

İSTANBUL ŞEHİR ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

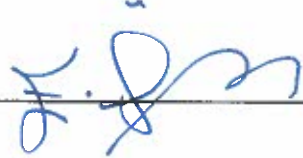
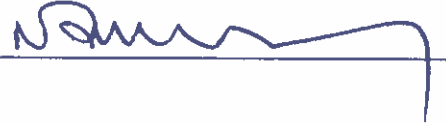

**TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN YARGISAL AKTİVİZMİ:  
LAİKLİK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE VERİLEN KARARLAR ÜZERİNE  
BİR İNCELEME**

ENİS DUMAN

OCAK 2018

Bu tez tarafımızca okunmuş olup kapsam ve nitelik açısından, Kamu Hukuku alanında Yüksek Lisans Derecesini alabilmek için yeterli olduğuna karar verilmiştir.

Tez Jürisi Üyeleri:

	KANAATI	İMZA
Prof. Dr. Ergun Özbudun (Tez Danışmanı)	Kabul	
Prof. Dr. Nihat Bulut	Kabul	
Prof. Dr. Mustafa Koçak	Kabul	

Bu tezin İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından konulan tüm standartlara uygun şekilde yazıldığı teyit edilmiştir.

Tarih

Mühür/İmza

Bu çalışmada yer alan tüm bilgilerin akademik kurallara ve etik ilkelere uygun olarak toplanıp sunulduğunu, söz konusu kurallar ve ilkelerin zorunlu kıldığı çerçevede, çalışmada zgn olmayan tüm bilgi ve belgelere, alıntılama standartlarına uygun olarak referans verilmiş olduğunu beyan ederim.

Adı Soyadı: Enis Duman

İmza:



## ÖZ

### TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN YARGISAL AKTİVİZMİ: LAİKLİK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE VERİLEN KARARLAR ÜZERİNE BİR İNCELEME

Duman, Enis

Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ergun Özbudun

Ocak 2018, 108 sayfa

Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizminin laiklik ilkesi çerçevesinde verilen kararlar bağlamında incelenmesi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Yargısal aktivizm, anayasa mahkemelerinin yetkilerini genişletmesi yoluyla yargısal denetim sınırlarını aşması olarak tanımlanabilir. Söz konusu Türk Anayasa Mahkemesi olunca, yargısal aktivizm ayrı bir öneme sahiptir. Mahkeme kuruluşundan itibaren birçok tartışmalı karara imza atmış, 2000'li yıllardan itibaren bu kararlar yargısal aktivizm kavramı etrafında eleştirilmiştir. Din-devlet ilişkileri bağlamında laiklik ilkesi çerçevesinde verilen kararlar bu tartışmalı konuların başında gelmektedir. Çalışmada bu kararların yargısal aktivizm niteliği taşıyıp taşımadığı, Mahkemenin benimsediği laiklik tutumu göz önüne alınarak incelenmiştir. Dava konusu itibarıyla laiklikle ilgili verilen kararların dışındaki aktivizm örnekleri bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Çalışmada dava metinleri baz alınmış, gerekli yerlerde ikincil kaynaklara başvurulmuştur. Yargısal aktivizm ve laiklik kavramlarının teorik incelemesinde ise bu konularda yazılan yetkin eserler dikkate alınmıştır. İnceleme sonucunda, Mahkemenin katı laiklik anlayışını benimsediği kararlarda aynı zamanda aktivist bir tutum içinde olduğu gözlemlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Türk Anayasa Mahkemesi, yargısal aktivizm, laiklik

## ABSTRACT

### THE JUDICIAL ACTIVISM OF TURKISH CONSTITUTIONAL COURT: AN ANALYSIS THROUGH THE DECISION GIVEN WITH REFERENCE TO LAICISM

