

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İDARENİN YARGISAL DENETİMİNDE
LAİKLİK İLKESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ
İhsan Enes SELÇUK
1310041010

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku
Program: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı Dr.Öğr.Üyesi Mustafa Aytaç ÖZELÇİ

NİSAN 2018

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İDARENİN YARGISAL DENETİMİNDE
LAİKLİK İLKESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ
İhsan Enes SELÇUK
1310041010

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku
Program: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Dr.Öğr.Üyesi Mustafa Aytaç ÖZELÇİ
Diğer Jüri Üyeleri: Dr.Öğr.Üyesi Elif ALTINOK ÇALIŞKAN
Doç.Dr.Nilay ARAT

NİSAN 2018

KISALTMALAR

AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bkz	Bakınız
D.	Danıştay,
D.	Daire
D.İ.D.D.G.K.	Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
E.	Esas
İYUK	İdari Yargılama Usul Kanunu
K.	Karar
K.T.	Karar Tarihi
s.	Sayfa
t.y.	Basım Tarihi Yok
v.d.	ve devamı
v.s.	ve sair
y.y.	Basım Yeri Yok

ÖZET

Bu çalışmada, laiklik açısından idarenin yargısal denetimi incelenmeye çalışılmıştır. Bu çalışma içerisinde konunun insan hakları boyutu da ele alınmakta; Danıştay kararlarının yanı sıra Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da değinilmektedir. Yargı organlarının, denetim yaparken laikliği ne şekilde ele aldıkları ve idareyi bu konuda nasıl bir denetime tabi tuttukları tezimizin ana meselesini oluşturmaktadır

Anahtar kelimeler: laiklik, idare, yargısal denetim, eşitlik, tarafsızlık,



ABSTRACT

In this study, the judicial review of the administration is examined in terms of secularity. The civil liberty aspect of the subject is also mentioned along with the State Council decisions, the Constitutional Court and the European Court of Human Rights. How the judicial bodies approach secularity while conducting an inspection and the qualities of the inspection they impose on an administration form the key issue of the thesis.

Key Words: secularity, administration, judicial review, equality, impartiality



İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	I
ÖZET.....	II
ABSTRACT.....	III
İÇİNDEKİLER.....	IV
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM 1:	
LAİKLİK KAVRAMI VE TARİHÇESİ.....	2
1.1.Laikliğin Tanımı.....	2
1.2.Laikliğin Tarihçesi.....	3
1.3.Cumhuriyet Öncesi Dönemde Laiklik Anlayışı.....	5
1.4.1982 Anayasası Çerçevesinde Laikliğin	
Tarif Edilme Biçimi.....	8
BÖLÜM 2:	
İDARENİN FAALİYETLERİ	15
A.GENEL OLARAK.....	15
B.KAMU HİZMETİ.....	15
1. Tanım.....	15
2.Kamu Hizmetine Egemen Olan İlkeler.....	20
a.Devamlılık (Süreklilik).....	20
b.Değişkenlik(Uyarlama).....	20
c.Meccanilik(Bedelsizlik).....	21
d.Eşitlik.....	22
e.Tarafsızlık.....	24
f.Ayrımcılık Yasağı.....	25
C.KOLLUK	29

1. Tanım.....	29
2.Kolluğun Amaç ve Konusu.....	30
a. Kamu Güvenliği.....	30
b. Sağlık.....	31
c. Dirlik ve Esenlik.....	31
d. Genel ahlakın Korunması.....	31
D. İDARE HUKUKUNA EGEMEN OLAN İLKELER.....	32
1.Hukuk Devleti İlkesi.....	32
2.Sosyal Devlet İlkesi.....	32
3.Demokratik Devlet İlkesi.....	33
4.Laik Devlet İlkesi.....	33
5.Atatürk Milliyetçiliğine Bağlı Devlet İlkesi.....	34
6.İnsan Haklarına Bağlı Devlet İlkesi.....	34
BÖLÜM 3:	
İDARENİN YARGISAL DENETİMİ	35
A. GENEL OLARAK İDARENİN YARGISAL DENETİMİNDE ÖNGÖRÜLEN SİSTEM: İDARİ YARGI.....	35
B. YARGISAL DENETİME EGEMEN OLAN İLKELER.....	35
C. İDARENİN YARGISAL DENETİMİNDE LAİKLİK İLKESİ.....	48
1.İdare Açısından Laikliğin Değerlendirilmesi.....	50
2. Hizmetten Yararlananlar (İdare Edilenler) Açısından Laikliğin Değerlendirilmesi.....	57
SONUÇ.....	69
KAYNAKÇA.....	72

GİRİŞ

Bu çalışmada, öncelikle laiklik kavramının açıklaması yapılacak ve tarihsel süreçte bu kavramın hangi aşamalardan geçtiği üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda Batı'da laikliğin gelişimi ve bu kavramın Türkiye'deki anlamı ve uygulaması konusuna değinilecektir. Ayrıca Türkiye'de laiklik ilkesinin kabulü ile 1961 ve 1982 Anayasalarındaki düzenlemelere yer verilecektir.

Bu genel anlatımdan sonra idarenin faaliyetlerine yer verilecek ve bu bağlamda idarenin faaliyetlerine değinilecek ve bu faaliyetlere egemen olan ilkeler ele alınacaktır. Bu kapsamında İdarenin yargısal denetime ilişkin ilkeler açıklanacaktır.

İdarenin yargısal denetimine egemen olan ilkelerin ise Anayasal ilkeler ile 2577 sayılı kanundan kaynaklı ilkeler olduğu belirtildikten sonra mahkeme kararlarına değinilerek yargı mercilerinin bu ilkelere olan yaklaşımları da açıklanmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda, Anayasa'nın 125.maddesi ile 2577 sayılı Kanun'un 2.maddesinde yer alan ilkeler ele bu ilkelere ilişkin olarak Danıştay'ın yerleşik kararları ele alınmıştır.

Anayasa md 125 ile 2577 sayılı kanunda yer alan ilkelerin dışında, Anayasa'da yer alan Cumhuriyet'in temel nitelikleri çerçevesinde yapılan denetimler üzerinde de inceleme gerçekleştirildi. Anayasa'nın Başlangıç Bölümü ile ilk 3 maddesinde belirtilen Cumhuriyet'in temel niteliklerinin aynı zamanda idari faaliyete egemen olan ilkeler arasında yer aldığını açıklanarak yargısal denetim yapılırken bu ilkeler çerçevesinde yapılan incelemeleri de ele aldık.

Çalışmamızda laiklik ilkesi üzerinden yapılan yargısal değerlendirmeleri, sadece idari yargı organları ile sınırlı tutmadık. Konunun insan haklarını ilgilendiren boyutu da incelenmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ele alınmıştır.

Laikliği yargısal denetim bağlamında değerlendirirken; eşitlik, ayrımcılık yasağı, tarafsızlık ilkeleri de incelenerek mahkemelerin, bu ilkeler hakkında vermiş oldukları kararlar ele alınmıştır. Aşağıda bu ilkelerin laiklik ilkesi ile olan ilişkileri değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

BÖLÜM 1

LAİKLİK KAVRAMI VE TARİHÇESİ

1.1. Laikliğin Tanımı

Laik sözcüğünün etimolojik kökeni Yunanca ve Latince'dedir. (Türk Hukuk Lügatı, 1991, s:210; Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük) Laiklik veya laisizm (Fransızca: *Laïcisme*); devlet yönetiminde herhangi bir dinin referans alınmamasını ve devletin dinler karşısında tarafsız olmasını savunan prensip olarak tarif edilmektedir. (Duman; 2010, s:286) Laisizm, laiklik doktrini anlamına gelmektedir. Laik kelimesi Latince'de din işleriyle ilgisi olmayan "din adamı olmayan kimse; din adamı dışında kalan halk" anlamındaki *laicus* kelimesi(Ertit;2014, s:108) ile Yunancadaki "halktan olan" anlamındaki *laikos* kelimelerinden türemiştir. (Kahraman;2008, s:59) Aynı terimin İngilizce karşılığı ise *secularity* olup, din ve devlet işlerinin ayrı tutulması anlamına geldiği görülmektedir. (Renkliyıldırım;1995, s:667) Laisitenin ise, din ve devlet ilişkilerinin aldığı belli bir kurumsallaşma biçimi anlamında olduğu görülmektedir (Yüzbaşıoğlu N. ve Tanör B. 2012; 90-101)

Yunanlılar, din adamı sıfat ve yetkisini taşımayan kimselere (*laikos*) dedikleri için, laik kimsenin; ruhban sınıfına dahil olmayan kişi olduğu yani halktan olan anlamına geldiği görülmektedir. Fransızların (*laic*) ya da (*laïque*) şeklinde belirttikleri terimlerin, hem isim hem de sıfat olarak kullanıldıkları, bu kelimenin İngilizce karşılığının ise *Secular* olarak tarif edildiği görülmektedir. Roma döneminde ise din adamlarına "*Clerici*" din adamı olmayanlara da "*Laici*" adı verildiği görülmektedir (Koştaş, M. 1999;185-196)

Din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılmasını ifade eden "laiklik" kavramı ile dinin toplumsal düzeyde prestij kaybettiğini, geçmişe nazaran daha az sayıda insanı etkileyebildiğini, git gide toplum için referans noktası olmaktan uzaklaştığını ifade eden "sekülerleşme" kavramı birbirlerinin yerine

kullanılmaması gereken kavramlardır (Ertit, 2014; 103-124).

1.2. Laikliğin tarihçesi

Laikliğin, Batı'da, din ile ruhban sınıfının siyaset ve devlet yönetimindeki baskı ve otoritesini kaldıran bir yapı olarak doğduğu ve kademeli olarak siyasi, sosyal, kültürel, ekonomik alanda geliştiği görülmektedir.

Batı dünyasında modern devletin görünür olmasına dek din-devlet ilişkisinin; kilise-devlet çatışması biçiminde devam ettiği görülmektedir. Önceleri siyasal iktidar sorunuyla doğrudan ilgisi gözükmeyen Hıristiyanlık, zamanla kilisenin hiyerarşik bir örgütlenme haline gelmesiyle birlikte, kendi devlet ve toplum felsefesini oluşturmaya başlamıştır. M.S. 305'ten sonra Roma İmparatorluğu'nun resmi dinsel inanç sistemi haline gelen Hıristiyanlığın, kilise çerçevesinde hiyerarşik biçimde örgütlenmiş bir devlet kurumu niteliği kazandığı görülmektedir. Batı Roma'nın zayıflaması ve çöküşüyle Batı dünyasında merkezi ve güçlü bir iktidarın olmayışının yarattığı boşluğun kilisenin üstünlüğü yönündeki sonuçları doğurduğu görülmektedir. Tüm bu süreçlerden sonra, ortaçağın sonlarına doğru siyasal iktidarın laikleşme süreci hız kazanmıştır. (Dağcı, Dal; 2014;37-47).

Bu açıdan bakıldığında laiklik kavramının, Ortaçağ Avrupası'na dayandığı görülmektedir. Kilise'nin hâkim güç olduğu, Kilise'nin bu gücüne karşı ortaya çıkan Rönesans ve Reform hareketlerine bağlı olarak iki farklı eğilimin baş gösterdiği görülmektedir. Laiklik ve sekülerlik olarak adlandırdığımız bu kavramların çıkış noktasının, Hıristiyanlık olduğu söylenebilir. Din olgusuna bağlı bu gücü elinde bulunduran ve kaybetmeyi göze alamayan Katolikler, din olgusunun sürekli olarak kontrol altında olması, toplumdaki, 'kamusal alandan uzaklaştırılması ve etkisinin azaltılması gerekliliğini savunarak ideolojik bir anlam kazanan laiklik kavramının temelini atmış oldular. Tam bir bireysel dini özgürlüğü savunan Protestanların ise sekülerlik olgusunun ortaya çıkmasına sebep oldukları görülmektedir (Darende Ö. F. 2015; 151-187).

Ortaçağ'ın sonlarına doğru, burjuvazinin çeşitli sebeplerle önem kazanmasıyla beraber, burjuva sınıfının, siyasî güce de sahip olma arzusuyla, dünyevî iktidar odaklarının yanında, kiliseyle de mücadele etmesi, Kilise hâkimiyetine önemli bir darbe vurdu. Bu engellemeler, Reformasyon ve Kalvinizm hareketleriyle daha da önemli bir sonuç doğurdu. Reformasyon; 15.ve 16.yüzyıllarda Avrupa'da ortaya çıkan görüş değişikliği sonucu, Kilisenin devlet yönetiminden ayrı dinsel bir örgüt olarak faaliyetlerine devam etmesini sağlayacak olan dinsel reform hareketidir.(<https://www.turkcebilgi.com/reformasyon>, erişim tarihi, 05.01.2018) Kalvinizm ise; Jean Calvin'in 16.yüzyıl başlarında ortaya attığı görüşlere dayalı olarak gelişen bir Hristiyan mezhebidir. Bu mezhep, toplumsal hayatın gelenekçi din anlayışına göre değil de Hristiyanlığın başlangıcındaki özüne göre düzenlenmesini savunmuştur.(<https://www.turkcebilgi.com/kalvinizm>, erişim tarihi, 05.01.2018) Bu iki akımın etkisi ile ortaya çıkan gelişmelerin sonucunda Avrupa, 1648 Westphalia Barışı'na kadar, kanlı din kökenli savaşlarla karşılaştı. Bu din temelli çatışmalar, kapitalizmin gelişimi, Rönesans düşüncesiyle toplumdaki katı kural ve inanç biçimlerinin kırılmaya başlaması ve pozitif bilimlerde gözlenen süratli gelişme, kilise ve ruhban sınıfını ağır baskılara mâruz bırakan 1789 Fransız Devrimi'nin koşullarını hazırladı. (İmga O. 2010; 19-23)

Sekülerleşme sürecinin Fransız devrimiyle başladığı varsayıldığında, bu hareketin bireysel hak ve özgürlüklerin önünü açtığı, sekülerleşme sürecinin bir dinden arınma olarak ön plana çıkmasından dolayı, özgürlükler içerisindeki din ve inanç özgürlüğüne ise gereken önemi vermediği görülmektedir. Ancak, İnsan hakları durağan değildir. Zaman içerisinde ortaya çıkan ihtiyaçlara göre gelişme göstermektedir. İnsan haklarının bütünü açısından gerçekleşen bu durumun, din ve inanç özgürlüğü açısından ortaya çıkmadığını söylemek hatalı olacaktır. Din ve inanç özgürlüğü de gelişim gösteren bir yapıya sahiptir. Kilisenin egemenliğinin sarsılmaya başladığı aydınlanma döneminde aklın öne çıktığı sonuçlar görülmektedir. Kesin yargılayıcı olarak Kilisenin öne çıktığı dönemden; birey,

onun akli ve özgürlüğünün ön plana çıktığı döneme geçilmiştir. Bu dönemde, kilise tarafından ortaya konan doğmalar yıkılmaya başlanmıştır. Bütün insanların eşit yaratıldığı ve bireyin hak ve özgürlüklerinin devlete devredilemeyeceği fikri aydınlanma felsefesi ile birlikte harekete geçmiştir. İmparatorlukların yerine bağımsız ulus devletlerin ortaya çıkmasıyla birlikte insan hakları bilincinin oluşmaya başlamasının yanında burjuvazinin de, güçlenmek amacıyla ulus devletlerin kurulmasına önderlik etmesiyle de bu süreçte bireylerin haklarını öncelmiştir. İmparatorlukların bıraktığı boşluk, devletler tarafından giderilirken, dinin devlet yönetimindeki etkisinin de giderek düşüşe geçtiği bir süreç yaşanmaktadır. (Tosun H. 2010; 2-11).

1.3. Cumhuriyet Öncesi Dönemde Laiklik Anlayışı

Osmanlı Devletindeki laiklik anlayışına bakıldığında, devlet, meşruiyet kaynağını dinde bulmaktadır. Hukuk kurallarının oluşumunda laik bir devlet olmadığı; Müslüman ve Gayrimüslimlere farklı yaklaşıldığı, bu anlamda seküler bir devlet olmadığı; teokratik olmayan bir yapıda, dinin devlete hâkim değil, devletin kontrolünde olduğu bir sistem söz konusudur. Bu yönden bakıldığında Osmanlı Devleti “teokratik bir devlet” yapısındaydı.

Osmanlı Devleti’nde vicdan özgürlüğünün Müslümanlara kıyasla gayrimüslimlere daha geniş kapsamda tanındığı; inancını açıklama özgürlüğünün ise gayrimüslimlere oranla Müslümanlara daha geniş içerikte tanındığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Tüm bunlara rağmen Osmanlı Devleti’nde din-devlet ilişkilerinin, İslam devleti sistemine yakın olduğu; Osmanlı Devleti’nin İslam hukukuyla iç içe geçmiş devlet anlayışını ortaya koyan kural ve uygulamalara yer verdiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle yukarıda ifade edilen teokratik bir devlet yapısına sahip olma durumu İslam hukuku ile iç içe geçmiş kural ve uygulamalar yoluyla da anlaşılmaktadır. (Demir H. S. 2013; 269-288).

Tanzimat döneminde eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi talebi ile birlikte din-devlet ilişkileri konusundaki tartışmalar başlamıştır. Başta devletin vatandaşları ile ilişkilerinde din farkının ortadan kaldırılması işlevi yüklenen

laiklik, 1937 yılında anayasaya girmiş ve sonraki süreçte, “laikçilik” olarak nitelendirilen kavram, 19. yüzyıl pozitivist anlayışına bağlı bir ideoloji haline getirilmiştir.

Türkiye’de laikliğin yasal ve anayasal temelleri Cumhuriyet sonrası döneme tekabül etmektedir. Bugünkü pozitif hukukun ve dolayısıyla devlet düzeninin temellerinden biri haline gelmesi belirli aşamalarla gerçekleştirilmiştir. Bu süreç, 1924 yılında halifeliğin kaldırılması, 1928 yılında devletin dininin İslam olduğu ibaresinin Anayasa’dan çıkarılması ve 1937 yılında bir anayasa ilkesi haline getirilmesi ile tamamlanan bir süreç sonunda gerçekleşmiştir. 1920’li yıllardan itibaren Halifeliğin, Şeriat Mahkemelerinin kaldırılması ve din eğitimi veren okulların kapatılması laiklik politikası doğrultusunda gerçekleştirilmiş başlıca reformlardır. Ser’iye ve Evkaf Nezaretinin kaldırılmasıyla, ibadetle ilgili işleri yürütmek üzere 3 Mart 1924 tarih ve 429 sayılı kanunla Diyanet işleri Başkanlığı kurulmuştur. Böylece, dinin özerk biçimde örgütlenmesinden ziyade, din hizmetlerinin devlet kontrolünde ve idare teşkilatı içinde karşılanmasının amaçlandığı gözlemlenmektedir.

10.04.1928 günlü ve 1222 sayılı yasa ile yapılan değişiklikler neticesinde, Anayasanın 2. Maddesindeki Türkiye Devleti’nin dininin İslam olduğuna dair hüküm (Yüzbaşıoğlu; 2008, s:8) ile TBMM’nin şeriatı tenfiz yükümlülüğü (Yüzbaşıoğlu; 2008, s:13) kaldırılmış ve milletvekilleri (Yüzbaşıoğlu; 2008, s:11) ile cumhurbaşkanının (Yüzbaşıoğlu; 2008, s:16,17) dinsel yemin biçimleri değiştirilmiştir. 05.02.1937 tarih ve 3115 sayılı kanun ile anayasaya giren laiklik ilkesi, 1961 ve 1982 Anayasalarında da yer almaktadır. 1982Anayasasının “din ve vicdan hürriyeti” kenar başlığını taşıyan 24. Maddesinde; herkesin vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahip olduğu, dinî ayin ve törenlerin serbest olduğu, kimsenin ibadete, dinî ayin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağı ve suçlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. (Kahraman M. 2008; 58-77).

1926-1940 yıllarını kapsayan dönemde aşağıda maddeler halinde belirtilen uygulama, düzenleme ve kanunlar ile laiklikle de ilgisi bulunan Cumhuriyetin temel değerlerinin korunmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. (detaylı bilgi için bkz: Özkul F. 2014; 271-310). Laiklik kavramı; 1928-1938 yılları, 1940'lı yıllar ile kıyasladığımızda, seçim-iktidar sorunu, dış gelişmeler-ekonomik buhran gibi temel etkenlerin etkisiyle duraksamış, hatta gerilemiştir. Türkiye'deki laiklik anlayışının 1945 yılına kadar herhangi bir sıkıntı yaşamadığı görülmektedir. Fakat 1945 yılına gelindiğinde CHP içerisindeki bir grubun, dinde yapılacak reformlara karşı olduğu görülmekte, laikliğin temellerini daha da körleştirici bir girişim olarak, CHP Meclis Müstakil Grubu'nun bazı önerilerin reddedilmektedir. CHP içerisinde, Atatürk'ün ölümünden 7 yıl sonra başlayan laiklik konusundaki fikir ayrılığı, CHP Yedinci Büyük Kurultayı'nda doruğa ulaşmıştır. 1947 yılında CHP Yedinci Büyük Kongresi'nde Devletçilik ve Laikliğin, üzerinde en çok tartışılan konular olduğu, laiklik kavramının yeniden gözden geçirilmesi gerektiği ifade edilerek büyük tartışmalar yaşandığı görülmektedir. Bütün bunların yaşandığı bir dönemde, İsmet İnönü'nün, 1948 yılı başında ilkokullarda ders saati dışında seçmeli din dersi verilmesi, Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı imam ve hatip yetiştirecek okullar açılması ve ilahiyat fakültesi kurulması fikrinin kendisinde artık olgunlaştığını söylediği görülmektedir. Bunun ardından, 1948'de Hacca gideceklere devlet tarafından döviz sağlanmış, 1949'da okullara seçmeli din dersi konulup, bazı türbeler açılmıştır, Aynı yıl Ankara İlahiyat Fakültesi'nin açılmış olup, 1950'de ise İmam Hatip Kurslarının okullara dönüştürülmüştür. (Karataş M. 2008; 287-300).

1961 Anayasasında ise laiklik kavramına dair asıl ve en belirgin vurgu "Düşünce ve İnanç Hak ve Hürriyetleri" başlığını taşıyan IV. Bölümün, Vicdan ve Din Hürriyetini tanımlayan a bendinde yer almaktadır. (Ertan T. F. 2007; 409-423). 1961 Anayasasının 19. Maddesinde düzenlenen 'vicdan ve din hürriyeti', 1982 Anayasasının 24.maddesindeki benzer hükümler içermektedir. Özellikle dini ve vicdani kanaatlerin açıklanmaya zorlanmaması ile bunlardan dolayı kimsenin kınanmaması ve suçlanmamasına ilişkin düzenleme 1982 Anayasasında da yer bulmaktadır. Din eğitim ve öğretimi ile ilgili düzenlemeler de benzerlik

göstermektedir. Her iki madde arasındaki farklılıklar ise zorunlu din eğitimi ile ilgili hükümlerde ve siyasi partilere ilişkin düzenlemelerde ortaya çıkmaktadır. 1961 Anayasasının 19.maddesi zorunlu din eğitimi öngörmekte iken 1982 Anayasasının 24.maddesi, zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi eğitimi düzenlemektedir. Bunun yanında 1982 Anayasasının 24.maddesinde din duygularının siyasi partiler tarafından kötüye kullanımına ilişkin bir düzenleme yer almamakta iken 1961 Anayasasının 19.maddesi siyasi partiler hakkında da hüküm içermektedir. 1982 Anayasası siyasi partilere ilişkin hükmünü 68.maddesinde düzenleyerek ayrı bir başlık altında ele almıştır. (Yüzbaşıoğlu; 2008, s:39,40; Akyılmaz, Sezginer, Kaya; 2012, s: 22,23)

1.4. 1982 Anayasası Çerçevesinde Laikliğin Tarif Edilme Biçimi

Lâiklik ilkesi Anayasanın değişmez-değiştirilemez ilkelerinden (md.2) biridir. Bu bağlamda Anayasamızda lâik devletin pozitif temelleri ve bazı saptamaları incelendiğinde birçok başlıkta lâikliğin anayasal pozitif dayanak noktalarının olduğu görülmektedir.

