ettirme kararı aldılar. Kriz iki öğrencinin daha, aynı okula başörtü ile gelmesiyle yeniden patlak verdi. Bu iki öğrenci, 4 Aralık 1993'te disiplin kurulu kararıyla okuldan uzaklaştırıldı ve uzaklaştırma kararı daha sonra Lyon mahkemesi tarafından onaylandı..

Grenoble'de başka bir lisede bir Fransız öğrenci beden eğitimi derslerine türbanlı katılma isteğinde direnince 18 Aralıkta liseden atıldı. Şehrazat isimli öğrenci kararı okulun önünde 22 günlük açlık grevi yaparak protesto etti.

Bu ve benzeri sorunlar nedeniyle Paris'te toplanan Stasi komisyonu 11 Aralık 2003 tarihinde “Fransa'da Laisitenin Uygulanışına İlişkin Stasi Raporu”nu hazırlamıştır. Raporla okullardaki türban sorununa ilişkin şu saptamalar yapılmaktadır: “Türban, takanlar açısından farklı anlamlılıklar kazanabilmektedir. Kişisel bir tercih olabildiği gibi, tersine, özellikle de en genç yaştakiler üzerinde özellikle hoşgörülebilmez bir baskı olabilmektedir”. Takmayan kadınlar için İslami türban, “erginlik çağındaki genç kıızı ya da kadını erkeğin arzusunun tek sorumlusu olarak” gösterdiği için yaralayıcı bir anlam taşımakta, kadınlarla erkekler arasındaki eşitlik ilkesine temelden ters düşen bir dünya görüşü olarak belirlemektedir. “Görünür nitelikteki bir dini simge, pek çokları için, bir tarafsızlık uzamı ve eleştirel bilincin uyandığı yer olmak gereken okulun misyonuna ters düşen bir şey gibi hissedilmektedir. Bu aynı zamanda da, okulun öğretmek zorunda olduğu ilke ve değerlere, en başta da kadınlar ve erkekler arasındaki eşitliğe karşı bir saldırıdır.”⁵³⁶

Komisyon ayrıca “Okulda belirgin bir dini simgenin taşınması –büyük bir haç, kippa ya da türban– okul yaşamının dinginliğini altüst etmeye esasen yetmektedir.”⁵³⁷ saptamasını da yaparak, sorunun artık bir vicdan özgürlüğü sorunu olmayıp, kamusal düzeye taşıdığı sonucuna ulaşmıştır.

Sonuç olarak komisyon laisite konusunda hazırlanacak yasa metnine şu düzenlemenin eklenmesini önermektedir: "Vicdan özgürlüğüne, ve sözleşmeye bağlı özel kurumlarının kendi özgünlüklerine saygı içinde, okul, kolej ve liselerde, dini ya da siyasi bir aidiyeti gösteren kıyafet ve işaretler yasaktır. Her türlü yaptırım orantılıdır ve öğrenci üstüne düşen

536 Age., s.105-106.

537 Age., s.81.

mecburiyetlere uymaya davet edildikten sonra alınır”⁵³⁸

Raporun Cumhurbaşkanı’na sunulmasının ardından, devlet okullarında Müslümanların türban, Yahudilerin kippa, Sihlerin sarık giymeleri ve Hıristiyanların görünür biçimde haç takmalarını yasaklayan yasa tasarısı 10 şubat 2004de Fransa Parlamento’sunda onaylandı. Özel ilköğretim okulları ve kiliseye ait ilk-orta öğrenim okulları ise yasağın kapsamına girmemektedir.

08 Temmuz 2004’de Fransa Eğitim Bakanı Francois Fillon’un, yeni eğitim-öğretim yılında okullara türbanıyla gelecek öğrencilerin derslere alınmayacağını açıklamasıyla uygulamada kendini gösteren yasanın 1. maddesi şöyledir:

“Devlet ilk ve orta okullarında öğrenciler tarafından açıkça bir dini ifade eden kıyafet giyilmesi ya da sembollerin takılması yasaktır.

Okul (disiplin) kuralları, disiplin işlemlerinin öncelikle öğrencilerle diyalog kurulması suretiyle yürütülmesini düzenleyecektir.”⁵³⁹

Türban takmaya ilişkin herhangi bir yasağın olmadığı üniversite açısından ise Stasi raporunda şu saptamalara yer verilmiştir: “Kamusal eğitim hizmetinin ayrılmaz bir parçası olmakla birlikte, üniversitedeki durum okuldakinden tümüyle farklıdır. Burada yetişkin kişiler eğitim yapmaktadırlar. Üniversite dünyaya açık olmak zorundadır. Dolayısıyla öğrencilerin orada dini, siyasi ya da felsefi kanaatlerini ifade edebilmelerinin engellenmesi söz konusu değildir. Buna karşılık, bu tür gösterilerin üniversite kurumunu düzenleyen kuralları çiğnememesi gerekir. Öğitmenlerin cinsiyetleri ya da varsayımsal dinleri işlevinde yadsınmaları, ya da eğitimin ilkeye bağlı olarak engellenmesi kabul edilemez. Komisyonumuz, yüksek öğrenim kurumlarının bu doğrultuda bir düzenlemeye gitmesinin temenniye şayan olduğu görüşündedir.”⁵⁴⁰

3.1.1.2 Belçika

Belçika’da da diğer Avrupa ülkelerinde olduğu üzere inanç özgürlüğü yasalarla teminat altına alınmış olmakla birlikte “başörtü” açısından bazı yerel sorunlar yaşanmaktadır.

Ülkenin Fransızca konuşulan bölümlerinde bir dizi devlet okulu İslami türbana izin vermeyi kabul etmemiştir. Belçika mahkemeleri, açılan davalarda sürekli olarak devlet eğitiminin eşitlik ve tarafsızlık ilkelerinin din özgürlüğünden önce geldiğini kabul etmiş ve şikayetçilerle ailelerinin aleyhinde karar vermiştir.

538 Age., s.108.

539 Leyla Şahin/ Türkiye, BN.44774/98.

540 Fransa’da, s.110-111.

Beringen Bölgesi'nde ise belediyenin iki Türk kadınının kimlik belgelerinde türbanlı fotoğraf kullanmalarına izin vermemesi üzerine Belediye idaresini mahkemeye veren Türk kadınlar, adli makamlarca haksız bulunmuştur.⁵⁴¹

3.1.1.3 İsviçre

1996 yılında Milli Eğitim Bakanlığı yetkilileri, Cenevre kantonunda bulunan bir anaokulunda derslere türbanla giren Müslüman öğretmenden bu uygulamaya son vermesini istedi. Ancak öğretmenin türban takmaya ısrar etmesi üzerine, öğretmenin görevine son verildi. İdari karardan bir yıl sonra da Federal Mahkeme türban yasağını onayladı.⁵⁴²

sınıfta türbanıyla ders vermesi yasaklanan ve görevine son verilen İsviçre'li kadın öğretmenin AİHM'e yaptığı başvuru ise “Yasağın, davacının dini inançlarını hedef almadığını, başkalarının özgürlüklerini ve kamu düzeni ile güvenliğini korumayı hedeflediğini” gerekçesiyle reddedildi.⁵⁴³

3.1.1.4 Almanya

Almanya'da konuyla ilgili uygulamalar eyaletten eyalete farklılık göstermektedir. Bavyera'da, Anayasa Mahkemesi'nin 1995'te almış olduğu bir kararla, sınıflarda yer alan haçlar, tek bir öğrencinin talebi üzerine kaldırılabilir.

Almanya'da yaşanan en ilginç olay, Güney Almanya'daki bir Alman okulunda, Kemalist olduğunu söyleyen bir Türk öğretmenin, mecburi ders olmayan ve katılma zorunluluğu bulunmayan Türkçe Kültür derslerine Türkiye'deki uygulamayı örnek göstererek türbanlı kızları almaması ile yaşanmıştır. Bunun dışında devlet yetkilileri, öğrencilerin okula türbanla gelmelerine izin vermektedirler.

Afganistan'lı öğretmen Fereshta Ludin'in türbanlı öğretmenlik yapma isteği ise, Mannheim Eyalet Yüksek İdari Mahkemesi tarafından reddedilmiş, karar daha sonra 24 Eylül 2003 tarihinde Baden Württemberg Eyaleti Yüksek Mahkemesi tarafından “Türbanın göze batan bir biçimde taşınması ile okullardaki farklı dünya görüşlerinin barışçıl birlikteliğini olumsuz etkisi altına alabileceği” gerekçesi gösterilerek onaylanmıştır.⁵⁴⁴ Kararı Eyalet Hükümeti'nin, “öğretmenlere türbanlı derse girme yasağı” getiren yasa tasarısını oy birliğiyle

541 Cumhuriyet Gazetesi, 03.07.1998.

542 Cumhuriyet Gazetesi, 28.02.2001.

543 Dahlab/İsviçre (Karar çalışmanın ilerleyen bölümünde daha ayrıntılı olarak incelenecektir.)

544 Cumhuriyet Gazetesi, 28.06.2001.

kabul etmesi izlemiştir. Yasanın amacı Eyaletin Hıristiyan Demokrat Birlik Partili Başbakanı Erwin Teufel tarafından şöyle açıklanmaktadır: “Yasanın amacı, siyasi sembol olarak algılanan türbanın devlet öğretmenleri tarafından kullanılmasının sürekli olarak yasaklanmasıdır”⁵⁴⁵

Hessen Eyalet Meclisi'nin de 8 ekim 2004'de, kamuda çalışan kadınların “türban” takmasını yasaklayan bir karar aldığı görülmektedir.

3.1.1.5 Hollanda

İslam'ın resmi din olarak tanındığı Hollanda'da Türban konusu, Ayşe Kabaktepe adlı, hukuk fakültesi öğrencisi bir Türk kızının, Zwolle Mahkemesi'nde staj yaparken türban takma istemine izin verilmemesiyle gündeme gelmiştir. Hollanda Adalet Bakanı Benk Korthals, uluslararası anlaşmalar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konuda daha önce verdiği kararlar doğrultusunda hareket edildiğini öne sürerek, yargı mensuplarının dini, siyasi ya da toplumsal görüş ve düşüncelerini “aktif” bir şekilde sergilemelerinin yasak olduğunu belirtmiştir.⁵⁴⁶ Ancak okullarda uzun süren hukuki tartışmalardan sonra, eğitim yetkililerinin Müslüman öğrencilerin İslami türban takmalarına izin verdikleri görülmektedir.

3.1.1.6 İngiltere

Türban tartışmalarının oldukça dışında kalan İngiltere'de, okul ve kamu kuruluşlarında türbana hiç bir sınırlama getirilmemiştir. Sadece yüksek öğrenim değil ilkokullarda da Müslüman öğrencilerin eğitime türbanlı devam etmesi sorun olmamakta, kiliselere bağlı okullarda dahi öğrencilerin türban takmalarına müdahale edilmemektedir.

Konunun Fransa ve Almanya'da tartışıldığı dönemlerde İngiltere Dışişleri Bakan Yardımcısı Mike O'Brien, “farklılıkların İngiltere'nin gücünün bir parçası olduğunu” belirterek, İngiltere'nin ne Müslümanların türban ne de Yahudilerin kipaasına müdahale etmeyeceğini ifade etmiştir.

Nitekim İngiltere'de kamu görevlisi olan Metropolitan Polis Teşkilatı (MET) elemanı polis memurlarına inançlarına göre üniforma giyme özgürlüğü tanınmış, Müslüman bayan polislere türban takma hakkı, Sikh memurlara sarıla görev yapma imkanı sağlanmıştır.

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, Shabina Begum adlı öğrencinin okula sadece el ve yüzün görüldüğü çarşaf benzeri bir kıyafet ile gelmesine karşı çıkmıştır. Yüksek Mahkeme,

545 Hürriyet Gazetesi, 12 .11.2003.

546 Hürriyet Gazetesi, 01.09.2001.

kararında İngiltere’de türban takmanın ve Müslüman kızların şalvar benzeri geniş kıyafetler giymesinin serbest olduğu vurguladıktan sonra, Shabina Begum’un kıyafetinin laikliğe aykırı olduğu için değil, okuldaki diğer çocuklara “daha iyi Müslümanlığın ancak bu kıyafetle mümkün olacağı” hissinin dayatılması ihtimaline dayanılarak reddedildiği kaydedilmiştir.⁵⁴⁷

Yine de türban ile meclise girmenin bile serbest olduğu İngiltere’de, Lordlar Kamarası’nın türbanlı Müslüman kadın üyesi Pola Manzila Uddin, siyasal ve toplumsal ortamın, 11 Eylül saldırılarından sonra Müslümanlar için giderek daha baskıcı bir hal aldığını ifade etmektedir.⁵⁴⁸

3.1.2 Türkiye Cumhuriyeti’ndeki Türban Yasağı Uygulaması

Türkiye Üniversitelerinde öğrencilerin dini inançları nedeni ile türban taşıyıp taşıyamayacakları sorunu yaklaşık 1983 yılından beri ülke gündemini meşgul etmektedir. Aslında 1960’ların sonlarından itibaren “türban” eksenli bazı öğrenci hareketleri görülmüştür.⁵⁴⁹ Ancak 1980’lere kadar bu hareketler nitelik ve nicelik olarak son derece sınırlı kalmıştır.

Tartışmanın 1980den sonra başlaması kimilerine göre 1980 askeri darbesinin, ülkedeki Öğretim sistemi üzerinde yarattığı muazzam etkinin bir sonucudur.⁵⁵⁰ 1980 darbesi ile yönetimi ele geçiren Askeri yönetim, kendisi için siyasi anlamda kabul edilemez olan herkesi, darbe öncesi ülkede varolan “karışıklığın” esas sorumlusu olarak gördüğü üniversiteden uzaklaştırmış; ardından da yüksek öğrenimin doğru olduğuna inandığı çizgide yürümesini sağlamak amacıyla Kasım 1981’de 2547 sayılı Yükseköğretim Yasası’nı yürürlüğe koymuştur. Yasada Yüksek Öğretimin amacı şöyle açıklanmaktadır: “Atatürk inkılaplarını ve ilkeleri doğrultusunda...öğrencilerini yetiştirmek”. Genel kabul gören görüşe göre, Türkiye’deki yükseköğretim sistemine katı siyasi reçeteler dayatan Askeri yönetim bu yasa ile yükseköğrenimin ideolojik olarak tartışılmaz biçimde denetim altına almış olmaktadır.

1982 Anayasası hükmüyle kurulan Yüksek Öğretim Kurumu’nun (YÖK) Yüksek öğretimin başına getirilmesiyle üniversite sistemi üzerinde merkezi denetim tam anlamıyla

547 Zaman Gazetesi, 17.06.2004.

548 The Guardian, 19.06. 2004.

549 BİLGİN, B., *İslam’da Kadının Rolü Türkiye’de Kadın*, Konrad Adenauer Vakfı Türkiye Temsilciliği, Ankara 2001, s.47.

550 *Yükseköğretimde Akademik Özgürlük ve Başörtülü Öğrencilerin Yükseköğrenime Kabul Edilmesi Konularında Türk hükümetine Görüş Bildirgesi*, İnsan Hakları İzleme Komitesi (Human Rights Watch), 2004, s.2-3.

sağlanmıştır. Yine bu yasayla YÖK'e üniversite yaşamına müdahale etme gücü dışında, yargısal dokunulmazlık hakkı da verilmişti.

Türban konusundaki tartışmayı ateşleyen, zamanın Başbakanı Turgut Özal döneminde 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'na 3511 sayılı kanun ile eklenen Ek 16. maddenin, 1989 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından⁵⁵¹ iptal edilmesi olmuştur.

Ülkede siyasal İslami hareketin de gözle görünür bir şekilde yükselmesiyle birlikte, türban takarak öğrenim görmek isteyen kız öğrencilerin sayısındaki artış, "Üniversitelerde Türban" başlıklı bir sorunun tanımlanmasına yol açmış, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde incelenecek olan kanuni düzenlemeler ve yargı kararlarıyla dolu bir sürecin devamında, türban takan öğrencilerin üniversitelere devamı yasaklanmıştır.

Bu süreçte 28 Şubat 1997 tarihli Milli Güvenlik Kurulu Bildirisi'nin etkisini görmezden gelmekse mümkün değildir. Çünkü 1997 "muhtırasına" uygun olarak YÖK, türban takan kızların öğrenim görmesine ve öğretmenlik yapmasına izin vermemektedir.⁵⁵²

Bilindiği gibi 28 şubat 1997'de Milli Güvenlik Kurulu, dönemin Refah-Yol Hükümeti'ne "uygulanmak" üzere bazı kararları içeren bir bildiri sunmuştur. Aslında Anayasal konum açısından, MGK Bakanlar Kurulu'na danışma hizmeti vermekle görevli, merkezi idare içindeki yardımcı kuruluşlardan biridir. Dolayısıyla kuruluşun "bildiri" şeklindeki irade açıklamalarının tek başına hukuki bir sonuç doğurduğu söylenemez. Bu nedenle MGK'yı veya görevlendirdiği personeli, bakanlar dahil tüm kamu kurum ve kuruluşlarını denetlemeye yetkili kılan genelge açıkça Anayasa'ya aykırıdır.⁵⁵³

Erdoğan'a göre 28 Şubat süreci ile Silahlı Kuvvetler MGK platformunu kullanarak siyasi sistemde bütün inisiyatifi ele geçirmiş, Türkiye'deki rejimi otorite yönüne kaydırarak yeniden tanımlamıştır.⁵⁵⁴ "Post modern darbe" veya "dayatma" olarak nitelenen bu bildiri⁵⁵⁵, konumuza ilişkin şu ifadeye yer vermektedir: "Kıyafet Kanunu'na aykırı olarak ortaya çıkan uygulamalara kesinlikle mani olunmalı."

Sonuç olarak günümüzde, Üniversitelerde uygulanan türban yasağı, her yıl binlerce kız öğrencinin⁵⁵⁶ yüksek Öğrenim kurumlarının dışında kalmasına yol açmaktadır. Sorunun

551 AMK., E. 1989/1, K. 1989/12. k.t. 07.03.1989.

552 KUZU, Din-Vicdan, s.113-114.

553 ERDOĞAN, M., *Dersimiz Özgürlük*, Pınar yay., İstanbul 2001, s.226-227.

554 ERDOĞAN, *Dersimiz*, s.195-196.

555 KUZU, Din-Vicdan, s.113.

556 *Yükseköğretimde Akademik Özgürlük ve Başörtülü Öğrencilerin Yükseköğrenime Kabul Edilmesi Konularında Türk hükümetine Görüş Bildirgesi*, İnsan Hakları İzleme Komitesi (Human Rights Watch), 2004, s.3-4.