Duman, Enis

LL.M. in Public Law

Thesis Advisor: Prof. Dr. Ergun Özbudun

January 2018, 108 pages

The aim of this study is to analyze the judicial activism of Turkish Constitutional Court, based on the decisions it has made in relation to the concept of laicism. Judicial activism can be defined as that a constitutional court exceed the limits of judicial review by extending its authority. The concept of judicial activism is of particular significance with regard to Turkish Constitutional Court. The Court has made many decisions that sparked off controversies. From 2000s onwards, these decisions has attracted many criticism with respect to the concept of judicial activism. The decisions given with reference to the concept of laicism, within the context of relationship between religion and state, are the most obvious examples. This study makes an analysis of these decisions as to whether they can be regarded as instances of judicial activism, with regard to the Court's attitude towards laicism. The decisions that are also instances of judicial activism, yet, not given in reference to laicism are not included in this study. In this study, while court decisions constitute the primary sources, secondary sources have been consulted when necessary. In the sections where a theoretical review of the concepts of judicial activism and laicism are presented, taken into consideration are the most referred works in the field. The analysis of the court decisions made in this study indicates that the Court has maintained an activist attitude in the decisions in which adopted is a rigid application of laicism.

Keywords: Turkish Constitutional Court, judicial activism, laicism

## TEŞEKKÜR

Bu tez birçok kişinin desteği ve katkılarıyla Őekillendi ve tamamlandı. En bŸyŸk katkı ve destek ise, ōęrencisi olmaktan onur duyduğum saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Ergun Özbudun'a aittir. Bu sŸrecin baŐından sonuna kadar her ihtiyacım olduğunda kendisine ulaŐma imkanına sahip oldum. Öneri ve değerlendirmeleri iÇin ne kadar teŐekkŸr etsem azdır. Çalışma disiplini ve ōęrencileriyle olan ilişkisi akademik hayatımda bana ilham kaynağı olacaktır. Tez savunma jŸrimde yer alarak, kısa sŸre iÇerisinde çalıŐmamı okuyan ve değerli fikirlerini sunan Prof. Dr. Nihat Bulut ve Prof. Dr. Mustafa Koçak'a da teŐekkŸrŸ bir borç bilirim. Tez yazım sŸrecinin her aŐamasında yanımda olan, yazdığım metinleri okuyarak eleŐtirilerini sunan Nurullah Karaca'ya desteği ve sabrı iÇin teŐekkŸr ederim. Çalışma arkadaŐım Ali Haydar BeŐer ile yaptığımız tartışmalar çalıŐmama ōnemli katkı sağladı. Son olarak bu sŸreŐte her zaman yanımda olduğunu hissettiren ve desteğini esirgemeyen sevgili aileme teŐekkŸr ederim.

## İÇİNDEKİLER

Öz .....	iv
Abstract .....	v
Teşekkür .....	vi
İçindekiler .....	vii
Kısaltmalar .....	ix
<b>BÖLÜMLER</b>	
1. GİRİŞ .....	1
2. YARGISAL AKTİVİZMİN KAVRAMSAL ANALİZİ .....	6
2.1. Kavramın Ortaya Çıkışı .....	6
2.2. Kavramının Tanımı, Tespiti ve Görünüm Biçimleri .....	11
2.3. Kavramın Politik Niteliği .....	18
2.4. Yargısal Kendini Sınırlama .....	21
3. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YARGISAL AKTİVİZMİ VE LAİKLİK .....	29
3.1. Laikliğin Kavramsal Çerçevesi .....	29
3.2. Genel Hatlarıyla Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi .....	43
4. YARGISAL AKTİVİZM VE LAİKLİK: KARAR İNCELEMELERİ .....	53
4.1. Katı Laiklik Anlayışı Çerçevesinde Verilen Kararlar .....	53
4.1.1. Yükseköğretimde Başörtüsü Yasağı İle İlgili Kararlar .....	53
4.1.1.1. 7.3.1989 Tarihli Karar .....	54
4.1.1.2. 09.04.1991 Tarihli Karar .....	61
4.1.1.3. 05.06.2008 Tarihli Karar .....	64
4.1.2. Diyanet İşleri Başkanlığı İle İlgili Karar .....	69
4.1.3. Parti Kapatmaları .....	72
4.1.3.1. Milli Nizam Partisi Kararı .....	72
4.1.3.2. Huzur Partisi Kararı .....	73
4.1.3.3. Özgürlük ve Demokrasi Partisi Kararı .....	74
4.1.3.4. Refah Partisi Kararı .....	76
4.1.3.5. Fazilet Partisi Kararı .....	80
4.1.3.6. Adalet ve Kalkınma Partisi Kararı .....	83
4.2. Mahkemenin Değişen Laiklik Anlayışı ve Kararlarına Etkileri .....	85