1982 Anayasası'nın aşağıda ele aldığımız maddelerinde; Anayasa'nın değiştirilmez hükümleri arasında yer alan, Cumhuriyet'in de temel niteliklerinden bir tanesi olan laiklik ilkesini tıpkı AİHS m.9/2'de olduğu gibi güvence altına alan ve güçlendiren çeşitli hükümler mevcuttur. Din ve vicdan hürriyetini düzenleyen AİHS m.9/2'de din ve inancını açıklama özgürlüğünün kamu düzeni, kamu güvenliği vb nedenlerle ancak kanunla sınırlandırılabilceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2.maddesi, Cumhuriyet'in niteliklerini belirtirken bunların arasına laikliği de almıştır. Anayasa'ya dahil olan Başlangıç bölümünün 5.paragrafı da laiklik ilkesine vurgu yaparak din duygularının devlet işleri ile politikaya karıştırılmayacağını hükme bağlamış bulunmaktadır. Başlangıç Bölümünün Anayasa metnine dahil olduğuna ilişkin hüküm, Anayasanın 176.maddesinde yer bulmaktadır. Bu hususla da Anayasanın bütünlüğüne vurgu yapılmıştır.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejiminin düzenlendiği Anayasanın 13.maddesinde ise “temel hak ve özgürlüklerinin

sınırlandırılmalarının dahi laiklik ilkesine aykırı şekilde gerçekleşemeyeceğine vurgu yapılarak olası bir hak sınırlandırmasının Anayasa’da ifadesini bulan laik cumhuriyet ilkelerine aykırılık teşkil edemeyeceği Anayasal hükme bağlanmıştır. Bu 13.madde, 17 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla değiştirilerek genel sınırlama maddesinden, genel koruma maddesine dönüştürülmüştür. (Yazıcı, 2009, s: 129) Bu çerçeveden maddeye ‘ölçülülük kriteri’, ‘öze dokunma yasağı’ ve ‘laik cumhuriyetin gerekleri’ eklenmiştir. (Yazıcı, 2009, s: 129) Görüldüğü gibi madde metninde sınırlandırmanın sınırlarından biri olarak laik cumhuriyetin gerekleri yer almıştır. Bu durum, Anayasa’da, Cumhuriyet’in laik niteliğine ne denli önem verildiğini göstermektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki laik cumhuriyetin gerekleri, Anayasa Mahkemesi tarafından, aşağıda ayrıntılarıyla inceleyeceğimiz üzere, 2010’lu yıllara kadar, temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından başvuru bir değer olmayıp; bilakis temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına temel teşkil edecek bir kriter olarak ele alınmıştır.(Yazıcı, 2009, s:131)

Yukarıdaki maddenin ardından gelen ve temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmamasını düzenleyen Anayasanın 14.maddesi temel hak ve hürriyetlerin laik cumhuriyete karşı kullanılacak birer argüman olma niteliklerine müsaade edilmeyeceği düzenleme altına alınmıştır.

Görülmektedir ki Anayasa koyucu gerek temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmasında gerekse de bu hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasının engellenmesinde laikliğe önemli bir rol biçmektedir. Laiklik temel hak ve hürriyetlerin hem güvencesi hem de kullanımının sınırınıdır.

Anayasanın 4.maddesi ile ilk üç maddeye değiştirilmezlik zırhı getirilmiştir. Bu hali ile laiklik ilkesi Anayasanın değiştirilmez hükümleri arasında yer alarak daha sıkı bir güvenceye alınmıştır.

Yukarıda 1961 Anayasasının 19.maddesi ile 1982 Anayasasının 24.maddesi arasında yapılan karşılaştırmada 1961 Anayasasının 19.maddesinde siyasi partilere ilişkin yer alan düzenlemenin 1982 Anayasası’nda

68.maddede yer aldığını belirtmiştik. İlgili anayasa maddesinde siyasi partilerin tüzükleri ve programları ve eylemlerinin, lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamayacağı düzenlenerek siyasi partilerin laikliğe uygun hareket etmeleri zorunluluğu getirilmiştir. 1961 Anayasasının 19.maddesinde ise din duygularını çıkar amaçlı kullanma vb.durumlar hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla hem 1961 Anayasasının 19.maddesi hem de 1982 Anayasasının 68/4.maddesi siyasi partileri laik cumhuriyete uygun davranmak noktasında zorunlu ve sorumlu tutmaktadır. 1982Anayasasının 68/4.maddesinde din duygularından bahsedilmemiş olması 1961 Anayasasının 19.maddesindeki hükümle aynı amaca yönelik bir düzenleme olmadığı anlamını taşımamaktadır.

Yukarıdaki benzer amaca yönelik olarak bir diğer madde 1982 Anayasasının 24/5.maddesinde kimsenin din duygularını herhangi birçikar bağlamında istismar edemeyeceği düzenlenmiştir. Madde metni incelendiğinde içerikte ‘kimse’ demek suretiyle hem gerçek hem de tüzel kişileri kapsayıcı bir niteliğe sahiptir. Ayrıca 24/5.madde içerisinde ‘her ne surette olursa olsun’ şeklindeki ifadenin siyasi partileri de kapsadığı aşikardır. Bu yönü ile de 1961 Anayasasının 19.maddesi ile de benzerlik taşımaktadır.

İlerideki bölümlerde ayrıntılı şekilde ve mahkeme kararları ışığında ele alacağımız Diyanet İşleri Başkanlığı’na ilişkin Anayasanın 136.maddesinde bu kurumun laiklik ilkesi doğrultusunda görevlerini yerine getireceği hükme bağlanmıştır.

Gerek Anayasamız (md.24) ve gerekse AİHS (md.9) , din veya inancını açıklama özgürlüğünü öngördüğüne göre bu özgürlüğün devlet tarafından görmezden gelinemeyeceği açıktır. Ancak Anayasa, temel hak ve özgürlükleri de bunların kullanımını da bir takım sınırlamalara tabi tutmaktadır. Yukarıda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması(md13) ve bu hakların kötüye kullanılmaması (md14) ile ilgili yapmış olduğumuz açıklamalarımızın yanında Devlet’in kuruluş felsefesine aykırı şekilde de yorumlanıp kullanılmayacağı Anayasa’da belirtilmiştir. Bu hususa ilişkin düzenleme Anayasanın 174. Maddesinde ifadesini bulmaktadır. İlgili maddede Anayasanın hiçbir hükmünün, ki buna temel hak ve hürriyetlere ilişkin olanları da dahildir, inkılâp kanunlarının, Anayasaya aykırı

olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağını belirtmektedir. Burada inkılap kanunlarının laiklik niteliğini koruma amacı güttüğü de ifade edilmiştir. Bunun insan haklarına ilişkin hükümler açısından ifadesi řu şekildedir; Anayasa’da güvence altına alınan hiçbir temel hak ve hriyet laik cumhuriyet koruma amacını güden inkılap kanunlarının Anayasa’ya aykırılığına sebep olamaz. İnkılap kanunları, Anayasa karşısında temel hak ve hriyetlerden daha üstün bir güvenceye sahiptir. AİHS, 9.maddesinde ifade edilen inancını açıklama özgürlüğünün sayılan sebeplerle kötüye kullanılması durumunda bazı yaptırımları öngörmektedir. zgrlk kuraldır anlayışı esas alınmasına rağmen, AİHS 9.maddesi 2.fıkrasında inancını açıklama özgürlüğü, kamu güvenliği, kamu özeni gibi sebeplerle sınırlandırılabilir. Bunun içerisinde elbette başkalarının hak ve özgürlükleri de dahildir. . (Memiş E. 2010;455-498).

1982 Anayasası sıklıkla cumhuriyetin laik niteliğini vurgulamakta ve “laik cumhuriyetin”, Türkiye’nin en önemli yapı taşlarından biri olduğunu belirtmektedir. Anayasa koyucu kutsal sayılan din duygularının, devlet işlerine ve politikaya karıştırılmasının yasaklayarak, devlet işlerine, kamusal hayata karıştırılmamak kaydıyla din duygularını bireysel-vicdani bir mesele olarak ele almakta ve kutsal saymaktadır.

Anayasa’nın 24.maddesinde ifadesini bulan dinin devlet işlerine karıştırılmaması hükmüne yer verilmiştir. Madde incelendiğinde, dikkat edilirse burada dinin devlet işlerine karıştırılmaması ve devletin temel düzenlerine kısmen de olsa dayanak oluşturmaması kuralı ve buyruğu vardır. Devlet-din işlerinde “karşılıklı karışmazlık” ya da “devlet-din kesin ayrılığı” tavrı yoktur. (Tanör, Yüzbaşıoğlu; 2001, s:89 vd.)

Yukarıdaki açıklama doğrultusunda Anayasa’nın çeşitli maddelerinde dini duyguların kamusal alandan uzaklaştırılması ve dinin devlet işleri ve hizmetlerinde referans oluşturmaması noktasında laikliği vurgulayıcı hükümler mevcuttur. Bu anlamdaki hükümler aşağıdaki gibidir.

1982 Anayasasının 10. maddenin 1. fıkrasındaki eşitliğe ilişkin düzenleme ile 1961 Anayasasının 12.maddesinde düzenlenen durum aynen muhafaza edilmiştir. Anılan maddenin 3. fıkrasında da kişi, aile ve zümreye

imtiyaz tanınmayacağına ilişkin hükmü ile Devlet organlarının din ve inanç dahil herhangi bir ayırım gözetmeksizin herkese eşit mesafede durması gerektiğine vurgu yapıldığı görülmektedir.

15. maddede de laikliğe vurgu yapıldığı, anılan maddenin ilk fıkrasında, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması şekli belirtildikten sonra, 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla değişik 2. fıkrasında, kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu ifade ile din ve vicdan özgürlüğünün, temel hak ve özgürlüklerin koruma kapsamındaki ana değerler arasında kabul edildiği görülmektedir.

1982 Anayasası'nın laiklikle ilgili 24. maddede yer alan düzenleme ile din ve vicdan hürriyeti güvence altına alınmaya çalışıldığı. Ancak aynı maddenin 4. fıkrasında yer alan zorunlu din derslerine ilişkin hüküm aşağıda da ayrıntılı şekilde inceleneceği üzere çeşitli kesimlerce eleştirilmekte ve tartışma konusu yapılmaktadır.

1982 Anayasası'nın 68. maddesinin 4. fıkrasının yukarıda da ayrıntılı olarak ele aldığımız düzenlemesinde ise, laiklik açısından siyasi partilerin faaliyetlerine dönük bir sınırlandırma getirmektedir. Bu madde yukarıda 1961 Anayasası ile karşılaştırmalı olarak ayrıntılı şekilde incelenmiştir. Bu nedenle burada sadece değinmekle yetiniyoruz.

1982 Anayasası'nın milletvekillerinin yemin şeklini düzenleyen 81. maddesinde lâik Cumhuriyete bağlı kalınacağına ilişkin yemin ettirilmektedir. Bu ifade ile milletvekillerinin ettikleri yeminlerde de laiklik ilkesine bağlılık esas alınmaktadır.

1961 Anayasası'nın cumhurbaşkanı yemin metninde laiklikle ilgili herhangi bir ifade bulunmamasına karşın,(Yüzbaşıoğlu; 2008, s:69) 1982 Anayasası, 103. Maddesinde tıpkı milletvekillerine ilişkin düzenlemede olduğu gibi, 1961 Anayasası'ndaki düzenlemeden farklı olarak, Cumhurbaşkanı'nın yemin metni içerisine laikliğe bağlı kalınacağına ilişkin ifadeyi koyarak laiklik

konusundaki hassasiyetini bir kez daha göstermiştir.

1982 Anayasası'nın 136. Maddesinde, aşağıda da ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere Diyanet İşleri Başkanlığı'nın laiklik ilkesine bağlı olarak görevlerini yerine getireceğinden bahsetmektedir.

Tüm bu hükümlere bakıldığında, 1982 Anayasasının din ve devlet ayrılığını kabul ettiği, fakat din alanına giren konularda devlete geniş bir müdahale yetkisi tanıdığı, ayrıca dinin özerk ve sınırlandırılmış faaliyetler çerçevesinde haklar tanıdığı görülmektedir. (Özkul F. 2014; 271-310).

1961 Anayasası devlet ideolojisinin üstünlüğü boyutunda sonuçlar bildirmesine rağmen, 1982 Anayasası bu bakımdan sonuçları daha da ileri taşımaktadır. Bu ideoloji çerçevesinde "*Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları*"nın özel bir yeri olduğu anlaşılmaktadır. Laik hayat tarzına vurgu yapılan "çağdaş uygarlık" ve "laiklik" kavramları resmi ideolojinin özünü oluşturur. Bu ilkeler, Anayasanın 174. maddesi tarafından koruma altına alınan İnkılap Kanunlarının da temel amaçları boyutundadır. "*Türklüğün tarihî ve manevî değerleri*" ile "*kutsal din duyguları*" da Atatürkçülüğün ilkeleriyle bağdaştıkları ölçüde resmî ideolojinin önemli unsurları olarak görülmektedir. Bu çerçevede içerisinde İslam dininin "kutsal" ve hukuken korunmaya değer sayıldığı, Türk laikliği açısından dinin sırf bir "duygu"dan ibaret olduğu, "laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı" ancak anayasanın çizdiği kesin sınırların ötesine geçmemek şartıyla hareket edilmesi gerektiği yukarıda belirtilen temel ideoloji tarafından kabul edilmektedir. (Erdoğan M. 2000;226-237) Prof.Dr. Erdoğan, herhangi bir kişi eğer din veya mezhebe dayanan bir "devlet düzeni kurmak amacı" ile hareket ederse, sırf güttüğü amaçtan dolayı bir kişinin cezalandırılabileceğini belirtmektedir. (Erdoğan M. 2000;226-237). Prof.Dr. Erdoğan, yukarıdaki çalışmasında laiklik ile ilgili başka bir kısıtlamanın Anayasa'nın 14. maddesi ile aynı mantığa dayanan Anayasa'nın 24. maddesinde (beşinci fıkra) yer alğını ifade etmektedir. Buna göre: politikacıların ve siyasî partilerin siyasî faaliyet yaparken herhangi bir dinî inanç veya görüşe atıfta bulunmaları, siyasal ve kamusal söylemde dine dayalı dolaylı bir söylemin bile dinin siyasî nüfuz sağlama

amacıyla “kötüye kullanımı” veya “sömürülmesi” sayıldığı görülmektedir. Bu durum, laikliğin din ve inanç özgürlüğü bağlamında katı şekilde uygulandığını göstermektedir. Anayasanın 68. Maddesinde ise “laik Cumhuriyet ”in korunmasına dönük bir kısıtlama getirilmekte, maddenin dördüncü fıkrası ile “laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı” siyasi parti kurulması yasaklamaktadır. 69. maddeye göre (beşinci fıkra) ise bu yasağa aykırı hareket eden partilerin Anayasa Mahkemesi’nce kapatılacağı belirtilmektedir.

Ayrıca Anayasa, Diyanet İşleri Başkanlığı’nın statüsü açısından 136. maddesi dışındaki herhangi bir anlaşılış ve uygulanışı koruma altına almadan, “laiklik” in gereklerine bağımlı hale getirdiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, Siyasi Partiler Kanunu’nun. 89.maddesi, siyasi partilere, Diyanet İşleri Başkanlığı’nın anayasal statüsünü değiştirmeyi amaçlamayı yasaklamıştır.

BÖLÜM 2

İDARENİN FAALİYETLERİ

A-GENEL OLARAK

İdarenin faaliyetleri ikiye ayrılmakta olup bunlar; ‘‘kamu hizmeti’’ ve ‘‘kolluk faaliyetleri’’ olarak karşımıza çıkmaktadır. (Akgüner,Berk;2017s:1003) Anayasa md 8 de yürütmeye verilen ‘yürütme yetkisi ve görevi’’ Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilen anayasal bir yetkidir. Bu yetki içerisinde idari işlemlerin düzenli ve sürekli işleyişini sağlayan kamu hizmeti ile ülkede toplumsal yaşamın düzenli bir şekilde sürdürülebilmesi için kamu düzeninin korunması ve sağlanması görevinin yürütüldüğü kolluk hizmeti yer almaktadır. (Akgüner,Berk;2017s:1003)

B-KAMU HİZMETİ

1. Tanımı

Kamu hizmeti 19. Yüzyılda ortaya çıkan bir kavramdır. Eski önemini yitirmiş olmasına rağmen idarenin sorumluluğu noktasında halen ölçüt olarak kullanılan, 19.yüzyıl Fransa’sında ‘‘Kamu Hizmeti Okulu’’ ya da ‘‘Bordeaux Doktrini’’ denilen ve Léon DUGUİT, Gaston JEZE, Roger BONNARD ve L. ROLLAND gibi ünlü hukukçuların savunduğu teoriye göre; ‘‘devletin, toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamak için giriştiği bütün faaliyetler kamu hizmeti niteliği taşır ve bunun için idarenin yaptığı eylem ve işlemler de idare hukukunun konusunu oluşturur.’’(Yaşar, 2000, s:442’deki 1 nolu dipnot) Bu tip faaliyetler plum için o derece önemlidirler ki bir an olsun dahi aksamaları toplumsal huzursuzluk çıkartacak niteliktedir. (Onar; 3.Bası, 1.Cilt, 1966 s:27)

Kamu hizmetinin tanımına gelince, bu konuda öğretilerde kabul edilen ortak bir tanımlama olmamakla beraber birbirine yakın tanımlar yapılmaktadır. (Yıldırım, v.d. 2016 s:483) Yukarıda değinildiği üzere Fransız hukuku ile karşılaştırma yapmak gerekirse her iki hukuk sisteminde de tam olarak kamu hizmeti kavramının tanımlanabildiği görülmemektedir. (Yaşar, 2000, s:443)

Hem Fransa hem de Türkiye’de mevzuat kamu hizmetini tanımlamamaktadır. Doktrin ise kavramı daima bir yanı eksik tanımlamıştır. (Yaşar, 2000, s:443) Sadece tanımlamalar açısından bu faaliyetlerin ortak özelliği olarak karşılanmadıkları takdirde toplumda huzursuzluk çıkartacak nitelikteki ortak, genel ve sürekli ihtiyaçlara tekabül etmeleridir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise; ortak, genel ve sürekli ihtiyaçları karşılamaya yönelik olarak yürütülen faaliyetler yalnızca kamu gücünü kullanan otorite yani idare tarafından mı kullanılacaktır. Bu hususta denilebilir ki bu tip faaliyetler yalnızca devlet tarafından üstlenilecek nitelikte değildir. Aynı faaliyet devlet ile yine devlet tarafından bir takım hak ve imtiyazlar tanınan özel hukuk kişileri tarafından aynı anda yürütülebilir. (Bilgen,s:113-114)

Belirtmek gerekir ki kamu hizmeti faaliyetini özel kişilerin de yerine getirebiliyor olması yalnızca devletin kendilerine tanımış olduğu bir haktan kaynaklanmaktadır. Yoksa herhangi bir kişi neyin kamu hizmeti olup olmadığına ya da neyin kamu ihtiyaçlarına ilişkin olup olmadığına karar verme yetkisine sahip değildir. Elbette ki devlet bir faaliyetin kurulmasını ve ne şekilde yerine getirilmesini düzenlemeye ve bu tip faaliyetleri oluşturup ortadan kaldırmaya tek başına yetkilidir. Bu hususta devletin tekel hakkı mevcuttur. Çünkü kamu hizmeti kanunla kurulup ortadan kaldırılabilir niteliktedir. Kanun yapma yetkisi de genelde devlete özeldir ise yasama organına ait olduğu için, bir kamu hizmeti oluşturup oluşturmama noktasında devlet tek başına yetkilidir.

Özel kişilerin yürütmekte oldukları faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği taşıyabilmesi için faaliyetin kamu yararı taşıması, idarenin denetim ve gözetimi altında yapılması ve mutlaka ilgili özel kişiye kamu gücü kullanmak anlamında bazı imtiyazların sağlanması gerekmektedir. (Carbajo; aktaran: Yaşar, 2000, s:443)

Kamu hizmetinin özel kişiler eli ile de yerine getirilebilmesine verilebilecek bir örnekler birden faladır. Bunlardan bir tanesi eğitim öğretim faaliyetidir. Anayasa’nın 42.maddesinde özel okullar vasıtasıyla eğitim hakkının kullanılmasına ilişkin esaslar belirtilmiş olup her halde devletin gözetim ve denetim yetkisine vurgu yapılmıştır. Ayrıca Anayasa’nın 42.maddesinde aynı zamanda özel okulların yapılarına ilişkin esasların da kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Bu durum yukarıda da bahsedildiği üzere devlet tarafından özel hukuk kişilerine tanınan kamu

hizmeti görme yetkisinin bir örneğini oluşturmaktadır. Bu faaliyetlerin alınacak bir ruhsat ile özel kişiler tarafından da yerine getirilebilmesi durumudur. Kişiler eğitim öğretim faaliyetini kamu hizmetlerinin tabi olduğu kurallara göre yürütmek durumundadırlar. (Azrak; aktaran, Bilgen, s:115). Aynı şekilde sosyal güvenlik kamu hizmeti Devlet tarafından yürütülen bir faaliyet iken 506 sayılı Sosyal Güvenlik Kanunu'nun Geçici20.maddesi gereğince özel hukuk kişileri tarafından da yürütülebilmektedir. (Bilgen, s:114). Keza benzer bir durum şehir içi toplu taşıma hizmetlerine ilişkindir. Bu hizmet kural olarak devlet tarafından yerine getirilir. Ancak 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 15/2 uyarınca bu hizmeti imtiyaz yoluyla devredebilir. Aynı şekilde imtiyaz veya tekel oluşturmamak kaydıyla toplu taşıma hizmetini ruhsat yoluyla da özel kişilere devredebilir. Örneklendirdiğimiz özel kişilerce yürütülen faaliyet idarenin denetim ve gözetimi altında yapılmaktadır. Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi yukarıda da belirtildiği üzere; ruhsat, izin, imtiyaz sözleşmesi gibi usullerle gerçekleştirilirler. (Bilgen, s:114).

Ülkemizde kamu hizmetinin en geniş tanımını Anayasa Mahkemesi yapmaktadır. Yüksek Mahkemesi doktrinde de atıf yapılan (Yıldırım, v.d. 2016 s:484) E.1994/71, K:1995/23 K.T.28.06.1995 sayılı kararında kamu hizmetinin ne anlam ifade ettiğini en geniş şekilde anlatmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre bir faaliyetin kamu hizmeti olarak tanımlanabilmesi için, bu faaliyetin devlet ya da kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetimi altında yerine getiriliyor olması gereklidir. Ayrıca bu hizmetin genel ve ortak çıkarları karşılayacak sürekli ve düzenli bir şekilde yerine getiriliyor olması gereklidir.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki tanımlamasına bakıldığı zaman kamu hizmetinin, kamu yararı gözetilerek yürütülen ve sürekli ve düzenli olma özelliğine sahip bir etkinlik olmasından bahsedilmektedir.

Devlet kamu hizmetini yerine getirirken bir takım ilkelere bağlı olarak hizmeti yerine getirmek durumundadır. Bu ilkeler İYUK md 2'den kaynaklı olabileceği gibi Anayasa'da yer alan temel ilkelerden de kaynaklı olanlar mevcuttur. Anayasa kaynaklı ilkeler Anayasa md 2 de belirtilen devletin temel nitelikleridir.

Anayasa md 8.yürütmenin görevi belirtilmiş ve bu görevini yerine getirirken de bunun Anayasa ve kanunlara uygun şekilde yerine getirileceğinden bahsetmektedir.

Dolayısıyla idare, genelde işlevlerini özelde ise kamu hizmetlerini yerine getirirken Anayasa ve yasalara bağlı olarak hareket etmek durumunda olup; Anayasa'nın 2.maddesinde belirtilen cumhuriyetin temel niteliklerine uygun faaliyet yürütmek zorundadır. Aksi halde faaliyetleri hukuki bir dayanaktan yoksun hale gelir ve yargısal denetim yolu ile işlemlerinin iptaline veya yürütmesinin durdurulmasına yol açar.

Kamu hizmeti, kural olarak devlet tarafından yerine getirilen faaliyetler olmasına rağmen Anayasa Md 42'deki düzenleme gibi bir takım imtiyazlar yolu ile özel kişilerce de yerine getirilebilecek nitelikte faaliyetlerdir. Önemli olan husus burada hangi faaliyetin kamu hizmeti olduğu hususudur. Bunun tespitinde geçerli ölçüt ise onu kuranların iradesidir. Ancak burada anlaşılması gereken irade devlettir. Kamu hizmeti niteliği yasal olarak sağlanmaktadır. Yoksa özel kişilerin bir faaliyeti kamu hizmeti olarak tanımlama yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa'nın devletleştirme ile ilgili 47.maddesinde kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde kamu hizmeti taşıyan özel teşebbüslerin de devletleştirilebileceğine ilişkin düzeleme içermekle kamu hizmetinin ne olduğunun temel ölçütünün yasa olduğu ve yasal dayanakla kamu hizmeti tahsisi sağlanabileceği belirtilmektedir. (Tan,s:235)

Anayasa Mahkemesi de E.1985/2, K.1985/22, K.T.28.11.1985 tarihli kararında yasama organına herhangi bir faaliyeti yasal statü içine alma hakkı ve yetkisi tanımaktadır. Bu yetkisinin de kullanımını Anayasa kurallarına uygun olmak koşuluna ve kamusal ihtiyaçların gerektirdiği durumlara bağlamaktadır. Mahkeme bu görüşü ile yukarıdaki paragrafta bahsedilen görüşü de desteklemektedir.