Üniversite sınırlarını aşarak tüm kamuoyunda tartışılmaya başladığının göstergesi konuyla ilgili yapılan anket çalışmalarıdır:

Mazlumder din özgürlüğü ihlalleri ile ilgili kendisine yapılan şahsi başvuru sayısını toplam 26.669 olarak açıklamıştır. Raporda görevden alınan, atılan, sürgün edilen memur sayısı 1.052, soruşturma geçiren memur sayısı 7.126, başörtülü öğrenci sayısı 4.236, okula alınmayan ve yok yazılan öğrenci sayısı 8.238, çeşitli cezalar alan öğrenci sayısı 1.573 olarak belirlenmiştir.⁵⁵⁷

İnsan Hakları Derneği'nin, derneğe yapılan müracaatlara göre her sene yayımladığı "İnsan Hakları İhlalleri Raporunda ise, 2001 yılı, "inançları nedeniyle görevine son verilen eğitimi, engellenen kişi sayısının 134 olup, 2002 yılı, "inançları nedeniyle görevine son verilen eğitimi engellenen" kişi sayısını 368 olarak açıklamıştır..⁵⁵⁸

Şubat 1999 tarihinde Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etütler Vakfı (Tesev)'in yaptığı "Türkiye'de Din, Toplum ve Siyaset" konulu anket sonucu; Türbanlı öğrencilerin okula alınmamasının doğru olmadığı fikrine katılanların oranı % 76 olup, karşı fikirde olanlar %16'dır.

Liberal Düşünce Topluluğu'nun (LTD) "Türkiye'de İnsan Hakları Ve İfade Özgürlüğüne İlişkin Çalışma"sına göre; ankete katılanların % 70'i üniversite öğrencilerinin türban takmalarının serbest olması gerektiği görüşündedir.⁵⁵⁹

AKART, Akademik Araştırmalar Merkezi'nin 2002 tarihinde 16 ilde 3 bin 224 kişi üzerinde gerçekleştirdiği Avrupa Birliği, işsizlik, ekonomik kriz, deprem, İnternet, dış göç, gündem konulu, "Türkiye Araştırması" sonucu: ankete katılanların %66,7'si türbanın ayırım yapılmaksızın her yerde serbest olması, %12,7'si ayırım olmaksızın bütün okullarda ve işyerlerinde yasak olması gerektiği cevabını vermişlerdir.

İstanbul Mülkiyeliler Vakfı Sosyal Araştırmalar Merkezi'nin (İMV-SAM) anketinde "Bazı kız öğrencilerin üniversiteye başları örtülü girmek istemesini doğru mu yanlış mı buluyorsunuz?" şeklinde formüle edilen soruya seçmenlerin % 63'ü "doğru buluyorum" cevabını vermiştir.

Milliyet Gazetesinin "Türban Dosyası" Başlıklı Yazı Dizisine göre: üniversitelerde türban yasağı olmamalıdır" diyenlerin oranı %75.5'dir. Örtüsü için türban diyenlerin yüzde 81.8'i "Türban simge değildir" derken , yüzde 78'i türbanı "laiklik karşıtlığının simgesi"

⁵⁵⁷ Türkiye İnsan Hakları İhlalleri Raporu, Mazlumder, 1998.

⁵⁵⁸ Bu raporlar İHD Genel Merkezi Basın-Yayın Dokümantasyon Birimi'nce, derneğe yapılan yazılı ve sözlü başvurudan yararlanılarak hazırlanmaktadır.

⁵⁵⁹ Türkiye'de İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2003.

olarak görmemektedir.⁵⁶⁰

Türkiye Sosyal Ekonomik Siyasal Araştırmalar Vakfı (TÜSES) tarafından 2004'de yapılan "Türkiye'de Siyasi Parti Yandaş ve Seçmenlerinin Etnik / Dinsel Kimlikleri ve Siyasal Yönelişleri Araştırması" sonucu, katılımcıların yüzde 71'i öğrencilerin üniversitede türban takmasına olumlu bakmaktadır.

2004 yılında CHP'nin yaptırdığı "Kadın" anketinde üniversitelerde yasağın bitmesini isteyenlerin oranı %82,5 iken, Hürriyet Gazetesinin mayıs 2005 de Internet yoluyla yaptığı ankette ise "kıyafet tamamen serbest olsun, kıyafete kimse karışmasın" seçeneğine verilen olumlu yanıt % 92.1 iken türban bir siyasi semboldür, karşıyım seçeneğine verilen olumlu yanıt %5.4dir.

3.2 Yasal Durum

3.2.1 İnkılap Kanunları

Anayasanın "İnkılap kanunlarının korunması" başlıklı 174. maddesi "Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda gösterilen inkılap kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz" diyerek madde metninde sayılan kanunlara dokunulmazlık statüsü kazandırmıştır.

Dokunulmazlık statüsü kazanan İnkılap Kanunları arasında kılık kıyafetle ilgili ilk düzenleme 28.11.1925 tarih ve 230 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun'dur.

3.2.1.1 25.11.1925 tarih ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun

Cumhuriyetin ilk yasalarından biri olan ve kıyafet devrimini simgeleyen 28 Kasım 1925 tarih ve 671 sayılı Kanunun hükümleri şunlardır:

"Madde 1- Türkiye Büyük Millet Meclisi azalan ile idarei umumiye ve hususiye ve mahalliye ve bilumum muessesata mensup memurin ve müstahdemin Türk milletinin iktisat etmiş olduğu şapkayı giymek mecburiyetindedir. Türkiye halkının da umumi serpuşu şapka olup, buna münafi bir itiyadın devamını hükümet men eder.

Madde 2- İşbu Kanun, tarihi neşrinden itibaren meriyülicradır.

560 Milliyet Gazetesi, 28.05.2003.

Madde 3- İşbu Kanun, Büyük Millet Meclisi ve İcra Vekilleri Heyeti taraflarından icra olunur;”

Bir görüşe göre 671 sayılı kanun, her ne kadar Anayasa Mahkemesi kararında, kanun çıkarılırken, giyimin çağdaşlaşma sorunu olarak düşünüldüğü ve giyim ile dinsel inançlar arasında bir ilişki kurulmaması gerektiğinin vurgulandığı ifade edilse de, türbana ya da türban yasağına ilişkin hiçbir düzenleme içermemektedir.⁵⁶¹ Bu nedenle türban yasağını Anayasanın 174. maddesi hükmüyle 671 sayılı kanuna dayandırmak doğru değildir.

Gemalmaz ise kanun metninde geçen “Türkiye milleti” ve “Türkiye halkı” deyimlerinin kadın ve erkeği birlikte kapsadığından⁵⁶² ve “şapka”nın salt erkeklere mahsus giysi olmadığından hareketle Anayasa Mahkemesinin görüşüne katılmaktadır.⁵⁶³

3.2.1.2 3.12.1934 tarihli ve 2596 numaralı “Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun”

Kılık kıyafetle ilgili düzenlemeler getiren diğer kanun 1934 tarih ve 2596 Numaralı “Bazı kisvelerin Giyilemeyeceğine dair Kanun”dur.

Kanunun 1. maddesi ruhanilerin mabet ve ayin hanicinde ruhani kisve taşımalarını yasaklar. 2. madde birtakım topluluk, dernek ve kulüplerin özel kıyafet taşıyabilmelerine izin veren idari düzenlemeler yapılabileceğine ilişkindir. 3. madde Türkiye’de bulunan Türklerin ve yabancıların, yabancı bir devlete ait askeri veya sair resmi kıyafet ve alametlerin taşınması yasaklamıştır. 4. madde ile yabancı örgüt mensuplarının kendi özel kıyafet ve alametleriyle ülkemizi ziyaret etmeleri, Bakanlar Kurulu’nun iznine tabi tutulmuş ve 5. maddede, ülkemizde görev yapan yabancı devlet memurlarının kıyafetlerinin uluslararası teamüllere tabi olduğu belirtilmiştir.

Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra uygulamasıyla ilgili olarak Bakanlar Kurulu, 08.02.1935 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan “Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanunun Tatbik Suretini Gösterir Nizamname”yi çıkarmıştır.

Bir görüşe göre 2596 sayılı Kanun da kadın kıyafetiyle ilgili genel veya özel bir kural içermemektedir. Dolayısıyla, üniversitelerde türban yasağını İnkılap Kanunları’na dayanarak savunmak mümkün gözükmemektedir.⁵⁶⁴

561 ULUSOY, A., “Türban Sorunu ve Hukuk”, Türkiye Günlüğü, S. 56, 1999, s.29, ERDOĞAN, Demokrasi, s.10-11.

562 GEMALMAZ, Türk, s.218-220.

563 Age., s. 254-257.

564 ERDOĞAN, Demokrasi, s.181.

Gemalmaz'a göre ise belli bir giysiyi değil kategorileştirilen belli grupları işaret eden 2596 sayılı kanunun lafzında, kadınların düzenlemeden hariç tutulduğuna dair hiçbir emare bulunmamaktadır.⁵⁶⁵

3.2.2 YÖK Mevzuatı

3.2.2.1 YÖK Kanununa Kılık Kıyafetle İlgili Norm Koyma Girişimleri

3.2.2.1.1 16.11.1988 Tarihli 3503 Sayılı Kanun

2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununa kılık kıyafetle ilgili ilk norm koyma girişimi 16.11.1988 tarihli 3503 sayılı kanunla Ek 16. maddenin eklenmesinin öngörülmesidir. Ek 16 metnine göre:

“Anayasanın 174’üncü maddesinde yer alan İnkılap Kanunlarına aykırı olmamak kaydı ile Yükseköğretim elemanlarıyla öğrencilerin kılık kıyafetleri serbesttir. Bu konu ile ilgili olarak kişi veya kurumlarca sınırlayıcı işlem yapılamaz, karar alınamaz.”⁵⁶⁶

Bu girişim dönemin Cumhurbaşkanı Kenan Evren’in kanunu yeniden görüşülmek üzere TBMM’ye geri göndermesi üzerine yarıda kalmıştır. TBMM değişiklik yoluna gitmediği için yasalaşmayan 3503 sayılı tasarının iade tezkeresinin Mecliste okunmasından sadece 10 gün sonra, konuyla ilgili yeni bir düzenlemenin yapıldığı görülmektedir.

3.2.2.1.2 10.12.1988 Tarihli ve 3511 Sayılı Kanun

10.12.1988 tarih ve 3511 sayılı “2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 44. Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Ek ve Dört Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun” ile Yüksek Öğretim Kanununa eklenen Ek 16. madde hükmü şöyledir:

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

3503 sayılı kanun teklifini TBMM’ye geri gönderen Cumhurbaşkanı Kenan Evren Ek 16. maddenin de Anayasanın Başlangıç Kısmı ile 2, 10, 24, ve 174. maddelerine aykırı olduğu iddiası ile, 3511 Sayılı Kanunun iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine dava açmıştır.

Başvuruyla ilgili kararını 07.03.1989 tarihinde veren Anayasa Mahkemesi, temelde

⁵⁶⁵ GEMALMAZ, Türk, s.218-220.

⁵⁶⁶ Aktaran GEMALMAZ, Türk, s.527.

“sosyal, kültürel ve estetik nedenlere dayalı bir toplumsal olgu niteliğini taşıyan” giyimin, “çevre koşulları, kişisel görüşler, kültür ve gelenekle” biçimlendiğini vurguladıktan sonra, konuyla ilgili “dinsel inanç ya da dinsel kurallarla doğrudan ilişki ve bağlantı kurularak yapılan düzenleme”nin, hem devrim yasalarını, hem de laiklik ilkesini ilgilendireceği”ni ifade etmiştir. Mahkeme buradan yola çıkarak “özellikle dinsel gereklere göre yasal düzenlemeler yapılıp yapılamayacağı konusunda yargıya varma” amacını taşıdığını açıklamaktadır.⁵⁶⁷

Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin ilk ele aldığı sorun yasal bir düzenlemenin din kurallarına, dinsel inançlara ve gereklere göre yapılıp yapılamayacağıdır. Mahkeme kararında “devlet yönetiminin din kurallarından hiçbir biçimde etkilenmemesi” gerektiği görüşünden hareket ederek, laik bir devlet düzeninde yasaların dinsel inanç ve gereklere göre yapılmasının mümkün olamayacağını vurgulamıştır: “Devlet yönetiminde tüm düzenlemeler ancak hukuk kurallarına göre yapılır. Din kurallarına göre yapılan düzenlemeler hukuksal nitelik taşımaz.”⁵⁶⁸

Nitekim Tanör “dinsel sebeple başörtüsüne izin veren düzenleme, bütün toplumsal ve hukuki yaşamın din kurallarının hegemonyasına girmesi kaçınılmaz olur.”⁵⁶⁹ İfadesiyle Mahkemenin görüşlerini desteklemektedir.

Mahkemeye göre Ek 16. madde “Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir” demekle kamu kuruluşlarından sayılan yükseköğretim kurumlarında türban kullanımına dinsel inanç nedeniyle geçerlik tanımakta, kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmış olmaktadır. Oysa laik devlet “Dinsel kurallardan arındırılmış, akla ve bilime dayanan, dinsel inancı kişilerin vicdanlarına bırakan” devlettir ve laik devlette “hukuk düzeninin dinsel gereklerle sağlanıp sürdürülmesi” kabul edilemez. Bu nedenle “Siyasal alanda dinsel çabalar, dinsel geleneklere uygunluğu aranan düzenlemeler, eylem ve işlemler ne kadar geçersizse, öğretim ve eğitim alanında da din buyruklarıyla ilişki kurulamaz.”

Anayasa Mahkemesinin, bu ifadelerle çalışmanın birinci bölümünde açıklanmaya çalışılan “dinin vicdanlara itilmesi” şeklinde özetlenebilecek laiklik anlayışını açık bir şekilde ortaya koyduğu görülmektedir. Nitekim mahkeme devamla şöyle demektedir: “Din hürriyetinin kullanılmasının bir sonucu olarak bayanların saç ve boyunlarını örtmeleri, ‘bireysel hayatta dinin tezahür biçimi olduğu için,’ ‘özgür düşünce gereklerine’, ‘aklın ve bilimin gereklerin’e ters düşmektedir.”⁵⁷⁰

567 AMK., E.1989/1, K.1989/12, k.t. 7.3.1989.

568 Agk.

569 TANÖR, Türkiye’nin, s. 56.

570 AMK., E.1989/1, K.1989/12, k.t. 7.3.1989.

Bu laiklik anlayışı ne yazık ki özgürlüklerin kısılmasına neden olabilmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Anayasa'daki laiklik ilkesine ... karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi, demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu temel ilke ele alınarak değerlendirilmesi zorunludur.... laiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşı laiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kısıdırılmasına olanak tanımamıştır."⁵⁷¹

Mahkemeye göre giysi "salt bir biçimsel görünüm konusu değil", "kişiliği yansıtan bir araçtır". "Çağa, güne, ortama, koşula, duruma uygun olarak herkes istediği biçimde" giyinebilmektedir. Ancak "giyim konusu Türk Devrimi ve Atatürk İlkeleriyle sınırlı olduğu gibi vicdan özgürlüğü konusu da değildir."

Ayrıca türban dini, çağdışı "güne ters düşen bir kurum" olarak tanıtmaktadır. Oysa "Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Yasa" gereği dini konularda devlet adına görüş bildiren tek kuruluş olan Diyanet İşleri Başkanlığı'na bağlı Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı, kadınların, saçlarını, başlarını, boyunlarını örtmelerinin dinin kesin bir emri olduğunu, bu konuda ihtilaf bulunmadığını ifade etmiştir. Bu durumda başörtüsünün din ve vicdan hürriyeti bağlamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır.⁵⁷²

Laiklikse, düşünsel yapının değiştirilmesi, çağdaş, sağlıklı toplum oluşturmanın koşuludur. Bu nedenle dinsel nitelikteki giysiler laiklik ilkesine ters düşmektedir ve "Anayasadaki laiklik ilkesine ve laik eğitim kuralları"na aykırı olan türbanın takılmasının "demokratik bir hak" olduğunu savunmak mümkün değildir.⁵⁷³

Nitekim Anayasa Mahkemesi Danıştay'ın "bazı kızlarımızın ve kadınlarımızın sırf laik Cumhuriyet ilkelerine karşı çıkararak dine dayalı bir devlet düzenini benimsediklerini belirtmek amacı ile başlarını örttükleri" görüşüne katılmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin kız öğrencilerin türban takması ve din ve vicdan özgürlüğü iddiasında bulunmasını bir "hakkın kötüye kullanılması" olarak algıladığı söylenebilir. "Yüksek Mahkeme, ..., (özellikle yüksek öğretim gören) bayanların saç ve boyunlarını örtmesini dini bir amaçtan ziyade, siyasi bir amaca dayandığından bahisle, bu şekilde örtünmeyi bir 'simge' olarak değerlendirmiştir."⁵⁷⁴

Benzer düşünceleri paylaşan Vural Dinçkol türbana verilebilecek izni, İslami öğretinin gereği herkesin türban takmaya zorlanması ve kızların ayrı okullara gitmesi taleplerinin

571 Agk.

572 BİLGİN, s.50.

573 AMK., E.1989/1, K.1989/12, k.t. 7.3.1989.

574 Agk.

izleyeceği görüşündedir. Yazara göre böyle bir süreç, bir kesimin diğer bir kesim üzerinde baskı oluşturmasıyla sonuçlanacaktır.⁵⁷⁵

Kaboğlu ise dinin siyasete alet edilmesi görüşünün eylemle doğrulandığı düşüncesine katılmaktadır. Bununla birlikte türban yasağı ile bu hareketin dışında kalan ve bireysel inanç saikiyle hareket eden bazı öğrencilerin din özgürlüğünün “kayıtlandığı” düşüncesindedir.⁵⁷⁶

Anayasa Mahkemesi kız öğrencilerin başlarını bir zorlama sebebi olarak örtükleri düşüncesini Danıştay 8. Dairesinin 13/12/1984 tarihli kararındaki ifadelerle dayandırmaktadır. “Yeterli öğretim görmemiş bazı kızlarımız hiç bir özel düşünceleri olmaksızın içinde yaşadıkları toplumsal çevrenin gelenek ve göreneklerinin etkisi altında başlarını örtmektedirler”⁵⁷⁷

Mahkemeye göre “türban kullanımında belli biçim ve zorunluluk, vicdan ve dinsel inanç özgürlükleriyle uyuşmamaktadır.”⁵⁷⁸ Dolayısıyla din ve inanç hürriyetinin kullanılmasının bir sonucu olarak üniversite öğrencilerinin başlarını örtmelerine serbestlik tanınmasının, “bir tür yönlendirme, bir anlamda zorlama”dır.