4.2.1. 20.9.2012 Tarihli Karar (4+4+4 Kararı) .....	86
4.2.2. Bireysel Başvurular.....	89
4.2.2.1. Tuğba Arslan Kararı.....	89
4.2.2.2. Esra Nur Özbey Kararı.....	93
4.2.2.3. D.Ö. Kararı .....	97
5. SONUÇ.....	100
Referanslar .....	104





## KISALTMALAR

AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK PARTİ	:	Adalet ve Kalkınma Partisi
AYM	:	Türk Anayasa Mahkemesi
DİB	:	Diyanet İşleri Başkanlığı
FP	:	Fazilet Partisi
HP	:	Huzur Partisi
MNP	:	Milli Nizam Partisi
ÖZDEP	:	Özgürlük ve Demokrasi Partisi
SPK	:	Siyasi Partiler Kanunu
RP	:	Refah Partisi
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi

## BİRİNCİ BÖLÜM

### GİRİŞ

Seçilmiş organlar aracılığıyla çıkarılan kanunların yüksek mahkeme yargıçları tarafından geçersiz kılınması durumu, anayasa yargısı mekanizmasının ortaya çıkışından itibaren tartışma konusu olmuştur. Anayasa mahkemelerinin yaygınlaşmasıyla birlikte söz konusu tartışmalar yargısal denetimin varlığından ziyade, mahkemelerin bu denetimi gerçekleştirirken hangi sınırlar içerisinde hareket etmesi gerektiği üzerine evrilmiştir. Mahkemelerin yetkilerini genişletmek suretiyle, kendilerine anayasada tanınan sınırları aşması durumu ise yargısal aktivizm kavramı üzerinden ele alınmıştır. Bu durum anayasa mahkemeleri ile siyasal temsilciler arasında gerilimlere sebep olmuş, buna yönelik olarak mahkeme içtihatlarıyla geliştirilen çözüm yöntemleri akademik literatürde yargısal kendini sınırlama (*judicial self-restraint*) kavramıyla ifade edilmiştir.

Anayasa mahkemelerinin yargısal denetim sınırlarını aşması durumu, söz konusu Türkiye olduğunda ayrı bir öneme sahiptir. Türk Anayasa Mahkemesi, kurulduğu günden bu yana, birçok tartışmalı karara imza atmış, bu kararlar siyasal ve akademik açıdan eleştirilere tabii tutulmuştur. Bu tartışmalı kararlar arasında en belirgin olanları ise din ve devlet ilişkilerine dair olarak laiklik ilkesi bağlamında verilen kararlardır. Bu kararlarda laikliğin katı bir formu benimsenmiş ve yargısal aktivizmin örnekleri verilmiştir. Ayrıca bu aktivist tutum din ve vicdan hürriyetinin aleyhine sonuçlar doğurmuştur. Mahkemenin son yıllarda laikliğe ilişkin katı tutumunu değiştirdiği ve yargısal aktivizmden uzaklaştığı gözlemlenmektedir. Bu çalışma AYM'nin laiklik ilkesi çerçevesinde vermiş olduğu kararlardan hareketle Mahkemenin yargısal aktivizmini incelemektedir. Ayrıca Mahkemenin laiklik içtihadındaki değişimin sebepleri ve niteliği karar incelemeleri yoluyla, karşılaştırmalı bir şekilde tespit edilmeye çalışılacaktır. Çalışmanın amacı, Mahkemenin laiklik ilkesine yönelik tutumu ile yargısal aktivizmi arasında nasıl bir ilişkinin olduğu sorusuna cevap aramaktır.

Bir mahkeme kararının laikliğin hangi yaklaşımı çerçevesinde verildiğinin tespiti, literatürde laikliğe ilişkin tasniflerin belirgin olması sebebiyle kolay olmaktadır. Fakat aynı şeyi yargısal aktivizmin tespiti noktasında söylemek mümkün görünmemektedir. Çünkü yargısal aktivizmin tespitine yönelik geliştirilen ölçütler objektif kriterler oluşturabilmiş değildir. Nihayetinde anayasada yer alan bazı kavramların soyut nitelikte ve çeşitli yorumlara açık bir yapıda olması sebebiyle, böyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple yargısal aktivizme dair bir değerlendirme, söz konusu kavramlara ne şekilde bir anlam yüklendiğine bağlı olarak değişecektir. Bunu belirleyecek olan ise kişilerin politik ve hukuki bakış açılarıdır. Bir kararın aktivist veya kendini sınırlayan niteliğini tespit etmenin güçlüğü bu tür çalışmalarda karşılaşılan zorluklardandır.