Bir hukuki rejimi ifade eden kamu hizmeti kavramının belirlenmesinde hizmeti gerçekleştirenin idare olması zorunlu olarak aranmamakta, faaliyetin kamuya yararlı nitelik taşımasına koşul olarak kamusal ayrıcalık ve yükümlülüklerin varlığı yani hizmeti gören ister idare isterse de özel kişi olsun hizmeti icra ederken kamusal hak ve yükümlülükler altında hareket etme zorunluluklarının varlığı halinde geniş bir kamu hizmeti kavramı benimsenmektedir. (Tan,s:236)

Özel kişilerin bir kamu hizmetini yerine getirebilmeleri için ruhsat, imtiyaz, gibi usullere ihtiyacı vardır. Kamu hizmetinin ruhsat yoluyla özel kişilere yerine getirilmesine doktrinde Azrak karşı çıkmaktadır. Azrak; bir kamu hizmetini ruhsatla görmenin olanaksız olduğunu aksi takdirde “Devlete paralel olarak özel kişilerin yaptığı kimi etkinlikleri kamu hizmeti saymak gerekecektir ki bu günümüz hukuk gerçeğine uymamaktadır.”(Azrak; aktaran; Tan s:237) demektedir.

Bu görüşün aksine Bilgen ise idare ile özel kişi arasındaki ilişkinin bir iç ilişki olduğunu, denetim ve gözetim sayesinde kişilerin bu faaliyeti kamu hizmetlerinin tabi olduğu kurallara göre yürütmek zorunda olduklarını, dolayısıyla bu faaliyetlerin kurulması ve işletilmesi bir ruhsatla özel kişilere devrolunan kamu hizmetleri olduklarını belirtmektedir. (Bilgen; aktaran: Tan, s:237)

Kamu hizmeti kavramını değerlendirirken hangi işin kamu hizmeti olduğunu, hangi çeşit teşkilatın kamusal olduğunu ve kamu hizmetinde kullanılan envanterlerden nelerin kamusal olduğunu belirtmemiz gerekmektedir. Bunu belirlemekteki ihtiyaç ise asıl olarak uygulanacak olan hukukun özel hukuk mu yoksa idare hukuku mu olacağına ilişkin bir sonuca varmaktır.

Şayet yerine getirilen iş bir kamu hizmeti ise bu iş dolayısıyla yapılacak olan sözleşmelere özel hukuk kuralları değil, kamu hukuku kuralları uygulanacaktır. Böyle sözleşmeler dolayısıyla yapılan yargılamalar da idare mahkemelerinde görülecektir. Bu tip faaliyetlerden faydalananlar ise muhatapları ile olan münasebetlerinde özel işletme sahiplerinin müşterileri ile olan münasebetlerini düzenleyen özel hukuk kurallarına değil; idare hukukunun kuralına göre haklarını arayacaklar ve borçlarını yerine getireceklerdir. Örneğin kamu hizmeti olan bir iş dolayısıyla “haksız fiil” gibi hususlarda uygulanan özel hukuk kuralları değil “hizmet kusuru” gibi kurumlar ve bunu düzenleyen idare hukuku kuralları uygulanacaktır.(Derbil, s:30)

Bir teşkilatın kamusal olması nedeni ile o teşkilatta çalışanların durumları özel hukuka tabi işyerlerinde çalışanlar gibi iş hukukundan kaynaklı hizmet sözleşmeleri ile düzenlenmeyip, bu çalışanların durumları kanun ile belirlenmekte ve düzenlenmektedir. Dolayısıyla kamusal teşkilatta çalışan kişilere memurlara ilişkin hukuk kuralları uygulanmaktadır. (Derbil, s:30)

Herhangi bir kamu kurumunda kullanılan envanterin durumu ise o envanterin özel kişilerin sahip olduğu mallardan ayrı statüye tabi olmasını gerektirmektedir. Bu nedenle salt kamuya ait olmasından dolayı bu mallar haczedilemeyecek, temlik olunamayacak, rehin olunamayacak vb kısıtlama ve özel hukuka tabi mallara uygulanan rejime tabi olamayacaklardır. (Derbil, s:30-31)

2.Kamu Hizmetine Egemen Olan İlkeler

a. Devamlılık(Süreklilik)

Kamu hizmetlerinin sürekliliği, gerçekleştirilen eylemin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Kamu hizmeti, giderilmesinde kamu yararı bulunan toplumsal bir ihtiyacın karşılanmasına yöneik eylemleri ifade etmektedir. Bu nedenle kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olarak yürütülen bu faaliyetler sürekli(devamlı) olarak yürütülmesi gereken faaliyetlerdir. (Akgüner, Berk; 2017, s:1051) başka bir ifade il kamu hizmeti bir ke yöntemine uygun olarak ortaya çıktıktan sonra artık aralıksız, kesintisiz, devamlı ya da sürekli olarak yerine getirilmelidir. Kamu hizmetlerindeki her türlü kesilme, toplumda oldukça ağır karışıklıklar ve aksaklıklar meydana getirmektedir.(Giritli, v.d., 2006, s:855)

Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi bu hizmetlerin zaman olarak sürekli yerine getirilmesi anlamına gelmemektedir. Elbette ki sağlık, itfaiye gibi hizmetler zaman itibari ile devamlı olarak yerine getirilmesi zorunlu hizmetlerdendir. Ancak, örneğin eğitim hizmeti açısından bu durum söz konusu değildir. Eğitim hizmeti, eğitim yılı içerisinde belirlenen saat dilimleri içinde yerine getirildiği takdirde süreklilik ilkesine uygun şekilde kamu hizmeti yerine sağlanmış olur. (Yıldırım, v.d.,2016, s:506)

Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinin kamu malları rejimi ile kamu personel hukuku açısından da yansımaları mevcuttur. Kamu mallarının haczedilemezliği ile kamu personeli için öngörülen grev yasağı bu sürekliliğin aksamaması açısından öngörülmüş düzenlemelerdir.(Yıldırım, v.d.,2016, s:506)

b.Değişkenlik (Uyarılama)

Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi zorunluluğu beraberinde değişen ve gelişen koşullara da uydurulmasını zorunlu kılar. (Giritli,

v.d.,2006, s:856) Gelişen ve değişen toplumsal ihtiyaçların şartlarına uygun olarak kamu hizmetlerinin de değişkenlik göstermesi ya da bu koşullara uyarlanması gerekmektedir. Şehir nüfusunun artması ile toplu ulaşım hizmetlerinin geliştirilmesi, hastane araç, gereçlerinin bilimsel gelişmelere uygun şekilde yenilenmesi ve kamu hizmetinin daha sağlıklı şekilde yerine getirilmesinin sağlanması bu değişkenliğin bir sonucudur.(Yıldırım, v.d., 507-508)

Kamu yararı kavramı ve sosyal gereksinimler zaman içerisinde değişiklik gösterdiklerinden toplumun ortak gereksinimleri değiştiği için bu gereksinimlere uygun olarak kamu hizmetlerinde de değişiklik yapmak gerekmektedir. Bu değişiklikler, önce yasama organı tarafından yapılacaktır. Yasam organı ya yasa değişikliği yaparak kamu hizmetlerinde değişiklik meydana getirir ya da yasa ile idareye takdir yetkisi tanıyarak kamu hizmetlerini uyarlama takdir ve yetkisini idareye verir. İdare, yasadan kaynaklı bu uyarlama yetkisine istinaden, değişen şartlara uygun şekilde, kamu hizmetlerini revize ederek gelişimini ve değişimini sağlama noktasında hareket etmektedir.(Akgüner, Berk; 2017, s:1052) Bu durum hayatın olağan akışından kaynaklanmaktadır. İhtiyaçlar değiştikçe hizmetin şekli de değişiklik göstermek durumundadır. Aksi takdirde toplumsal ihtiyaçların karşılanması neredeyse imkansız hal alır.

c.Meccanilik(Bedelsizlik)

Kamu hizmetlerinin bedelsizliği, bu hizmetlerin karşılanması için halktan herhangi bir gelir sağlanamayacağı anlamına gelmemektedir. Kamusal faaliyetler, kamu giderlerini de beraberinde getirmektedir. Devlet, kamusa faaliyetlerin maliyetini karşılamak amacıyla vatandaşından vergi toplamak durumundadır. Bu husus Anayasa'nın 73.maddesinde "herkes kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür." şeklinde düzenleme altına alınmıştır.(Yayla,2009, s:79)

Vergi ödeme yükümlülüğü ile beraber kamusal faaliyetler vatandaşlar açısından kanunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde bedellerinin alınması istisna olmak kaydıyla, kural olarak parasızdırlar. Örneğin eğitim hakkına ilişkin Anayasa'nın 42/5. maddesinde "ilköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır" şeklindeki düzenleme kamu hizmetlerinin bedelsizliğinin anayasal dayanaklarından.

d.Eşitlik :

Kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesi laikliğin bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır. Laik devlet ilkesi gereğince devlet kamu hizmetlerinin icrası noktasında hizmetten yararlananlara eşit muamele ile davranmak zorundadır. Bu zorunluluk hem laikliğin hem de hukuk devletinin bir sonucudur.

Kamu hizmetleri karşısında eşitliğin kanun önünde eşitliğin bir görünümü (Gözler, Kaplan; 2016, s:540)olarak kabul edildiği gibi bir diğer görüş de tam tersi olarak kanun önünde eşitlik ilkesini kamu hizmetlerinin eşitliği ilkesinin doğrudan ifadesi olarak görmektedir.(Karahanoğulları; 2004, s:201)

Her iki görüş de kabul edilebilir olmakla beraber burada konumuz açısından önemli olanın kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesi ile kanun önünde eşitlik ilkesinin bağlantılı ilkeler olduğunun kabulüdür. Kanun önünde eşitlik Anayasa md 10'da ifadesini bulmaktadır. Maddede sayılan nedenler ile benzer nedenlerden dolayı ayırım gözetilmeksizin herkes kanun önünde eşit sayılmıştır. Bu maddedeki sayım sınırlayıcı olmayıp örneklendirme niteliğindedir. Zaten madde içerisindeki ve benzeri tarzındaki ifadeden de bu anlaşılmaktadır. Ayrıca iş bu 10.maddede devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun davranacakları da hüküm altına alınmıştır.

Maddeden görülüyor ki kanun önünde eşitlik ilkesi idare makamlarının eylem ve işlemlerinde geçerli bir ilke olarak kabul edilmiştir. İdare makamlarının işlemleri kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti olduğundan bu işlemleri gerçekleştirirken Anayasa md 10'daki kanun önünde eşitlik ilkesine uygun davranmak durumundadırlar. Bu durum kanun önünde eşitlik ile kamu hizmetlerinin eşitliği ilkesi ile bağlantılı olduğunu da göstermektedir.

Kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesine örnek olarak eğitim hizmetinden yararlanma, sağlık hizmetinden yararlanma gibi devlet tarafından gerçekleştirilen bütün kamu hizmetlerinin muhatabı olan herkes açısından eşit şekilde yerine getirilmek durumundadır. Elbette ki eşitliğin; her tür kamu hizmetinin, her koşulda,

herkes için aynı düzeyde devlet tarafından yerine getirilmesini zorunlu kılmadığı aşıkardır. İdare mutla eşitlik sağlamak durumunda değildir. (Gözler, Kaplan; 2016, s:540) Buradaki eşitlik, bir kamu hizmetinin, o hizmetin hitap ettiği kesim içinde yer alan herkes için eşit olarak sunulmasıdır. Dolayısıyla Anayasa md 10'daki kanun önünde eşitlik, aynı hukuki statüde bulunan herkesin sunulan hizmetten eşit olarak yararlanması anlamına gelmektedir.(Yıldırım, v.d., 2016, s:503,504)

Kanun önünde eşitlik ilkesi anlayışı matematiksel bir eşitlik olmayıp; kamu hizmeti karşısında objektif hukuk kurallarına uygun olarak aynı hukuki durumda bulunanlar arası bir eşitliktir. Dolayısıyla, farklı statüde bulunan kişiler farklı işleme tabi tutulabilir. Bu durum eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği gibi bilakis eşitlik ilkesinin de bir gereğidir. Kısacası, hizmetin gerektirdiği eşitsizlik, aynı zamanda bir eşitliktir.(Akyılmaz, v.d., 2017, s:611)

Bu eşitlik ilkesine örnek olarak üniversitede okumak için lise mezunu olmak ile üniversite sınavını başarı ile geçmiş olmak şartları yeterli kabul edilmekte ve bu şartları sağlayan herkes eşit hukuki statüye sahip oldukları için üniversite eğitim hizmetinden yararlanma konusunda eşit muamele ile karşı karşıyadırlar. Bir diğer örnek ise toplu taşımalarından herkes eşit şartlarda yararlanma hakkına sahiptir. Sağlık hizmetlerinden de herkes eşit şartlarda yararlanma hakkına sahiptir.

Yabancılar da kendileri için objektif biçimde belirlenmiş kurallara uymak koşuluyla kamu hizmetlerinden yurttaşlar gibi yararlanır. Öyle birtakım kamu hizmetleri vardır ki bunlar tüm insanlar için uygulanması zorunlu hizmetlerdir. Aksi takdirde muhata olan kişi idare tarafından insan onuru ile bağdaşmayan muameleyle tabi tutulmuş olurlar. Bunların en önemlileri güvenlik ve sağlık hizmetleridir. Yurttaş olup olmadığına bakılmaksızın göçmenler ve kaçaklar da dahil olmak üzere herkes güvenlik ve sağlık hakkından eşit olarak yararlanmak durumundadır.(Yaşar; 2013, s:207) Aksi, insan onurunu zedeleyen bir muamele ortaya çıkarır.

Danıştay 10..Dairesi, E.1996/993, K.1999/3627, K.T. 23.06.1999 tarihli kararında eşitlik ile ilgili olarak, yasaönünde eşitliğin niteliksel benzerlik ve yasanın öngördüğü koşullar çerçevesinde olabileceğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, eşitliğin her yönü ile aynı durumda olanlar arasında öz konusu olabileceğini ve bu nednele farklı hukuki durumda bulunanlara farklı muamelede bulunulmasının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir. (Yıldırım, v.d., 2016, s:504, 505)

Anayasa Mahkemesi E.1987/3, K.1987/13. K.T. 22.05.1987 tarihli kararında kamu hizmetinden daha az veya daha çok yararlanmanın parasal güce göre belirlenmesinin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceğini, aynı hukuki durumda olanların parasal güçlerine göre farklı kurala tabi tutulmalarının eşitlik ilkesini ihlal ettiğini belirtmektedir. (Karahanoğulları, 2004, s:204)

Yukarıdaki Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarından yapılacak temel çıkarım aynı hukuki durumda olanlara kamu hizmetinin eşit şekilde verilmesi gerekliliğidir. Danıştay kararındaki ifadesi ile eşitlik her yönü ile aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusu olabilir, şeklindeki bir çıkarım eşitlik ilkesine yüksek mahkemelerin bakış açısını göstermektedir.

e.Tarafsızlık:

Bu ilke eşitlik ilkesinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani kamu hizmetleri, eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak tarafsızlık ilkesi çerçevesinde yürütülmelidir. Kamu hizmetlerinin görevlilerin ve kullanıcıların kanaatlerine göre yürütülmemesini ifade eder. (Karahanoğulları, 2004, s:205) Tarafsızlık ilkesi gereği, kamu hizmetleri, bu hizmetlerden yararlanan herkese, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, dini inanç ve kanaat ayrımı yapılmaksızın sunulmalıdır. (Yıldırım, v.d., 2016, s: 505)

Danıştay 12.Dairesi E.2004/4382, K.2006/589, K.T.22.02.2006 tarihli kararında kamu hizmetlerinin eşit durumda bulunanlara eşit, farklı durumda bulunanlara farklı şekilde sunulmasının bir zorunluluk olduğunu belirtmektedir. Bununla beraber Yüksek Mahkeme, kamu hizmetlerinin tarafsızlık ilkesi doğrultusunda idarelere, ayrımcılık yapmamam yükümlülüğü de yüklemektedir. (Yıldırım, v.d.,2016, s: 504)

Demek ki, Danıştay, idarenin kamu hizmetini yerine getirirken tarafsızlık ilkesi çerçevesinde hareket etmesi gerektiğini ve bunun da eşit muamelenin bir sonucu olduğunu belirtmiştir. Yani, Yüksek Mahkeme açısından eşitlik ilkesi ile tarafsızlık ilkesi aynı sonuca tekabül etmektedir. Karardaki görüşü bu sonucu ortaya çıkarmaktadır.

Tarafsızlığın laiklik ile ilgili olan kısmında, kamu hizmetinin örgütlenmesi ve işleminde dinin eşitsizlik unsuru olarak kullanılmaması karşımıza çıkmaktadır.

(Karahanoğulları, 2004, s:205, 206) Bu konudaki en önemli tartışma konusu yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız Diyanet İşleri Başkanlığı'nın konumu ile ilgili olmaktadır.

f.Ayrımcılık Yasağı:

Ayrımcılık yasağı, eşitliğin ve tarafsızlığın bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ilke, kamu hizmetleri yerine getirilirken bu hizmetten yararlananlar açısından herhangi bir ayrımcılık yapılmamasını öngören ilkedir. Konu öğretilerde eşitlik ilkesi içerisinde ele alınmakla birlikte .(Yıldırım, v.d. 2016, s: 504; Karahanoğulları; 2004, s:200-221) bu konuyu laikliğin alt görünümü olarak değerlendirdiğimizden dolayı ayrı başlık altında ele alıyoruz.

Danıştay'ın yukarıda atıf yapılan 12.D. E.2004/4382, K.2006/589, K.T.22.02.2006 tarihli kararında ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak, kamu hizmetleri yerine getirilirken idare, tarafsızlık ilkesi gereğince ayrımcılık yapmama yükümlülüğü altında olduğu belirtilmektedir. Mahkeme, bu kararıyla ayrımcılık yasağı ilkesinin de kamu hizmetine egemen olan ilkelere olduğunu belirtmiştir.

Anayasa md 10'daki kanun önünde eşitliği düzenleyen hüküm ayrımcılık yasağının anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Kamu hizmetini sunanlar, hizmetten yararlananlar açısından bu veya benzer başka niteliklere bakarak ayırım yapamayacakları gibi öncelik tanıma ve benzeri ayrıcalıklar da tanıyamazlar. .(Yıldırım, v.d., 2016, s:505)

Anayasanın 10.maddesindeki ifade, eşitlik ilkesi ile beraber bireylerin kamu hizmetinden yararlanırken herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmamalarını ifade etmektedir. İlgili maddedeki düzenleme öncelikle kanun önünde eşitliği ifade etmektedir. Kamu hizmetinde eşitlik anlayışı ise hizmetin gerektirdiğinden başka bir ayırımın yapılamayacağı anlamına gelmektedir. Yukarıda atıf yapılan Anayasa Mahkemesi'nin E.1987/3 K.1987/13, K.T.22.05.1987 tarihli kararında mahkeme; "...Kamu hizmetlerinde eşit davranış, eşit yararlanma temel ilkedir" demekle kamu hizmetinden yararlananlar açısından ilkenin eşit yararlanma olduğu ve hizmetin gerektirdiği nedenlerden ayrı bir ayrımcılığın söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. Yukarıda belirtilen E.1987/3 K.1987/13, K.T.22.05.1987 tarihli kararında mahkeme, siyasi partilerin seçim döneminde devlet televizyonundan parasız yararlanmalarına

ek olarak para karşılığı yayın satın alabilmelerine olanak tanıyan düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı görmekte ve kararında akçalı olanakların kamu hizmetinden daha çok yararlanmanın aracı durumuna getirildiği belirtilerek kanımızca bir yanı ile de ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ifade etmektedir. (Karahanoğulları; 2004. S:203,204) Bir kamu hizmetinden yararlanmada hukuki yönden eşit konumda bulunanlar arasında parasal güce dayalı olarak farklı muamele yapılmasının ayrımcılık doğuracağını ve bunun da hali ile eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği ifade edilmiştir. İş bu karar ile mahkeme para gücünün kamu hizmetinden yararlanmada ayrımcılık unsuru olarak kullanılmasını eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırı bulmaktadır.

Ayrımcılık yasağı, AİHS ile tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından özellikle dil, cins, ırk, renk, din, siyasi veya diğer kanaatler, milli veya sosyal menşee, milli bir azınlığa mensubiyet, servet, doğum veya başka herhangi bir durum nedeniyle hiçbir ayrıma tabi tutulmamayı ifade etmektedir.(Tezcan, v.d., 2016, s:548) Avrupa Birliği anayasası(ABA) ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(md.14) ayrımcılık yasağını düzenlemektedirler. .(Tezcan, v.d., 2016, s:549)

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya ilişkin önüne gelen bir uyuşmazlıkta konuya ilişkin kendisinin ve AİHM'nin görüşünü belirtmiştir. (Nurcan Yolcu (GK), B.No: 2013/9880, 11.11.2015,) AİHM'in tanımına yer veren Anayasa Mahkemesi, ayrımcılık yasağının makul ve nesnel bir gerekçe olmaksızın benzer durumda olan kişilere farklı muamelede bulunulması olarak açıklamaktadır. AİHM'nin görüşün aktaran Anayasa Mahkemesi, AİHS md 14'deki hükmün güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında karşılaşılabilecek olası ayrımcılığa karşı bir koruma sağladığını belirtmiştir. AİHM tarafından, her farklı muamelenin bu maddeye aykırılık oluşturmayacağını belirtildiği anayasa Mahkemesi kararında, bu maddeye aykırılığın oluşması için nesnel ve makul bir nedenin bulunmaması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca nesnel ve makul bir nedene dayalı olsa dahi ayrımcılıklı muamelenin 14.maddeye aykırılığının oluşmaması için gerçekleştirilen yöntem ile ulaşılmak istenilen amaç arasında makul bir bağın da bulunması hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi tarafından kabulilmektedir.(Ünal Tekeli/Türkiye, B.No: 29865/96, 22.02.2009); (Zarb Adami/Malta, B.No:17209/02, 20.06.2006)''(Tezcan, v.d., 2016, s:550,551)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yukarıda atıf yapılan görüşünde ayrımcılık yasağı ile ilgili farklı durumlar değerlendirilerek bu yasağın nasıl uygulanması gerekeceği belirtilmiştir. Öncelikli olarak 14.maddenin sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılığa karşı bir güvence sağladığını belirtmektedir. Bununla beraber her farklı muamelenin bu maddeye aykırı olmayacağını, farklı bir muamelenin 14.maddeye aykırı olması için nesnel ve makul bir nedeninin olmaması gerektiğini belirtmiştir. Nesnel ve makul bir neden dayalı olarak ayrımcılık yapılsa bile bunun tek başına yeterli olmadığını, kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmek istenilen amaç arasında makul bir oransal bağ bulunmasının aranacağını belirtmiştir.

Kısacası mahkeme, farklı muameleyi kural olarak 14.maddenin ihlali olarak aymakla beraber bunun istisnasının farklı muamelenin nesnel ve makul bir nedene dayandırılması olduğunu belirtmiştir. Bu istisnanın, yani meşru bir nedene dayanmanın her zaman devleti 14.maddeyi ihlalden kurtarmayacağını; bunun istisnası olarak da meşru bir nedene dayalı olarak yapılan ayrımcılığın, kullanılan yöntem ile amaç arasında makul bir oransal bağ kurulamıyorsa yine 14.maddenin ihlali kapsamına gireceği belirtilmektedir. İstisnanın istisnası söz konusudur.

Başka bir anlatımla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açısından, devletin gerçekleştirdiği eylemin yöntemi ve gerçekleştirilmek istenilen amacı arasında makul bir bağ kurulamıyorsa, eylemin meşru bir amacı olması tek başına AİHS md 14'e aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır.