Karar metninde Anayasa Mahkemesi’nin özgürlüğün öznesini belirlemeye ve özneler arasında bir ayırım yapmaya çalıştığı açıkça görülmektedir. Oysa Erdoğan’ın da belirttiği gibi özgürlüğün öznesi olmak için kişinin irade özgürlüğüne sahip olması yeterlidir. Özneler arasında bunun ötesinde bir ayırım yapmak (sahici, aydınlanmış, rasyonel ya da ahlaki bir ben olabileceğini ileri sürmek), özgürlüğü keyfi olarak belirli kişilere tahsis etmek sonucunu doğurur. Böyle bir anlayışın sosyo-politik alanda eninde sonunda ulaşacağı yer ise kişilerin “özgür olmaya zorlanabileceklerini” kabul eden otoriter ya da totoriter bir sistemdir.⁵⁷⁹

Mahkemenin türban takmanın yasak olduğuna dair görüş bildirmesinin bir diğer nedeni de türban ya da belli bir tarzda giyinmenin insanlar arasında ayrılıklara yol açacağı düşüncesidir. Mahkemeye göre giyim konusunda İslami olduğu ileri sürülen türbana ayrıcalık tanımak öncelikle “biçimsel” yönden eşitlik ilkesine ters düşmektedir.

Çünkü, “belli biçimde giyinmek özgürlüğü, dinsel inancı aynı, ayrı olanlar ve olmayanlar arasında farklılık yaratmaktadır.”⁵⁸⁰ Nitekim İslamiyet dışındaki dinlerin gerektirdiği örtülere olanak tanımanın da laikliğe aykırılığı ortadan kaldıramayacağı sonucuna varmıştır. Kısaca kendi monist laiklik anlayışının bir tezahürü olarak bireylerin ayrıcalıklarını

575 DİNÇKOL VURAL, s.148.

576 KABOĞLU, Özgürlükler, s.377.

577 D8.DK., E. 1984/636, K. 1984/1574, k.t. 13/12/1984.

578 AMK., E.1989/1, K.1989/12, k.t. 7.3.1989.

579 ERDOĞAN, Dersimiz, s.17-18.

580 AMK., E.1989/1, K.1989/12, k.t. 7.3.1989

ifade etmesinin toplumsal kaynaşmayı ve bütünleşmeyi önleyeceği düşüncesindedir.

Yüksek Öğretim Kurumlarında öğrenim gören bayanların saç ve boyunlarını örten bir kıyafetle derslere girmesine imkan tanınması, özellikle birlikte çalışma yapan gençler arasında sosyal görüş, inanç, din ve mezhep ayrılığını kışkırtarak bölünmelerine yol açabilecek, sonuçta devlet ve ulus bütünlüğünü, kamu düzenini ve güvenini bozabilecektir.⁵⁸¹

Sonuç olarak Mahkeme oyçokluğuyla, “Ek Madde 16”nın Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.⁵⁸²

3.2.2.1.3 25.10.1990 Tarih ve 3670 Sayılı Kanun

Ek 16. maddenin iptal edilmesi üzerine, 25.10.1990 Tarih ve 3670 Sayılı “Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğünün Kurulması ile 14.1.1970 Tarihli ve 4.11.1981 Tarihli ve 2547 Sayılı Kanunlarda değişiklik Yapılması Hakkında 422 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun” ile 2547 Sayılı YÖK Kanununa Geçici Madde 1 ve Ek 17. Madde eklenmiştir.

“Geçici Madde 1 – Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet ile ilgili olarak verilmiş her türlü disiplin cezaları bütün hüküm ve sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkar.

Ek Madde 17 – Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir.”

Daha önceki düzenleme gibi 3670 sayılı kanun da Anayasa’nın Başlangıcına, 2., 7., 9., 10., 24., 153. ve 174. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası konusu olmuştur. Dava dönemin TBMM Ana muhalefet Partisi (SHP) Grubu adına Grup Başkanı Erdal İnönü tarafından açılmış ve Anayasa Mahkemesi’nin 09.04.1991 tarihli kararıyla sonuçlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi Ek 17. madde ve geçici 1. maddeyi Anayasaya uygun bularak iptal istemini reddetmiştir: “Yükseköğretim Kanunu’na eklenen ve içeriği bakımından dini inanç ve gereklere dayalı bulunmayan, 7.3.1989 günlü, E. 1989/1, K. 1989/12 sayılı kararına aykırı olmayan ve 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 reddine oyçokluğu ile karar vermiştir.⁵⁸³

581 AMK., E.1989/1, K.1989/12, k.t. 7.3.1989.

582 Kararda imzası bulunmayıp karşı oy veren tek üye Mehmet Çınarlı’dır.

583 Mahkeme üyelerinden Haşim Kılıç düzenlemede Anayasa’ya aykırı bir yön bulunmadığına ilişkin değişik gerekçe sunmaktayken; Mustafa Şahin, Selçuk Tüzün, Ahmet N. Sezer ve Güven Dinçer “Dava konusu

Kararda dikkat çeken ilk husus Mahkemenin, düzenlemenin Anayasa'ya uygunluk denetimini yaparken, “Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile” ifadesine dayanarak, daha önce vermiş olduğu E.1989/1 Esas sayılı kararını temel almasıdır. Mahkemeye göre Ek 17. maddenin getirdiği serbesti, yürürlükteki Yasalara aykırı olmamak koşuluyla sınırlıdır. Anayasa da bir yasa olduğuna göre aynı kapsam içinde değerlendirilmeli, “Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak” koşulunun araştırılmasında, Anayasa'ya aykırılığın var olup olmadığının öncelikle saptanmalıdır.⁵⁸⁴

Yürürlükteki Kanun deyiminden sadece, yürürlükteki yasa anlaşılır ve Anayasa bu kavramın dışında tutulursa, “2547 sayılı Yasa'ya 3511 sayılı Yasa'yla eklenen Ek Madde 16'nın da Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesinden sonra Yükseköğretim Kurumlarında kılık-kıyafeti düzenleyen bir yasanın da bulunmaması karşısında dava konusu kuralla, Yükseköğretim Kurumlarındaki kılık ve kıyafetin tamamen serbest bırakıldığı sonucu” çıkabilecektir. Dolayısıyla Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen “dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması” kuralı geçerlik kazanmış olacaktır.⁵⁸⁵

Mahkemenin bu tehlikeye karşı bulduğu çözüm, dava konusu kuralın yani Ek 17. maddenin, Mahkemenin E. 1989/1 sayılı kararında “belirlenen ilkelere” ve “dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ya da türbanla kapatılmasının Anayasa'ya aykırı düştüğü yolundaki yargısına” aykırılığının saptanmasıdır. Böylelikle dava konusu düzenlemenin “Anayasa Mahkemesi'nin bu kararını etkisiz kılıp kılmadığı” anlaşılacaktır.⁵⁸⁶

Bu sebeple Ek 17. madde ile Ek 16. maddeyi karşılaştıran mahkeme ikisinin aynı ya da özdeş nitelikte kurallar olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre Ek 16. madde türban ve türbanı serbest bırakmayı amaçlamakta iken, “Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak” kaydını öngören Ek 17. maddenin “Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılmasını” içermediği kabul edilmelidir.⁵⁸⁷ Dolayısıyla Ek 17. madde metninin Anayasa Mahkemesi'nce daha önce tespit edilen hukuki aykırılıklardan arınmış olduğu, dolayısıyla Anayasa'ya aykırılık içermediği anlaşılmıştır.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin iptal istemini reddetmesi nedeniyle Üniversitelerde kılık kıyafet açısından geçerli olan düzenleme halen Ek 17. maddedir. Ancak

düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1989 günlü, 1989/1-12 sayılı iptal kararını etkisiz kılması, bu nedenle Anayasa'nın özellikle 153. maddesine aykırı bulunması karşısında iptal kararı verilmesi” gerektiği yolundaki karşı oy vermişlerdir.

584 AMK., E.990/36, K.991/8, k.t. 09.04.1991.

585 Agk.

586 İbid.

587 İbid.

Mahkemenin kararın gerekçesinde ilginç bir biçimde bu serbestliğin başını örtmeyi kapsamadığını belirtmesi dikkatten kaçmamakta ve konuyla ilgili iki farklı yorumun ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

İlk yoruma göre Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının bağlayıcılığı ret kararlarının gerekçesi ve o gerekçede yer alan yargısal yorum için de geçerlidir. Söz konusu kararın gerekçesinde yer alan yorumundan ise Yüksek Mahkeme'nin türban yasağını kılık-kıyafet serbestisinin bir istisnası gibi gördüğü anlaşılmaktadır. Bu nedenle kararın gerekçesi dikkate alınarak Türban takmanın yasal olmadığı sonucuna varılmalıdır.⁵⁸⁸

Bu görüşe ilk itiraz, kararda öne sürülen gerekçelerin hiçbir hukuki dayanağı olmadığı şeklinde gelmektedir.⁵⁸⁹

İlk olarak Cumhuriyet tarihinde Yüksek Mahkeme'nin, bayanların saç ve boyunlarını örten bir kıyafetle derslere girmesine imkan tanınmasının “devlet ve ulus bütünlüğünü, kamu düzenini ve güvenliğini bozabilecek” sonuçlar doğurabileceği hususundaki “endişe”sini haklı kılacak herhangi bir olaya şahit olunmamıştır.⁵⁹⁰

Ayrıca Türban veya türban kullanmayı serbest bırakan kanun hükmüyle Devletin temel düzeninin din kurallarına dayandırılmaya çalışıldığı iddiasının hukuki veya pratik anlamda hiçbir dayanağı bulunmamaktadır. Türbanın dini siyasal amaçlarla kullanılması her olayda ayrıca değerlendirilmesi ve ispatlanması gereken bir husustur. Giyim-kuşam eninde sonunda Devletin temel düzeniyle değil, kişinin zevki ve inancıyla ilgilidir. Aksi kanıtlanmadığı sürece türban bir inanç sorunu olarak ele alınmalıdır. Zorunluluk bulunmadıkça Devletin buna karışmaya hakkı yoktur. Bu nedenle “başın örtülmesi veya açılması Dava konusu kanunla bu konuda kişiye serbestlik tanınmış olması Anayasa'nın laiklik ilkesini ihlal etmez.”⁵⁹¹

Uygulamanın Atatürk İlke ve İnkılaplarına aykırı olduğu gerekçesi açısından ise Mahkemenin E.1989/1 sayılı kararında karşı oy kullanan Mehmet Çınarlı'nın yazısına göz atmak yararlıdır: “Atatürk ilke ve inkılaplarını anlamak için tutulacak en doğru yol, Atatürk'ün dini gereği olarak kabul ettiği; ancak, bunun kadını hayatından, varlığından soyutlamayacak; içtimai ve ilmi yaşayışta ve geçim temini konusunda erkeklerle işbirliği yapmaktan alıkoymayacak basit bir şekilde olmasını istediği anlaşılmaktadır. Atatürk'ün yaptıklarına baktığımız zaman, O'nun kadın giyimiyle ilgili hiçbir düzenlemeye hiçbir yasaklamaya gitmediğini görürüz. Kendi eşinin dahi türbanı çıkarttırmamıştır. Hal böyle iken,

588 GEMALMAZ, Türk, s.530.

589 ERDOĞAN, M., *Anayasa ve Özgürlük*, Yetkin yay., Ankara 2002, s. 193.

590 DİDDGK., E.1993/61, K.1994/327, k.t.16.06.1994 Kararına muhalefet şerhi.

591 AMK., E. 1989/1, K.1989/12, k.t.7.3.1989, Mehmet Çınarlı'nın karşı oy yazısı.

türban veya türban kullanmayı serbest bırakmanın Atatürk'ün ilke ve inkılaplarıyla medeniyetçiliğe ters düştüğünün ileri sürülmesi yanlış olur.”⁵⁹²

Kısaca kimi yazarlara göre her iki karar da hem insan hakları doktrini hem de Türk pozitif hukukunu göz önüne alındığında yanlıştır.⁵⁹³ Ayrıca “İçtihat kararları bilimsel temellere dayanmazlarsa; her zaman tartışma gündeme gelecek demektir. Zira, yanılıgı eskiyip kıdem kazanınca bilimselleşmez, olsa olsa müzminleşir. Bu ise, onu sürekli sarsacak ve değişime zorlayacaktır. Çünkü, bilimi dışlamak ve yanılışı savunmak ayrıcalığı, adı içtihat bile olsa, hiçbir kuruma tanınmamıştır.”⁵⁹⁴

Anayasa Mahkemesi kararından yola çıkarak ulaşılan “türban takmanın yasal olmadığı” yorumuna diğer itiraz ise Mahkeme kararları ve gerekçelerinin niteliği noktasından gelmektedir. Anayasa Mahkemesi kararları Anayasanın 153. maddesinde düzenlenmiştir.

Anayasanın 153. madde 6. fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesi kararları “yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri” bağlamaktadır. Bu cümlenin son derece geniş yorumlanması ile Yükseköğretim kurumlarında kılık kıyafet açısından geçerli olan Ek 17. madde hükmündeki “Yürürlükteki kanun” deyiminin Anayasa Mahkemesi kararlarını da kapsadığı sonucu çıkarılabilir. Bu takdirde iptal edilen Ek 16. madde hükmü gerçekten de Ek 17. maddenin istisnası olarak algılanabilecektir. Ancak burada gözden kaçan husus, bağlayıcı olanın, bir kanun hükmünün iptalini içeren hüküm fıkrası olduğudur. Gerekçenin esas amacı davanın taraflarını ikna etmek ve konuyla ilgili pozitif hukuk düzenlemesi yapacak olanlara dolaylı olarak yol göstermektir.⁵⁹⁵ Nitekim Danıştay 8. Daire kararında “... Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmeyip yürürlükte bırakılan bir yasa kuralını görülmekte olan bir davada uygulayan yargı yerlerinin bu yasa kuralının yorumunda Anayasa Mahkemesi'nin yorumu ile bağlı olmadığı, ... duraksamaya yer vermeyecek ölçüde açıktır;”⁵⁹⁶ ifadesi yer almaktadır. Şüphesiz bu husus iptal edilen bir kural açısından da geçerlidir.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı, sadece, bir yasanın veya yasa hükmünün hukuken geçerli olup olmadığını tespitle sınırlıdır. Bu nedenle Mahkeme kararında bir kanun hükmünün iptali açısından doğrudan gerekçe niteliği taşımayan, hukuki dayanaklardan yoksun, siyasi ve ideolojik saiklerle açıklanan görüşlerin bağlayıcılığı söz konusu değildir. Başka bir anlatımla, Mahkemenin, bir yasayı veya yasa hükmünü iptal

592 AMK., E.1989/1, K.1989/12, k.t. 7.3.1989.

593 ERDOĞAN, M., *Anayasa ve Özgürlük*, Yetkin yay., Ankara 2002, s. 193-199.

594 YCGKK., 68/102, k.t.19.4.1993, Sami Selçuk'un muhalefet şerhi.

595 ERDOĞAN, M., “Türban İnsan Hakları ve Teamüller”, *Türkiye Günlüğü*, S.56, 1996, s.11-12.

596 D8.DK., E. 1986/402, K. 1988/192.

etmesi durumunda, hükmün hukuki varlığı ve uygulanabilirliği sona erecek; iptal talebini reddetmesi durumunda, iptali istenen hüküm yürürlükte kalmaya devam edecektir.

“Bir alanın kanunla düzenlenmesine ihtiyaç olup olmadığına dair takdir ve yetki sadece yasama organına aittir. Bu sebeptendir ki Anayasa Mahkemesi iptal kararı verirken, Yasama’nın yaptığı bir düzenlemeyi kimi noktalardan Anayasa’ya aykırı bulmanın dışında bir düzenleme yapmış sayılamaz..”⁵⁹⁷ Nitekim Anayasanın 153. madde 1. fıkrası “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.” hükmünü içermektedir.

Bu nedenle E.1989/1 esas sayılı kararından sonra “Yükseköğretim kurumlarında hangi kılık ve kıyafetin yasalara aykırı olduğunun belirlenmesi ve yorumlanması” Anayasa Mahkemesi’nin denetim görevinin dışında kalmıştır. Aksi halde Anayasa Mahkemesi “uygunluk” denetiminin dışına çıkarak “yerindelik” denetimi yapmış olacaktır.⁵⁹⁸

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi’nin kararlarını verirken resmi görüşe veya toplumdaki genel kabul gören görüşlere uygun davrandığı görülmektedir. Erdoğan Anayasa Mahkemesi’nin yeterli bir özgürlük ve demokrasi duyarlılığına sahip olmadığını ileri sürerken, Turhan’a göre bu yolun seçilmesinde anayasa yargıçlarının klasik egemenlik anlayışına bağlı olmalarının etkisi bulunmaktadır.⁵⁹⁹

Ancak Anayasa Mahkemesi yargıçlarının, Cumhuriyetin temel niteliklerini belirli bir yönde yorumlaması, o tutuma aykırı düşen bütün Anayasa değişikliklerinin iptal edilmesine yol açabilecektir. Böyle bir durum ise ülkenin Hukuk Devleti olma sürecinden çıkıp, halkın oylarıyla kurulmuş olan parlamentonun elindeki değiştirme yetkisinin hiçe ineceği bir “yargıçlar devleti”ne dönüşme potansiyelini taşımaktadır.⁶⁰⁰

Buna karşın uygulamada 09.04.1991 tarihli Anayasa Mahkemesi kararının, türban takmanın yasak olduğu şeklinde yorumlandığı görülmektedir. Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 17.06.1994 tarihli kararında “derslere türban ile giren ve öğretim elemanlarınca birden fazla uyarılmış olmasına rağmen ısrarla türban takmaya devam ederek okuldaki çalışma düzenini de bozan davacıya yükseköğretim kurumları öğrenci disiplin yönetmeliğinin 7.maddesinin (a) ve (b) bentleri uyarınca kınama cezası verilmesinde hukuka

597 AMK., E.990/36, K.991/8, k.t. 09.04.1991, Haşim Kılıç’ın Değişik Gerekçe Yazısı.

598 Agk., Haşim Kılıç’ın Değişik Gerekçe Yazısı.

599 TURHAN, M., “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı* (Anayasa Mahkemesi’nin 41. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler), S. 20, Ankara 2003, s.243.