1961 Anayasası'yla kurulan AYM, çoğunluk iktidarını sınırlama işlevinin yanı sıra, rejimin kurucu değerlerinin koruyuculuğunu, bir nevi bekçiliğini yapma işlevini de üstlenmiştir. Mahkeme, bu kurucu değerlerden biri olan laiklik söz konusu olduğunda, kendi yetkilerinin dışına çıkmaktan ve aktivist kararlar vermekten çekinmemiştir. Laiklik ilkesi çerçevesinde verilen kararların aynı zamanda aktivizm örneği olması sebebiyle, Mahkemenin yargısal aktivizmi laiklik teması ekseninde incelenmiştir. Ayrıca son yıllarda, Mahkeme kompozisyonunun değişmesiyle birlikte, yargısal aktivizmden uzaklaşıldığı şeklindeki görüşü tespit etmek için de konusu laiklik olan davalar işlevsel bir nitelik taşımaktadır. Bu tespitler çalışmada Mahkeme kararlarının analizi yoluyla yapılmıştır. Bu çalışmanın boyutları göz önüne alınarak, laiklik konusu dışındaki aktivist kararlar çalışma kapsamının dışında tutulmuştur. Mahkeme kararlarına yönelik incelemede, dava metinleri birincil kaynakları oluşturmaktadır. Konunun gerektirdiği durumlarda ikincil kaynaklara da başvurulmuştur.

Yargısal aktivizmin Türk akademik literatüründe kendine yer bulması, kavramın ortaya çıkış tarihi dikkate alındığında, oldukça yeni bir zamana rastlamaktadır. Mahkemenin son yıllarda vermiş olduğu tartışmalı kararlar, kavramın akademik bir ilgi görmesini sağlamıştır. Bu yönde, Serdar Korucu *Yargısal Aktivizm* adlı eserinde, kavramın teorik incemesini ayrıntılı bir şekilde yapmış, Türkiye ve dünyadan çeşitli

aktivist karar örneklerine de yer vermiştir.<sup>1</sup> Kavramı Türk Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde inceleyen bir başka çalışma ise Yusuf Şevki Hakyemez'in *Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı* adlı eseridir.<sup>2</sup> Ayrıca AYM'nin yargısal aktivizmini, Türk siyasal hayatına hâkim olan aktörler arasındaki ilişkiler üzerinden inceleyen Ergun Özbudun'un "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi" adlı makalesi Türkçe kaynaklar arasında önemli bir yere sahiptir.<sup>3</sup> Kavram İngilizce literatürde yarım yüzyılı aşkın bir süredir tartışılmaktadır. Bu literatürde sıkça atıf yapılan, kavramın ortaya çıkışını ve teorik yapısını ele alan temel çalışmalar Keenan D. Kmiec ve Craig Green'e aittir.<sup>4</sup> Yanı sıra, Türkiye'de Mahkemenin laiklik konusundaki aktivist kararları belli çalışmalarda bahse konu olmuştur. Fakat bu çalışma, müstakil olarak, AYM'nin yargısal aktivizmini laiklik ekseninde incelemektedir. Ayrıca laikliğe ilişkin olarak Mahkemenin içtihat değişikliğine gittiğinin tespiti, bireysel başvurulara da yer verilerek ispatlanmaya çalışılmıştır. Bu unsurlar, çalışmanın ayırt edici yönünü oluşturmaktadır.

Bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde öncelikle yargısal aktivizm kavramının ortaya çıkışına yer verilmektedir. Kavramın ilk olarak ne zaman ve hangi şekilde kullanıldığı, daha öncesinde kavramın anlamını karşılayacak biçimde kullanımların olup olmadığı sorularına cevap verilmeye çalışılmıştır. Sonrasında ise literatürde yargısal aktivizme dair tanımlar eleştirel bir şekilde ele alınmıştır. Yargısal aktivizme sadece olumsuz bir anlam atfederek tanımlayan yazarlar olduğu gibi, yargısal aktivizmin hem olumlu hem de olumsuz anlamlara gelebileceğini savunan görüşler de mevcuttur. Yargısal aktivizmin çeşitli tanımları yapılmasına rağmen asıl sorun onun tespit edilmesindedir. İlk bölümde kavramın tespit edilebilmesine yönelik öneriler de yer almaktadır. Yargısal aktivizmin tespit edilmesindeki sorunlardan birisi

---

<sup>1</sup> Serdar Korucu, *Yargısal Aktivizm: Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014).