4701 sayılı Kanununda (RG. 20.04.2016, Sayı: 29690) ayrımcılığa ilişkin olarak birtakım terimlerin tanımına yer verilmiş ve yine bu kanunla Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu da kurulmuştur. Kurumun görevleri arasında sayılan en dikkat çekici görev "kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması" olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu bu düzenlemeyle eşit muamele görmenin de bir hak olduğunu belirtmekte ve bu hakkı yasa ile güvence altına almaktadır. Gerek Anayasa(md 10) gerek se Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(md 14) eşitliği ve ayrımcılık yasağını düzenlerken bu noktada devlete yükümlülükler yüklemekle beraber aynı zamanda kişiler açısından da eşit muamele göre hakkını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla 4701 sayılı kanundaki iş bu düzenleme gerek Anayasa'nın 10.gerekse de AİHS'nin 14.maddelerine uygun bir düzenlemedir. Bu

hakkın korunmasını kurumsal bazda denetlenecek olması da ayrımcılık yasağının ve eşitlik ilkesinin ihlalinin önlenmesi açısından önemli bir katkı sağlayacaktır. Bu yolla idare, eşit muamele ve ayrımcılık yasağı ilkelerine uyup uymama yönünden bir idari makam tarafından da denetlenecektir.

Kamu hizmetinden yararlanma kural olarak eşit bir şekilde gerçekleştirilmeyi gerektirmektedir. Ancak, idare mutlak eşitlik sağlamak zorunda değildir. Farklı durumda bulunanlar arasında farklı uygulamalar geliştirebilir. (Gözler, Kaplan; 2016 s:540,541)

Eşitlik ilkesi, hizmetin gerektirdiğinde başka ayırım yapılamayacağı anlamına gelse de bir yanda da hizmetten başka türlü yararlanması gerekenlere olumlu katkı sağlaması gibi bir yükümlülük de içerir. Bazı durumlarda bireyler pozitif ayrımcılık denilen bir yöntemle desteklemek zorunluluk olabilir. (Yaşar;2013, s: 207)

Bazı toplum kesimlerinin bazı hizmetlerden öncelikli veya farklı şekilde yararlanmaları mümkün olabilir. Örneğin, bazı kamu hizmetlerinin sunulmasında kadınlara, çocuklara, yaşlılara öncelik tanıyan düzenleme ve uygulamalar pozitif ayrımcılık kapsamında değerlendirilebilir. (Yıldırım, v.d., 2016, s: 504)

Anayasa'da düzenlenmiş olan eşitlik ilkesi sosyal, kültürel veya ekonomik nedenlerle kimi zaman mümkün olmamakta ve hukuken düzenlenmiş olan eşitlik ilkesine rağmen fiili nedenlerle kişiler arasında çeşitli konularda eşit olmayan durumlar ortaya çıkabilmektedir. İşte bu fiili eşitsizliği gidermek ve dezavantajlı gruplar açısından gerçek bir eşitlik yaratmak üzere pozitif ayrımcılık aracılığıyla eşitlik ilkesi desteklenmektedir. (Günday; 2013, s:64)

Toplu taşımalarda seslendirilen "hamile kadınlara, yaşlı, engelli ve çocuklu yolcularımıza gerekli önceliği tanıdığımız için teşekkür ederiz" şeklindeki anonslar pozitif ayrımcılık aracılığıyla eşitliğin sağlanmasıdır. Bir bakıma pozitif ayrımcılık, eşitliğin hayatın olağan akışında muhatabın durumuna göre somut olaya indirgenmesidir. Aksi eşitsizlikler ortaya çıkabilecektir. Pozitif ayrımcılık, eşitliğin adaletle uygulanmasının gereğidir.

1982 Anayasasının eşitlik ilkesini düzenleyen 10.maddesie 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı kanunla eklenen Ek fıkra ile kanun önünde eşitliğe kadın erkek eşitliği

de eklenmiş olup ayrıca Devlet'e bu eşitliği sağlama yükümlülüğü de getirilmiştir. Bu, Devlet'e yüklenen pozitif bir yükümlülüktür.

Anayasa'da böyle bir düzenleme yapılmadan önce de Danıştay önüne gelen bir olayda kız öğrenciler lehine ayrımcılık yapılmasını Türk toplum yapısı, gelenek ve göreneklerini göz önünde bulundurarak okuma ve fırsat eşitliği ilkesine aykırı bulmamış ve dava konusu edilen işlemin iptali istemini reddetmiştir. (Günday; 2013, s:65'deki dipnot)

Kadınlar lehine pozitif ayrımcılığı düzenleyen Anayasa'nın 10.maddeinin yukarıda belirtilen fıkrasına ilaveten 22.05.2010 tarih ve 5982 sayılı yasa ile; daha önce 2004 yılında eklenen fıkra, devlete yüklenen pozitif yükümlülüğe ilişkin alınacak tedbirlerin de eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı Anayasal hükme bağlanmıştır. Bu hüküm ile pozitif ayrımcılık daha da güçlendirilmiştir.

Bunun yanı sıra, 2010 değişikliği ile 10.maddeye bir fıkra daha eklenerek pozitif ayrımcılığın kapsamı çocuklar, yaşlılar, gaziler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gazileri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. (Günday; 2013, s:65)

Bu bağlamda; devletin, kadın erkek eşitliğini sağlamak için alacağı tedbirlerin, çocuklar, yaşlılar, gaziler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı kabul edilmiştir. (Yıldırım, v.d., 2016, s: 504)

C- KOLLUK

1- Tanımı

Kolluk, idare hukukunun en geniş ilgi alanlarından birini oluşturmaktadır. (Giritli, v.d.,2006, s:813) İdare, başka bir deyişle devlet, kolluk gücünü (kamu gücünü) kullanarak toplumsal düzeni sağlamaktadır. Bunu yaparken devlet, toplumdaki kişilerin tutum ve davranışlarını izlemekte, bunları denetlemekte ve gerektiğinde bunlara müdahale etmektedir. Bütün bunları yapmasının tek amacı kamu düzenini sağlamaktır.

Kolluk kısaca, kamu makamları tarafından, kamu düzeninin sağlanması amacıyla, kamu özgürlüklerine getirilen sınırlamalardır.(Giritli, v.d.,2006, s:813, Akgüner, Berk, 2017, s:1005)

İdare kolluk faaliyetleri ile bireylerin ve toplulukların toplum içindeki faaliyetlerine denetleyerek temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirebilmektedir.(Yıldırım, v.d., 2016, s:543) Elbette ki bu sınırlamalar Anayasa ve kanunla belirlenen sınırlamalardır. Anayasanın 13.maddes’’Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir’’ denilmektedir. Görülmektedir ki kamu düzenine ilişkin dahi olsa sınırlama, kanunla gerçekleştirilmek zorunda ve bu sınırlamaya ilişkin kanun da dayanağını Anayasa’dan almak durumundadır.

2-Kolluğun Amaç ve Konusu

Kolluk etkinliklerinin amacı, kamu düzenini sağlamak, korumak ve kamu düzeni bozulduğunda bunu geri getirmektir.(Giritli, v.d., 2006, s:818; Akgüner, Berk, 2017 s: 1013) Kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması ve kamu düzeninin sağlanması devletin başlıca görevidir.

Kolluk faaliyetini icra eden yetkililer idare edilenlerin kamu özgürlüklerine ancak, kamu güvenliğinin, dirliği ve esenliği ve sağlığı korumak amacıyla müdahale ederler. (Giritli, v.d., 2006,s:818) Bunların dışında genel ahlakın korunması da idare hukuku kaynaklarında kolluk faaliyetinin amaç ve konuları arasında sayılmıştır.(Giritli, v.d., 2006,s:819; Akgüner, Berk, 2017, s:1015)

a.Kamu Güvenliği

Bu kavram, kişilerin kamusal alanda kendileri veya malları açısından herhangi bir tehlikeye maruz kalmamalarını ve böyle bir endişe duymamalarını ifade etmektedir.(Yıldırım,v.d., 2016, s546) Emniyet ve asayiş adı da verilen kamu güvenliği, umumi veya umuma açık yerlerde kişilerin saldırı, zorlama, itilip kakılma, kaza, engellenme gibi nedenlere uğramadan dolaşmaları, can ve mallarına yönelik endişe duymamaları ve bu konuda inanç ve kanaat sahibi olmalarını ifade eder. (Sancakdar, v.d., 2015, s:680)

Can ve mal güvenliği, bedensel bütünlüğe yönelik olduğu kadar ırz ve namusun da korunmasını kapsamaktadır. Ayrıca insanın kendi can güvenliğinin yanında yakınlarının da güvende olduklarını bilebilme hakkını güvence altına almaktadır. (Yayla, 2009, s:39)

b.Sağlık

Toplumda hastalıkların, bulaşıcı ve yaygın hastalıkların yokluğu, tedavilerin sağlanması, hijyen kurallarına uyulması, toplumun sağlıklı koşullar içerisinde yaşamasının sağlanmasını ifade eden kolluk faaliyetidir. Suların, yiyecek ve içeceklerin denetimi, salgın hastalıkların önlenmesi, kanalizasyon ya da fosseptik yaptırılması için alınan önlemler toplum sağlığını korumak için yapılanlara örnek verilebilir.(Giritli, v.d., 2006 s:819)

c.Dirlik ve Esenlik

Kişilerin toplum gereklerini aşacak derecede düzensizlik ve rahatsızlıklardan uzak bir şekilde sakin huzurlu bir hayat sürdürebilmelerini ifade etmektedir. (Sancakdar, v.d., 2015, s:681) Kişilerin her zaman ve her yerde ışık, ses, gürültü, toz, duman gibi dış etkenlerle rahatsız olmamalarını ifade etmektedir. (Sancakdar, v.d., 2015, s:681)

d.Genel Ahlakın Korunması

Bazı durumlarda ahlaksal alandaki bir düzensizliğin, tutum ve davranışın toplumsal düzeni hemen ya da yakın gelecekte bozma tehlikesi ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda kolluk görevlilerin kanundan açıkça yetki almak suretiyle tedbirler uygulayabilirler. Örneğin, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun kimi maddelerinde oyun, tiyatro, gösteri verilen yerlerin mülkiye amirinin emri ile kapatılması, taşkınlık çıkaranların önlenmesi ve fuhuşla mücadele konularında polise kimi yetkiler verilmiştir. (Akgüner, Berk, 2017 s:1018; Giritli, 2006, s:819,820)

Kolluk faaliyetini icra edenler bireylerin düşünce, inanç ve ahlak alanlarını düzenleyemez. Ancak, bireylerin ahlaki tutum ve davranışlarının dışa yansımaları toplumsal düzeni bozacak bir hal alırsa belirli kayıt ve şartlarla buna müdahale edebilir. Örneğin, sinema filmlerine uygulanan sansür, bazı sergi ve gösterilere yaş

sınırlaması getirilmesi, RTÜK'ün televizyon kanallarına yayın başlarında uyarıyı zorunlu hale getirdiği akıllı işaretleri genel ahlaka ilişkin kolluk faaliyetlerindedir.(Sancakdar, v.d., 2015 s:683)

D-İDARE HUKUKUNA EGEMEN OLAN İLKELER

1.Hukuk Devleti İlkesi:

Kısaca bu ilkeyi devletin hukuk kurallarına bağlı olarak hareket etmek zorunda olduğu ilke olarak açıklamak mümkündür. .(Akgüner,Berk;2017s:44-45) Anayasa Mahkemesi de 1998/48E.1998/85 K.22.12.1998 K.T. kararında hukuk devletin her türlü etkinliğinde Anayasa ve yasalara uyan ve bağımsız yargı organlarınca iş ve eylemleri denetlenen devlet şeklinde ifade etmiştir. .(Akgüner,Berk;2017s: 45) Bu şekilde devletin hukuk devleti olmasını tanımlayan mahkemenin görüşü açısından devletin hukuk devleti olması devlet gücünü kullanan idarenin etkinliklerinin hukuka uygun olmasını ve bu hukuka uygunluğun da yargısal denetimle sağlandığı zorunlu kılmaktadır. İdarenin etkinliklerinin hukuka uygunluğunun en temel şartı eylem ve işlemlerin yasal dayanaklarının mevcudiyetidir. İdare gerçekleştirdiği tüm eylem ve işlemleri yasaya uygun halde gerçekleştirmek durumundadır. Burada anlatılmak istenen şey idarenin iş ve işlemlerine kanunun egemen olmasıdır.(Sancakdar, v.d.,2015 s:56) Kanunun egemen olması; idare açısından görevlerini yerine getirirken kanuna uygunluk aranması, kurumların yani idari hizmeti icra edecek olan idari teşkilat içerisindeki kurum ve kuruluşların dayanaklarını kanundan almaları yani kuruluş ve esaslarını kanuna dayandırmaları ile iş ve işlemlerde idarenin kendisine kanuni bir dayanak bulma zorunluluğu içerisinde bulunmasıdır. Yani iş ve işlemlerde bulunacak idarenin kanuni bir yetkiye ihtiyaç durmasıdır. .(Sancakdar, v.d.,2015 s:57)

2.Sosyal Devlet İlkesi:

Anayasa'nın Başlangıç bölümü ile 2.ve 5.maddelerinde devletin sosyal devlet olduğu yönünde vurgu yapılmıştır. Ayrıca 60 vd .maddelerinde de sosyal güvenliğe ayrı ve özel bir bölümde yer verilmiştir. Anayasa'nın Başlangıç ve 60.maddelerinde de belirtildiği gibi sosyal devlet; sosyal adalet, sosyal refah ve sosyal güvenlik ilkelerini gerçekleştiren devlettir. .(Akgüner,Berk;2017s: 46-47) En basit anlatımıyla sosyal devlet gelir ve gider dengesinin sağlandığı devlettir. Devlet bireyler arasındaki

gelir eşitsizliklerinden kaynaklı problemleri sosyal adalet duygusu ile bu yönde gerçekleştireceği adımlar çerçevesinde azaltma eğilimindedir. Sağlık hizmeti eğitim hizmeti vb hizmetler devletin bu yönde gerçekleştirdiği eylem ve işlemlerdir. Sosyal güvenliğe dönük adımlar sosyal devletin gereği olarak gerçekleştirilen adımlardır. (Sancakdar, v.d.,2015 s:62-63)

3.Demokratik Devlet İlkesi:

Demokratik devlet, halkın iradesine ve isteğine bağlı olarak yönetenlerin belirlendiği özgürlükçü devlettir. Aynı zamanda hukuk devleti ilkesine bağlı ve saygılı olan devlet, demokratik devlet olarak karşımıza çıkmaktadır. Demokratik devlette, muhalefetin de iktidar olma şansı bulunmaktadır. Aksi, demokrasinin özü ile bağdaşmaz bir siste oluşturur. (Akgüner, Berk; 2017, s:58).

Bununla beraber Anayasa Mahkemesi haklı olarak demokratik devlet ilkesini seçimlere indirgemeyerek, bu ilkenin gereği olarak toplumsal sorunların çözümü noktasında katılımcı demokrasinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, katılımcı demokrasiyi ise tüm vatandaşların kendilerini ilgilendiren konularda, görüşlerini açıklama hakkına sahip olduğu, siyasal, ekonomik, politik v.b. konulardaki karar alma süreçlerine çeşitli araçlar vasıtasıyla katılabildikleri bir sistem olarak açıklamaktadır.(bkz: E.2011/106, K.2012/192, K.T.29.11.2012 tarihli AYMK)

4. Laik Devlet İlkesi:

Anayasa'nın 2.maddesinde devletin temel nitelikleri arasında yerini bulan ve sair maddelerinde de vurgu yapılan laiklik, kamu hizmetinin de en temel ilkelerinden bir tanesini oluşturmaktadır. Bu kavram inansın ya da inanmasın hiç kimsenin özel bir işlem göremeyeceği bir eşitliktir.(Akgüner,Berk;2017s: 47 – 48) Bu bağlamda kamu hizmeti özelinde kamu personeli tarafsızlık ilkesinin gereklerine göre hareket etmeli, ayrımcılık yapmamalıdır.(Sancakdar, v.d.,2015 s: 66) Laikliğin alt görünümüleri olarak karşımıza çıkan ayrımcılık yasağı, eşitlik ve tarafsızlık ilkeleri aşağıda ayrıntılı olarak ileriki bölümlerde açıklanacaktır. Laik devletin, eşitlik ilkesi çerçevesinde halkın dini ihtiyaçlarını düşünerek, bunların maddi ve aynı araçlarını temin etmesi, bu sebeple gerekli teşkilatı kurması laik devlet ilkesine aykırı olmaz.(Akyılmaz, v.d., 2017, s:176) Anayasa Mahkemesi E.2012/65, K.2012/128,

K.T.20.09.2012 tarihli kararında laikliğin iki farklı yorumu üzerinde durmakta ve katı laiklik ile laikliğin esnek ya da özgürlükçü yorumunu açıklamaktadır. Her iki yorumu da açıklayan mahkeme esnek ya da özgürlükçü laiklik uygulamasının, din ve vicdan hürriyetini ele alırken dinin toplumsal görünürlüğüne güvence altına alındığını vurgulamaktadır. Dini inançtan kaynaklı yaşam tarzlarının devletin koruması altında olduğunu belirten mahkeme, laiklik ilkesinin din ve vicdan hürriyetinin güvencesi olduğunu açık bir şekilde ifade etmektedir. (Akyılmaz, v.d., 2017, s:177) bu kararında mahkeme, laik devlete ilişkin olarak iki yorumu açıklamakta ve katı laiklik-esnek laiklik ayrımını yapmaktadır.

5.Atatürk Milliyetçiliğine Bağlı Devlet

Anayasa'nın Başlangıç Bölümü ve 2.maddesinde devletin temel nitelikleri arasında sayılan Atatürk milliyetçiliğine bağlılık aynı zamanda idare hukukunun da temel ilkelerinde bir tanesini oluşturmaktadır. Atatürk milliyetçiliği toprak ve vatandaşlık temeline dayanmaktadır. Vatandaşlık anlayışı ise herhangi bir ayrıma dayanmamaktadır. Bu noktadaki ilgili hüküm vatandaşlık bağından bahseden Anayasa'nın 6.maddesindeki düzenlemedir. (Giritli, v.d.; 2006, s:27)

6.İnsan Haklarına Dayalı Devlet

İnsan haklarına bağlı devlet ilkesi gereğince genelde devlet, özelde ise idare Anayasa ve kanunlar tarafından güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere, saygı göstermek ve bunları korumakla görevlidir. (Giritli, v.d.; 2006, s:22) Yukarıda işlenen kolluk faaliyeti bunun bir görünümünü oluşturmaktadır.

Devlet ya da idare, kamu düzeninin sağlanması amacıyla temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı bir takım tedbirler alabilme hakkına sahiptir. Ancak elbette ki bu tedbirlerin alınması için iki temel şart mevcuttur. Birincisi bu sınırlamanın kanundan kaynaklı olması gereklidir. İkincisi ise bu sınırlama ile hiçbir şekilde temel hak ve hürriyetlerine özüne dokunulmamalı ve sınırlamaya ilişkin Anayasa'daki temel ilkeler ihlal edilmemelidir. İşte bu şekilde faaliyetlerini sürdüren devlete insan haklarına bağlı devlet denilebilecektir. (Akgüner, Berk; 2017, s:26 v.d.)

BÖLÜM 3

İDARENİN YARGIAL DENETİMİ

A. GENEL OLARAK İDARENİN YARGISAL DENETİMİNDE ÖNGÖRÜLEN SİSTEM: İDARİ YARGI

İdarenin tutum ve davranışlarının hukuka uygunluğunun denetimi için çeşitli yollara başvurulmaktadır. Bunlar; yönetsel denetim, siyasal denetim, kamu oyu denetimi ve yargı denetimidir.(Gözübüyük, 2012, s:1) Bu denetim yolları içerisinde, idarenin hukuka uygunluğunu en etkin sağlayan denetim yargısal denetimdir. (Gözübüyük, 2012, s:1)

Kamu gücü kullanılarak gerçekleştirilen eylem ve işlemlerden dolayı çıkan uyuşmazlıklar idari yargı mercii tarafından çözümlenecektir. İdarenin, kamu hizmetini görmek için yaptığı işlem ve eylemler idare hukukunun alanına girmektedir. Bu nedenle bu işlem ve eylemlerden dolayı ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözüm yeri de idari yargıdır.(Yıldırım, v.d., 2016, s:704)

İdari işlem ve eylemlerden kaynaklı uyuşmazlıkların çözüm yerleri; İdare Mahkemeleri, Vergi Mahkemeleri ve Danıştay'dır. 2576 sayılı kanun ile İdare, Vergi ve Bölge İdare Mahkemelerinin görev alanı, 2575 sayılı kanun ile Danıştay'ın görev alanı belirlenmiştir. 2577 sayılı kanun ise idari davada uygulanacak usulleri düzenlemektedir. Gerek 2575 gerekse de 2576 sayılı kanun kapsamında görev yapan mahkemeler 2577 sayılı usul kanunu çerçevesinde yargılamalarını gerçekleştirmektedirler. Bu husus 2577 sayılı kanununun 1.maddesinde açık bir şekilde ifade edilmiştir.

İdari dava türleri(iptal-tam yargı davaları) ile idari yargının yetkisinin ne olduğu yine bu 2577 sayılı kanunda düzenlenmiştir. Yargılamaya ilişkin yetkiler, kanundaki ifadesi ile " idari yargı yetkisi" aynı zamanda yargılamaya ilişkin ilkelerdir. Bunlar, bir başka ifade ile idari yargı mercilerinin yargılama yaparken tabi oldukları sınırlardır. Bu ilkeler aşağıda da ayrıntılı şekilde inceleneceği üzere Anayasa 125 ve 2577 sayılı kanun md 2'de düzenlenen idari yargılamaya egemen olan ilkelerdir.

B.İDARENİN YARGISAL DENETİMİNE EGEMEN OLAN İLKELER

Kural olarak İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Ancak yargı kısıntısı olarak adlandırılan hükümet tasarruflarının yargısal denetimi mümkün değildir.(Gözübüyük; 2012, s:19 vd.) Bunun dışında yasama kısıntısı olarak açıklanan kimi işlemlerin de yargı denetimi dışında tutuldukları görülmektedir.(Akgüner, Berk; 2017, s:149) Anayasa'nın 125.maddesinde idarenin yargısal denetimi kabul edilmekle birlikte bu maddede gerçekleştirilecek denetimin

hangi ilke ve kurallara göre yapılacağı da belirtilmiştir. Şöyle ki; Anayasa.md.125. maddesinin 4.fıkrasında yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu belirtildikten sonra, bu yetkinin hiçbir şekilde yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca bununla da yetinilmemiş, idari eylem ya da işlem niteliğinde veyahut idarenin takdir yetkisini kaldırarak mahiyette karar verilemeyeceği de Anayasa’da hükme bağlanmıştır.

Bu Anayasal düzenleme incelendiğinde yargısal denetimde temel ilke ve kuralları şöyle sıralayabiliriz.

1. Hukuka uygunluk denetiminin yapılması
2. Yerindelik denetimi yasağı
3. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararları verilememesi
4. İdarenin takdir yetkisini sınırlayacak veya ortadan kaldırarak türden yargı kararları verilememesi

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Yukarıda belirtilen Anayasal düzenleme yargı makamlarının yapacakları denetimlerin sınırlarını ve esaslarını belirtmektedir. Bu kurallar yargı mercilerinin uymakla yükümlü oldukları kurallardır. Anayasada belirlenen temel ilke ve kuralların görmezden gelinmesi mümkün değildir. Çünkü kaynağını anayasadan alan bu ilke ve kurallar Anayasa’nın 11.maddesinde yer alan hüküm nedeniyle bütün devlet organlarını(yasama-yürütme-yargı) bağlamaktadır.

İdarenin yargısal denetimine egemen olan temel ilke ve kurallar kaynağını Anayasa ve yasalardan alır. İdari yargı yerleri tarafından da içtihat yoluyla ilkeler yaratılmıştır. Yukarıda bahsedilen yargı kısıntısı ile yasama kısıntısı yargısal denetimin istisnalarını oluşturmaktadır. Yargı kısıntısı, bir diğer adı ile hükümet tasarrufları, (Gözübüyük; 2012, s:19) yürütmenin yargı yolu ile denetiminde, yargı organı tarafından getirilen kısıntıdır.