600 SOYSAL, 100 soruda, s.219.

aykırılık bulunmadığı”⁶⁰¹ açıklanmaktadır.

Danıştay’a göre: “Atatürk İnkılap ve ilkeleri dışında davranışlarda bulunan öğrencinin, yükseköğretim öğrencisi olma sıfatının gereklerini tam olarak yerine getirdiğinden söz etmenin imkanı bulunmamaktadır. Başka deyişle Çağdaş kıyafet ve görünümüne ters düşen dinsel nitelikte kılık kıyafet giyen, türban veya türban takan öğrencinin. Atatürk ilke ve inkılaplarına aykırı davrandığı, böylelikle Yükseköğretim öğrencisi olma sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarstığı açık bulunmaktadır.”⁶⁰²

Danıştay’ın ifadelerinden türbanın dini amaçla ya da geleneklerin ve çevrenin etkisiyle takılabileceği, ancak siyasi sebeplerle takılamayacağı sonucu çıkmaktadır. Buna karşın türban ya da türban takan bir kişiyi bu harekete sevk eden saiki tespit edecek objektif bir ölçüt bulmak mümkün değildir. Ayrıca böyle bir ölçüt aramaya gerek de yoktur, çünkü demokrasilerde kişilerin amaçları değil, eylemleri dikkate alınmaktadır.⁶⁰³

3.2.2.2 YÖK Kararları

3.2.2.2.1 30.12.1982 tarihli Yükseköğretim Kurulu Genelgesi

YÖK’ün konuyla ilgili ilk düzenlemesi 30 Aralık 1982 tarihli Yükseköğretim Kurulu Genelgesi’dir. Bu genelge ile üniversite öğrencilerinin uymak zorunda oldukları bazı kılık kıyafet esasları belirlenmiştir: “Yükseköğretim kurumlarında bulunan ... öğrencilerin Atatürk İnkılap ve ilkelerine uygun, uygar, aşırılığa kaçmayacak şekilde sade bir kılık kıyafette olmaları esastır.” Aynı genelge ile İlahiyat Fakültelerinde Kur’anı Kerim ders saatlerinde kız öğrencilerin başlarını örtebilecekleri hükmü getirilmişti.⁶⁰⁴

Genelge İstanbul Üniversitesi Eczacılık Fakültesi’nde okuyan bir öğrencinin, türbanlı bir şekilde fakülteye alınmaması üzerine açtığı dava ile yargı konusu haline gelmiştir. Cumhuriyet ilkelerinin öneminin, yüksek öğretim düzeyinde eğitim gören bir öğrenci tarafından bilinmesi gerektiği düşüncesine dayanarak, türbanın masum bir alışkanlık olmadığına karar veren Danıştay Dairesi “Aydın, uygar ve Cumhuriyetçi gençler yetiştirmekle görevli eğitim kurumlarının bazı kuralları öğrencilere uygulaması(nın) doğal” olduğu sonucuna varmıştır. Danıştay’a göre herkesçe bilinen “kuralları öğretmek ve benimsetmekle görevli eğitim kurumlarının bunlardan ödün vermesi düşünülemez. Bu nedenle yüksek

601 DİDDGKK., E.1993/61, K.1994/327, k.t.17.06.1994.

602 Agk.

603 ÖZAY, İ. H., *Günüşğında Yönetim*, Alfa Yay., İstanbul 1996, s. 98-99.

604 GEMALMAZ, Türk, s.540.

öğrenim görmek üzere okula geldiği sırada dahi türbanı çıkartmamakta direnecek ölçüde laik devlet ilkelerine karşı bir tutum içinde bulunan davacının okula alınmamasında yasalara aykırılık” bulunmamaktadır.⁶⁰⁵

3.2.2.2 YÖK Başkanlığının 10.05.1984 Tarihli Kararı

Daha sonra YÖK Başkanlığının 10.05.1984 tarihli kararı ile genel kural olarak Yükseköğretim kurumlarında türban ve benzerleri serbest bırakılmıştır. Bu serbestlik karar metninde şöyle ifade edilmektedir: “20 Aralık 1982⁶⁰⁶ tarihli genelge ile ilgili olarak yapılan görüşmelerde Yükseköğretim kurumlarında öğrenim gören kız öğrencilerin başlarının açık olması esası yer almış olmasına rağmen, bazı yükseköğretim kurumlarında sayıları az da olsa, kız öğrencilerin müessese içinde baş örtüsü kullandıkları konusu üzerinde durularak, bu durumun etkin bir surette önlenmesi, ancak; modern bir şekilde türban kullanabilecekleri görüşü çoğunlukla benimsendi.”⁶⁰⁷

3.2.2.3 YÖK Başkanlığının 10.10.1984 Tarihli Kararı

Türban takmanın serbest bırakılmasının ardından, üniversite öğrenci belgelerine yapılandırılacak fotoğrafların nasıl olacağı sorusu üzerine, diploma ve her türlü belgeye yapılandırılacak fotoğrafların “tanınmalarını engellemeyecek bir biçimde olmak koşulu ile türbanlı olabileceği” YÖK Başkanlığının 10.10.1984 tarihli kararı ile üniversitelere bildirilmiştir.

3.2.2.3 Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Mevzuatında Kılık Kıyafet

3.2.2.3.1 13.01.1985 Tarihli Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği

Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin orijinal metni, özel olarak kılık kıyafet konusuna dair bir düzenleme ya da türban konusunda özel bir norm ya da türbanın yasaklandığına ilişkin bir hüküm içermemektedir.⁶⁰⁸

605 D.8.D.K., E.1983/207, K.1984/330, k.t. 23.02.1984.

606 30 Aralık 1982 tarihli Genelge bazı kaynaklarda 20 aralık 1982 tarihli olarak geçmektedir. Bkz. KUZU, Din-Vicdan, s.113.

607 GEMALMAZ, Türk, s.541.

608 Age., s.542-543.

3.2.2.3.2 24.12.1986 Tarihli Duyuru Niteliğindeki YÖK Genelgesi

“Modern türban”ı serbest bırakan 10.05.1984 tarihli YÖK genelgesinin siyasal “konjüktüre” uygun olmaması sonucu⁶⁰⁹, dönemin YÖK başkanı İhsan Doğramacı imzalı 24.12.1986 tarihli duyuru ile türban takma, kınama cezası gerektiren bir disiplin suçu haline getirilmiştir⁶¹⁰. Bildiride şu ifade yer almaktadır: “Modern şekilde türban kullanmaya izin veren 10.05.1984 tarihli ve 84.35.527 sayılı kararımız yürürlükten kaldırılmış ve Yüksek Öğrenim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7. maddesine aşağıdaki hüküm eklenmiştir.

h.Yükseköğretim kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak”⁶¹¹

3.2.2.3.3 08.01.1987 Tarihli Yönetmelik

24.12.1986 tarihli YÖK genelgesi, 08.01.1987 tarihli “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplini Yönetmeliğinin Bir Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine Dair Yönetmelik”le somutlaştırılarak, türban takılması 7. maddenin kenar başlığında belirtildiği gibi “kınama” cezası gerektiren bir disiplin suçuna dönüştürülmüştür. Söz konusu yönetmeliğin 1. maddesi şöyledir:

“13 Ocak 1985 tarih ve 18634 Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

h)Yükseköğretim Kurumlarının dersane, laboratuvar; klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak”

Bu arada YÖK başkanlığının 24.12.1986 tarihli duyuru niteliğindeki genelgesi ve 08.01.1987 tarihli “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplini Yönetmeliğinin h fıkrası”nın hükmünün iptali istemiyle açılan davada, Danıştay 8. Dairesi: “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7. maddesinin (h) fıkrasında yer alan ‘Yükseköğretim Kurumlarının dersane, laboratuvar; klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmanın kınama cezası gerektirdiğine’ ilişkin kuralda ve aynı içeriği taşıyan YÖK Başkanlığının duyuru niteliğindeki genelgesinde hukuka

609 Age., s.544.

610 DİNÇKOL VURAL, s.145.

611 ALTINTAŞ, M., *YÖK ve Hukuk*, Eğitim-Sen Yay., Ankara 2002, s.181.

aykırılık bulunmadığı” gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.⁶¹²

3.2.2.3.4 04.12.1987 Tarihli Yönetmelik

Çağdaş kıyafet ve görünüm dışında kılık ve kıyafet giymeyi disiplin suçu haline getiren 08.01.1987 tarihli yönetmeliğin çıkmasının üzerinden bir yıl geçmeden, 04.12.1987 tarihli “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplini Yönetmeliğinin Bir Fıkrasının Değiştirilmesine Hakkında Yönetmelik”le, türban takmak disiplin suçu olma kapsamından çıkarılıp, yeniden serbest bırakılmıştır. Yönetmeliğin 1. maddesi şöyledir:

“Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplini Yönetmeliğinin 7. maddesinin (h) fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

h) Yükseköğretim Kurumlarının dersane, laboratuvar; klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak (Dini inanç nedeniyle boyun ve saçlar, örtü veya türbanla kapatılabilir.)”

Bu arada 08.01.1987 tarihli Yönetmelikle eklenen “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplini Yönetmeliğinin h fıkrası”nın iptali istemiyle açılan bir başka davada Danıştay “Aydın uygar ve cumhuriyetçi gençler yetiştirmekle görevli eğitim kurumlarının bazı kuralları öğrencilere uygulamasının doğal olduğu”na vurgu yaparak çizgisini devam ettirmiş, davanın reddine karar vermiştir.⁶¹³

3.2.2.3.5 28.12.1989 Tarihli Yönetmelik

Anayasa Mahkemesinin 07.03.1989 tarihli iptal kararı ve Danıştay’ın türban yasağını hukuka uygun bulan kararları yeni bir düzenlemeyi zorunlu kılmaktaydı. Bunun üzerine 28.12.1989 tarihinde “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplini Yönetmeliğinin Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik” çıkarılmıştır. Yönetmeliğin 1. maddesi “Dini inanç nedeniyle boyun ve saçlar, örtü veya türbanla kapatılabilir.” hükmünü yürürlükten kaldırmaktadır: “13 Ocak 1985 tarih ve 18634 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Tarihli “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplini Yönetmeliğinin değişik 7. maddesinin (h) fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.”

3.2.2.3.6 22.06.2000 Tarih ve 4584 Sayılı Kanun

612 D8.DK., E.1987/28, K.1987/486, k.t. 16.11.1987.

613 D8.DK., E.1987/728, K.1988/512, k.t. 27.06.1988.

22.06.2000 Tarih ve 4584 Sayılı “Yükseköğretim Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ile Bu Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun” ile 2547 sayılı kanuna eklenen Geçici 48. madde ile disiplin cezası alan öğrencilerin cezaları, bütün sonuçlarıyla birlikte kaldırılmıştır. Doğal olarak bu düzenlemenin kapsamına kılık kıyafet nedeniyle disiplin suçu almış öğrenciler de girmektedir. Söz konusu Geçici 48. madde metni şöyledir: “1989-1990 eğitim öğretim yılı başından, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, yükseköğretim kurumlarının hazırlık sınıfı, önlisans ve lisans eğitim-öğretim programları ile yüksekokulların herhangi bir sınıfında kayıtlı öğrencilerin, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve bu kanuna atıf yapan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği hükümlerine göre aldıkları disiplin cezaları, bütün sonuçları ile kaldırılmıştır. Bunların sicil dosyalarındaki cezai kayıtlar, ilgililerin müracaatı aranmaksızın dosyalarından çıkarılır.”⁶¹⁴

3.3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türban Sorunu

3.3.1 Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararlarında Türban

3.3.1.1 Karaduman /Türkiye

Eczacılık Fakültesi’nden mezun olmaya hak kazanan Şenay Karaduman isimli öğrenci, çıkış belgesine türbanlı fotoğrafının yapıştırılması talebinin İdarece reddedilmesi üzerine AİHS’nin 9. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyona başvurmuştur.⁶¹⁵

Komisyon öncelikle üniversitelerdeki günlük yaşamı düzenleyen disiplin kurallarıyla doğrudan ilgili olmayan, diplomalara yapıştırılacak fotoğraflara ilişkin kuralların “üniversitelerin laik ve cumhuriyetçi niteliğini koruma amacını güden üniversite kurallarının bir parçası” olduğunu tespit etmiştir.

Daha sonra somut olayda, kılık-kıyafete ilişkin üniversite yönetmeliğinin, öğrencilere türban takmama zorunluluğu getirdiğine işaret ederek, yüksek öğrenimini laik bir üniversitede yapmayı seçen bir öğrencinin, bu üniversitenin düzenlemelerini kabul etmiş sayılacağı görüşünü ifade etmiştir. Ayrıca Komisyon’a göre laik bir üniversitede öğrencilik statüsü, doğası gereği, başkalarının hak ve özgürlüklerini saygı gösterilmesini sağlamaya yönelik bazı davranış kurallarıyla bağlılığı da içermektedir.

Mahkeme burada “laik üniversiteler”de öğrenim görmeyi tercih eden başvuruçuların,

614 GEMALMAZ, Türk s.531.

615 Karaduman/Türkiye, BN. 16278/90.

bu üniversitelerin koyduğu kurallara uymak zorunda olduklarını vurgulamaktadır. Oysa Türkiye’de dini nitelikli hiçbir üniversite bulunmamaktadır. Bu nedenle “tercih modeli”nin Türkiye’de uygulanması doğru değildir. Yükseköğrenimin zorunlu olmaması nedeniyle kurallara uymak istemeyen kişilerin okumamayı tercih edebileceği düşüncesi ise doğru değildir. Çünkü, bu bir tercih değil, insanların alternatifsizlikten dolayı okuma hakkında vazgeçmeleridir.⁶¹⁶

Komisyon, daha önce, Sözleşmenin 9. maddesinin, kamusal alanda, bir inancın gerektirdiği biçimde davranma hakkını, mutlak olarak güvence altına almadığına karar vermiş bulunmaktadır. Özellikle, 9. maddenin 1.fıkrası anlamında “bir dinin uygulanması” ifadesi, bir dinin veya inancın zorunlu kıldığı ya da esinlediği her türlü hareketin yapılabileceği anlamına gelmemektedir. Bu durumun somut olayda değerlendirilip değerlendirilmediğini anlayabilmek için, önce, anlaşmazlık konusu olan düzenlemenin din özgürlüğünün kullanılmasına bir müdahale oluşturup oluşturmadığının araştırılması gerekir.

Komisyon özellikle, nüfusun büyük çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu ülkelerde, bu dinin tören ve simgelerinin herhangi bir yer ve biçim sınırlaması olmaksızın sergilenmesinin, sözü geçen dini uygulamayan veya başka bir dine mensup olan öğrenciler üzerinde bir baskı oluşturabileceği görüşündedir. Bu nedenle farklı inanışlardaki öğrencilerin birlikteliğini sağlamak amacıyla yönelik olarak öğrencilerin dinsel inançlarını açığa vurma özgürlükleri yer ve biçim bakımından sınırlanabilmektedir.

Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi'nin Türk üniversitelerinde İslami tarzda türban takmanın, bunu takmayanlara karşı bir meydan okuma oluşturabileceği yolundaki değerlendirmesi dikkate alındığında, Laik üniversitelerin öğrencilerin kılık-kıyafetlerine ilişkin kuralları koyarken, bazı kökten dincilerin yüksek öğretimde kamu düzenini bozmamalarını ve diğerlerinin inançlarına zarar vermemelerini sağlamaya özen göstermesi anlaşılır olmaktadır.⁶¹⁷

Ancak Komisyon kararında üniversitelerde kamu düzenini bozulması tehlikesiyle türbanlı fotoğraf arasında nasıl bir ilişki olduğu, veya çoğunluk dinine mensup olanların diplomalarında türbanlı fotoğraf yapıştırılmasının diğer dinlere mensup olanlar üzerinde nasıl bir baskı oluşturacağı hukuksal olarak temellendirilmemektedir.⁶¹⁸

Esas itibarıyla Komisyonun incelediği başvuru, türban taktığı gerekçesiyle okuldan uzaklaştırılan bir öğrencinin başvurusu değil, türbanlı fotoğrafın bulunduğu bir diploma isteminin reddiyle ilgilidir. Arslan’a göre Komisyonun böyle bir başvuruyu bu kadar genel ve

616 ARSLAN, Avrupa, s.90-91.

617 Karaduman/Türkiye, BN. 16278/90.

618 ARSLAN, Avrupa, s.75.

kategorik ifadelerle değerlendirmesi olsa olsa daha sonra gelebilecek başvurular için bir ön hazırlık niteliği taşımaktadır.⁶¹⁹

Komisyon başvurunun esas konusu olan “diploma” meselesine ancak kararın sonuna doğru değinmiştir. Komisyon’a göre, “laik bir üniversitenin yönetmeliği, öğrencilere verilecek olan diplomaların, bir dinden esinlenen ve öğrencilerin de dahil olabileceği (köktendinci) hareketleri hiçbir şekilde yansıtmamasını düzenleyebilir.”

Böylece Komisyon, türbanı din özgürlüğünün değil köktendinciliğin sembolü olarak gördüğünü ve türban takan öğrencilerin muhtemelen kökten dinci bir hareketin mensubu oldukları düşüncesini ifade etmektedir.⁶²⁰

Bilindiği gibi Strasbourg Organları, herhangi bir sınırlamanın Din Özgürlüğüne bir müdahale oluşturup oluşturmadığını incelerken, öncelikle “Arrowsmith testine” başvurmakta ve kişinin sınırlanan davranışı ile inancı arasında doğrudan bir ilişki kurulup kurulmadığını incelemektedir. Karaduman kararında ise bu test uygulanmamış, başvuruçunun türbansız fotoğraf çektirmeyi reddetmesiyle dini inancı arasındaki ilişki incelenmemiştir.