<sup>2</sup> Yusuf Şevki Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı: Türk Anayasa Mahkemesinin İşlevi, İnsan Hakları Anlayışı ve Oluşumu Üzerine Bir İnceleme* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009).

<sup>3</sup> Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2008, s. 2–10.

<sup>4</sup> Keenan Kmiec, "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", *California Law Review* 92, sayı 5 (2004): 1441. Craig Green, "An Intellectual History of Judicial Activism", *EMORY LAW JOURNAL* 58, sayı 5 (2009): s. 1195–1264.

onun politik niteliğe sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple bu bölüm içerisinde yargısal aktivizmin politik niteliği de irdelenmiştir. Literatürde yargısal aktivizm kavramı, yargısal kendini sınırlama kavramıyla birlikte ele alınmaktadır. Çünkü yargısal kendini sınırlama kavramı, aynı zamanda yargısal aktivizme karşı geliştirilen çözüm önerileridir. Bu bölümün son başlığı, bu sebeple, yargısal kendini sınırlama kavramını incelemiştir.

Laiklik ilkesi yönünde verilen Mahkeme kararlarını incelemek, onun yargısal aktivizmle bağlantısını kurabilmek için laiklik kavramının tanımlanmasına ve literatürde ona ilişkin yapılan ayrımlara yer vermek gerekir. Çünkü anayasa mahkemelerinin laiklik kavramına yüklediği anlam, onların kararlarını da belirleyecektir. Bu sebeple, laiklik kavramının etimolojisi, laiklik ve sekülerlik kavramları arasındaki farklar, onun farklı coğrafyalardaki anlam biçimleri ve laikliğe ilişkin literatürde yapılan tasnifler bu çalışmanın ikinci bölümünü oluşturmaktadır. Bu bölümde ayrıca, AYM'nin yargısal aktivizmi ve laikliğin hangi yaklaşımını benimsediği, onun politik sistem ve anayasal düzen içerisindeki yeri bağlamında açıklanmaya çalışılmıştır.

Son bölüm ise Mahkeme kararlarına ayrılmıştır. Laikliğe ilişkin Mahkeme tutumuna dair 2012 yılı sonrası değişiklikler gözlemlenmiştir. Bu bölümde laiklikle ilgili kararlar, “Katı Laiklik Çerçevesinde Verilen Kararlar” ve “Değişen Laiklik Anlayışı ve Mahkemenin Kararlarına Etkileri” başlıkları altında, karşılaştırmalı bir biçimde incelenerek bu değişimin izi sürülmüştür. Katı laiklik bağlamında verilen kararların arasında Mahkemenin farklı zamanlarda vermiş olduğu yükseköğretimde başörtüsü yasağı hakkında verilen kararlar, parti kapatmaları ve laiklik söz konusu olduğunda bir istisna olarak görülebilen fakat çalışmanın ulaştığı sonuç bakımından katı laiklik başlığı altında verilecek olan Diyanet İşleri Başkanlığı hakkındaki karar yer almaktadır. Değişen laiklik anlayışıyla birlikte verilen kararlarda ise öncelikli olarak Mahkemenin 2012 yılında dini eğitimle ilgili olarak verdiği karar incelenmiştir. Çalışmanın bu üçüncü ve son bölümünde ayrıca laiklik ilkesiyle ilişkili olan üç bireysel başvuruya da yer verilmiştir. Tüm bu kararlarda laikliğin hangi görüşünün benimsendiği ve yargısal

aktivizmin olup olmadığı gerekçeli olarak açıklanmıştır. Karar analizinden çıkan sonuçlar daha sonra toplu olarak sonuç kısmında verilmiştir.