Yürütmenin, yargısal denetimine yargı yerleri tarafından getirilen kısıtlamaya Türkiye ve Fransa’da ‘‘Hükümet Tasarrufu’’, Anglo-Amerikan ülkelerinde

“Devletin tasarrufu” ya da “Siyasi Sorunlar” denilmektedir.(Akgüner, Berk; 2017, s:146,147) Ayrıca, Türkiye’de hükümet tasarrufları deyimi yerine zaman zaman “hikmet-i hükümet” deyimi de kullanılmaktadır.(Giritli, v.d.; 2006, s:109)

Hükümet tasarrufları denildiği zaman, hükümetin, yargı denetimi dışında kalan üst düzey siyasi etkinlikleri anlatılmak istenilmektedir. (Gözübüyük; 2012, s:19) Hükümet tarafından gerçekleştirilen bir işlemin hükümet tasarrufu sayılarak yargı denetimi dışında tutulabilmesi için, yargı organının, işleme karşı açılan davayı “siyasi sebep ve düşünce” veya “işlemin mahiyeti icabı” gibi hukuk dışı nedenlerle bakmaması, ön koşullar yönünden reddetmesi gerekir. (Gözübüyük;2, s:19) Danıştay 5.Deavi Dairesi E.1938/6, K. 1939/132 18.03.1939 tarihli kararında memleketin yüksek menfaatlerini koruma maksatlı siyasi nitelikli işlemlerinin yargısal denetime tabi tutulamayacağını belirtmiştir. (Danıştay 5.Deavi Dairesi E.1938/6, K. 1939/132 18.03.1939 tarihli kararı; Danıştay Kararlar Dergisi, S:8 S:85) Danıştay 1942 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir karar ile bir yabancının siyasi düşüncelerle ülke dışına çıkarılmasını hükümet tasarrufu kapsamında saymıştır. (Gözübüyük; 2012, s:23; ayrılı bilgi için bkz: İsmet Giritli; Türkiye’de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, 1958, s:115)

Danıştay, 1978 tarihinde verdiği bir kararında yabancıların sınır dışı edilme işlemlerini hükümet tasarrufu kapsamında örmeyerek sınır dışı edilme işleminin iptaline karar vermiştir. (Kazancı cum.tr.; Danıştay 12.dairsi E.1977/1349, K.1978/955 K.T. 24.4.1978 tarihli kararı)

1982 Anayasası açısından Türkiye’de hükümet tasarruflarının olmayacağı doktrinde belirtilmektedir. (Giritli,v.d.; 2006 s: 115; Akgüner, Berk; 2017, s: 149) Anayasa’nın, yürütme yetkisini düzenleyen 8.madesi, Anayasa’nın bağlayıcılığına ilişkin 11.maddesi ile idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olduğunu düzenleyen 125.maddesi karşısında hükümet tasarruflarının olamayacağı belirtilmiştir. Bu görüş çerçevesinde, yürütmenin, hükümet işlevi içine giren bir görevini yerine getirmek amacıyla yaptığı bir işlemi, Danıştay, ön-koşullar yönünden reddetmeyecektir. Danıştay, böyle bir durumda uyuşmazlığın esasına girecek ve

“idarenin takdir yetkisi” çerçevesinde uyuşmazlığı çözümlenecektir. (Giritli,v.d.; 2006 s: 115; Akgüner, Berk; 2017, s: 149)

Benzer şekilde, Danıştay’ın, yüksek politika alanına giren yönetsel işlemlere karşı açılacak davalarda önkoşullar yönünden davayı reddetmesi, davanın esasına geçerek, konunun “idarenin takdir yetkisi içinde değerlendirilmesinin” hukuk devleti açısından daha uygun düşeceği doktrinde belirtilmiştir. (Gözübüyük; 2012, s:24)

Bu noktada bir hususu açıklamak gerekmektedir. Hükümetin aldığı kararlar yani Bakanlar Kurulu Kararları gerek Anayasa 125 gerekse ilgili diğer mevzuat hükümleri gereğince Danıştay’ın denetimine tabidir. Bu konuda yürütme organına ilişkin Anayasa hükümleri, Danıştay Kanunu ve ilgili mevzuat gerekli düzenlemeleri içermektedir. Ancak Bakanlar Kurulu idari organ olmasının yanı sıra aynı zamanda siyasal iktidarı da temsil etmektedir. Bir yönü ile de siyaset mekanizmasının karar organlarından bir tanesini oluşturmaktadır. Bu yönü ile Bakanlar Kurulu’nun yani Hükümetin almış olduğu bir takım kararlar niteliği itibari ile siyasi yönü ağır basabilecek kararlardır. Ancak bu durum Bakanlar Kurulu kararlarını yargı denetiminden muaf hale getirmemektedir. Yukarıda belirttiğimiz, hükümet tasarruflarına ilişkin, Danıştay kararlarında ortaya çıkan değişiklik ve doktrindeki görüş dolayısıyla günümüzde Bakanlar Kurulu’nun siyasi nitelikteki kararları da yargı denetimine tabi tutulmakta ve hatta iptal dahi edilmektedir.

Bu konuda verilebilecek bir örnek Danıştay.10.Dairesinin, E.2002/4061, K.2004/5219, K.T. 28.05.2004 tarihli kararında Yüksek Planlama Kurulu kararının idari yargı tarafından iptal edilmesinin yalnızca iç hukuku ilgilendirmediği, konunun ülkelerarası hukuki problemler çıkarabilecek nitelikte olması sebebi ile Bakanlar Kurulu tarafından alınan ilgili yargı kararının uygulanmaması yönündeki prensip kararını, savunmanın, işlemin “hükümet tasarrufu” olmasına rağmen iptal etmiştir.

Danıştay, hükümet tasarrufu sayılabilecek siyasi nitelikli Bakanlar Kurulu kararlarını, ön koşullar yönünden incelenmeksizin reddi yerine işin esasına girip, takdir yetkisinin denetimi çerçevesinde inceleme yapmaktadır.

Danıştay.10.Dairesinin, E.1990/4944, K.1992/3569, K.T. 13.10.1992 tarihli kararında; Irak'ın Kuveyt'i işgali üzerine çıkan savaş nedeni ile Nato kuvvetlerinin, Bakanlar Kurulu tarafından istenilmesine ilişkin işlemin iptali istemi ile davayı, işin esasına girerek incelemeye almıştır. İptali istenen işlemi hukuka aykırılık yönünden denetleyen Danıştay, hukuka aykırı bir yön bulmadığından iptal isteminin reddine karar vermiştir.(Danıştay.10.Dairesi, E.1990/4944, K.1992/3569, K.T. 13.10.1992; Danıştay Dergisi, s.87, s.478-483)

İdarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetim dışında kalmasını sağlayan bir diğer durumun "yasama kısıntısı" olduğunu yukarıda belirtmiştik. Yasama kısıntısı; yasama organının kanunlar yoluyla idari yargı alanına getirdiği sınırlamalardır.(Giritli, v.d.; 2006, s:115; Akgüner, Berk; 2017, s:149)

Yasama kısıntısına verilebilecek örnekler arasında; birincisi, 298 sayılı "Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunu"nun 111, 131 ve 132.maddeeri uyarınca Yüksek Seçim Kurulu'nun kendiliğinden veya itiraz üzerine verdiği kararlar kesindir ve bu kararlara karşı hiçbir mercie ya da kanun yoluna başvurulamaz. İkincisi ise Anayasa'nın 125.maddesine 2010 yılında 5982 sayılı kanun ile eklenen cümle ile Yüksek Askeri Şura'nın "terfi işlemleri" ile "kadrosuzluk" nedeniyle, emekliye ayrılma dışındaki her türlü "ilişik kesme" kararlarına karşı yargı yolu açılmış, bu hali ile Yüksek Askeri Şura'nın "terfi işlemleri" ve "kadrosuzluk nedeniyle ilişik kesme işlemleri" yargısal denetim dışında tutulmuştur. Elbette ki bu kanunlar dışında hukukumuzda idari yargı yolunu kapatan başka kanunlar mevcuttur. Lakin, biz burada bu iki örneği vermeye yetiniyoruz. (diğer örnekler için bkz: Akgüner, Berk; 2017, s:151 vd.)

İdari yargı bir idari işlemin, eylemin veya sözleşmenin hukuka uygunluk denetimini yaparken yukarıda bahsedilen ilkelere hareket eder. Bu ilkelere uygunluk birçok yönden önem arz etmektedir. Ancak bunlar içerisinden önemli olan bir husus: Yerindelik denetimi yasağına uygunluk yönünde ortaya çıkmaktadır. Bu ilkenin ihlal edilmesi kuvvetler ayrılığı ilkesini zedeleyecek türden sonuçlar doğurur. Bu aynı zamanda fonksiyon gaspı sonucunu da doğurur. Şimdi ayrı ayrı bu ilkelere uygun denetim yapılmasının gerekliliği üzerinde durmak gerekmektedir.

İdari yargı hukuka uygunluk denetimi yapar. İdari yargı mercii önüne gelen uyuşmazlıktaki idari işlemşn hukuka ygun olup olmadığı üzerinde inceleme yapar.(Gözübüyük; 2012, s:17)

Sadece pozitif hukuka uygunluk ya da sadece ulusal hukuk normlarına uygunluk veya sadece kanuna uygunluk hukuka uygunluk anlamına gelmemektedir. Şayet öyle olsaydı yapılan yazılı hukuk normlarının yargısal denetime tabi tutulmaları düşünülemezdi. İdare ya da yasama organı tarafında yapılan herhangi bir yazılı hukuk kuralı, konusu ve yetkisine göre Anayasa ve yasalarda belirtilen bağımsız ve tarafsız yargı mercilerince denetime tabi tutulmaktadırlar. Bu nedenle bir yazılı hukuk metninin hukuka uygun olduğu kuralını kabul etmekle beraber idari yargı mercii hukuka uygunluğu yazılı hukuk metinlerine uygunlukla sınırlandırmamalıdır. Hukuk devleti olmanın gereği hukuku pozitif hukukun üstünde onu da kapsayan nitelikte uygulamaktan geçmektedir. Aksi halde ortaya çıkacak devlet kanun devletidir.

Bu hukuka uygunluk denetimi kuralı sadece Anayasa’da yer almamakta aynı zamanda 2577 sayılı Kanun’da 2.maddede de yer almaktadır. İlgili madde hükmü incelendiğinde yasa koyucunun yargısal denetim ile ulaşmak istediği amacın hukuka uygunluk denetimi olduğu anlaşılmaktadır. İdarenin, kanuna uygun olan herhangi bir etkinliğinin, idari yargı mercii tarafından hukuka uygunluk yönü ile denetlenmesi gerek Anayasa gerekse de 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu’na uygundur. İdarenin herhangi bir etkinliğinin kanuna uygun olması, kural olarak hukuka da uygun olduğu anlamını taşır. Ancak kanuna uygunluk ayrı, hukuka uygunluk ayrı kavramlardır. Dolayısıyla, hukuka uygunluk denetimi sadece kanuna uygunluk yönü ile yapılan bir denetimle sağlanamaz. Bu nedenle idari yargı yerleri yaptıkları denetimde kanuna uygunluk ile hukuka uygunluğu ayırarak yargısal denetim yapmak durumundadırlar.

İşlemin kanuna uygun olması karine olarak hukuka uygun olduğu anlamına gelmektedir. Ancak yargı mercii her somut olayda kanuna ve sair mevzuata uygun olan işlemin hukuka uygunluğunu ayrıca değerlendirmelidir. Bu değerlendirmeyi

yaparken yukarıda da belirttiğimiz hukukun geniş perspektifinden faydalanmalıdır. Hâkim, önüne gelen idari uyuşmazlıkta çözümü iç hukuk kurallarından yola çıkarak Anayasa ve uluslararası hukuk kuralları ile hukukun genel ilkelerini de göz önünde bulundurarak aramalıdır. Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasında yer verilen düzenlemenin gereği olarak temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve bu sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermeleri durumunda iş bu sözleşmelerin uygulanacağı belirtilmektedir. Görülüyor ki özellikle insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler tarafından düzenlenen konularda verilecek bir yargı kararında Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası gereğince bu sözleşmelerin kanunların önünde uygulanması gerekmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar gösteriyor ki, bir idari işlem, eylem veya sözleşme dava konusu edilmekle davacı tarafın menfaat veya hak ihlali iddiası ortaya çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda insan hakkı ihlali ihtimali de dikkate alınarak uluslararası sözleşmelerin incelenmesi gerekmektedir ki gerçek anlamda hukuka uygunluk denetimi yapılabilin.

İnsan haklarını ilgilendirmeyen konularda dahi yargı mercii yapacağı incelemede salt iç hukuk metinleri ile kendisini bağlı hissetmemeli, yapacağı incelemeye dava konusu olay ile ilgili var ise Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmeleri de inceleyerek o şekilde bir karar vermelidir. Gerçek anlamda hukuka uygunluk denetimi ancak bu şekilde yapılacak bir yargılama sonucunda ortaya çıkabilecektir.

Devletin temel organları ve örgütlenişi olan yasama-yürütme-yargı organları arasındaki yetki ve denge dağılımının ihlal edilmemesi açısından Anayasa düzenleyici hükümler içermektedir. Devletin organları olan yasama-yürütme-yargı, görev ve yetkilerini başta Anayasa ve daha sonra kaynağını bu anayasadan alan kanun vs mevzuattan almaktadır. Anayasa'nın 6, 7, 8 ve 9.maddeleri iş bu yetkileri ve sınırları belirleyen Anayasa hükümleridir. Yine Anayasa'nın 11. maddesinde de Anayasa'nın bağlayıcılığını ve üstünlüğünü düzenlemektedir.

İdari yargı makamları, incelemesini, İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde sayılan idari işlemin beş unsuru yönünden yapar. Bunlar; yetki, şekil, sebep, konu ve amaçtır. İdari yargı mercii, bu beş unsurdan herhangi birinde eksiklik görmesi halinde dava konusu edilen idari işlemi iptal eder.

Yukarıda bahsedildiği gibi, yapılan incelemede hukuka aykırılık, sayılan beş unsur yönünden araştırılıp incelenmektedir. Danıştay'ın da kararlarında yapılacak incelemenin bu beş unsur yönünden gerçekleştirileceğine ilişkin atıflar bulunmaktadır. Danıştay 15.D. 10.06.2016 Tarih, 2016/3697 E.2016/4340 K. Nolu kararında iptal davalarının idari işlemin beş unsurundan herhangi biri ile hukuka aykırılıklarından dolayı iptaller için açılan davalar olarak tanımlamaktadır. Mahkeme bu kararıyla da bizzat İYUK md:2'deki hükme atıfta bulunmuştur. (benzer atıf için bkz: D.15.D.06.10.2016 Tarih, 2016/1989 E.2016/4312 K.nolu kararı; D.17.D. 27.01.2016 Tarih 2015/13451 E.2016/372 K.nolu kararı; D.6.D.27.01.2016 Tarih 2015/7800 E.2016/231 K.nolu kararı; D.5.D. 30.05.2012 Tarh 2010/2930 E.2012/3814 K.nolu kararı; kaynak, www.kazancı.com.tr)

Yukarıda belirtilen, Danıştay'ın, değişik kararlarında dikkat edilmesi gereken husus; sürekli olarak kararlarda İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2. maddesine atıf yapmakla kalınmayıp, bizzat kanun metninin karar içerisine alınarak öneminin vurgulanmak istenilmesidir. Görüldüğü gibi Danıştay, idari işlemlerin hukuka uygunluk denetimlerinde, incelemenin beş unsur üzerinden yapılması gerektiğini ve bunu da İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2. maddesinde açıkça belirtildiğini ifade ederek incelemesini ve kararlarını bu esaslar üzerine oturtmaktadır.

Yargısal denetimin hukuka uygunluk açısından yapılmasının yanında bu denetimin idari işlemin beş unsuru yönünden olacağı da açıkça Danıştay kararlarında belirtilmektedir. Bu beş unsura aynı zamanda iptal nedenleri de denilmektedir.(Çağlayan; 2017,s:79) Hukuka uygun olan bir işlem, bu unsurları bünyesinde tamamıyla bulunduran işlemdir. Bu unsurlardan birinin eksik olması işlemi hukuka aykırı hale getirir ve bunun da karşılığı o işlemin iptal edilmesidir. (Çağlayan; 2017,s:79)

Yerindelik denetimi yasağı: Bu idari işlemin isabetli olmadığı, ihtiyaca uygun olup olmadığı yönünde yapılan bir denetim yasağıdır. Burada bahsedilen yargı mercisinin, bahse konu idari işlemi ihtiyaca uygunluk veya isabetli olup olmama yönünden denetleyemeyeceğidir. Yapması gereken şey en fazla beş unsur yönünden incelemektir. Yargısal denetime tabi idari işlemin zamanını, yerini, en uygun araç ve gereci ve sorunu çözmek için en uygun çözümü belirleme yerindelik denetimi yapmak anlamına gelmektedir. .(Çağlayan; 2017,s:82)

İdari işlemin yargısal denetimi yapılırken özellikle, sebep ve maksat yönlerinden yapılan denetimde, yapılan hukuksal denetimin zaman zaman yerindelik denetimi ile çakıştığı, bu durumda ise yargı organının ciddi eleştirilere tabi utulduğu bilinmektedir.(Şen; 2013,s:1625) Yargısal denetim gerçekleştirilirken idari yargı mercii farklı nedenlerle eleştirilere tabi tutulmaktadır. Kanunun yayımı tarihinden itibaren anılan ilkelere esaslı bir değişiklik olmamasına rağmen yargı organı farklı değerlendirmeler yolu ile farklı kararlar vermektedir. Denetimin sıkı yapıldığı durumlarda yerindelik denetimi yaptığı yönünde eleştirilen yargı organı, yargısal denetimin daha dar yapıldığı halde ise kişi hak ve hürriyetlerinin korunması ve sağlanması yönünden eleştirilere tabi tutulmaktadır. .(Şen; 2013,s:1626)

Danıştay 5.D. 1997/1422 E.1997/2952 K. Nolu 10.12.1997 Tarihli vermiş olduğu kararında, idari işlemi denetlerken, işlemin sebep ve maksat unsurları bakımından hukuka uygunluğunu denetlemektedir. Ancak, Danıştay, yerindelik denetimi yapmamaktadır. Yani idari yargı, işlemin gerekli olup olmadığını, ihtiyaca uygun olup olmadığını denetlememekle birlikte işlemi sebep ve maksat yönlerinden denetleyebilmektedir. Bu idari yargı yetkisini ince sınırdır.

İdari işlem ve eylem niteliğinde karar verememe: İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2.maddesinde yer alan denetim sınırlarından bir tanesidir. Bu madde kapsamında yapılan yargısal denetimde mahkeme, yukarıda değinildiği gibi yerindelik denetimi yapamamasının yanında idari işlem niteliğinde de karar veremez.(Şen;2013,s:1625) Örneğin, inşaat ruhsatı talebinin reddi şeklindeki işlemin mahkeme kararı ile iptal edilmesi halinde, mahkeme kararı ruhsat verildiği anlamına gelmez. Sadece idareye ruhsat verme yükümlülüğü yükler. .(Çağlayan; 2017,s:84)

İdari yargı organlarının idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı vermeleri, idarenin yerine geçerek karar vermeleri anlamına gelir ki bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesine ve bu ilkenin güvencesi konumundaki Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır. (Kaya; 2011, s:193) Danıştay 3.D.E.1986/1816, K.1987/347, K.T.04.02.1987 tarihli kararında idari yargının, işlemin hukuka uygulunu denetleyeceği yerde idarenin yerine geçerek eylem ve işlem tesis etmesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmektedir. (Kaya; 2011, s:193)

Her kurumun yetkisi Anayasa tarafından açıkça ortaya konulmuştur. Kurumların yetkileri, kuvvetler ayrılığı gereği, bir diğer kurumun yetki alanını ihlal etmeyecek şekilde düzenlenmektedir. Nasıl ki bir idari merciden, yargı kararı vermesini beklememekte isek aynı durum yargı organından da idari işlem niteliğinde karar vermesini beklemememizi sağlamaktadır. Bu durum sadece kurumlar arasındaki yetki ve görev dağılımının sağlıklı şekilde işlemlerini sağlamamakta, aynı zamanda devletin işlerliğini ve bir bakıma sürekliliğini güvence etmektedir. Aksi takdirde oluşabilecek durum kurumlar arası yetki ve görev dağılımındaki sınırların aşılması durumunda bütünüyle sistemin tıkanmasına neden olabilecek tehlikeydedir.

Kurumlar arasındaki bu ayrılık bir bakıma devlet içerisinde denge mekanizmasını oluşturmaktadır. Bir kurumun yapmış olduğu bir işlem bir diğer kurum tarafından yetkisi dahilinde veya bizzat kendisi tarafından üst makam yolu ile denetime tabi tutulmaktadır. Bu durum hukuk devletinin bir gereğidir. Örneğin konumuz itibari ile bir idari işleme karşı üst mercie başvuru yapılarak hukuka aykırılık giderilebileceği gibi işlemin iptali veya yürütmesinin durdurulması için idari yargıda dava açmak sureti ile yargı yoluna da başvurulabilir. İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 11.maddesi bu hususu düzenlemektedir.

Yani bir idari işlem, yargı makamlarınca denetlenebileceği gibi idarenin kendi iç mekanizması tarafından da denetlenebilmektedir. İdarenin her türlü eylem ve işleminin yargısal denetime tabi olduğu zaten yukarıda da belirttiğimiz gibi Anayasa 125'de güvencesini bulan anayasal bir ilkedir. Bu ilke hukuk devletinin bir gereğidir. Ancak yapılan denetim yolu ile yargı merciinin idari işlem niteliğine geçebilecek karar vermesi de gerek Anayasa 125, gerek İYUK 2 ve gerekse de yukarıda da bir

örneğini verdiğimiz ve aşağıda da örneklerini çoğaltacağımız Danıştay kararları ile hukuka aykırı kabul edilmiş ve yasaklanmıştır.

Danıştay 1.D.1988/336 E, 1988/335 K.19.12.1988 K.T., D.1.D.1982/143 E, 1982/146 K. 07.07.1982 K.T tarihli kararlarında hukuk devleti ilkesine vurgu yapmakta ve bu ilkenin devletin işleyişi ile yönetilenlerin hukuka olan güvenleri açısından önemine vurgu yapmaktadır. Danıştay iş bu kararları ile hukuka uygunluğu hukuk devletinin zorunlu bir unsuru saymaktadır. Devletin yerine getirmekte olduğu hizmetlerin hukukiliği aynı zamanda bu hizmetten faydalanma konumunda olan yönetilenlerin hukuki güvenliğini sağlamak ve hukuka olan güveni perçinlemektedir.

Danıştay Genel Kurulu 1978/80 E., 1978/76 K., 28.12.1978 K.T kararında hukuk devletinin varlığından söz edebilmenin gereklerinden biri olarak idarenin hukuka bağlılığının olması gerektiğinden bahsetmektedir. İş bu kararında Danıştay, yasaları uygulayan ve yönetilenlerle ilgili somut kararlar alma yetkisine sahip bulunan idarenin her türlü iş ve işlemlerinin hukuka uygun olması gerektiğini açıkça ifade etmiş, bunun şartlarının da idarenin ş ve işlemlerinde Anayasa ve yasalara bağlı kalması ile iş ve işlemlerinin yargısal denetime tabi tutulması olduğunu belirtmiştir. İdarenin hukuka bağlılığı bu bakımdan hukuk devletinin de güvencelerinden bir tanesini oluşturmaktadır. İdarenin hukuka uygunluğu yönünde Danıştay'ın değişik tarihlerde verdiği kararlar mevcuttur. (benzer kararlar için bkz: D.5.D. 1974/7046 E., 1978/1437 K., 24.04.1978 K.T. kararı; D.8.D.1988/288 E., 1989/751 K.,10.10.1989 K.T, kararı;) (Kaya; 2011, s:126-127)

Yukarıda atıf yapılan kararlar incelendiğinde ortaya çıkan bir durum vardır. Yargı organı, temel anlamda devletin işlemlerinin özelde ise idari makamların işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi tutularak hukuka uygunluklarının bu yolla denetlenmesinin gerekliliğini ortaya koymaktadır. Yapılan yargısal denetim, idarece yapılabilecek olası hukuksuzlukların ortadan kaldırılmasını sağlamaktadır. Bu yolla yönetilenlerin hukuka ve hukuk devletine olan güvenleri ve bağlılıkları da sağlam temeller üzerine oturtulmaktadır.

Hukuk devletinin bir gereği olarak idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi tutulması yargıya idarenin yerine geçerek karar verebilme yetkisi tanımamaktadır. Bu durum kuvvetler ayrılığının bir gereği ve hukuk devleti ilkelerindedir. Nasıl ki yargısal denetim hukuk devletinin gereği ise yargının idarenin yerine geçecek nitelikte karar vermemesi de hukuk devletinin bir gereğidir. Bu konuda Danıştay.12.D.1970/5455 E.,1971/1469 K.,10.06.1971 K.T. kararında kendisinin yetkisini açık bir şekilde ifade etmiştir İlgili kararda, Danıştay'ın kendisine kanunlarla tanınan yargı yetkisinin sınırlarını aşarak idare yerine işlem tesis etmesinin düşünölemeyeceği ifade edilmiştir. Bu kararıyla Danıştay, kendi yetki sınırını da belirtmiş bulunmaktadır.