Bunun yerine doğrudan “laik üniversite düzeninin gerekleri dikkate alındığında, öğrencilerin kılık-kıyafetlerinin düzenlenmesinin ve bu düzenlemeye uyulmadıkça, kendilerine diploma verilmesi gibi bazı idari hizmetlerden yararlandırılmamalarının, din ve vicdan özgürlüğüne bir müdahale oluşturmadığı düşüncesini” ifade etmiştir.

Komisyon’a göre üniversite diploması geniş kesime yönelik olmayan, sadece öğrencinin mesleki kapasitesini göstermeye yarayan bir belgedir. Diplomaya yapıştırılan fotoğrafın amacı ise sadece ilgili kişinin tanınmasını (teşhis edilmesini) sağlamaktır. Bu nedenle fotoğraf bu kişi tarafından dini inançlarını açığa çıkarmak amacıyla kullanılamayacaktır.⁶²¹

Oysa başvurunun konusu, türbanlı fotoğrafın ya da türbanlı fotoğrafın yer aldığı diplomanın “dini açığa vurmak için kullanılıp kullanılmaması” ile ilgili değil, sınırlama konusu olan türbanın, başvuruçunun dini inançlarıyla ilişkisidir. Dolayısıyla karardan, Komisyon’un başvurunun “özünü kaçırdığı” anlaşılmaktadır.⁶²²

Sonuç olarak Komisyon başvuruçunun, çıkış belgesine türbanlı fotoğraf yapıştırma talebinin idarece reddedilmesinin Sözleşmenin 9. maddesiyle korunan din özgürlüğüne bir müdahale oluşturmadığı gerekçesiyle, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁶²³

619 İbid.

620 ARSLAN, Avrupa, s.76.

621 Karaduman/Türkiye, BN. 16278/90.

622 ARSLAN, Avrupa, s.77.

623 Karaduman/Türkiye, BN. 16278/90.

İlgi çeken diğer bir konu ise kararda, başvurucunun iç hukuktaki yargılanma aşamasında türbanlı fotoğrafının bulunduğu nüfus cüzdanı, ehliyet ve pasaportunu ilgili makamlara sunduğunun ve üniversite eğitimi boyunca kılık kıyafet konusunda bir baskıya maruz kalmadığının özellikle belirtilmesidir. O halde başvurucunun türbanlı fotoğrafının yer aldığı diplomanın, Komisyonun belirttiği “kişinin tanınması (teşhis edilmesi)” amacına daha iyi hizmet edeceği kesindir.

3.3.1.2 Bulut/Türkiye

Eğitim Fakültesi’nden aldığı çıkış belgesinin türbanlı fotoğrafının bulunduğu bir diploma ile değiştirilmesi talebinin idarece reddedilmesi üzerine Lamiye Bulut, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na başvurdu.

Komisyon, hükümetin Karaduman başvurusunda da sunduğu “iç hukuk yollarının tüketilmediği ve altı aylık süre koşuluna uyulmadığı” yönündeki usule ilişkin itirazları yerinde bulmamış, fakat “başvurucunun kendisine bir diplomanın sağlayacağı bütün avantajları temin eden bir çıkış belgesine zaten sahip olduğuna” dikkat çekerek, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁶²⁴

Kararın kalan kısmı Karaduman/Türkiye kararıyla aynı ifadelerle kaleme alınmıştır.

3.3.2 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türban

3.3.2.1 Dahlab/İsviçre Kararı

Lucia Dahlab önce Katolik iken sonra İslam Dinini seçen ve türban takmaya karar veren İsviçre vatandaşı bir anaokulu öğretmenidir. Yaklaşık beş yıl süresince velilerden herhangi bir itiraz gelmeden türbanlı olarak görevine devam ettikten sonra, İlköğretim Genel Müdürlüğü tarafından, türbanın “özellikle kamusal ve seküler bir eğitim sisteminde bir öğretmenin öğrencilerine empoze ettiği açık bir kimlik aracı” olduğu gerekçesiyle görevinden alınmıştır.

Bunun üzerine, laiklik ilkesinin öğretmenlerin dinsel inanca sahip olmalarına ve inançları gereği sembol taşımalarına engel oluşturmadığı ve öğrencilerinin farklı etnik ve dinsel kökenlerden geldiği için çeşitliliğe alışkın oldukları, dolayısıyla türbanlı oluşunun okuldaki dinsel uyumu bozmadığı argümanlarına dayanan Dahlab, türbanlı olduğu için görevden alınmasının AİHS’nin 9 ve 14. maddelerini ihlal ettiği gerekçesiyle AİHM’ne

624 Bulut/Türkiye, BN. 18783/91.

başvurmuştur.⁶²⁵

3.3.2.1.1 Kanun Tarafından Öngörülme

Mahkeme başvuruyu incelerken, öncelikle “kanun tarafından öngörülebilirlik” meselesini ele almıştır. Bilindiği gibi Mahkeme bu meseleyi ele alırken, herkes tarafından ulaşılabilir ve açık yani anlaşılabilir olma ölçütlerini kullanmaktadır.

Dahlab olayında uygulanan düzenlemeler, “Devlet eğitimi sistemi, öğrencilerin ve ailelerin siyasi ve dini inançlarına saygı gösterilmesini temin eder.” hükmünün yer aldığı 06.11.1940 tarihli Devlet Eğitimi Kanunu’nun 6. maddesi ve “Kamu görevlileri sıradan kişiler olmalıdır; sadece üniversite öğretim elemanları bakımından bu hükmün istisnalarına izin verilebilir” hükmüne yer veren aynı kanunun 120/2 maddesidir. Mahkeme “çoğu kanunun lafzı mutlak anlamda sarih değildir” ifadesiyle, uygulanan kanun hükümlerinin, yeterince açık olmadığını zımnen kabul etmiştir. Ancak, aşırı katılığı önleme ve değişen şartlara uyum sağlama ihtiyacının, kanunların çoğunun kaçınılmaz olarak, az ya da fazla ölçüde, belirsiz bir dille düzenlenmesine neden olduğunu düşünmektedir. Çözüm, bu tür yasal düzenlemelerin yorum ve uygulanmasının uygulamaya bağlanmasıdır.⁶²⁶

Sonuç olarak Mahkeme İsviçre Federal Mahkemesi’nin içtihatlarını da dikkate alarak davada kanun tarafından öngörülebilme koşulunun gerçekleştiğine karar vermiştir.

3.3.2.1.2 Meşru Amaç

Dahlab kararında, Başvurucu dini inançları gereği türban takmasını yasaklayan işlemin, meşru bir amaç gütmeye ileri sürmüştür. İç hukukta davaya bakan yerel mahkeme ise türbanı sadece öğretim faaliyetiyle sınırlayarak, okulda devleti temsil etmekte olan öğretmenin, eğitimin dinsel tarafsızlığını koruması gerektiğine karar vermiştir. Yerel mahkemeye göre öğrencilerin dinsel tarafsızlık ortamı içinde ders görme hakları, başvurusunun dini inancını gösterme özgürlüğüne yönelik sınırlandırmayı meşru kılmaktadır.

Sonuç olarak AİHM, öğrencilerin başvurusundan kolaylıkla etkilenebilecek kadar küçük yaşta olmalarının ve başvuru sahibinin dinsel açıdan tarafsız davranmak zorunluluğunun altına çizerek, yasaklayıcı işlemin, başkalarının hak ve özgürlüklerini, kamu güvenliğini ve kamu düzenini koruma şeklindeki meşru amaçları güttüğüne karar

625 Dahlab/İsviçre, BN. 42393/98.

626 Agk.

vermiştir.⁶²⁷

3.3.2.1.3 Demokratik Bir Toplumda Gereklik

Mahkeme başvuruçunun din özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelerken şu tespitleri yapmıştır:

“Mahkeme türban gibi güçlü bir dışsal sembolün çok küçük yaşta çocukların din ve vicdan özgürlüğü üzerinde nasıl bir etki yapabileceğini değerlendirmenin çok zor olduğunu kabul etmektedir. Başvuruçunun öğrencileri, birçok şey hakkında meraklı oldukları ve diğer öğrencilerden çok daha fazla etkilenmeye açık oldukları yaş olan dört sekiz yaş gurubuna mensupturlar. Bu şartlar altında Kuran’daki bir emir tarafından kadınlara dayatılan ve Federal Mahkeme’nin belirttiği gibi kadın erkek eşitliği ilkesi ile bağdaştırılması zor olan bir uygulama olarak görüldüğünde, türban takmanın bir çeşit proselitizm yaratacağı tamamen yadsınamaz. Dolayısıyla İslami türban takmayı, tüm öğretmenlerin demokratik bir toplumda öğrencilerine yayması gereken hoşgörü mesajı, başkalarına saygı ve her şeyden öte eşitlik ve ayrımcılık karşıtlığı ile bağdaştırmak zor görünmektedir.”⁶²⁸

Burada ilk olarak Mahkemenin Kuran’daki türban emrini sorguladığı görülmektedir. Ardından Kuran’ın Müslüman kadınlara emri olan türbanı, kadın ve erkek eşitliğine aykırı, proselitizm aracı olarak kullanılmaya elverişli, hoşgörü eşitlik ve ayrımcılık karşıtlığı ile bağdaşmayan bir uygulama olarak nitelendirmiştir.

Kesinlikle hukuksal bir nitelik taşımayan bu saptamalarda öncelikle dikkat çeken kısım mahkemenin kadın erkek eşitliğine yaptığı vurgudur. Sonradan terk edilse bile, örtünmenin İslam dışındaki dinlerde de önemli bir yer işgal ettiği bilinmektedir. Özellikle Hıristiyanlıkta örtü, kadının erkeğe bağımlı ikinci sınıf insan olma statüsünü yansıtan bir semboldür.⁶²⁹ İslam bilginleri ise Hıristiyanlığın tam tersine İslamiyet’te türbanın, özgürlüğün işareti olarak algılandığı fikrindedirler. Nitekim kölelerin, özellikle cariyelerin örtünmelerine, hür kadınların da örtünmemelerine izin verilmediği ile ilgili bilgiler göstermektedir ki, İslamiyet’in ilk dönemlerde türban kullanmak, zamanın hür kadınları için bir ayrıcalıktır.⁶³⁰

AİHM’nin kararında dikkat çeken diğer husus Yahudi kippası ya da rahip cüppesi gibi “çok etkili bir harici simge” niteliği taşıyan başörtü kullanılmasının bu yönüyle, proselitizm yaratmaya elverişli olduğuna yapılan vurgudur. Mahkemenin görev yaptığı dönemde

627 Dahlab/İsviçre, BN. 42393/98.

628 Agk.

629 GÖRMEZ, M., “İlahi Dinlere Göre Türban”, *İslamiyat*, C.4, S.2, 2001, s.25.

630 CARULLAH, M., *Hatun*, 3. Bas., Yay. Haz. Mehmet Görmez, Kitabiyat, Ankara 2001, s. 47; BİLGİN, s.45.

başvurucunun proselitist bir etki yaratıp yaratmadığını incelemek yerine, bu “ihtimal” üzerinden karar vermesi ise hukuksal olarak açıklanamamaktadır.

Ayrıca sembol taşımak bir haktır, ancak bir şeyin sembol olması kişinin niyetine bağlıdır. Söz veya eylemleriyle bu izlenimi vermediği sürece, kişinin giyim tercihi “sembol” olarak nitelenmez. Bu nedenle Erdoğan inanan insanların dini bir vecibe olarak gördükleri şeyi bir sembole indirgemenin o insanların inançlarına yapılan bir saygısızlık olduğu görüşündedir.⁶³¹

Yine türbanın neden hoşgörü eşitlik ve ayrımcılık karşıtlığı ile bağdaşmayan bir uygulama olduğunun, Mahkeme kararından anlaşılması mümkün değildir. Ancak AİHM’nin, Federal Mahkemenin “Devlet okullarında haçların sergilenmesi yasaklanırken, bizzat öğretmenlerin hangi inanca ait olursa olsun güçlü dinsel sembolleri giymelerine izin verilemez” görüşüne katıldığı anlaşılmaktadır. Oysa burada “okullardaki haçların kaldırılmasının” kurumsal bir tercihi yansıtırken, öğretmenlerin kılık kıyafetlerinin tamamen bireysel tercih konusu olduğu açıktır. Ayrıca sadece yasaklamayla sağlanan bir “tarafsızlığın” “muhtelif grupların çıkarlarını bağdaştırmak ve herkesin inancına saygı gösterilmesini temin etmek” demek olan çoğulculukla bağdaşmadığı da ortadır.⁶³²

Sonuç olarak AİHM başvurucunun ders sırasında türban taktığı için görevine son verilmesini, din özgürlüğüne bir müdahale saymış, ancak bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁶³³

3.3.2.2 Leyla Şahin/Türkiye Kararı

Leyla Şahin Cerrahpaşa Tıp Fakültesi’nde okurken, İstanbul Üniversitesi’nin 23.02.1998 tarihinde yayınladığı sakallı ve türbanlı öğrencilerin derslere ve pratik çalışmalara alınmamasını öngören genelgesi gereği derslere alınmadığını ve bazı bölümlere kayıt yaptıramadığını belirtmiştir. Genelgenin iptali üzerine açılan davalar ise İdari Yargı Organlarınca reddedilmiştir. Daha sonra türban taktığı gerekçesi ile yazılı sınavlardan birine alınmayan başvurucunun kayıt talebi de aynı gerekçe ile reddedilmiştir.

Başvurucu kılık kıyafet kurallarına uymadığı için önce kınama cezası, daha sonra türban yasağını protesto gösterisine katıldığı için bir dönem okuldan uzaklaştırma cezası almıştır. Başvurucunun disiplin cezaları ile ilgili açtığı dava İstanbul İdare Mahkemesi

631 ERDOĞAN, M., “AHİM: Özgürlüğe Evet Ama İslamsız Olursa (II)”, <http://www.hukukcularder.org/index1.htm>, 16.06.2005.

632 ARSLAN, Avrupa, s.81.

633 Dahlab/İsviçre, BN. 42393/98.

tarafından reddedilmiştir. Ancak 22.06.2000 Tarih ve 4584 Sayılı Kanun ile tüm disiplin cezaları affedilmiştir.

Daha sonraki eğitimine Viyana Üniversitesinde devam eden başvuru yüksek öğretim kurumlarında türban takma yasağının Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 14.maddeleri ile 1.Protokolün 2. maddesindeki haklarını ihlal ettiği gerekçesi ile AİHK'na başvurmuş, dava 11 No'lu Protokolün 5/2 maddesi gereğince 1.11.1998'de AİHM'ne devredilmiştir

Başvuran, yükseköğretimde İslami türban takılmasına getirilen yasağın din özgürlüğü hakkına ve özellikle de dinini açıklama hakkına yapılan haksız bir müdahale olduğunu belirtirken; Hükümet, başvuranın din özgürlüğünü yerine getirme hakkına hiçbir müdahalede bulunulmadığını, bulunulmuşsa da bunun geçerli nedeninin Sözleşmenin 9.Maddesinin 2. Paragrafı kapsamında haklılığının kabulünün gerektiğini belirtmiştir.

3.3.2.2.1 Bir Müdahale Bulunup Bulunmadığı

Mahkeme ilk olarak dini boyutuyla, inananlar için kimliklerini ve yaşam anlayışlarını meydana getiren hayati unsurlardan biri, ateistler, agnostikler, skeptikler içinse çok önemli bir değer olan “din özgürlüğünün” (Sözleşmenin anlamı içerisinde çoğulculuğun kaynağı olması nedeniyle) “demokratik bir toplumun” temel taşlarından biri olduğunu vurgusunu tekrarlamaktadır.

Ardından “Din özgürlüğü öncelikle, bireysel vicdana ait bir konu olmasına rağmen, başka konuların yanı sıra, kişinin yalnızken ve insanlardan uzakken ya da başkalarıyla birlikteyken, topluluk içindeyken, inancını paylaştığı kişilerin arasındayken dinini açıklama özgürlüğü anlamına da gelir.” ifadesiyle özgürlüğün kapsamını belirler. Ancak daha önceki muhtelif kararlarda da belirtildiği gibi, “9. Madde, bir din ya da inançtan kaynaklanan ya da esinlenilerek gerçekleştirilen bütün eylemleri” korumamakta ve “kamu alanında bir dinin emrettiği şekilde davranma özgürlüğünü her durumda güvence altına” almamaktadır.⁶³⁴

Mahkeme başvuruda, başvuranın 4584 sayılı “Af Kanunu” ile iptal edilmelerinden önce, kendisine uygulanan disiplin cezalarıyla ilgili herhangi bir şikayette bulunmaması sebebiyle, sadece İstanbul Üniversite'nin çıkarttığı 23.02.1998 tarihli genelge ve onun davadaki uygulamasını incelemeye karar vermiştir.

Kararda devamla “Başvuran, türban takarak dini bir kurala uyduğunu ve dolayısıyla İslam inancının getirdiği görevlere sıkıca bağlı olma isteğini gösterdiğini bildirmiştir. Buna göre, türban takma kararının bir din ya da inançtan kaynaklandığı ya da esinlendiği kabul

634 Leyla Şahin/Türkiye, BN. 44774/98.

edilebilir ve Mahkeme, bu tür kararların her durumda bir dini vecibeyi yerine getirmek için alınıp alınmadığının kararlaştırmadan, üniversitelerde İslami türban takılmasını yasaklayan söz konusu düzenlemelerin başvuranın dinini açıklama özgürlüğüne müdahale olduğu varsayımı üzerinden hareket etmektedir.” İfadesi yer almaktadır.