## İKİNCİ BÖLÜM

### YARGISAL AKTİVİZMİN KAVRAMSAL ANALİZİ

#### 2.1. Kavramın Ortaya Çıkışı

19. yüzyılın başında ABD’de ortaya çıkan anayasa yargısı, birçok tartışmayı da beraberinde getirmiş ve bu tartışmalar güncelliğini hiç yitirmemiştir. Söz konusu tartışmalı konular arasında, anayasa yargısının meşruiyeti ve sınırlarının ne olması gerektiğine dair konular da yer almaktadır. Nitekim yargısal aktivizm kavramı da en genel tanımıyla yargısal sınırların aşılmasını ifade etmektedir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, geçmişte verilen bazı kararlarda, kavramın muhtevasını içeren yorumlar mevcut olsa da yargısal aktivizm kavramı ilk defa oldukça yeni bir tarihte, 1947 yılında Arthur Schlesinger tarafından ortaya atılmıştır.<sup>5</sup> Schlesinger’in kavramı nasıl ele aldığına geçmeden önce kavramın muhtevasını karşılayan örneklere yer vermek, kavramın tarihsel seyrinin bir süreklilik arz ettiğini göstermesi açısından önemlidir.

Yargısal aktivizmin bir örneği olarak gösterilen ve kararın verildiği tarihte anayasa yargısının meşruiyeti ve sınırları bağlamında tartışılan ilk karar, aslında anayasa yargısının da ilk örneğini oluşturan 1803 tarihli *Marbury v. Madison* kararıdır. 1800 yılındaki seçimleri kaybetmesinin ardından Federalist Parti, kongredeki çoğunluğuna dayanarak yeni hâkim kadroları ihdas etmiş; bu kadrolara atananlardan biri olan William Marbury’ye atama kararı teslim edilmemiştir. Bunun üzerine Marbury, Yüksek Mahkeme’ye başvurarak, kendisine atama kararının teslim edilmesi için “emir kararı” çıkarılmasını talep etmiştir. Fakat hâkim John Marshall başkanlığındaki Mahkeme, Yüksek Mahkemeye “emir kararı” çıkarma yetkisi veren kanunun Amerikan anayasasına aykırı olduğunu belirtmiş, bu sebeple bu kanunun geçersiz olduğuna hükmetmiştir.<sup>6</sup> Hâkim Marshall’ın bu karar nezdinde yargısal denetimin gerekliliğini anlatan önermeleri, daha sonraları, anayasa yargısının meşruiyeti

---

<sup>5</sup> Korucu, *Yargısal Aktivizm*, s. 47.

<sup>6</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 1. baskı, c. 2 (Bursa: Ekin Yayınevi, 2011), s. 717–20.

bağlamında sık sık örnek verilmiştir. Fakat bu önermeler, Gözler'in ifadesiyle, "ABD Yüksek Mahkemesinin kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini yapma yetkisine *sahip olduğunu* değil, sadece, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin *gerekli olduğunu* göstermektedir." Çünkü Yüksek Mahkemeye yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi noktasında bir yetki Anayasa tarafından tanınmış değildir.<sup>7</sup> Hâkim John Marshall, Anayasa'da olmayan bir yetkiyi içtihat yoluyla kullanmış ve aslında yargısal aktivizme yol açmıştır. Bu sebeple anayasa yargısının ilk örneği olarak görülen bu karar, aynı zamanda, yargısal aktivizmin de ilk örneği olarak görülebilir.

Anayasa yargısının meşruiyeti ve sınırları üzerinde yapılan tartışmalar bu karar sonrasında da devam etmiştir.<sup>8</sup> Yargıçların pozitif yasa yapma konumuna geçmesi bu tartışmaların temel noktasını oluşturmuştur.<sup>9</sup> Bu bağlamda, 1930'lu yıllarda Başkan Roosevelt'in yaşanan ekonomik bunalıma yönelik sunduğu ve *New Deal* adı verilen düzenlemelerin Yüksek Mahkeme tarafından iptal edilmesi ve sonrasında yaşanan süreç diğer bir önemli örnektir.<sup>10</sup> Çünkü bu düzenlemelerin Yüksek Mahkeme tarafından iptal edildiği dönemde yapılan tartışmalarda "yargısal aktivizm" ismi henüz kullanılmasa da tartışmaların içeriği benzerlik taşımaktadır.<sup>11</sup> Mahkemenin bu tavrı karşısında Roosevelt'in, "milletçe öyle bir noktaya geldik ki, Anayasayı Mahkemeden kurtarmak için harekete geçmek zorundayız" şeklindeki veciz ifadesi de bunu gösterir niteliktedir.<sup>12</sup> Nitekim yargısal aktivizm konusundaki literatürde de *New Deal* örneği sıkça verilmektedir. Soruna çözüm olarak Başkan, Mahkemenin yetmiş yaşının üzerindeki üyelerine yardımcı yargıçlar atama yönünde bir plan ortaya koyma yoluna gitmiştir. Fakat kriz, bu planın yürürlüğe girmesine gerek kalmadan, Mahkemenin söz konusu düzenlemeye ilişkin içtihadını değiştirmesiyle çözülmüştür.<sup>13</sup> Her ne kadar *Marbury v. Madison* ve *New Deal* kararlarına benzer örnekleri çoğaltmak mümkün