Yukarıdaki karar bize şunu göstermektedir ki; idari yargı yerleri, kendi yetkisini hukuka uygunluk denetimi ile sınırlamaktadır. Dolayısıyla idari yargı yerleri, idare yerine geçerek işlem tesis etmeyi yetkisi dışında saymaktadır. Bu durum Anayasa ile kabul edilen kuvvetler ayrılığı ilkesinin üst yargı makamlarından olan Danıştay tarafından da vazgeçilmez bir ilke olarak kabul edildiğini göstermektedir.

İdari yargı, idarenin takdir yetkisini sınırlayacak veya ortadan kaldıracak nitelikte yargı kararı veremez. İdareye tanına takdir yetkisi idarenin hukuka bağlılığına bis istisna teşkil etmemektedir. Bu yetki, idareye hukuk dışı veya üstü bir istisnai bir yetki tanımamaktadır. (Onar; 3.Bası, 2.Cilt, 1966 s:432)

D.5.D.1995/1788 E., 1997/2389 K., 30.10.1997 K.T. kararında hizmetin sürekli, etkili ve verimli bir şekilde yürütölebilmesi için hizmet şartlarına uygun olarak idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmektedir. Bu yetkinin de yargı kararıyla sınırlandırılması anlamını taşıyacak şekilde idarenin zorlanamayacağını da açıkça ifade etmektedir.

Başka bir ifade ile bu kararda Danıştay, takdir yetkisini kullanan idareye yargı kararı yolu ile takdir yetkisini sınırlayıcı bir zorlama yapılamayacağını belirtmektedir. Takdir yetkisi idareye kanunlarla tanınan bir yetki olup bu konuda kanuni sınırlar çerçevesinde takdir yetkisini kullanan idare, yargı organları tarafından

takdir yetkisini sınırlandırıcı veya ortadan kaldırıcı nitelikte bir karar ile zorlanamaz. Takdir yetkisinin sınırları yalnızca kanunlar ve sair mevzuat ile belirlenmektedir.

Yargısal denetim takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını idari işlemin beş unsurundan ikisi olan sebep ve konu unsurları açısından yukarıda açıkladığımız şekilde denetleyebilir. Aşağıda belirtilen kararlarda Danıştay, takdir yetkisinin sebebe dayalı olması gerektiğinden açıkça bahsetmektedir.

Danıştay, idari işlemin gerekçeli olması hususu üzerinde titizlikle durmaktadır. İdari işlemim-n belli bir sebebe(gerekçeye) dayalı olmasının idare hukukunun bilinen genel ilkesi olduğunu, öyle ki; yasada sebep gösterilmesinin zorunlu olmadığı durumlarda dahi İYUK md 20 gereği işlemin gerekçesini mahkemeye bildirmesi gerektiğini belirtmektedir.

Somut gerekçe gösterilmesi gerektiğine ilişkin Danıştay 5.D. 1980/492 E., 1984/2185 K., 10.05.1984 K.T. kararında tesis edilen işlemin gerekçesinin belirtilmesinin yasal bir zorunluluk olmadığını belirtmesine rağmen, İYUK'un 20.maddesinin gereğince dava konusunun çözümlenebilmesi için idare tarafından gerekli bilgilerin verilmesi gerektiğinden bahsedilmiştir. Kararında dava konusu işlemin gerekçelendirilemediğinden bahseden Danıştay, tesis edilen işlemde takdir yetkisinin kullanımı noktasında açık hataya düşüldüğünü belirlemiştir. Danıştay'ın gerekçelendirme konusunda verdiği yukarıdaki kararına benzer bir çok kararı bulunmaktadır. (benzer kararlar için bkz: D.10.D. 1985/2228 E., 1987/2181 K., 24.12.1987 K.T. kararı; D.5.D., 1997/1422 E., 1997/2952 K., 10.12.1997 K.T. kararı; D.10.D., 1992/4292 E., 1993/2338 K., 27.05.1993 K.T. kararı; D.5.D., 1985/296 E., 1986/395 K., 27.03.1986 K.T., kararı; D.5.D. , 1985/1207 E., 1986/1018 K., 13.10.1986 K.T. kararı; kaynak, www.kazancı.com.tr)

Somut gerekçe aradığı yukarıdaki kararlarının yanında Danıştay bazı kararlarında ise takdir yetkisini geniş yorumlamıştır. Örneğin, vatandaşlığa kabul ve kamu görevine atama istemlerinin reddi konusunda idarenin takdir yetkisini oldukça geniş yorumlamaktadır.(bu yöndeki kararları için bkz: D.5.D.1985/606 E., 1986/986 K.,

05.10.1986 K.T. kararı) Görülmektedir ki, Danıştay, idarenin takdir yetkisini yorumlarken somut olayın özellikleri ile işlemde etkilenenlerin durumlarını da değerlendirerek, yerine göre idareyi tesis ettiği işlemin sebebini açıklamaya zorlamakta iken bazı durumlarda ise takdir yetkisini geniş yorumlamaktadır.

C. İDARENİN YARGISAL DENETİMİNDE LAİKLİK İLKESİ

İdarenin yargısal denetimine egemen olan ilkeleri yukarıda açıklamıştık. Bu ilkeler, Anayasada ve 2577 sayılı kanunda yer almaktadır. Anayasa'da yer alanların Anayasa'nın başlangıç bölümü ile devletin temel nitelikleri olduğunu, bunlara ilaveten, Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan idari yargıya ilişkin ilkeler olduğunu belirtmiştik.

Anayasa'nın 125.maddesi ile 2577 sayılı Kanun'un 2.maddesindeki ilkelerin ise idari yargılama hukukunun ilkeleri olduğunu belirtmiştik. Şimdi ise yukarıda açıkladığımız ilkelerden olan ve gerek idare hukukunun gerekse de Anayasa hukukunun temel ilkelerinden bir tanesi olan laikliği idari yargılama hukuku açısından ele alacağız.

Laiklik, inansın ya da inanmasın herkesin eşit şartlarda ve özel yaşamından dolayı özel bir işlem göremeyeceği bir sistemi ihtiva etmektedir. Hiç kimse özel yaşamı veya inancından dolayı menfi ya da müspet bir ayrımcılığa tabi tutulamamakta veya tabi tutulmayı talep edememektedir. Çünkü kişiler arasında eşit muamele zorunluluğu ile ayrımcılık yasağı söz konusudur. Şunu belirtmek gerekir ki Anayasa'daki pozitif ayrımcılığa ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla laiklik ilkesi ile hiç kimseye hiçbir şekilde salt bir ırk, dil, din, mezhep, felsefi veya ideolojik inançları sebebi ile pozitif ayrımcılık yapılması da yasaklamaktadır. Bu ilke ile bu şekilde bir pozitif ayrımcılık yapılmayarak toplumun geri kalanının hukuka olan bağlılığı ve inancı ile hakları korunmaktadır. Kısaca, laiklik ilkesi, her türlü negatif ayrımcılık ile Anayasa'daki pozitif ayrımcılığa ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla pozitif ayrımcılığı yasaklamaktadır.

Anayasa Mahkemesi de, E.53, K.76 K.T. 21.10.1971 günlü kararında laikliğin yalnızca hukuksal değil aynı zamanda sosyal, siyasal tanımlarını da yapmış ve laikliğin ulusal ve hukuksal değerini geniş biçimde ele almıştır. (Benzer

nitelikteki kararlarına örnek olarak; E.19, K.48, K.T.03.07.1980 günlü ve E.2, K.2, K.T. 25.10.198 günlü kararları) (Akgüner, Berk; 2017,s:51)

Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki hassasiyeti yakın tarihli kararlarında da görülmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin E.2014/36, K.2015/51, K.T. 27.05.2015 günlü, E.2015/13, K. 2015/108, K.T.25.11.2015 günlü, E.2016/6 (Değişik İşler), K.2016/12 K.T.04.08.2016 günlü (Genel Kurul Kararı) (Akgüner, Berk; 2017,s:51'deki dipnot)

Laiklik ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin E.1986/11, K.1986/26, K.T. 04.11.1986 tarihli kararında modern devlette dini inanç ve laikliğin ne şekilde bağdaştırılacağına ilişkin olarak yaptığı açıklamada laik devlette herkesin dinini seçmekte ve açığa vurmakta özgür olduğunu belirtmektedir. Bu durumun dini itikadi olmayanlar açısından da geçerli olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca böyle bir devletin dinlerden herhangi birini de seçme hakkının bulunmadığını ifade eden mahkeme, böyle bir durumun olması halinde diğer dinlere mensup olanlar açısından kanun önünde eşitliğin sağlanamayacağından bahsetmektedir. Kararında mahkeme laik devleti yan tutmayan devlet olarak tanımlamaktadır. (Akgüner, Berk; 2017,s:52)

İdare hukuku açısından konuyu yani laikliği değerlendirirken iki duruma göre ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekmektedir. Birincisi; idarenin kendisinin laik bir düzene sahip olmasının belirtilmesi gerekir ki bunun için idari teşkilatın ele alınması ve kurumsal bazda değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu başlık altında Türk idari teşkilatını tümüyle incelemek yerine yalnızca konumuz ile alakalı olduğunu düşündüğümüz, kamu hizmetinin yürütüldüğü kurum ve kuruluşları ve bunların iş ve işlemlerinin idari yargı mercilerince laiklik ilkesi çerçevesinde denetime tabi tutulma durumlarını inceleyeceğiz. Bunlar, Anayasal bir kurum olan Diyanet İşleri Başkanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinde yer alan imam hatip okullarıdır Ayrıca bu çerçevede Kur'an kurslarını da ele alacağız.

İkincisi; kamu hizmetinden faydalanan kesimi oluşturan vatandaşlara ilişkin idari yargı mercilerinin yaklaşımıdır. Burada dikkat edilmesi gereken idari yargı mercii bir idari işlemi laiklik açısından incelerken o işlemin muhatabı olan kişileri de bu ilkeye uygunluk yönünden denetlemektedir. Yani hizmeti alan kişiler de laiklik ilkesine uygunluk açısından denetlenmektedirler. Özellikle bu denetim, devlet kadrolarında çalışma konularında ve eğitim hakkının düzenlenmesi ve bu hakkın

yerine getirilmesi konusunda sıkça gerçekleşmektedir. Yoksa, Devlet, örneğin sağlık hakkından yararlanma konusunda dahi kişilerin bu haktan yararlanırken laikliğe uygun davranmalarını zorunlu kılmamakta ve bu yönde bir yargısal denetim yapmamaktadır. Böyle bir tutum kanımızca laik bir devlette değil, otoriter bir devlette söz konusu olabilmektedir. (detaylı inceleme için bkz; Ali Ulusoy, 2004, s: 195 vd.)

1-İdare Açısından Laikliğin Değerlendirilmesi:

Laiklik açısından idari teşkilat içerisinde yer alan en önemli kurum Diyanet İşleri Başkanlığı'dır. Bunun yanında bir de Milli Eğitim Bakanlığı bünyesindeki imam hatip liseleri gelmektedir. İlk önce Diyanet İşleri Başkanlığı ardından da imam hatip liseleri incelemeye tabi tutulacaktır. Burada, yalnızca bu iki kurumu ele alıyor olmamızın nedeni, bu kurumların gördükleri hizmetin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Örneğin; Diyanet İşleri Başkanlığı'nın, din hizmetlerini yerine getirirken laik devlet ilkesi çerçevesinde hareket etme zorunluluğu ile imam hatip liselerinin, laik eğitim vermekle yükümlü olan Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinde bulunuyor olmasından dolayı bu iki kurum üzerinde değerlendirme yapma gereğimiz hasıl olmuştur

Bir idari organ olan Diyanet İşleri Başkanlığı'nın kuruluşu Cumhuriyet'in hemen ardın gerçekleşmiştir. 3 Mart 1924 tarihli ve 429 sayılı kanunun 1.maddesi ile İslam dininin itikad ve ibadete dair bütün hükümleri ve işlerinin düzenlemesi için Diyanet İşleri Başkanlığı kurulmuştur. Gerek 1961 Anayasası gerekse de 1982 Anayasası bu kurumu genel idarreda içerisinde saymıştır. Diyanet İşleri Başkanlığı anayasal bir kurumdur. Anayasa'da yer almış ve görev ve yetkileri Anayasa ve kanunlarla belirlenmiştir. Anayasa 136.maddesinde bu kurumun genel idare içerisinde yer aldığını belirttikten sonra kurumun ifa edeceği görevin niteliğinden kaynaklı olarak özellikle "..., laiklik ilkesi doğrultusunda..." ifadesini kullanmıştır.

Bu yukarıda bahsi geçen ifadenin konulması, kurumun kanunlarla kendisine verilen görevleri yerine getirirken her türlü etki ve baskıdan uzak kalmasını sağlamaya yöneliktir. Oluşabilecek bu tip baskıları göz önüne alan anayasa koyucu madde metni içerisinde "...bütün siyasi görüş ve düşüncelerin dışında.." ifadesini yerleştirerek bu konuda ne kadar hassas davrandığını bir kez daha göstermiştir. Dinin teknik bir kamu hizmet olarak Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından sunulmasının

Anayasada yer alan laiklik ilkesine ters düşmediği söylenebilir.(Tarhanlı; 1993, s:175) Çünkü, din hizmetlerinin idari teşkilat içerisinde yer alan bir kurum tarafından yerine getirilmesi kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyet oluşturmaktadır. Kamu hizmeti niteliğindeki bir faaliyetle de toplumsal ihtiyaçlar karşılanacağından dolayı konuyu yalnızca din-devlet ayrılığı üzerinden ele alarak laikliğe aykırı bir durum olarak değerlendirmemek gerekmektedir. Ancak, yine Tarhanlı hocanın belirttiği üzere, öğretilerdeki bu noktadaki ortak payda laiklik ile devlet içinde diyanet işlerini düzenleyen kurumun varlığının bağdaşmadığı yönündedir.(Tarhanlı; 1993, s:176)

Anayasa Mahkemesi 21.10.1971 Tarihli, E.1970/53, K.1971/76 karar nolu kararında, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Anayasa'da yer almasının, dinin devletçe denetiminin yürütülmesi, din işlerinde çalıştırılacak kimselerin yetenekli olarak yetiştirilmesi yoluyla dini taassubun önlenmesi ve dini toplum için manevi bir disiplin olmasının sağlanması ve böylece Türk milletinin çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi gibi nedenlere dayandığı gibi aynı zamanda toplumun çoğunluğunun Müslüman olduğu ülkemizde din ihtiyaçlarını görececek kişilerin, mabet ve başka maddi ihtiyaçların sağlanması ve bunların bakımı gibi konularına da yardım etmek nedenlerine de dayanmaktadır. Diyanet İşleri Başkanlığının Anayasa'da yer almasının yukarıda açıklanan nedenler karşısında laiklik ilkesine aykırı düştüğü kabul edilemeyeceğini açıkça belirtmiştir.(Erdil, Ankara Barosu Dergisi 200 – 2, s:68, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2000-2/5.pd>, erişim tarihi, 19.12.2017)

Laiklik konusunda incelemeye tabi tutulacak bir diğer kurum Milli Eğitim Bakanlığı'dır. Bakanlığa bağlı olan okullardan bir tanesi olan imam hatip okullarının durumu laiklik açısından önem arz etmektedir.

Bu okulların kuruluşu cumhuriyetin ilk yıllarına dayanmaktadır. İmam hatip okulları inkılap kanunlarından olan 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu ile kurulmuşlardır. Ayrıca 1739 sayılı 24.06.1973 tarihli Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 32.maddesinde de bu okullara ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir

Bu maddeden anlaşılan odur ki kanun bu tip liseleri din hizmetini yerine getirmekle görevli elemanlar yetiştirmek üzere kurulan okullar olarak tanımlamaktadır. Ancak maddenin sonunda ifade edilen ‘..yüksek öğrenime hazırlayıcı..’ ifadesi sadece din hizmetleri ile ilgili yüksek öğrenim kurumlarına

yerleşmekten bahsetmeyip genel liseler gibi bütün yüksek öğrenim programlarına yerleşmeyi öngören programlar olarak tanımlamaktadır. Aksi takdirde meslek lisesi olarak tanımlandıkları için yalnızca bu tip liselerde okuyanlar değil diğer tüm meslek liselerinde okuyan öğrencileri de yalnızca ilgili mesleki eğitime yönlendirici bir sonuç doğurabilecek niteliktedir. Kaldı ki meslek liselerinde okuyan öğrencilerin yüksek öğrenimde mesleki eğitimi dışındaki bölümleri tercih etmesini engelleyen herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Hatta o kadar ki 2547 sayılı Yasanın 45.maddesinde meslek lisesi mezunlarının kendi alanlarından başka alanda yükseköğrenim görmeyi istemeleri halinde farklı katsayı uygulanacağına ilişkin bir kural dahi bulunmamaktadır. (Tezcan, v.d.,2016, s:590) Ancak, maddenin sonundaki ‘...yüksek öğrenime hazırlayıcı..’ ifadesi meslek liseleri için mesleğine ilişkin alandaki yüksek öğrenime (örneğin, ilahiyat fakültesine) şeklinde de yorumlanmaktadır.(bu yorum için bkz. Ulusoy, 2004, s:271)

Anayasa'nın din ve vicdan özgürlüğümü düzenleyen 24.maddesinin 4.din ve ahlak eğitiminin ilk ve orta öğretimde okutulan zorunlu dersler arasında yer aldığı belirtildikten sonra bunların dışındaki din eğitiminin ise ancak kişilerin isteği ile küçüklerin de kanuni temsilcilerinin talebine bağlı olduğuna dair bir hüküm yer almaktadır. Anayasa 24/4 de düzenlenen hükümde dikkat edilmesi gereken hususlar madde ayrı ayrı değerlendirilerek açıklanacaktır.

Öncelikle ilk olarak din ve ahlak eğitim ve öğretiminin Devlet'in gözetimi ve denetimi altında yapılacağına ilişkin hüküm, şunu göstermektedir ki Anayasa koyucu din ve ahlak eğitimine özel önem vermektedir. Bu nedenle de bu yönde verilecek herhangi bir eğitim öğretim faaliyetini Devlet'in denetimine tabi tutmaktadır.

Anayasa koyucu din eğitimine verdiği önemden dolayı bu konuyu eğitim hakkını düzenleyen maddeden ayrı olarak Anayasa'nın 24.maddesinde ayrıca düzenlemiştir. O kadar ki her konuda verilen eğitim devlet tarafından denetlenebilir nitelikte olmasına rağmen, Devletin gözetim ve denetimi altında bir din ve ahlak eğitiminin, eğitim hakkını düzenleyen maddeden ayrı ve özel olarak düzenlenmesi konuya verilen önemin bir göstergesidir.

Devlet, gerek okullarda gerekse de özel teşebbüsler vasıtasıyla yapılan din ve ahlak eğitimini denetleyerek bu eğitim ve öğretim yoluyla hem kişilerin ve

küçüklerin din ve inanç özgürlüklerini korumak, hem de Anayasa'nın 42.maddesinde düzenlenen eğitim ve öğrenim hakkının kapsamının aşılmasını ve çiğnenmesini önlemektedir.

Birinci husus açısından söylenmesi gereken, maddedeki hüküm yalnızca kişilerin istemedikleri bir dine ilişkin eğitim almalarını önlemek ile kalmayıp aynı zamanda istedikleri dine ilişkin eğitim almalarını da güvence altına almaktadır. Burada çift yönlü bir güvence söz konusudur.

İkinci husus ise Anayasa'nın 42.maddesindeki düzenlemeye ilişkindir. Anayasa'nın 42.maddesinin 3.fıkrasında yer alan düzenleme ile şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Açıkça eğitim ve öğretim kurumlarının ve bu hizmeti verecek olan teşekküllerin hangi kriterler ile bağlı oldukları belirtilmiştir. Bu ilkelere aykırı eğitim kurumu açılmayacağı da maddede açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca ilgili maddenin 4.fıkrası anayasaya sadakat borcundan bahsetmektedir. Bu borcun eğitim ve öğrenim hürriyeti ile ortadan kalkmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın yukarıda bahsedilen 24 ve 42.maddelerinin birlikte değerlendirilmesinde ortaya çıkan sonuç, ister devlet okulları veya özel okullarda olsun isterse de özel teşebbüsler vasıtasıyla(örneğin dernekler) verilsin din ve ahlak eğitimi Anayasa'nın 42.maddesindeki sınırlara uygun olarak verilmelidir. Bu sınırlara uygunluk da devlet tarafından denetlenmekte ve gözetlenmektedir. Burada Devleti yalnızca idari teşkilatlanma olarak ele almamak gerekir. Bu denetim, Devletin bir organı olan yargı organı tarafından da yerine getirilir.

Danıştay 8.Dairesi'nin E.2006/4107, K.2007/7481, K.T.28.12.2007 tarihli kararında, Devlete, verilen din ve ahlak eğitiminin, Türk eğitim sistemine egemen olan ve Anayasa'nın 42.maddesinde belirtilen ilkelere uygun olarak verilip verilmediğini denetleme yetkisini belirtmektedir. Bu denetimin Devletin ayrımcılık yasağı ve eşit muamele zorunluluklarına riayetten kaynaklandığı da açıktır. Hali ile devlet bu karardan da açıkça anlaşılıyor ki tüm dinsel inançlara eşit mesafede durmakla yükümlü olduğu için herhangi bir dine ilişkin eğitimi de yalnızca Anayasa'da belirtilen ilkeler yönünden denetlemekle yükümlüdür. Yoksa bu denetim yetkisi devlete herhangi bir dine ilişkin verilen eğitimi ortadan kaldıracak nitelikte bir denetim yetkisi vermemektedir. (Benzer bir karar için bkz.D.8.D.E.2007/679, K.2008/1461 K. 29.02.2008 K.T. kararı)

Anayasa'nın 24.maddesinin 4.fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerini birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Şöyle ki; iş bu maddede din kültürü ve ahlak bilgisi eğitimi zorunlu kılınmaktadır. Ancak bu zorunluluğun şartları ve sınırlamaları mevcuttur. Burada dikkat edilmesi gereken konu zorunlu eğitim kapsamına alınan din kültürü ve ahlak bilgisi eğitiminin içerik olarak belirli bir dine ilişkin ritüellerin öğretimine yönelik olmadığıdır. Buradaki din eğitiminden kastın din kültürü bilgisine ilişkin olduğunu fıkranın son cümlesinden anlamaktayız. İlgili hükümdeki zorunlu eğitim dışındaki din eğitim ve öğretiminin ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlı olduğu şeklindeki ifadeden zorunlu olarak verilmek istenen eğitim ile kişilerin isteğine veya küçüklerin kanuni temsilcilerinin talebine bağlı olarak alınacak eğitimin içeriğinin birbirinden farklı olduğu anlaşılmaktadır.

Aksi takdirde Anayasa maddesi kendi içerisine çelişik hale gelir. Yani Anayasa'daki zorunlu din eğitime ilişkin hükmün belirli bir dine ilişkin ritüellerin zorunlu eğitimi olarak kabul edilirse, o zaman Anayasa bir cümlede zorunlu kıldığı eğitimi hemen ardından gelen cümlede isteğe ve talebe bağlamış olur ki o takdirde idari makamlar Anayasa'nın hangi hükmünü uygulamaya kalkacakları noktada tereddüde düşeceklerdir. Bu durum Anayasa'nın bütünlüğünü de zedeleyebilecek nitelikte bir hata olur.

Oysa ki burada kasıt 24.maddenin 4.fıkrasındaki ikinci cümle din ve ahlak bilgisine ilişkin temel kriterler üzerinden verilecek eğitimden bahsederken, üçüncü cümledeki istek veya talebe bağlı olarak alınacak eğitim ise münhasıran bir dine ilişkin eğitimi düzenlemektedir. Buradaki din istekte bulunan veya talep edenin belirleyeceği bir inançtır.

Burada dikkat edilmesi gereken ve yukarıdaki ayrımı pekiştirecek olan bir diğer husus da üçüncü cümledeki eğitimin istek ve talebe bağlı olması karşısında ikinci cümledeki eğitim ise zorunlu olarak kabul edilmiştir. Bu iki cümledeki eğitim konularının zorunlu ve isteğe bağlı olarak ayrıma tabi tutulmalarının yanında bir diğer ayrım da ikinci cümledeki eğitim devlet tarafından verilen bir eğitim iken üçüncü cümledeki eğitim kişiler tarafından alınan bir eğitimidir.