Burada Mahkemenin “türban takmayı” dinini açığa vurma özgürlüğü kapsamında ele aldığı anlaşılmaktadır. Karaduman başvurusunda Üniversite içinde türbanla dolaşmanın yasaklanmasının kesinlikle Sözleşmenin 9. maddesine bir müdahale oluşturmadığını savunan Hükümet ise, Şahin başvurusunda şu ifadeyle yetinerek, türbanın dini açığa vurma hakkı kapsamına dahil olmadığına dair, açık ve net bir savunma yapmaktan kaçınmıştır: “Üniversite düzenlemelerinin hem öğrencilerin kılık kıyafetiyle ilgili iç hukuk kurallarına hem de uluslararası hukuk ilkelerine dayandığını belirten Hükümet, bu iddiayı reddetmiştir. Sözleşmenin 9. maddesinin uygulanması sözleşmeye göre tasarlanan ve genel olarak ve kamu alanında hiçbir ayırım gözetmeksizin uygulanan yasalara uymayı kabul etmemek için kişinin inançlarını kullanma hakkını vermediğini ileri sürmüştür.”⁶³⁵ Sonuç olarak üniversitelerde türban takmanın İslam dininin bir gereği olduğu ve Sözleşmenin 9. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereği konusunda Mahkeme ve Hükümet fikir birliğine varmış görünmektedir.⁶³⁶

Leyla Şahin/Türkiye kararının can alıcı noktası, Mahkeme’nin üniversitede İslami türban takılmasını yasaklayan ve bu yasağa aykırı davranmayı disiplin yaptırımına bağlayan düzenlemelerin, din ve vicdan özgürlüğü hakkına müdahale olduğunu varsayımsal olarak kabul etmesidir.

Önceki bölümlerde de açıklandığı gibi AİHS sisteminde hakka müdahalenin demokratik toplum gereklerine uygun olduğu için meşru kabul edilmesi, koşullar değiştiğinde demokratik toplum için gerekli olmayabileceği anlamına gelmektedir. Demokratik toplum için gerekli olmayan müdahale ise sözleşmeyi ihlal etmektedir.

Bu nedenle Gemalmaz Leyla Şahin kararı ile, “AİHM’in türban eksenli potansiyel başvuruların kazanılmasının önünü açtığı” yorumunu yapmaktadır.⁶³⁷

3.3.2.2.2 Kanun Tarafından Öngörülme

Mahkeme, varlığını tespit ettiği müdahalenin kanun tarafından öngörülüp öngörülmediğini incelemeye, başvurunun başörtüsü yüzünden üniversiteden atılmayla ilgili

635 Leyla Şahin/Türkiye, BN. 44774/98.

636 GEMALMAZ, Türk, s.1287.

637 Age., s.1293.

olmadığını, İstanbul Üniversitesi'nin 23.02.1998 tarihli genelgesi ve onun uygulanmasıyla ilgili olduğunu vurgulayarak başlamıştır.

Mahkeme kanunilik ölçütü gereği, başvuru tarafından öne sürülen “Yüksek öğretim Yasası Ek 17. Maddenin Rektörlük Genelgesi için kanuni bir dayanak oluşturmadığı” iddiasını ele almaktadır.

Sakallı ve başları kapalı öğrencilerin ders, staj ve uygulamalara girmesini yasaklayan söz konusu genelge, İstanbul Üniversitesi Rektörü tarafından çıkarılan düzenleyici bir belgedir. Mahkeme ise inceleme sırasında kanun terimini sadece şeklen değil özü itibariyle de algıladığını vurgulayarak, idari mahkemelerin, Danıştay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin yerleşmiş içtihatlarına atıfta bulunmuştur. Sonuç olarak iç hukuku yorumlamanın ve uygulamanın öncelikle ulusal makamların, özellikle de mahkemelerin görevi olduğunu ifade eden AİHM'in hem Rektörlük genelgesini hem de içtihatlarını kanun kapsamında gördüğü anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak AİHM üniversitelerde türbana izin vermenin Anayasa'ya aykırı olduğunun Anayasa Mahkemesi'nce açıkça belirtildiğini ve ayrıca İslami türban takılmasına ilişkin düzenlemelerin, başvurunun Üniversiteye kayıt yaptırmasının öncesinden itibaren mevcut olduğunu vurgulayarak, davada “kanunen öngörülme” kriterinin gerçekleştiğine karar vermiştir.

Burada dikkat çeken nokta, Mahkeme'nin taraf devletlerin hak ve özgürlüklerin sınırlanması açısından öngördüğü standartları aşağı çekmesi,⁶³⁸ Türk Anayasası'nda ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülen temel hak ve özgürlüklerin, idarenin düzenleyici işlemleri ya da mahkeme hükmüyle de sınırlanabileceği sonucuna ulaşmasıdır.

Nitekim Altıparmak ve Karahanoğulları kararı şöyle değerlendirmişlerdir: “Türkiyeli hukukçu için rektörlüğün genelgesinin temel haklardan herhangi birini sınırlamak için uygun hukuksal araç olmadığı açıktır. Temel haklar kanun ile sınırlanır ve idari birimlerin çıkardığı genelgeler ise kanun değildir... Böylelikle Mahkeme, Türk idaresi içindeki bir idari birimin, insan haklarının sınırlandırılması konusunda genel kural koyma yetkisini tanımıştır.”⁶³⁹

3.3.2.2.3 Meşru Amaç

AİHM kanunilik denetiminin ardından, yapılan müdahalenin Sözleşmenin 9. maddenin 2. fıkrasında sayılan sınırlama ölçütleri kapsamına girip girmediğini, yani meşru bir

638 ARSLAN, Avrupa, s.83.

639 ALTIPARMAK, K. -KARAHANOGULLARI, O., “Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin /Türkiye, AİHM HUKUK, Düzenleyici İşlem / Kanun”, *Hukuk ve Adalet*, S.3, 2004, s.252.

amaç güdüp gütmeyişini incelemiştir.

Hükümet'in ileri sürdüğü müdahalenin Üniversitelerde kamu düzeninin sağlanması, laiklik ilkesinin muhafazası ve başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması gibi çok sayıda meşru amaçla gerçekleştirildiği savunması, başvuru tarafından her hangi bir karşı argümanla yanıtlanmamıştır.

Bunun üzerine AİHM “davanın şartlarını ve milli mahkemelerin kararlarındaki tabirleri dikkate alarak, ... söz konusu tedbirin öncelikle başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunmasına ve kamu düzeninin korunmasına ilişkin meşru amaçları güttüğünü tespit” etmiştir.⁶⁴⁰

3.3.2.2.4 Demokratik Bir Toplumda Gereklik

Devlet müdahalesinin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı başka bir deyişle müdahalenin “ölçülü/orantılı” olup olmadığı incelemesinde Mahkeme, “Türkiye’de İslami türbanın bunu takmayanlar üzerinde baskı oluşturabileceği” ve “Türkiye’de İslami esaslara dayanan devlet düzeni kurulma olasılığı” argümanlarından yola çıkmaktadır.

AİHM türban takanların takmayanlar üzerinde baskı oluşturabileceği argümanına, İslami türbanın “eşitlik ilkesine aykırı” olduğu tespitinden⁶⁴¹ ulaşmaktadır. Mahkemeye göre İslami türban konusunda, kamu düzeni, kamu güvenliği ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlama getirilebilecektir.

“Halkın büyük bir çoğunluğunun belli bir dinden olduğu Türkiye gibi bir ülkede, bu dini icra etmeyenleri ya da başka bir dinden olanları kökten dinci hareketlerden korumak için üniversitelerde alınan önlemlerin Sözleşmenin 9/2 maddesine göre haklı görülebilir. Bu bağlamda, laik üniversiteler, ibadetin tezahürünü ya da belirtilen dinin sembollerini, değişik dinden öğrenciler arasında huzurlu ortak yaşamı sağlamak amacıyla böyle bir tezahürün yeri ve adetine göre yasaklamalar uygulayarak, düzenleyebilir ve böylece kamu düzenini ve diğerlerinin inançlarını korur.”⁶⁴²

Görüldüğü gibi çoğunluk ile azınlık arasındaki gerilimin radikal gruplar tarafından kullanılmasına karşı önlem alınması gereğini tespit eden Mahkeme, burada da “azınlıkların korunması” argümanına dayanmaktadır. Demokratik ülkelerde azınlıkta kalan kişilerin hak ve özgürlüklerinin, çoğunluğun baskısı karşısında daha kırılgan olduğu dikkate alındığında bu tespit doğrudur. Ancak hakları esas alan yaklaşım, hakların kullanımında ortaya çıkabilecek

640 Leyla Şahin/Türkiye, BN. 44774/98.

641 Dahlab/İsviçre, BN. 42393/98.

642 Leyla Şahin/Türkiye, BN. 44774/98.

bir sorunu, hakkı yasaklamanın dışında tedbirlerle çözmeyi gerektirmektedir.⁶⁴³

Türkiye söz konusu olduğunda ise Mahkeme, “Anayasa Mahkemesi gibi, ...türban sorunun değerlendirilmesinde, zorunlu bir dini vecibe gibi takdim edilen veya algılanan böylesi bir simgeyi takmanın, onu takmamayı seçenler üzerinde yaratacağı etkiyi de göz önüne almak zorunda”⁶⁴⁴ kalmıştır.

Mahkemeye göre: “Başörtüsünün tarafında olanlar, takılmasını bir görev ve/veya dini kimlik ile bağlantılı bir açıklama şekli olarak görmekteyken; başörtüsüne karşı olanlar, onu dini temel alan bir rejim kurulmasını isteyen ve iç huzursuzluk tehlikesi yaratan ve cumhuriyet yönetiminde kadınlar tarafında elde edilen hakları ortadan kaldırmayı hedefleyen siyasi İslam’ın bir simgesi olarak görmektedirler.”⁶⁴⁵

“Daha önce kaydedildiği gibi bahis konusu tartışmalı hususlar, nüfusunun çoğunluğunun İslam inancına, kadın haklarına ve laik bir yaşam tarzına kuvvetli bir bağlılığı savlarken, ‘diğerlerinin hak ve özgürlükleri’ ve kamu düzeninin devamının korunmasını sağlamayı da içermektedir. Bu alandaki özgürlüğe uygulanan kısıtlamalar, bu sebeple, özellikle Türk Mahkemelerinin bu dini sembolün Türkiye’de yakın zamanda siyasi önem kazandığına karar vermelerinden beri, yukarıdaki iki yasal amaca erişmek için bir toplumsal ihtiyacın karşılanması olarak görülebilir.”⁶⁴⁶

Mahkeme türbana ve yarattığı etkilere ilişkin ilk tespitlerini hatırlanacağı gibi Dahlab/İsviçre kararında yapmıştır. Türbanın, takmayanlar üzerinde bir baskı oluşturacağı argümanı ise Karaduman/Türkiye davasında yaptığı tespite dayanmaktadır. Ancak hatırlanacağı üzere Mahkeme (Komisyon) bu tespiti yaparken, hiçbir somut veriye ya da bilimsel araştırmaya dayanmadan salt bir varsayımdan yola çıkmıştır.⁶⁴⁷ Karaduman kararından sonra Leyla Şahin kararına kadar 11 sene geçmiş olmasına rağmen aynı tespitlerin yapılması ise AİHM’nin ülke koşullarında hiçbir değişiklik olmadığı varsayımıyla hareket ettiğini göstermektedir.

Kararın temelinde yer alan diğer argüman, Türkiye’de İslam dini esaslarına dayanan bir devlet düzeninin kurulma olasılığının yabana atılmayacak kadar gerçek⁶⁴⁸ olduğudur.

643 ARSLAN, Avrupa, s.83-85.

644 Leyla Şahin/Türkiye, BN. 44774/98.

645 Leyla Şahin/Türkiye, BN. 44774/98.

646 Agk.

647 Arslan’a göre Mahkemenin şu iki basit soruyu sorması gerekiyordu: “(a)Acaba üniversitede başörtülüler çoğunlukta mıydı? (b)Çoğunlukta olan başörtülü öğrenciler nerede, ne zaman ve hangi yollarla kendileri gibi görünmeyen kişiler üzerinde baskı oluşturmuşlardır?” bkz. ARSLAN, Avrupa, s.86.

648 GEMALMAZ, Türk, s.1291.

Mahkeme bu argümanını bizzat Refah Partisine ve Refah Partisi kararında yaptığı tespitlere dayandırmaktadır.

Öncelikle “Türkiye’de kendi dinlerinin sembollerini ve dini inançlar üzerine kurulmuş bir toplum kavramını empoze etmeye çalışan aşırı siyasi hareketlerin olduğunu gözden kaçırmamıştır.” diyerek tehlikeye dikkat çekmeye çalışmıştır. Ardından “Refah Partisinin, Başbakan dahil, liderlerinin demokratik değerlere bağlılıkları hakkında gösterdikleri kararsızlık ve her dini cemaat için farklı dini kurallara göre işleyecek birden fazla hukuk sisteminin varlığını savunmaları, Türk toplumunda cumhuriyet değerlerine ve iç barışa yönelik açık bir tehdit olarak algılanmıştır.”⁶⁴⁹ cümlesiyle tehlikenin somutlaşıp, bir tehdit algısı haline dönüştüğünü ifade etmiştir.

Ancak Mahkeme, Refah Partisi ile türbanlı öğrencilerin tümü arasındaki “otomatik zorunlu” bağın nasıl kurulduğunu veya kimlik statü ve iktidarı ele geçirme amacı bakımından Refah Partisi ile en ufak bir benzerlik taşımayan Leyla Şahin’in hangi eylemiyle “rejime yönelik tehdit oluşturduğunu açıklamamaktadır. Ayrıca demokratik toplumun temelini oluşturan düşünce ve ifade özgürlüğü ile korunan “anti-laik” görüşlerin açıklanması ile “türban” takma arasında nitelik açısından bir fark olup olmadığına değinmemektedir.⁶⁵⁰

Sonuçta AİHM taraf devletlerin iç hukuklarında kamusal alanda türban yasağına ilişkin yeknesak bir uygulamanın da olmaması sebebiyle, “Taraf Devletlerin Sözleşme hükümlerine uygun olarak siyasi hareketlere karşı, tarihsel deneyimlerini dikkate alarak tutum takınabileceğini belirtmiş”, Türk hükümetine geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.

Demokratik toplumlarda, devlet ile dinler arasındaki ilişkilerle ilgili birbirlerinden çok farklı düşünceler olabileceğinden hareketle Mahkeme, takdir hakkının kapsamının, “Sözleşme tarafından garanti altına alınan hakkın önemine, yasaklanmış eylemlerin mahiyetine ve yasaklamanın amacına uygun olması” gerektiğini düşünmektedir. Söz konusu düzenlemeler, bu bağlamda ele alınmalı, meşru hedeflere ulaşmaya ve Üniversitedeki çoğulculuğu korumaya yönelik tedbir niteliğinde olmalıdır.

Nitekim Mahkeme laikliğin Türkiye’de demokratik değerlerin güvencesi olduğuna, “bireysel vicdanı ilgilendirdiği sürece inanç özgürlüğünün kısıtlanamayacağı(na), vatandaşların kanun karşısında eşit olduğu ilkesin(e)” ve laikliğin “aynı zamanda bireyi dış baskılardan” koruduğuna vurgu yaparak; bu tür bir laiklik kavramının Sözleşmenin temelini oluşturan değerlerle uyumlu olduğunu belirtmiştir.

Kısaca Mahkeme ve bu ilkenin desteklenmesinin Türkiye’de demokrasinin korunması

649 Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye

650 GEMALMAZ, Türk, s.1302-1303.

için gerekli görülebileceğini kabul ederek, kişinin dinini ifşa etme hakkına bu değer ve ilkeleri korumak için kısıtlamalar getirilebileceğine karar vermiştir.

Ancak Erdoğan'a göre laiklik ilkesi dini vecibelerin yerine getirilmesini yasaklamanın değil, ancak güvence altına almanın gerekçesi olabilir. "Esasen, kendi başına laiklik hiçbir kişiye hiçbir ödev yüklemeyiz; laikliğin muhatabı devlettir ve dolayısıyla laikliğe aykırı olan dindarların kendi inançlarına göre hareket etmesi değil, devletin dini bir emri -dindarlar dahil olmak üzere- herkese dayatmasıdır."⁶⁵¹

Sonuç olarak AİHM, "takdir yetkisinin alanını göz önüne alarak, İstanbul Üniversitesinin İslami türban takılmasına sınırlamalar getiren düzenlemelerinin ve bunları uygulamaya yönelik tedbirlerin, güdülen amaçlarla orantılı ve haklı olduğuna ve demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir."

651 ERDOĞAN, M., "AHİM: Özgürlüğe Evet Ama İslamsız Olursa (II)", <http://www.hukukcularder.org/index1.htm>, 16.06.2005.

SONUÇ

Bu çalışmanın ana eksenini bireylerin sırf insan olmaları vasfıyla sahip oldukları insan hakları ve insan olarak yaşamımızı ve varoluşumuzu anlamlı kılan özgürlük kavramı oluşturmaktadır. Genel olarak özgürlük insanın olmazsa olmazı, tüm hakların ortak kökeni sayılan bir insan hakkıdır.

Birinci kuşak haklar kategorisinde yer alan Din ve vicdan özgürlüğü ise kişinin herhangi bir din veya inanışa inanıp inanmamakta serbest olmasını, inandığı dinin emirlerini hiçbir engelle karşılaşmadan yerine getirebilmesini ve inanmadığı bir dinin gereklerini yerine getirmesi için hiçbir zorlamaya tabi tutulamamasını içermektedir.

Düşünce özgürlüğüyle çok yakın bir ilişkisi olan din ve vicdan özgürlüğü, ancak belirli hukuki ve siyasi özelliklere sahip bir ortamda yaşayabilmektedir. Bu ortamın en belirleyici özelliği ise laikliktir.

Laik bir sistem ilk anlamıyla tarafsız ve dolayısıyla çoğulcudur. Çoğulculuğa yaptığı vurgu ile Laiklik, demokrasi kavramı ile ortak bir zemini paylaşmaktadır.

Laik bir sistemde devlet tarafsızdır; yani ne genel olarak dindarlığı veya belli bir dini ya da mezhebi, ne de dinden arındırmayı ve toplumsal hayatın tümüyle sekülerleştirilmesini destekleyebilir. Dolayısıyla laik bir devlette kişiler hukuk önünde eşittirler.

Hukuk önünde eşitlik, kişilerin devlet karşısında nasıl davranması gerektiğiyle değil, aksine kamu otoritesi kullananların kişilere nasıl davranmaları gerektiğiyle ilgili bir ilkedir. Bu nedenle laik bir devlette kamu otoriteleri hiçbir dine ya da felsefi görüşe üstünlük tanıyarak onu resmi ideoloji haline getiremez. Çeşitli dünya görüşlerine dini inanışlara sahip bireyler özgürce din ve inanışlarının gereklerini yerine getirebilirler, ibadethanelerini açabilirler, çocuklarını kendi inançlarının gerektirdiği kurallar doğrultusunda eğitebilirler, serbestçe örgütlenebilirler.