Ancak uygulamada bu iki husus karıştırılarak din kültürü ve ahlak bilgisi eğitimi derslerinde verilen eğitimin İslam dininin içerik öğretimi şeklinde yapıldığı

şeklinde ciddi eleştiriler mevcuttur. Bu eleştiriler idari yargı mercileri önüne dava konusu olarak da gelmiş ve gerek ilk derece mahkemeleri gerekse de Danıştay konuyu ele alarak değerlendirmede bulunmuşlardır.

Danıştay 8.Dairesi E.2007/679, K.2008/1461, K.T.29.02.2008 tarihli kararı bize göstermektedir ki Anayasa'nın 24.maddesindeki zorunlu din dersine ilişkin düzenlemeye yönelik Danıştay, pratikte salt bir dinin öğretimi şeklinde konuyu ele alıp hüküm vermektedir. Öyle ki ilgili kararında açıkça kitap içeriğinin din kültürü bilgisinden ziyade İslam dininin öğretileri ile dolu olduğunu belirtmektedir. (benzer bir karar için bkz; D.8.D., E.2006/4107, K.2007/7481, K.T.28.02.2007 tarihli kararı)

Danıştay'ın yukarıda açıklanan kararında atıf yapılan ve vermiş olduğu kararına dayanak teşkil eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararına da değinmek gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yukarıdaki paragrafta değinilen Danıştay kararında atı yapılan ve iş bu karara dayanak teşkil edilen 09.10.2007 tarih ve Başvuru No: 144804 sayılı Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye kararında, başvuranların Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi derslerinden muaf tutulması taleplerine yönelik olarak, Milli Eğitim Bakanlığınca onaylı 4., 5., 6., 7. Ve 8. Sınıflarda okutulan Din Kültürü ve Ahlak Bilgisine ilişkin beş ders kitabının içeriklerin incelemiş ve sonuç itibari ile bu dersler kapsamında verilen eğitimin tarafsızlık ve çoğulculuk koşullarını yerine getirmediğini ifade ederek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edildiğini belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yukarıda anılan kararında özellikle, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi ders kitapları içerikleri üzerinde yaptığı incelemede bu kitaplarda içerik itibari ile ağırlıklı olarak İslami öğelere yer verildiğini belirtmektedir.

Danıştay'ın iş bu kararı incelendiğine özellikle kitap içerikleri üzerinde durularak AİHM tarafından inceleme yapıldığı görülecektir. Örneğin, kitap içeriklerinde Hz.Muhammed'in hayatının anlatılması ile Kur'an'da yer alan surelerin ezberletilmesine yönelik bir içeriğe sahip kitapların okutulmasının İslamiyet'in temel kavramlarını öğretmeye yönelik olduğu anlaşıldığından AİHS'nin ihlaline neden

olduğu belirtilmiştir. (detaylı inceleme için bkz: D.8.D. E.2007/679, K.2008/1461, K.T.29.02.2008 , kaynak kazancı.gov.tr.)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, çok sayıda dinin bir arada bulunduğu demokratik toplumlarda, çeşitli grupların menfaatlerini uzlaştırmak ve herkesin inançlarına saygı gösterilmesinin sağlanması için kişinin dinini veya inancını açıklama özgürlüğüne sınırlama getirilmesi gerekli kılınabilir. (Sancakdar, 2015, s:66'daki 29 nolu dipnottaki AİHM kararı)

AİHM, dinsel ibadetin herhangi bir şekline katılmaya zorlamayı verilen eğitimin dinsel telkin boyutuna ulaştığı şeklinde değerlendirmektedir.(detaylı bilgi için bkz: Özenç; 2006, s:42 vd.) Böyle bir eğitim, sözleşmenin ihlali olarak kabul edilmiştir. Yukarıdaki kararda, din dersinin içeriğine ilişkin saptamalar da bu doğrultudadır. Dersin adının ne olduğu da bu noktada bir anlam ifade etmemektedir.(zen; 2006, s:44)

Yukarıdaki paragrafta belirtilen dinsel telkine zorlanma konusundaki incelemenin yapıldığı kararda Mahkeme; (bahse konu Angeleni/İsveç kararının değerlendirmesi için bkz: Özenç; 2006, s:42 vd., zen, 2008, s:193) verilecek eğitimin nesnel, eleştirel ve çoğulcu olması gerektiğini belirtmektedir. Ancak, devletlerin, öğrencilere aktaracakları bilgilerin doğrudan ya da dolaylı da olsa dinsel ya da felsefi nitelikler içermesi telkin yasağına aykırılık teşkil etmemektedir. Çünkü bilgi aktarımının her türlüsü az ya da çok felsefi içeriğe sahip olduğundan dolayı, ebeveynler felsefi bilgilerin dersler aracılığı ile aktarılmasının yasaklanmasını isteme hakkına mutlak olarak sahip değillerdir. Aksinin kabulü her türlü kurumsallaşmış eğiti düzeninin işlevsiz kılınması anlamına gelebilecektir. (zen, 2008, s:193)

Bu noktada, devletlerin verdikleri eğitimlerin felsefi içeriklerinin ülkelere göre farklılık göstermesi ve farklı değer ve görüşleri diğerlerine göre daha yaygın aktarmaları doğal bir sonuçtur. Burada AİHM, haklı olarak verilen eğitimlerdeki felsefi içeriğin sistematik telkin boyutuna ulaşmamasını bir standart olarak kabul etmektedir. (zen, 2008, s:193)

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki Danıştay kararında değinilen 16.09.1998 günlü ve E.1997/62, K.1998/52 sayılı kararında din eğitiminin zorunlu ve devletin gözetimi altında yapılmasının nedeninin maddenin gerekçesinde açıkça belirtildiği ifade edilmiştir. (atıf yapılan AYM kararı için bkz: D.8.D.,E.2007/679, K.2008/1464, K.T.29.02.2008, kaynak, kazancı.com.tr.)

Atıf yapılan Anayasa Mahkemesi kararında önemli olan husus yukarıda da belirtildiği gibi, 24.maddedeki din kültürü dersinin zorunlu tutulmasının gerekçedeki dayanağından bahsedilmiş olmasıdır. Mahkeme kararında da belirtildiği üzere madde gerekçesinde bu zorunluluğun mevcut olmasının nedeninin din konusundaki eğitim ve öğretim özgürlüğünün kötüye kullanılmasını engellemektir.

2-Hizmetten Yararlananlar (İdare Edilenler) Açısından Laikliğin Değerlendirilmesi:

İkinci durum kişiler açısından yapılacak incelemedir. Burada kamu hizmetinden faydalanan kişilerin bu hizmetten yararlanırken, durumlarının idari yargı mercilerince laiklik açısından denetlenmesi ele alınacaktır. Bu denetim, kamu hizmetinin gerekleri çerçevesinde ve özellikle kamu düzeni, kamu güvenliği, toplumun huzuru ve refahı, başkalarının haklarının korunması açısından yapılan denetimdir.

Bu çerçevede yapılacak incelemede özellikle eğitim öğretim hakkından yararlanma, çalışma hakkından yararlanma ile nüfus kimlik kartlarındaki "din ibaresi" konularında idarenin tavrı ile bu tavra karşı açılmış bulunan davalarda idari yargı mercilerinin vermiş oldukları kararlar incelenecektir. Bu inceleme yapılırken aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi'nin de konuya ilişkin görüş ve değerlendirmelerine değinilecektir.

İlk önce eğitim hakkından yararlanma konusunu ele alacağız. Bu konu özellikle başörtüsü ile üniversitelerde okuma konusunda önem arz etmektedir. Aşağıda inceleyeceğimiz mahkeme kararlarında başörtüsü takarak yükseköğrenim hakkından yararlanmanın laikliğe aykırı olup olmadığı irdelenmektedir.

Şunu kabul etmek gerekir ki; yükseköğretim kurumlarında türban sorunu ülkemizde, her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirilerek, somut olayın özellikleri de göz önüne alınarak öğretimin iç düzeni açısından değerlendirilmesi

yerine, genel disiplin yaptırımına bağlanarak çözülmeye çalışılmıştır. (Karahanoğulları; 2004, s:211)

Bu nedenledir ki başörtüsü ile üniversitelere girişi sağlamaya yönelik adımlar da 10.ve 42.madde üzerinde yapılan Anayasa değişikliğinde olduğu gibi genel düzenleme yolu ile yapılmaya çalışılmıştır. Oysa somut olayın özellikleri üzerinde değerlendirme yapılarak sınırlama getirilip getirilmeyeceği üzerinde durmak ve genel disiplin hükümleri ile başörtüsüne yasaklama getirmemek daha hukuki olacaktır. Özellikle ileride inceleyeceğimiz Fransız Yargısının görüşü de bu yöndedir. Ancak öncelikle Türk yargısının uygulaması üzerinde durmak gerekmektedir.

Üniversitede derslere başörtülü girilmesini yasaklayan Yükseköğretim Kurulu'nun 20.12.1982 tarihli genelgesi, bir uygulama işlemi ile birlikte dava edilmiş ve Danıştay 8.Dairesi, E.1984/636, K.1984/1574 nolu kararında başörtüsünün Cumhuriyet ilkelerine aykırı bir dünya görüşünün simgesi haline dönüştüğünü ve kadının özgürlüğüne muhalefet niteliği taşıdığını ifade etmiştir. Ayrıca Danıştay bu kararında üniversiteye giden bir yükseköğrenim öğrencisinin Cumhuriyet'in ilkelerini bilebilecek konumda olduğundan bahisle davacının davasının reddine karar vermiştir.(Karahanoğulları; 2004, s:214)

D.İ.D.D.G.K., E.1993/6, K.1994/327 K.T. 17.06.1994 tarihli kararında ise Yükseköğretim Kanunu'na atıfta bulunarak bir üniversite öğrencisinde bulunması gereken niteliklere değinmiş ve başörtüsü takmanın çağdaş bir görüntü sergilemediğinden bahisle iş bu niteliklere aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir.(DD., sy.90, 1996, s:144. Aktaran; Karahanoğulları; 2004, s:214-215)

Yukarıdaki Danıştay kararları detaylı incelendiğinde üç temel sorun bulunmaktadır. 1984 tarihi kararında Danıştay, başörtüsünü Cumhuriyet ilkelerine karşı bir dünya görüşünün temsili olarak kabul etmektedir. Bu yorum ile mahkeme başörtüsü takanlar ile takmayanlar arasında Cumhuriyete bağlılık noktasında farklılıklar olduğunu ve başörtüsünün bu niteliğinden dolayı, bu örtüyü takanların Cumhuriyete muhalif bir ideolojiyi benimsediklerini kastetmektedir. Kararının devamındaki Cumhuriyetin niteliklerini öğretmekle görevli eğitim kurumlarında bu ilkelere bağlılıktan ödün verilmemesini ve bu sebeple yasak getirilmesini hukuka uygun bulmakla yukarıdaki kastını ifade etmektedir.

Danıştay'ın kararındaki bir diğer sorun başörtüsü takmanın kadının özgürlüğüne muhalefet olarak yorumlamasıdır. Bir kadının başını örtmesinin ya da örtmemesinin kadının özgürlüğüyle ne şekilde bir ilişkisi olduğu açıklanmaya muhtaç bir durumdur. Mahkeme bu konuda bir açıklama getirmemektedir. Toplumsal baskının yoğun yaşandığı kesimlerde bu baskıdan dolayı kadınların başlarını örttükleri, bunun da kadınların özgürlüklerine müdahale olduğu söylenebilir. söylenebilir. Ancak, bu baskının dışında bulunan kadınların da başörtüsü takmayı tercih etmeleri, salt başörtüsü takmanın özürlüğü müdahale anlamına gelemeyeceğini göstermektedir.(bu noktada detaylı incelemeler için bkz: (Toprak, Çarkoğlu; 2006, Ergun Özbudun, Laiklik ve Din Hürriyeti, Göztepe, Çelebi,2012) Bu çerçevede, kadınların özgürlüklerine muhalefetin başörtüsünden değil, toplumsal baskıdan kaynaklandığı aşikardır. Bunun yanı sıra başları açık kadınlar da başka bir takım baskılara maruz kalmaktadırlar. Örneğin çalışma, eğitim, seyahat gibi haklarının kısıtlanması veya zorla çalıştırılma gibi baskılar da kadınların özgürlüklerine muhalefet edecek niteliktedir. Görülmektedir ki Danıştay'ın başörtüsüne yüklediği muhalefet niteliği gerçeği yansıtmamakta bilakis üniversitelerde başörtüsü takmayı yasaklayan kararların kızlara başörtüsü takma zorunluluğu getiren toplumsal baskıdan herhangi bir farkı da bulunmamaktadır.

Yukarıda belirtilen kararlardaki üçüncü sorun ise çağdaş görünümün ne olduğuna ilişkindir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun yukarıda atıf yapılan kararında belirttiği, "çağdaş kıyafet ve görünüme ters düşen dinsel nitelikli kılık kıyafet giyen, başörtüsü veya türban takan öğrencinin..., böylelikle yükseköğretim öğrencisi olma sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarstığı açık bulunmaktadır" gibi hangi kıyafetin çağdaş görünüme sahip olduğunu ve bunu kimin hangi kritere göre belirleyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bu durum idarelerin kamu hizmetini yerine getirirken bu hizmetten yararlanacak olan kişiler arasında çağdaş görünüme sahip olup olmama gibi kriterler arayıp arayamayacağı da bir sorun olarak bu kararla karşımıza çıkmaktadır.

Kamu hizmetlerinden herkes eşit olarak faydalanmaktadır. Bu kurala getirilebilecek tek istisna hizmetin gereklerinden kaynaklı sınırlamalardır. Ancak bu sınırlamalar içerisinde hizmetten yararlanacak olan kişilerin çağdaş görünüme sahip olmaları gibi ayrımcılık yasağını aykırı ve eşitlik ilkesini ortadan kaldıracak nitelikte özel kriterler getirilemez. Anayasa md. 10 herkese bu güvenceyi sağlamaktadır.

Ancak Danıştay, daha sonraki kararlarında da yukarıdaki görüşünü devam ettirmiştir.(benzer karar için bkz:D.8.D., E.2000/612, K.2001/6307, K.T.27.12.2001, kaynak, kazancı.com.tr.)

6207 sayılı ‘‘İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’’un çeşitli madde ve maddelerinde yer alan hükümlerin Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan E.2012/65, K.2012/128, K.T.20.09.2012 tarihli iptal davasına ilişkin kararda Anayasa Mahkemesi laiklik ilkesine ilişkin yeni bir yaklaşım sergilemektedir. Mahkeme, yaptığı incelemede laikliğin gelişimine değinmiş ve din ve vicdan özgürüğü konusunda Devletin takınması gereken tavrı da açıklamıştır. Bu çerçevede devle, dinler karşısında tarafsız olmakla beraber, toplumun dini ihtiyaçlarının karşılanması konusunda da yükümlülük sahibidir. Dolayısıyla devlet bu anlamda hem pozitif hem de negatif yükümlülük altındadır. Bu pozitif yükümlülüğün nedeni ise; din ve vicdan hürriyetinin, bireyin manevi gelişimine hizmet eden hak ve hürriyetlerin başında yer almasıdır. Mahkeme, bunun bir sonucunun da Anayasa 24’deki din eğitime ilişkin düzenleme olduğunu belirtmiştir. (Akyılmaz, v.d., 2017, s:177,178)

Üniversitelerde başörtüsü takma yasağını da, özellikle 29.06.2004 tarihli Leyla Şahin/Türkiye kararı ile AİHM tarafından değerlendirilmiştir. Başvuran, iş bu yasağın Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 14.maddeleri ile 1 Nolu Protokolün 2.maddesindeki haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Ancak AİHM tarafından yapılan inceleme sonucunda başvuru reddedilmiştir.(Tezcan, v.d., 2016, s:397)

AİHM, yapmış olduğu inceleme sonucunda İstanbul Üniversitesinin İslami başörtüsü takılmasına sınırlamalar getiren düzenlemelerinin ve bunları uygulamaya yönelik tedbirlerin, güdülen amaçlarla orantılı ve haklı olduğuna ve demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Sonuç olarak AİHM, oybirliği ile Sözleşmenin 9.maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. .(Tezcan, v.d., 2016, s:405,406)

Mahkeme, bu kararında başvurucu aleyhinde karar verebilmek için bugüne kadar zenginleştirdiği içtihadından önemli ölçüde taviz vermek durumunda kalmıştır.(Altıparmak, Karahanoğulları, 2004: 11) Mahkemenin vermiş olduğu karar, bir uyuşmazlığın çözümü olmaktan çok kural koymaya dönüşmüştür. Kura ise; Türkiye halkının büyük bir çoğunluğu belli bir dine mensup olduğundan dolayı,

kamu düzenini korumak, başkalarının hak ve özgürlüklerine zarar vermemek, laiklik ve eşitlik ilkelerini güvenceye almak amacıyla Türk üniversitelerinde türbanla eğitim almak yasaktır. (Altıparmak, Karahanoğulları, 2004: 12)

10 Kasım 2005 tarihli Leyla Şahin/Türkiye davasıyla ilgili Büyük Dairenin temyiz kararında da sonuç değişmemiştir. Büyük Daire, bu kararında, yerindelik denetimi yapamayacağını, üniversitelerin yerine geçerek kurum içerisinde başörtüsü takılmasının kamu düzenini bozup bozmadığını değerlendiremeyeceğini ifade edip, böyle bir değerlendirmeyi ancak üniversitenin yetkili organları tarafından yapılabileceğini belirtmiştir. Bu çerçevede, bu organların ise böyle bir yasağın zorunlu olduğunu, böyle bir yasağın olmaması halinde başı açık insanların korku ve endişeye kapılacağını ve bunun sonucunda da kamu düzeninin sarsacağını düşündüklerini ifade ederek, din ve inancın açığa vurma özgürlüğünün haklı nedenlere dayalı sınırlamalardan kurtulma gerekçesi olmayacağını açıkça ortaya koymuştur. (Tezcan, v.d., 2016, s:406; kararla ilgili ayrıntılı inceleme için bkz: Tezcan, v.d., 2016, s:397-406)

Getirilecek sınırlamanın, din ve inancını açığa vurma özgürlüğüne uygulanacak sınırlamalar bakımından sözleşmeye taraf devletlere hareket serbestisi sağlamaktadır.(Özenç; 2006, s:82) AİHS nin 9.maddesinin 2.fıkrasında ifade edilen din ve inancın açığa vurulmasına dönük sınırlamalar, birçok dinin bir arada bulunduğu demokratik toplumlarda, farklı grupların çıkarlarını uzlaştırmak amacıyla gerçekleştirilebilecek niteliktedir. (Özenç; 2006, s:78)

Konuyla ilgili daha önce de AİHM önüne davalar götürülmüş ve türbanla ilgili aynı kararlar verilmiştir. Bunlar arasında, 01.07.1997 tarihli Kalaç/Türkiye kararı ile AİHK'nin Şenay Karaduman ve Lamia Bulut/Türkiye başvuruları ile ilgili 03.05.1993 tarihli kararları sayılabilir. (Tezcan, v.d., 2016, s:406)

Karaduman ve Bulut/Türkiye kararında, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu "laik üniversitelerde okumayı seçen öğrencinin, kılık kıyafet kurallarına da uymak zorunda olduğu " şeklinde bir ifadede bulunmuştur. Bu noktada Komisyon'un, Türkiye'de diğer Avrupa ülkelerinde görülüşü gibi dinsel cemaatlerce yönetilen üniversitelerin olmadığı, laik eğitim dışında başka bir eğitim veren üniversitelerin bulunmadığı noktasında aydınlatılmadığı anlaşılmaktadır.(Ulusoy;2004, s:125)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yukarıda değinilen Leyla Şahin kararında, üniversitelerde başörtüsü yasağının konulmasının AİHS'ye uygunluğunun her ülke koşulları açısından farklı değerlendirilmesi gerektiğinden bahsetmiştir. (Ulusoy; 2004, s:127) Herhangi bir uygulamanın AİHS'yi ihlal edip etmediği konusunda yapılacak değerlendirmede her ülkenin koşullarının ayrı ele alınması anlaşılabilir bir durumdur. Ancak, aynı fiilin bir ülkede AİHS'ni ihlal edip bir diğer ülkede ihlal etmediği şeklinde verilecek kararlar, yerleşik içtihat haline gelirse AİHM, çifte standart uyguladığı yönünde eleştirilere tabi tutulabilir. (Ulusoy; 2004, s:129)

En az eğitim hakkı kadar önemli olan bir diğer konu da çalışma hakkına ilişkindir. Bu konuda Danıştay'ın 2010'lu yıllara kadar vermiş olduğu kararlarda istikrarlı bir şekilde bayan kamu personellerinin başlarının açık olması gerektiği yönündeki içtihadının biz son yıllarda vermiş olduğu kararlarda değişiklik gösterdiğini görmekteyiz. Aşağıda da inceleyeceğimiz bu içtihat değişikliği ile birlikte amuda çalışan bayan personelin başı açık olarak çalışma zorunluluğu ortadan kalkmış bulunmaktadır.

Kamu hizmetlerinde çalışan personelin kılık kıyafetine ilişkin olarak yasaklayıcı hükümlerin kaldırılması ve başörtülü olarak çalışma izni yönetmelik değişikliği ile gerçekleşmiştir.

16.07.1982 tarihli ve 8/5105 nolu Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilen Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik'in 5.maddesinde personellerin kılık kıyafet konusunda uyması gereken hususlar belirlenmiştir. İlgili maddenin birinci fıkrasının a bendinde daha önce kadınların başları daima açık olacağına ilişkin hüküm 04.10.2013 tarih ve 2013/5443 sayılı bakanlar Kurulu kararı ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik'in 1.maddesi ile yönetmelik hükmünden çıkartılmıştır. Böylece kamuda çalışan bayan personele başörtüsü takma serbestisi getirilmiştir. Belirtmek gerekir ki 1982 tarihli yönetmeliğin ilgili hükmüne rağmen 28 Şubat sürecinden evvel bazı kamu kurumlarında başörtülü çalışanlara müsaade edildiği bilinmektedir. Bu konudaki kesin yasaklama ise 28 Şubat sürecinde uygulanmaya başlanmıştır.(Genç, İlhan; 2012, s:19)

04.10.2013 tarih ve 2013/5443 sayılı bakanlar Kurulu kararı ile yapılan değişiklik sonucunda sadece başörtüsü yasağı değil ilgili yönetmeliğin 5.maddesindeki 1.fikrasının a bendinde yer alan birinci cümlede belirtilen kısıtlamalar da kaldırılmıştır. Ancak bu yönetmelik değişikliği 2.maddesindeki hüküm çerçevesinde emniyet sınıfına mensup olanlar, hakim savcı ve Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarını kapsamamaktadır. Kılık kıyafete ilişkin yönetmeliğin 6.maddesi ile emniyet sınıfına mensup olanlar, hakim savcı ve Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarına ilişkin usul ve esasların ilgili kurum ve kuruluşların özel yönetmeliklerinde düzenleneceği belirtilmiştir. Dolayısıyla özel meslek grubu olarak nitelendirilebilecek olan iş bu meslek mensuplarının kılık kıyafet vs düzenlemeleri özel yönetmeliklerine tabi kılınmıştır.

Konuya ilişkin Danıştay'ın görüş değişikliğinden önceki dönemlerde vermiş olduğu kararlarına örnek olarak; Danıştay 2.Dairesi E.2004/4051, K.2005/3366, K.T.26.10.2005 tarihli kararında davacının okul giriş ve çıkışlarında dahi başörtüsü takmasının Milli eğitim Temel Kanunu'nda belirtilen ilkelere aykırılık teşkil edeceğini ve bunun öğrenciler üzerinde olumsuz etkileri olacağını belirterek davacının iptal istemi ile açmış olduğu davada idari işlemde hukuka aykırılık görmemiştir.

Görüldüğü gibi Danıştay bu kararıyla kamu hizmetlilerinin uymaları gereken kılık kıyafet yükümlülüklerinin hizmeti verdikleri kurum dahili ile sınırlamamakta aynı zamanda işe gidip gelirken de kıyafetlerinin Anayasa ve ilgili Yasalara uygun olması gerektiğini, bunun da hukuka, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olduğunu belirtmektedir.

Avukatlara ilişkin başörtüsü yasağının kalkması ise yargı kararları ile gerçekleşmiştir. Aşağıda ele alacağımı kararlarında Danıştay bayan avukatların başörtüsü takmalarını engelleyen ilgili düzenlemenin ve bu düzenlemeye göre gerçekleştirilmiş olan işlemin yürütmesini durdurmuştur. Bu kararlarla bayan avukatlar avukatlık mesleğini icra ettikleri alanlarda başları örtülü olarak görevlerini yerine getirebileceklerdir.