Bu anlamıyla laikliğin tam karşıtı, dinin ya da din karşıtı bir ideoloji veya dünya görüşünün resmi bir ideoloji olarak benimsenmesidir.

Dinin resmi bir ideoloji olarak benimsendiği durumda devlet dinle temellendirilmekte ve belli bir din veya mezhep, resmi ideoloji konumuna yerleştirilmekte, yani hukukun kaynağı söz konusu resmi din veya mezhep olmaktadır.

Bu durumun ilk sakıncası bizzat resmi dine inananların seçimlerinde özgür davranıp davranmadıkları sorunudur. Çünkü bir sorgulama süreci içermeden yapılan seçimlerin özerklik dolayısıyla özgürlükle açıklanabilmesi tartışma götürmektedir.

İkinci sorun bu anlayışın, resmi dinin dahi devlet yorumu dışında farklı yorumlanmasına izin vermeyerek, farklı yorumları “sapkın” olarak değerlendirecek olmasıdır.

Uygulamanın en büyük sakıncası ise böyle bir din devletinin yurttaşları arasında ayırım yapacak olmasıdır. Bu sistemde resmi din veya mezhepten başka bir dine inanan insanların ve herhangi bir dini doktrini benimsemeyenlerin özgürlüklerinin tehdit altında olacağı, çocukların eğitim sistemi sayesinde resmi dine yönlendirilecekleri, böylece çeşitli sözleşmelerle korunan ana babaların dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesi ilkesinin uygulanamayacağı kesindir.

Eski SSCB veya “demirperde ülkelerinde” olduğu gibi, devletin din karşıtı bir ideoloji veya dünya görüşünü benimsemesi ve resmileştirilmesi de çoğulculuk ilkesine zarar veren ve devletin tarafsızlığına gölge düşüren bir durumdur. Dini ya da din dışı bir ideolojiyi benimsemiş devlet, araçtan çok amaç haline gelmiş, kendi kurumsal kimliği yurttaşların kimliğinin önüne geçmiş olan devlettir. Böyle bir durumsa devletin hakları ile yurttaşların hakları arasında bir gerilime yol açabilir ki, bu rejimlerde “yurttaşlık” kimliği zaten çoğu haklarını feda eden anlamına geldiğinden, çatışmadan zararlı çıkan her koşulda insan hakları olacaktır.

Günümüzde gelişim çizgisi iki ana hattı takip eden Laiklik kavramı, tarafsızlık dolayısıyla “çoğulculuk” nitelikleriyle öne çıkmakta ve genel olarak benzer bir şekilde uygulanmaktadır. Batı demokrasilerinde Anayasalarında resmi din ibaresi yer alan devletlerin çoğulculuğa gösterdiği özen ya da monolitik bir laiklik anlayışını Cumhuriyet’in temel ilkesi haline getiren Fransa’nın uygulamada gösterdiği istisnaların artması, bu anlayışı vurgulamaktadır. Farklı gelişim çizgilerini görece ortak noktada birleştiren değerse “din ve vicdan özgürlüğü” gibi gözükmemektedir.

Laiklik Türkiye Cumhuriyeti devletinin kurulmasından itibaren özellikle vurgu yapılan bir ilkedir. Devletin açıkça din karşıtı bir ideolojisi bulunmamakla beraber, ilkenin, bir tür din gibi algılanıp yorumlandığı ve uygulandığı görülmektedir.

Bu görüş en çok Anayasa Mahkemesi kararlarında somutlaşır. Anayasa Mahkemesi laiklik ilkesini siyasi ve hukuki bir ilke olmaktan çok kapsayıcı bir dünya görüşü ve bir toplumsal mühendislik projesi olarak görmektedir.

Aslında Mahkeme kararları Cumhuriyet’i kuran “aydınlanmacı” kadroların görüşlerinden başka bir şey yansıtmamaktadır. Modernleşme projesini hayata geçiren bu ilerici seçkinlere göre Cumhuriyet öncesi toplumun geri kalmışlığının nedeni dinin toplumdaki geleneksel gücüdür. Çağdaşlıksa esas itibarıyla aklın öne çıkması, dolayısıyla dinin toplum hayatındaki tezahürlerinin yok olması demektir.

Bu nedenle Devletin kurulma aşamasında Fransız Devriminin ilk dönemindeki uygulamalar neredeyse birebir taklit edilerek, İslam dininin devlet tarafından biçimlendirilmesi değiştirilmesi ve akılcılaştırılması amaçlanmıştır. Fransız devriminden

esinlenen hayatın bütün yönlerini seküler hale getirmekten yana olan bu anlayış çerçevesinde din ve vicdan özgürlüğü daha çok dinden özgürleşme, dinin ait olduğu yere vicdanlara dönmesi olarak yorumlanmış, ancak 1950lerde demokrasi ilkesinin çoğulculuk anlamıyla hayata geçirilmesi üzerine toplumsal dinamikler devletin dini kontrol altına alması gereğini dayatmıştır.

Projede referans noktası olarak “İslam dinini kabul etmeden önce Türklerin laik oldukları” görüşü alınmaktadır. Böylece laikliğin sırf batı kaynaklı “bize yabancı” bir özellik olmadığı vurgulanarak, milliyetçilikle bağı kurulmakta; modern ulus devlet birbiriyle uyumlu iki ilke olan milliyetçilik ve laiklik çerçevesinde kurgulanmaktadır. Kısaca laiklik ilkesi Türkiye Cumhuriyeti devletinin esas belirleyeni sayılmaktadır.

Ancak böyle bir laiklik anlayışının dine bireysel vicdan dışında kendini ifade edebilecek bir alan ve resmi olarak tarif edilen dışında bir ifade biçimi tanımadığı ortadadır. Oysa dinler ve inanışlar insani varoluşun ayrılmaz bir parçası olmakla kalmayıp insanın yaşadığı ve yarattığı çevrenin, kültürün, sanatın, tarihin kısaca insanlık mirasının baş köşesini işgal etmektedirler.

Bu nedenle Laik devletin dinden bağımsızlığı ve inanç istemleri ve dinler karşısında tarafsızlığı, hiçbir biçimde dinlerden etkilenmeyeceği anlamına gelmemektedir. Demokratik sistemlerde dini temelli toplumsal taleplerin, dini duyarlılıklardan etkilenen hizmet taleplerinin siyasete yansımaması düşünülemez. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Devletinin hukuksal ve kurumsal yapısı içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı ülkede pek çok din inanç sistemi ve mezhep olduğu halde, İslam Dininin Suni mezhebine uygun olarak, din adamları görevlendirmekte, yayın yapmakta kısaca dinsel içerikli hizmet vermektedir.

Türban konusunda devlet kendi laiklik anlayışı çerçevesinde laik yapısını korumaya çalışmakta, kız öğrencilerse din ve vicdan özgürlüğü çerçevesinde dini inançlarının gereğini yerine getirmek istemektedirler. İlginç olan laikliğin din ve vicdan özgürlüğü için hem koruma alanı oluşturması hem sınırlandırma sebebi sayılmasıdır.

Dolayısıyla tartışmanın aslında devletin amaç, birey ve toplumun bu amacın kurulup yaşaması için araç olduğu anlayışı ile devletin özgürlükleri korumak ve geliştirmek için bireyler tarafından kurulduğunu ve sınırının da bu alan olduğunu savunan anlayış arasında geçtiğini söylemek yanlış olmaz. Kısaca üniversitelerde türban takmanın yasaklanması bireyin haklarıyla devletin hakları geriliminin tipik bir göstergesidir.

Ancak hatırlanmalıdır ki insan hakları insanların sırf insan olma vasıflarından dolayı sahip oldukları haklardır. Yani bireye aittirler ve literatürde devlet hakları diye bir kavramdan bahsedilmemektedir. Temel hak ve özgürlüklerse ancak belli şartlar altında ve belli bir yere kadar sınırlanabilir. Bu şartların en önemlisi ise Kanunilik şartıdır.

Her şeyden önce Türbanın din ve inanç özgürlüğünün bir gereği olduğu ortadır ve yürürlükteki Kanunlarda üniversitelerde türbanı yasaklayan bir hüküm yoktur, yani üniversitelerdeki “türban yasağı”nın hiçbir hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Uygulamalarsa ancak fiili durumla açıklanabilir. Çünkü, uygulamalar için dayanak olarak sunulan Anayasa Mahkemesi kararı türbanın yasaklandığı şeklinde yorumlanamaz.

Öncelikle Anayasa Mahkemesinin herhangi bir kanun metninde yer almayan bir konu hakkında, kanunlara metinlerinin dışında bir anlam yüklemesi açıkça “yetki gaspı”dır. Kaynağını Anayasa ve Kanunlardan almayan bir “yetki ihdası”yla herhangi bir hak ve özgürlüğe sınırlama getirilmesi ise mümkün değildir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin ancak bir kanunun iptaline ilişkin kararı, kişi ve kurumları bağlayıcı etki doğurmakta, gerekçenin sınırlarını aşan ve içerik olarak bir temel hak ve özgürlüğe sınırlama getiren görüşleri bağlayıcı etki doğurmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin kendini “din istismarı” söylemi ile “gericiliğe karşı mücadele” politikasının bir neferi olarak gördüğü ortadadır. Olayda hukuk, eşitlik, özgürlük ve adalet sorunu olmaktan çıkıp disiplin, hiyerarşi, birlik ve bütünlük sorununa dönüşmüştür. Oysa Hukukun amacı insanların temel hak ve özgürlüklerini korumak, yaşamlarını güvence altına almak, adil, eşit ve özgür bir toplumsal düzen kurmaktır. Bu nedenle aslında ahlaki bir sorun olan din istismarı kavramının hukuki bir sorun hale gelmesi için, ancak bu nitelikteki eylemlerin somut hak ihlallerine sebep olması ya da hak ihlalinin “açık ve yakın bir tehlike” olarak algılanması söz konusu olmalıdır.

Her şeyden önce öğrencinin türbanı inancı nedeniyle mi yoksa siyasi saikle mi taktığı konusunda kesin bilgi edinmek mümkün değildir. Çünkü bu tamamen o kişinin iç dünyasını ilgilendirmektedir. Türban takanların hepsinin aynı felsefi ve siyasi görüşe, aynı hayat perspektifine sahip olduklarını düşünmekse büyük yanılgıdır ve insana yabancılaşmanın bir sonucudur.

Bunun dışında türban başkalarının haklarını çiğnememekte, kamu güvenliğine, sağlığına, kamu düzenine veya ahlaki değerlere karşı bir tehdit oluşturmamaktadır.

Ayrıca üniversitelerde türbanın ya da başka bir inancın “simgesinin” serbest bırakılması devlet makamlarının o inançları onayladığı anlamına gelmemekte, tam tersine inanç özgürlüklerini korumak, kamu kurumlarında laikliğin üzerinde yükseldiği dini vicdan çeşitliliğine gösterilen saygıya işaret etmektedir. Bu nedenle laiklik anlayışı, insanın doğuştan sahip bulunduğu temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında bir ölçü teşkil etmemelidir.

Ayrıca bir hukuk devletinde kamu makamlarının insanları siyasi görüşlerine göre ayırıp farklı şekilde davranması düşünülemez. Nitekim türban yasağı ile türbanlılar negatif, başı açıklar pozitif ayrımcılığa tabi tutulmakta, bu da gerilimin artmasına insanların

gruplaşmasına neden olmaktadır. Çünkü böyle bir durumda hukuk, devleti sınırlayıcı değil devlet tarafından toplumu düzenleyici bir duruma dönüştürülmüş olur ki hukuk devleti prensibine tamamen aykırıdır.

Nitekim AİHM bir kararında, çoğulculuğun ve siyasal tarafsızlığın, anlaşmazlığın ortaya çıktığı durumlarda çoğulculuğu elimine ederek gerilimin nedenini ortadan kaldırmayı değil, grupların birbirini tolere etmesini sağlamayı gerektirdiğini belirtmiştir

AİHM'in türbanla ilgili kararlarından yola çıkarak, türban konusunda son sözün söylenmiş olduğuna dair varolan kanaat ise tamamıyla yanlıştır. Her şeyden önce herhangi bir insan hakkının kullanılmasının mahkeme kararlarıyla geçersizleştirildiğini düşünmek, ancak insan hakları kavramına çok yabancı bir bakışın ürünüdür.

Ayrıca AİHM'nin kararları temel hak ve özgürlükleri asgari düzeyde korumaktadır. O nedenle kararlar koruma alanını genişleten bir düzenlemenin iç hukukta yapılmasına engel teşkil edemez. Örneğin AİMK'nun Sikhlerin motosiklet kullanırken kask takmama nedeniyle cezalandırılmasını Sözleşmeye aykırı bulmamasına rağmen, İngiliz Hükümeti Sikhleri motosiklet kullanma ve inşaatlarda çalışma sırasında kask takma zorunluluğundan muaf tutmuştur.

AİHM Leyla Şahin kararında türban takmanın dini inanç gereği olduğu ve türbanı yasaklayan düzenlemelerin din ve vicdan özgürlüğüne bir müdahale olduğunu ancak meşru nedenlerle bu müdahalenin ihlal sayılmayacağını karara bağlanmıştır. Kararda müdahaleyi "haklı kılan nedenlerin meşruluğu" Türkiye açısından ele alınmaktadır. Dolayısıyla başka bir ülkeden yapılacak bir başvurunun ya da şartların değişmesi ile ileride Türkiye'den açılacak bir davanın kazanılmasının önü açıktır.

Sonuç olarak, ideolojik modern devletler, projeleri doğrultusunda yurttaşlar yetiştirmeye çalışmışlar, bu uğurda hak ve özgürlükleri kısıtlamış ya da sınırlamışlar, ancak nesiller geçmesine rağmen kurtulduklarını sandıkları hayaletler hortlamıştır. Çünkü, her insan kendi kaderini tayin etmek bakımından bir toplumsal mühendislik projesinin unsuru olamayacak kadar bir diğeriyle eşittir. Bununla birlikte Türkiye açısından dinlerin toplumsal hayata bu kadar derinden nüfuz etmiş olmaları gerçeği "ait oldukları yerlere vicdanlara itilmeleri" projesinin hayata geçirilmesi önündeki en büyük engeldir. Nitekim Şerif Mardin İslam'ın aynı zamanda bir praxis olduğunu yeni kurulan Cumhuriyet'in bu konuda bir alternatif getirmediğini söylemektedir.

İnsanlığın barış içinde bir arada yaşayabilmesi ise, farklılıklarını özgürlük içinde ifade edebilmeleriyle mümkündür. Çünkü farklılığa katlanamayan toplumlar ya da topluluklar, kamplaşarak, kuru kuruya inatlaşıp çözüm üretmez duruma gelmektedir. Laikliğinse geniş bir toplumda çoğulculuğu korumanın araçlarından biri olduğu tartışma götürmez bir gerçektir.

Bu nedenlerle devletin bir amaç değil araç olduğunun akılda tutularak, insan haklarının her anlamda güvence altına alınması ve laikliğin “dogma” olmaktan çıkarılması, çoğulculuk anlayışı ile yorumlanması zorunludur.

Unutulmamalıdır ki insanları önyargılar bir arada tutmaz ve düşünce veya inanç dolayısıyla kimse bir diğerinden üstün değildir. Sadece kendinize benzeyen tek tip insanlardan oluşmuş bir toplum yaşamı çekilmez kılarken, farklılıklar hayatı zenginleştirir. Toplumsal gelişmenin dinamiği de budur.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI, M.A., *Eski Yunan'da Siyaset Felsefesi*, verso Yay., Ankara 1989.
- AĞAOĞULLARI, M.A. & KÖKER, L., *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, 2. Bas., İmge Kitabevi, Ankara 2000.
- AĞAOĞULLARI, M.A. & KÖKER, L., *Tanrı Devletinden Kral Devlete*, İmge Kitabevi, Ankara 1991.
- AKAD, M., *Genel Kamu Hukuku*, 2. Bas. (gözden geçirilmiş), Filiz Kitabevi, İstanbul 1997.
- AKAD, M.- VURAL DİNÇKOL, B., *Genel Kamu Hukuku*, 2. Bas. (genişletilmiş), DER Yay., İstanbul 2002.
- AKAD, M.- DİNÇKOL, A., *1982 Anayasası: Madde gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Alkım Yay., İstanbul 1998.
- AKAL, C. B., *Yasa ve Kılıç*, 2. Bas., Afa Yay., İstanbul 1991.
- AKBULUT, A., "Problem of Sovereignty in the Light of The Qur'an", *Journal Of Islamic Research*, vol. VIII, no. 3-4, 1995.
- ALDIKAÇTI, O., "Atatürk İnkıplarında Laiklik", *Doğumunun Yüzyüncü Yılında Atatürk'e Armağan*, İÜHFİM, İstanbul 1981-1982.
- AKILLIOĞLU, T., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", *AÜSBFD*, C.XLIV, S.3-4, Ankara 1989.
- AKILLIOĞLU, T., "Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri", *İHMD*, C.1, S.2-3 İstanbul 1991.
- ALDIKAÇTI, O., *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yay., S.3, Ankara 1987.
- ALİEFENDİOĞLU, Y., "Laiklik ve Laik Devlet", *Laiklik ve Demokrasi*, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İmge Kitabevi Yay., Ankara 2001.
- ALTINDAL, A., *Laiklik Enigma'ya Dönüşen Paradigma*, 4. Bas., Alfa Yay., İstanbul 2004.
- ALTINTAŞ, M., *YÖK ve Hukuk*, Eğitim-Sen Yay., Ankara 2002.
- ALTIPARMAK, K. - KARAHANOGULLARI, O., "Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin /Türkiye, AİHM/HUKUK, Düzenleyici İşlem/Kanun", *Hukuk ve Adalet*, S.3, 2004.
- AL-AZMEH, A., *İslamlar ve Moderniteler*, 1. Bas., İletişim Yay., İstanbul 2003.
- ANTES, P., "Fransa'da Sekularizm ve Laiklik", *Devlet ve Din İlişkileri Farklı Modeller, Konseptler ve Tecrübeler*, Konrad Adenauer Vakfı Yay., Ankara, 2003.
- ARSEL, İ., "Din ve Devlet Ayrılığı", *AÜHFD*, C. XVI, S. 1-4, Ankara 1959.
- ARSLAN, A., *Modern Dünyada Müslümanlar*, 2. Bas., İletişim Yay., İstanbul 2000.