Danıştay 8.Dairesi E.2012/5257 nolu K.T. 05.11.2012 tarihi kararında, alt düzenleyici işle ile yasada öngörülmeven bir sınırlamanın getirilemeyeceği belirtilmiş, ayrıca başörtülü fotoğrafa ilişkin kriterlerin de Nüfus Hizmetleri

Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte belirtildiğine işaret edilmiştir. Dolayısıyla, yasal dayanaktan yoksun olan dava konusu işlem ile bu işleme dayanak teşkil eden ilgili hükmün yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. İşbu karara yapılan itiraz ise Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 12.02.2013 tarih ve E.2013/184 sayılı kararıyla reddedilmiştir. (benzer bir karar için bkz: Danıştay 8. Dairesinin E.2012/11333 nolu K.T. 16.07.2013 tarihli kararı; kaynak, kazancı.com.tr)

Yukarıdaki kararları ile başörtüsüne ilişkin Danıştay görüşünün değişiklik gösterdiği görülmektedir. Yukarıda belirttiğimiz daha önceki kararlarında başörtüsünü çağdaş görünüm taşımayan kılık kıyafet olarak belirten mahkeme, bu iki kararı bu görüşünden vazgeçtiği gözlenmektedir. Öyle ki bu iki kararda başörtüsü ile çalışma konusunu ele alan Danıştay, önceki kararlarındaki gibi başörtüsü takmak ile Cumhuriyet değerleri veya çağdaşlaşma arasında bir ilişki kurmamakta; konuyu din ve inanç özgürlüğü ile çalışma özgürlüğü perspektifi çerçevesinde değerlendirmektedir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme hükümlerine atıf yaparak, Türkiye açısından bağlayıcılıklarını ortay koymakta ve iç hukuk normları ile bu sözleşmelere aykırı düzenleme ve uygulama geliştirilemeyeceğini açıkça belirtmektedir.

Özetle, Danıştay, başörtüsü meselesini insan hakları bağlamında değerlendirmekte ve çözüm yollarını da temel insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde sağlama yoluna gitmektedir. Bu durum Danıştay'ın konuya ilişkin yaklaşımının köklü şekilde değiştiğini göstermektedir. Yukarıda özellikle eğitim ve çalışma hakkından yararlanma konusunda Danıştay'ın 80'li ve 90'lı yıllar ile 2000'li yılların başlarında verdiği kararlarında başörtüsü ile üniversiteye girişte ve/veya çalışma konusunda çok katı bir tutum içerisinde olduğu görülmektedir. Bu dönemlerde verdiği kararlarında çağdaşlığa, Cumhuriyet değerlerine uymadığından ve laikliğe aykırı olduğundan dolayı başörtüsü ile eğitim almayı ve çalışmayı yasaklamaktadır. Bu dönemde verdiği kararlarında insan hakları konusu üzerinde 2012 ve 2013'de verdiği yukarıda atıf yapılan kararlarında olduğu gibi pek fala durmamaktadır. İnsan haklarına değinmekte ve fakat genellikle sınırlandırılması rejimi üzerinde durmaktadır. Bu bağlamda Danıştay'ın konuyu değerlendirme kriterlerinin de değiştiğini söyleyebiliriz.

Kişilerin, idare ile olan münasebetlerindeki durumlarının laiklik açısından yargı organlarınca denetlenmesi konusundaki bir diğer önemli husus, nüfus kimlik karlarındaki din ibaresine ilişkindir. 5490 sayılı ve 25.04.2006 tarihli Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 7.maddesinin 1-e bendi uyarınca kişinin dini de aile kütüklerinde bulunması gereken kişisel bilgiler arasında yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi önüne iptal istemi ile Danıştay 10.Dairesi tarafından getirilen 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 43. Maddesi yönünden yapılan incelemede Mahkeme, söz konusu hükmün Anayasa md 24 e aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir.(karar için bkz:AYM, 21.06.995 K.T., 1995/7 E.,1995/16 K., aktaran; Ulusoy,2004 s:274'deki dipnot)

Anayasa Mahkemesi, yukarıda belirttiğimiz kararında iptali istenen hükmün, Anayasa'nın 24.maddesindeki dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması ve dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanama veya suçlanmama ile alakasının bulunmadığını; dini inanç ve kanaatler yönünden herhangi bir zorlama olmadığını, bir kınama ve suçlamanın da söz konusu olmadığını belirtmiştir. Kişinin stemesi halinde nüfus aile kütüğündeki din bilgisinin de silinebileceğini, buna ilişkin bir sınırlama bulunmadığını ifade etmiştir. Dolayısıyla böyle bir zorlama söz konusu olmadığından, Anayasa Mahkemesi tarafından dava konusu hüküm Anayasa'nın 24.maddeisine aykırı bulunmamıştır.(Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararı ve değerlendirmesi için bkz: Ulusoy, 2004 s:273,274)

Yukarıda bahsedilen Anayasa Mahkemesi Kararının geçtiği Danıştay 10.Dairesi E.1995/3226, K.1995/487, K.T. 25.10.1995 tarihli kararında dava konusu edilen işlem, Bahailik inancının din olarak nüfus kütüğüne yazılmasına ilişkin talebin reddine yönelik işlemidir. Danıştay konuyu ele alırken davalı idarenin gerçekleştirmiş olduğu işlemin İçişleri Bakanlığı'nın genelgesi uyarınca hukuka uygun olduğunu, iş bu genelgede Semavi dinlerin din ibaresinde belirtileceği yer aldığından, Bahailiğin ise bu dinler arasında yer alan bir inanç olmadığını belirterek dava konusu işlemden hukuka aykırılık bulmamıştır.

İş bu kararda dikkat edilmesi gereken bir husus vardır. Danıştay, iptal istemi ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurduğu ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal isteminin reddedildiği ve kararında da alıntılanığı Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1995 gün ve E.1995/17, K.1995/16 sayılı kararında, din olarak kabulü

mümkün olmayan bir düşüncenin dahi kişinin istemesi durumunda Nüfus Kanunu'nun 46.maddesi gereğince ilgili yargı kuruluşuna başvurularak din ibaresine yazılabileceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal istemi ile açılan davada vermiş olduğu bu karardan anlaşılan odur ki; kişi, Nüfus Kanunu'nun 46.maddes uyarınca istediği bir düşünceyi nüfus aile kütüğüne din olarak yazdırabilecektir. Hal böyle iken iş bu kararı alıntıyla hüküm tesis eden Danıştay 10.Dairesi'nin vermiş olduğu kararında, Bahailiğin, Semavi dinlerden olmadığı gerekçesi ile istemin reddine ilişkin idari işlemde hukuka aykırılık bulmaması içerik ile hüküm arasında çelişki doğurmaktadır.

Hiç şüphesiz ki Anayasa Mahkemesi kararında ifade edilen her türlü düşünce içerisinde Bahailik de dahildir. Ancak Danıştay, bu kararı ile Bahailiği bu düşünceler arasına almadığını belirtmiştir. Öyle ki din olarak kabulü olanaksız bir düşünceyi din olarak yazdırmanın dahi mümkün olduğunun Anayasa Mahkemesi tarafından belirtilmesine rağmen Bahailik açısından yapılan başvurunun reddine ilişkin açılmış olan davada Danıştay, İçişleri Bakanlığı'nın genelgesi uyarınca Semavi dinler dışındaki bir inanışın din olarak yazılamayacağına hükmetmiştir. Bu kararın din ve inanç özgürlüğü ile inancını açıklama hürriyeti açısından sakatlık içermektedir.

Bu konuda hem Danıştay hem de Yargıtay vermiş oldukları kararlarında "Bahailik" ve "Yehova Şahitliği" gibi inanışların "din" olarak kabul edilemeyeceklerini ve bu nedenle de bu inanışların bireylerin nüfus kimliklerinin din hanesine yazılamayacağına hükmetmişlerdir.(Ulusoy, 2004 s:275)

Yargıtay ve Danıştay'ın bu kararlarına dayanak olarak Diyanet İşleri Başkanlığı'na bu inanışları sorduklarını ve bu tip inanışların ilgili kurum tarafından gönderilen cevabi yazıda din olarak kabul edilemeyeceğinin belirtilmesi olarak göstermektedirler.

Yukarıdaki Danıştay kararı iki yönden eleştirilebilir. Birincisi, bir inanışın din olup olmadığı konusunda bilirkişi olarak Diyanet İşleri Başkanlığı'nın seçilmesi tartışmalıdır. Çünkü bu kuruluşun temel görevi kuruluş kanununda "İslam Dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek" olarak belirtildiğinden başka inanışlar hakkında objektif olması, yani konuyu İslam dini açısından değil de

görüş talep edilen inanışın kendi değerleri açısından değerlendirmesi beklenememelidir.(Ulusoy, 2004, s:275,276)

İkincisi ise hangi inanışın din olduğu konusunda kimin karar vereceği sorundur. Herhangi bir kişi ya da kurum bir inanışı din olarak kabul etmeye ehil değildir. Bu nedenle de din bilimi ile uğraşan üniversitelerin bir inanışın din olup olmadığı konusundaki görüşleri üzerinden hareket etmek daha sağlıklı olacaktır. Bu noktada en sağlıklı çözümün kişinin kendi beyanı ile kabul ettiği inanışın din oluşunu kabul etme yoluna gitmek olduğu belirtilmektedir.(Ulusoy, 2004, s:276) Bu yöndeki bir çözüme dinin sosyal boyutunu dışladığından ve tek kişilik dinler tahsis ettiğinden dolayı eleştirilebilir. Bu tarzda bir çözüm herhangi bir ideolojiyi herhangi bir süzgeçten geçirme ihtiyacı duymaksızın kişiler tarafından kabul edildikleri için dini inanış şeklinde yorumlama sonucunu doğurabilecektir.

Nüfus cüzdanlarına din ibaresinin yer alması AİHM önünde de dava edilmiş ve konu AİHM tarafından da değerlendirilmiştir. AİHM, Türkiye’de nüfus cüzdanlarında din ibaresinin bulunmasını sözleşmenin 9.maddesine aykırı bulmuştur. (Işık/Türkiye kararı, 02.02.2010) Başvurucu Sinan Işık, 2004 yılında Türkiye’de mahkemeye yaptığı başvuruda nüfus cüzdanındaki din hanesine ‘’alevi’’ yazılmasını istemiştir. Mahkemece yapılan incelemede konu Diyanet İşleri Başkanlığı’na sorulmuş ve alınan cevabi yazıda Aleviliğin başlı başına bir din olmadığı gerekçesi ile başvuranın talebini reddetmiştir. Konu 2005 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne taşınmıştır. Mahkeme, yapmış olduğu incelemede özetle; nüfus kimliklerinde din ibaresinin bulunmasının başlı başına Sözleşmeyi ihlal niteliği taşıdığını belirtmiştir. Din ibaresinin kişinin isteği doğrultusunda değiştirilip silinebilmesinin dahi bu ihlali ortadan kaldırmayacağını ifade eden Mahkeme, isteğe bağlı olarak din ibaresinin değiştirilmesi veya silinmesinin de kişinin dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağına ilişkin hürriyetini ihlal ettiğine hükmetmiştir. (Tezcan, v.d., 2016, s:412 vd.)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin verdiği kararda görülmektedir ki, nüfus kimliklerinde zorunlu olsun veya olmasın din ibaresinin bulunması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 9.maddesinin ihlali olarak kabul edilmektedir. Karar detaylı incelendiğinde görülecektir ki 29.04.2006 tarih ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 35.maddesinin 2.fıkrasındaki hüküm dahi AİHM tarafından yeterli

görünmemekte, bu hali ile bile dini inancaların açıklanmama hürriyetinin ihlal edildiği kabul edilmektedir. Çünkü AİHM, bu maddedeki durumda dahi kişi, din bilgisinin silinip, değiştirilmesini yazılı şekilde talep ettiğinden dolayı, yine burada dini inancını açıklamama hürriyetinin ihlal edildiğini belirtmektedir.



SONUÇ

İdare, yürütmenin bir kolu olarak, kanunların kendisine tanıdığı yetkiler çerçevesinde faaliyetlerini sürdürmekte ve bu faaliyetlerinin denetimi de yine ilgili kanunlar çerçevesinde yasama, yürütme ve yargı organları tarafından yerine getirilmektedir. Anayasa'nın 125. Maddesi gereğince her türlü eylem ve işlemi kural olarak yargının denetimine tabi bulunan idare; eylem ve işlemlerinden dolayı yargısal anlamda sorumluluk taşımaktadır. Elbette ki bu sorumluluk özel hukuk kişilerinin kanunlar karşısındaki sorumlulukları ile eşdeğer değildir.

Kamu gücünü kullanan ve eylem ve işlemlerinin kamusal nitelik taşıması karşısında idare, yargısal denetimde de özel hukuk kişilerinden farklı bir sorumluluğa tabi tutulmuştur. Bunun en net örneğini ise yargısal denetim dışında tutulma hali oluşturmaktadır. Yine kaynağını anayasadan alan düzenlemeler çerçevesinde birtakım idari işlemler yargının denetimi dışında tutulmuşlardır. Bu gibi durumlar özel hukuk kişileri açısından söz konusu değildir.

İdarenin faaliyetleri olan kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti, yukarıda bahsedilen eylem ve işlemlerinin görünüş biçimleridir. Kamu hizmeti; idari işlemler, eylemler ve sözleşmeler aracılığı ile karşımıza çıkmaktadır. İdare, eylem ve işlemlerini, belirli ilkeler çerçevesinde yerine getirmektedir. Bu ilkeler Anayasa ve İYUK kaynaklı ilkelere aittir. Anayasal ilkelere ilişkin olarak laiklik ilkesine uygunluk ise özellikle eğitim, çalışma hakkı gibi konularda karşımıza çıkmaktadır.

Eğitim, çalışma hayatı ve başörtüsü konularında, yapılan araştırmalar göstermektedir ki, yargı makamlarının içtihat değişikliğinden ya da mevzuatta yapılan yukarıda bahsedilen değişikliklerden önce sorunun çözümü konusunda toplumsal bir talep mevcuttu. (Toprak, Çarkoğlu; 2006, s:71) TESEV tarafından 1999 ve 2006 yıllarında yapılan iki ayrı araştırmada da katılımcıların başörtüsü ile çalışma ve üniversitede eğitim alabilme hakkına ilişkin olarak yüksek oranda başörtüsü yasağının kaldırılmasını destekledikleri gözlemlenmektedir. (Toprak, Çarkoğlu; 2006, s:71)

Yukarıda bahsedilen TESEV araştırmasının altını çizdiği önemli husus, başörtülü kadınların sayılarında bir artışın olmadığı, ancak ekonomik dönüşüm ve

kalkınma nedeni ile daha görünür hale geldikleridir. (Toprak, Çarkoğlu; 2006,bütün çalışma)

Laiklik ilkesine uygunluk yönünden yargı mercilerinin 80’li ve 90’lı yıllar ile 2000’li yılların başında vermiş olduğu kararlardaki görüşleri ile 2010’lu yıllardan itibaren vermiş oldukları kararlardaki görüşleri arasında ciddi farklılıklar olduğu gözlenmektedir. Bu farklılıklar, laiklik ile çalışma ve eğitim hakkı arasındaki ilişkiye dönük olarak, yargı makamlarının bakış açılarında da değişiklik yaşandığını göstermektedir.

Evvvelinde konuyu ele alırken Cumhuriyet ilkeleri ve rejim meselesi üzerinden değerlendirme yaparak yasaklayıcı bir yaklaşım sergileyen yargı mercileri, daha sonraki kararlarında konuyu insan hakları bağlamında değerlendirerek meselenin rejimi tehdit eder nitelikte olmadığını bilakis bu konularda hak ve özgürlük alanının genişletilmesinin, laik cumhuriyetin gereklerinden olduğunu belirtmişlerdir. Konuya, yargının yaklaşımının, hak ve özgürlüğe ağırlık veren bağlamda geliştiği ve değiştiği ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda, ele aldığımız TESEV tarafından organize edilen toplumsal araştırmalar ile ayrıntılı şekilde değerlendirmeye çalıştığımız yargı kararları; Türkiye’deki laiklik anlayışının dayatmacı laiklikten pasif laikliğe doğru evirildiğini göstermektedir. Yargı organlarının konuya yaklaşımı ile özellikle Türk Silahlı Kuvvetlerinin laiklik konusundaki katı tutumundan, daha esnek bir tutuma doğru yöneldiğini görülmektedir..(Göztepe, Çelebi; 2012, s:225) Bu iki kurumun, özellikle laiklik konusundaki katı tutumlarının, değişiklik göstermesi laiklik anlayışındaki yumuşamanın en net örneklerindedir. Ergun Özbudun hoca bu kurumların, tutumlarını vesayetçi tavır olarak nitelemektedir.(bkz: Ergun Özbudun, Laiklik ve Din Hürriyeti, Göztepe, Çelebi; s:170-227)

Nitekim, 90’lı ve 2000’li yıllarda gerek Milli Güvenlik Kurulu gerekse de Genelkurmay Başkanlığı vasıtasıyla Türk Silahlı Kuvvetlerinin ve yargının ciddi şekilde müdahil olduğu üniversitelerde başörtüsü yasağına ilişkin sorunun çözümü de YÖK’ün yukarıda ayrıntılı olarak anlatılan kararı ile sağlanmıştır. Zaten TESEV araştırmaları da göstermektedir ki, Türkiye’de toplumsal anlamda başörtüsüne yönelik bir yasaklayıcı tavır mevcut değildir. Yasaklayıcı düzenlemeler sivil ve askeri bürokrasi tarafından ortaya konulmuştur. Dolayısıyla, bugün itibari ile

kurumlar bazında da bu türden yasaklayıcı uygulamaların ortadan kaldırılması, bu konudaki toplumsal taleplerle uygunluk göstermektedir.

Bütün bu tutum değişikliklerini, Türkiye’de, dayatmacı laiklik anlayışının ortadan kalktığı ve artık pasif laiklik anlayışına geçildiği şeklinde yorumlamak abartılı olacaktır. (bkz: Ergun Özbudun, Laiklik ve Din Hürriyeti, Göztepe, Çelebi; s:226) Bu konuda nihai bir çözüme kavuşabilmek için devletin din ve vicdan hürriyeti önündeki engelleri kaldırması gerekirken diğer yandan da dini grupların çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi ile bağlılıklarını içselleştirmeleri, bu konuda herhangi bir tereddüte mahal vermemeleri gerekmektedir.(bkz: Ergun Özbudun, Laiklik ve Din Hürriyeti, Göztepe, Çelebi; s:227)

Türkiye’de katı laiklikten pasif laikliğe geçişin tamamlanması ve artık geriye dönüşün tartışılmaz hale gelebilmesi açısından en önemli unsurun demokrasi olduğu açıktır. Görülmektedir ki laiklik konusundaki olası bir çatışma durumunun tek çaresi demokrasi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu noktada, hem devlet, laiklik uygulamalarını demokrasi ve insan haklarına uygun bir şekilde gerçekleştirmeli hem de bireyler ve sivil toplum olarak adlandırılacak toplumsal gruplar, ki bunların içerisine dini cemaatler de girmektedir, demokratik çoğulculuğun değerlerine aykırı tavır sergilememelidirler. Kazanımların, sürekli hale gelebilmesinin tek çözümünün demokrasi olduğu açık ve net bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- Altıparmak, Kerem, Onur Karahanoğulları, "Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahn/Türkiye, AIHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanın," *Hukuk ve Adalet Dergisi* Temmuz-Eylül 2004: 1-23
- Akgüner, Tayfun, Kahraman Berk. *İdare Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2017.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *İdari Yargı Mevzuatı*, y.y., Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Azrak, A.Ülkü, "Millileştirme ve Kamu Hizmeti," *İHFM*, 36, (1970): 1-4
- Bilgen, Pertev. "Kamu Hizmeti Hakkında" *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi* 1.1.(1980):113-116.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Çarkoğlu, Ali, Binnaz, Toprak, *Değişen Türkiye'de Din Toplum ve Siyaset*, TESEV Yayınları, 2006
- Darende, Ömer F. "Sekülerleşme ve Laiklik Üzerine Bir Bibliyografya Denemesi," *Şırnak Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* VI.11(2015): 151-187
- Dağcı, Gül Tuba, Adnan Dal. "Osmanlı'dan Günümüze Din Devle ve Laiklik Tartışmaları," *Barış Araştırmaları ve Çatışma Çözümleri Dergisi* 2.1 2014: 37-47.
- Demir, Hande Seher. "Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde Din-Devlet İlişkilerinin Laiklik, Sekülerizm, Teokrasi ve Din Devleti Sistemleri Kapsamında İncelenmesi," *Ankara Barosu Dergisi* 3.(2013): 269-288.
- Derbil, Süheyp. "Kamu Hizmeti Nedir?," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7.3(1950):28-36.
- Duman, M.Zeki. "Türkiye'de Laiklik Sorununun Siyasal Temelleri." *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi* 7.2 (2010):284-303.
- Erdoğan, Mustafa. "1982 Anayasasında Din Özgürlüğü" *Liberal Düşünce* (2000):226-237.
- Ertan, Timuçin F. "Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında Laiklik," *Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi* 39.(2007):409-423.

- Ertit, Volkan. "Birbirinin Yerine Kullanılan İki Farklı Kavram: Sekülerleşme ve Laiklik," *Akademik İncelemeler Dergisi* 9.1(2014): 103-124.
- Genç, Özge, Ebru İlhan, *Başörtüsü Yasağına İlişkin Değerlendirme ve Öneriler* TESEV Yayınları, 2012
- Giritli, İsmet, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, İstanbul, Der, 2006.
- Gözler, Kemal, Gürsel Kaplan. *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin, 2016.
- Göztepe, Ece, Aykut Çelebi, *Demokratik Anayasa*, İstanbul, Metis, 2012.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayınevi, 2013.
- İmga, Orçun. *Amerika'da Din ve Devlet:Tarihi ve Felsefi Temeller*. Ankara: Liberte Yayınlar, 2010
- Kahraman, Mehmet. "Avrupa Birliği Ülkelerinde ve Türkiye'de Laiklik." *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 5.9 (2008):57-77.
- Karahanogulları, Onur. *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Ankara, Turhan Kitapevi, 2004.
- Karataş, Murat. "Bir Medcezir Manzarası: Türkiye'de Laiklik (1928-1948)" *Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi* 42.(2008):287-300.
- Kaya, Cemil. *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Koştar, Münir. "Türkiye'de Laikliğin Gelişimi;1920'den Günümüze Kadar." *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 39.2 (1999): 185-196.
- Memiş, Emin. "Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XIV.2.(2010):455-498.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları* 3.bası, 2 cilt, İstanbul, 1966.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları* 3.bası, 1 cilt, İstanbul, 1966.
- Özenç, Berke, *AİHS ve İnanç Özgürlüğü*, İstanbul, Kitap Yayınları, 2006.
- Özenç, Berke, "AİHM ve Danıştay Kararlarının Ardından Zorunlu Din Dersleri Sorunu," *İÜHFİM*, LXVI (2008):191-226.
- Özkul, Fatih. "Anayasalarımızda Laiklik İlkesi," *Ankara Barosu Dergisi* 4.(2014):271-310.
- Renkliydırım, Ömer. *Collins Metro English Learner's Dictionary* İstanbul, Metro,1995,

- Sancakdar, Oğuz, Eser, Us, Mine, Kasapoğlu Turhan, Lale, Burcu Önüt, *İdare Hukuku Teorik Çalışma*, Ankara, Seçkin Yayıncılık,2015.
- Şen, Mahmut. “İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XVII 1-2.(2013):1623-1641.
- Tan, Turgut. “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı,” *Anayasa Yargısı* 8.(1991):233-252.
- Tanör, Bülent, Necmi Yüzbaşıoğlu. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta,2012.
- Tanör, Bülent, Necmi Yüzbaşıoğlu. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta,2001.
- Tarhanlı, İştâr, *Müslüman Toplum, ‘Laik’ Devlet* İstanbul, Afa Yayınları, 1993.
- Tezcan, Durmuş, v.d. *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Tosun, Hasan. *Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği’nde Din ve İnanç Özgürlüğü ve Laiklik Anlayışı*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı Uluslararası İlişkiler Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010.
- Ulusoy, Ali. *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, İstanbul, Ülke Kitapları, 2004.
- Ulusoy, Ali, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar,” *AÜHFD*, 53 (2004): 125-134
- Yaşar, Nuri. “Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999Anayasa Değişikliği,” *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, 13. (2000):442-452.
- Yaşar, Hasan Nuri. *İdare Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2013.
- Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, İstanbul, Beta, 2009.
- Yazıcı, Serap, *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009.
- Yıldırım, Turan,v.d. *İdare Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi. *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, İstanbul: Beta, 2008.