ARSLAN, Z., *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yay., Ankara 2005.

ARSLAN, Z., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2005.

ARSLAN, Z., “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yay., S.19, Ankara 2002

Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma Taslağı, Avrupa Konvansiyonu, 2003.

AYBAY, R., "Türk Hukukuna Göre Uluslararası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Altlık Üstlük İlişkisi", *II.Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri*, Ankara 1993.

BAUBEROT, J., *Avrupa Birliği Ülkelerinde Dinler ve Laiklik*, Çev. Fazlı Arabacı Ufuk Kitapları, İstanbul 2003.

BERKES, N., *Teokrasi ve Laiklik*, 2. Bas., Adam Yay., İstanbul 1997.

BİLGİN, B., *İslam'da Kadının Rolü Türkiye'de Kadın*, Konrad Adenauer Vakfı Türkiye Temsilciliği, Ankara 2001.

BOCKEL, A., “Laiklik ve Anayasa”, *Laiklik ve Demokrasi*, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İmge Kitabevi Yay., Ankara 2001.

BOLAY, S. H., *Felsefi Doktrinler Sözlüğü*, 5. Bas., Akçağ Yay., İstanbul 1990.

BULAÇ, A., “İslam ve Modern Zamanlarda Din-Devlet İlişkisi”, *Cogito (Laiklik Özel Sayısı)*, S.1, Yapı Kredi Yay., İstanbul 1994.

CARULLAH, M., *Hatun*, 3. Bas., Yay. Haz. Mehmet Görmez, Kitabiyat, Ankara 2001.

CLAESSEN, H. J.& SKALNIK, P., *Erken Devlet (Kuramlar- veriler- Yorumlar)*, Çev.: Alaeddin Şenel, İmge Kitabevi, Ankara 1993.

CANATAN, K., “Kilise Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi ve Türkiye’de Laiklik”, *Bilgi ve Hikmet (Din-Devlet İlişkisi Laiklik Sayısı)*, S.11, 1995 .

ÇAĞLAR, B., “Türkiye’de Laikliğin Büyük Problemi: Laiklik ve Farklı Anlamları Üzerine”, *Cogito (Laiklik Özel Sayısı)*, S.1, Yapı Kredi Yay., İstanbul 1994.

ÇİVİ, H., “İslam Dini Avrupa Birliği'ne Girmeye Engel mi?”, *Marmara Journal of European Studies*, Vol VI, N.1, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Yay.

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 8, TBMM Basımevi, Ankara 1982.

D'ENTREVES, A. P., “Devlet Kavramı”, *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi, Ankara 2000.

DİNÇKOL VURAL, B., *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, Kazancı Hukuk Yay., No. 103, İstanbul 1992.

DONNELLY, J., *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Çev. Mustafa

Erdoğan- Levent Korkut, Yetkin Yay., Ankara 1995.

DOEHRING, K., *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, Çev. Ahmet Mumcu, 2. Bas.(gözden geçirilmiş), İnkılap Yay., İstanbul 2002.

DUGUIT, L., “Egemenlik ve Özgürlük”, *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, Dost Kitapevi, Ankara 2000.

DURAN, B., “Sekülerleşme-Laikleşme Süreci ve Gezegen Ölçeğinde Sonuçları”, *Köprü Dergisi*, S. 51, 1995.

ER, İ., “Bugünkü Avrupa’da Din-Devlet İlişkiler”, *Bilgi ve Hikmet (Din-Devlet İlişkisi Laiklik Sayısı)*, S.11, 1995.

ERDOĞAN, M., *Anayasa ve Özgürlük*, Yetkin yay., Ankara 2002.

ERDOĞAN, M., *Anayasal Demokrasi*, 6. Bas., Siyasal Kitabevi, Ankara 2004.

ERDOĞAN, M., “Anayasa Mahkemesi Nasıl Karar veriyor?- Yüksek Mahkemenin ‘Başörtüsü Kararı’ Üstüne Bir Değerlendirme”, *Anayasacılık, Parlamentarizm, Silahlı Kuvvetler*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1993.

ERDOĞAN, M., “Başörtüsü İnsan Hakları ve Teamüller, *Türkiye Günlüğü*, S.56, 1996.

ERDOĞAN, M., *Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji*, 2. Bas.(genişletilmiş), Liberte yay., Ankara 2000.

ERDOĞAN, M., *Dersimiz Özgürlük*, Pınar yay., İstanbul 2001.

ERDOĞAN, M., “Secularism, Laicism and Religion”, *Journal Of Islamic Research*, vol. VIII, no. 3-4, 1995.

ERDOĞAN, M., “Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü”, *Demokratik Hukuk Devletinde Din ve Vicdan Hürriyeti*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2002.

ERDOĞAN, M., *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, 4. Bas. (Gözden Geçirilmiş), Liberte yay., Ankara 2003.

EREN, A., *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere*, Beta Yay., İstanbul 2004.

EREM, F., “Ceza Hukuku Bakımından Vicdan ve Din Hürriyeti”, *AÜHFD*, C.VIII, S.3-4, 1951.

ERGİL, D., “Laiklik”, *AÜSBFD*, C. XLIV, S. 3-4, Ankara 1989.

EROĞUL, C., *Anatüze Giriş*, 5. Bas., İmaj Yay., Ankara 1997.

Fransa’da Laisitenin Uygulanışına İlişkin Stasi Raporu, Çev. Der. Turhan Ilgaz, Paragraf yay., Ankara 2005.

GEMALMAZ, M. S., *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 4.Baskı (Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş) , Beta yay., İstanbul 2003.

- GEMALMAZ, M. S., *Türk Kıyafet Hukuku ve Türban*, Legal Yay., İstanbul 2005.
- GÖKBERK, M., *Felsefe Tarihi*, 2.Bas., Bilgi yay., Ankara 1966.
- GÖLCÜKLÜ, F. –GÖZÜBÜYÜK, Ş., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Bas. (11. Ek Protokole göre hazırlanıp genişletilmiş), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- GÖRMEZ, M., “İlahi Dinlere Göre Başörtüsü”, *İslamiyat*, C.4, S.2, 2001.
- GÖZE, A., *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 9. Bas., Beta yay., İstanbul 2000.
- GÖZLER, K., “3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yay., S.19, Ankara 2002.
- GÖZLER, K., *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin yay., Bursa 2001.
- GÖZÜBÜYÜK, Ş., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C.9, 1987.
- GÜLEÇ, C., *Politik Psikoloji Penceresinden Siyaset Ahlakı*, Kimlik ve Laiklik, Ümit Yay., Ankara 2004.
- GÜNEŞ, S., *Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, Kazancı Hukuk Yay., İstanbul 1998.
- GÜRBÜZ, Y., *Anayasalar*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1981.
- HABERMAS, J., “Religious Tolerance-The Pacemaker for Cultural Rights”, *Philosophy*, 79, 2004.
- HAFIZOĞULLARI, Z., “Laiklik”, SÜHFD, *Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan*, Hukuk Fakültesi Yay., Konya 1991.
- HARMAN, Ö. F., “Katolik Kilisesi ve Teokrasi”, *Bilgi ve Hikmet (Din-Devlet İlişkisi Laiklik Sayısı)*, S.11, 1995 .
- HARRIS, D.J.- O'BOYLE, M.- WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London 1995.
- HİRŞ, E., *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Çev. Selçuk Baran (veziroğlu), 3. Bas., Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001.
- KABOĞLU, İ. Ö., “Din Özgürlüğü”, AÜSBFD, Muammer Aksoy’a Armağan, C. XLVI, N. 1-2, Ankara 1991.
- KABOĞLU, İ. Ö., *Özgürlükler Hukuku*, 6. Bas. (gözden geçirilmiş ve genişletilmiş), İmge Kitabevi Yay., Ankara 2002.
- KAPANİ, M., *Kamu Hürriyetleri*, 7. Bas., Yetkin Yay., Ankara 1993.
- KILIÇBAY, M. A., “Laiklik ya da Bu Dünyada Yaşayabilmek”, *Cogito Laiklik Özel Sayısı*, S.1, Yapı Kredi Yay., İstanbul 1994.
- KUÇURADI, I., “Laiklik ve İnsan Hakları”, *Laiklik ve Demokrasi*, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İmge Kitabevi Yay., Ankara 2001.

KUÇURADI, I., *Türkiye Felsefe Kurumu Bülteni*, S. 6, Ankara 1996.

KUZU, B., “Din-Vicdan Hürriyeti ve Türkiye’de Laiklik Anlayışı”, *Demokratik Hukuk Devletinde Din ve Vicdan Hürriyeti*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2002.

KUZU, B., *1982 Anayasası’nın Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, 1. Bas., Filiz Kitabevi Yay., İstanbul 1990.

KUZU, B., *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, Kazancı Yay., İstanbul 1993.

LİPSON, L., *Siyasetin Temel Sorunları*, Çev. Fügen Yavuz, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2005.

LOCKE, J., “Uygar Yönetim Üzerine İkinci İnceleme’den Seçme Parçalar”, Çev. Mete Tunçay, *Batıda Siyasi Düşünceler Tarihi, Seçilmiş Yazular II*, Der. Mete Tunçay, AÜSBF Yay., Ankara 1969.

MARDİN, Ş., *Türkiye’de Din ve Siyaset (Makaleler)*, İletişim Yay., İstanbul 1991.

MAIRET, G., “Padovalı Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu”, *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, Dost Kitapevi, Ankara 2000.

MARDİN, Ş., “Türkiye Cumhuriyetinde Laik Modelin Oluşumu”, *Devlet ve Din İlişkileri Farklı Modeller, Konseptler ve Tecrübeler*, Konrad Adenauer Vakfı Yay., Ankara, 2003.

MERT, N., *Laiklik Tartışmalarına Kavramsal Bir Bakış*, Bağlam Yay., İstanbul 1994.

METİN, Y., *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yay., Ankara 2002.

MICHAEL, T., “Laisizme Katolik Bir Bakış”, *Cogito (Laiklik Özel Sayısı)*, S.1, Yapı Kredi Yay., İstanbul 1994.

MONSMA, S. V.- SOPER, J. C., *Çoğulculuğun Meydan Okuması- Beş Demokraside Kilise ve Devlet*, Çev. Bilal Sambur, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2005.

NARLI, N., “Türkiye’de Laikliğin Konumu”, *Cogito (Laiklik Özel Sayısı)*, S.1, Yapı Kredi Yay., İstanbul 1994.

ORTAYLI, İ., *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, 19. Bas., İletişim Yay., İstanbul 2004

ORTAYLI, İ., “Osmanlı Devletinde Laiklik Hareketleri Üzerine”, *Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına*, İÜSBF Yay., İstanbul 1982.

ÖKTEM, A. E., *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberte Yay., Ankara 2002.

ÖKTEM, N., “Din-İnanç Özgürlüğü ve Site”, *Doğu Batı (Yeni Devlet Yeni Siyaset)*, Y. 6, S.21, Ankara 2002.

ÖKTEM, N., “Dinler ve Laiklik”, *Cogito (Laiklik Özel Sayısı)*, S.1, Yapı Kredi Yay., İstanbul 1994.

- ÖKTEM, N., *Laiklik Din ve Alevilik Yazıları*, DER Yay., İstanbul 1995.
- ÖKTEM, N., “Temel Hak ve Özgürlüklerden Düşünce ve İnanç Özgürlüğünün Özü”, *İnsan Hakları Sempozyumu*, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yay., İstanbul 1995.
- ÖNEN, Y. -ŞANBEY, C., *Almanca Türkçe Sözlük, C. I*, TDK Yay., Ankara 1993.
- ÖZAY, İ. H., *Günışığında Yönetim*, Alfa Yay., İstanbul 1996.
- ÖZBUDUN, E., *Türk Anayasa Hukuku*, 3.Bas.(gözden geçirilmiş), Yetkin yay., Ankara 1993.
- PERİNÇEK, D., *Kemalist Devrim II- Din ve Allah*, 2. Bas., Kaynak Yay., İstanbul 1994.
- PÜSKÜLLÜOĞLU, A., *Türkçe-Türkçe Sözlük*, Arkadaş Yay., Ankara, 1994.
- REİSOĞLU, S., *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta Yay., İstanbul 2001.
- SAĞLAM, M., “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenledikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yay., S.19, Ankara 2002.
- SAĞLAM, F., *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF Yay., Ankara 1982.
- SARAÇ, T., *Büyük Fransızca Türkçe Sözlük*, Adam Yay., İstanbul 1985.
- SAYARI, B., “Türkiye’de Dinin Denetim İşlevleri”, *AÜSBFD*, C.XXXIII, N.1-2, Ankara 1978.
- SELÇUK, S., *Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.4.1993 tarih ve 68/102 sayılı Kararına muhalefet şerhi*.
- SELÇUK, S., “Tartışma Kültürü ve Ötesi”, *Yeni Türkiye, (Medya 1)*, S. 11, 1996.
- SOYSAL, M., "Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı", *Anayasa Yargısı*, S. 14, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara 1997.
- SOYSAL, M., *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 7. Bas., Gerçek Yay, İstanbul 1987.
- ŞAYLAN, G., *Türkiye’de İslamcı Siyaset*, 2. Bas. (gözden geçirilmiş), verso Yay., Ankara 1992.
- TANÖR, B., *İki Anayasa 1961-1982*, 2. Baskı, Beta yay., İstanbul 1991.
- TANÖR, B., *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Bas (genişletilmiş, yenilenmiş), BDS Yay., İstanbul 1994.
- TANÖR, B. -YÜZBAŞIOĞLU, N., *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, YKY, İstanbul 2001.
- TAPLAMACIOĞLU, M., *Din Sosyolojisi*, 2. Bas., AÜİF Yay., Ankara 1975.
- TARHANLI, İ., *Müslüman Toplum*, “Laik” Devlet, Afa Yay., İstanbul 1993.

TEZCAN, D. - ERDEM, M. R. -SANCAKDAR, Ö., *AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yay., Ankara 2002.

TEZİÇ, E., *Anayasa Hukuku*, 1.Bas., Beta yay., İstanbul 1986.

TOROSLU, N., "Laik Devlet Kavramı", *AÜSBFD*, C. 49, N. 3-4, Ankara 1994.

TURHAN, M., "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Yargısı (Anayasa Mahkemesi'nin 41. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler)*, S. 20, Ankara 2003.

TURHAN, M., "Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri", *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yay., S. 8, Ankara 1991.

TUNAYA, T. Z., *İslamcılık Akımı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2003.

TUNAYA, T. Z., *Atatürkçü Laiklik Politikası*, TTK Basımevi, Ankara 1970.

TUNAYA, T. Z., *Devrim Hareketleri İçinde Atatürk ve Atatürkçülük*, 2. Bas. (genişletilmiş), Turhan Kitabevi, İstanbul 1981.

TUNAYA, T. Z., *Türkiye'nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri*, İstanbul 1960.

Türkiye İnsan Hakları İhlalleri Raporu, Mazlumder, 1998.

Türkiye'de İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2003.

TÜRKÖNE, M., *Modernleşme Laiklik ve Demokrasi*, Ark Yay., Ankara 1994.

ULUSOY, A., "Türban Sorunu ve Hukuk", *Türkiye Günlüğü*, S. 56, 1999.

UYGUN, O., *Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları*, İnkılap Kitabevi, İstanbul 2003.

ÜÇOK, C.-MUMCU, A., *Türk Hukuk Tarihi*, 7. Bas.(gözden geçirilmiş), Savaş Yay., Ankara 1993.

ÜNÜVAR, K., "İttihatçılıktan Kemalizme İhya'dan İnşa'ya", *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce (Cumhuriyet'e Devreden Düşünce Mirası Tanzimat ve Meşrutiyet'in Birikimi)*, C. 1 Edit. Mehmet Ö. Alkan, 2. Bas., İletişim Yay., İstanbul 2001.

ÜSTEL, F., *Yurttaşlık ve Demokrasi*, Dost Kitabevi Yay., Ankara 1999.

Yükseköğretimde Akademik Özgürlük ve Başörtülü Öğrencilerin Yükseköğrenime Kabul Edilmesi Konularında Türk hükümetine Görüş Bildirgesi, İnsan Hakları İzleme Komitesi (Human Rights Watch).

YÜZBAŞIOĞLU, N., "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", *İHMD*, C.11, S.1, İstanbul 1994.

YÜZBAŞIOĞLU, N., *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İÜ Basımevi,

İstanbul 1993.

ZABUNOĞLU, *Genel Devlet Teorisi*, yayınlanmamış doktora tezi.

Ö Z G E Ç M İ Ş

Adı ve SOYADI :İlkay OKDEMİR TÜRKEL

Doğum Tarihi ve Yeri :10.01.1972

Medeni Durumu :Evli

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise :Gazipaşa Lisesi

Lisans Diploması :Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yükseklisans Diploması:Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Tez Konusu : Laiklik Ve Din Ve Vicdan Hürriyeti Bağlamında Üniversitelerde
Türban Sorunu

Yabancı Dil / Diller :İngilizce

Bilimsel Faaliyetler

Antalya Barosu'nun düzenlediği "Demokratik Devlet Yapısında Hukuk Devleti Niteliği, Demokrasilerde Hukuksal Yapının ve Kurumların Varlığı, Önemi" konulu yazı yarışması ikincilik ödülü.

Liberal Düşünce Topluluğu'nun Demokrasinin 55. Yılı sebebiyle düzenlediği Özgürlük ve Demokrasi Konulu Ödüllü Yazı Yarışması birincilik ödülü..

İş Denevimi

Stajlar :Mc Donalds Türkiye Merkez Ofisi İşletme Stajı

Antalya Barosu Avukatlık Stajı

Projeler :

Çalıştığı Kurumlar :Sangari Uluslar arası Tic. A.Ş.

GOPA Cons. Bünyesinde KfW Finansman Destekli Diyarbakır
Büyükşehir Belediyesi Kurumsal Yapılandırma Projesi

Adres :Kaptan Paşa Sok. Sema Apt. No: 51/4

Gaziosmanpaşa / Ankara

Tel. no :0 505 313 29 14

0 312 436 73 42