---

<sup>7</sup> A.g.e., s. 716.

<sup>8</sup> Ece Göztepe, "Anayasa Yargısının Meşruluğu", *Demokratik Anayasa* içinde, ed. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (İstanbul: Metis Yayınları, 2012), s. 387–88.

<sup>9</sup> Kmiec, "Judicial Activism", s. 1444.

<sup>10</sup> Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", s. 258.

<sup>11</sup> Kmiec, "Judicial Activism", s. 1445.

<sup>12</sup> Aktaran Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", s. 259.

<sup>13</sup> A.g.e.



olsa da bu tür davalar etrafında dönen tartışmalar neticesinde bir kavramsallaştırma ortaya çıkmamıştır. Bunun için 1947 yılını beklemek gerekecektir.

Yargısal aktivizm kavramı ilk olarak, öngörülenin aksine, bir akademik çalışmada değil, popüler bir dergide, konunun uzmanı olmayan biri tarafından kullanılmıştır. 1947 yılında Fortune dergisinde, Arthur Schlesinger tarafından yazılan bir makalede, o tarihte mevcut Yüksek Mahkemenin üyeleri, mahkemenin rolüne ilişkin görüşleri çerçevesinde sınıflandırmaya tabi tutulmuşlardır. Schlesinger, Mahkemenin üyelerini “Yargısal Aktivistler”, “Kendini Sınırlamanın Öncüleri” ve aradaki grup şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutmuştur.<sup>14</sup> Yargıç Black, Douglas, Murphy ve Rutlege “Yargısal Aktivistler” olarak tanımlanırken, Yargıç Frankfurter, Jackson ve Burton “Yargısal Kendini Sınırlamanın Öncüleri” olarak nitelendirilmişlerdir. Yargıç Reed ve Mahkeme başkanı Vinson ise bu nitelendirmede aradaki grupta yer almaktadır.<sup>15</sup> Söz konusu çalışma, birçok eksiği içinde barındırsa ve birçok eleştiriye maruz kalsa da kavram akademik ilgi alanına bu tarihten sonra girmiştir.

Schlesinger, makalesinde Mahkeme üyelerini tasnif ettikten sonra, bu üçlü ayrımda yer alan üyelerin Yüksek Mahkeme’ye biçtiği rol hakkında betimlemeler yapmaktadır. Örneğin, ona göre “Yargısal Aktivistler” mahkemeyi sosyal refahın sağlanmasında olumlu etkide bulunabilecek bir fonksiyon olarak görürken, diğer grup yargısal kendini sınırlama politikasını savunmaktadır. Yine aktivistler, mahkemeyi sosyal sonuçlara ulaşmada bir araç olarak görürken, “Kendini Sınırlamanın Öncüleri” ise mahkemeyi, insanların –iyi veya kötü– istedikleri sonuçlara ulaşmasında yasa koyuculara izin veren bir fonksiyon olarak görmektedirler.<sup>16</sup> Schlesinger, mahkemenin rolü hakkında yargısal aktivistler ile kendini sınırlamacılar arasındaki fikir ayrılıklarını şu hayali diyalogda dile getirmektedir:

---

<sup>14</sup> Schlesinger’in makalesinde geçen “Champions of Self Restraint” ifadesi bu çalışmada “Kendini Sınırlamanın Öncüleri” olarak kullanılmıştır. Korucu kavrama atıfla hem “kendini sınırlama (self restraint) taraftar[lar]” hem de “kendini sınırlamanın şampiyonları” ifadelerini kullanmıştır. Korucu, *Yargısal Aktivizm*, s. 48.

<sup>15</sup> Kmiec, “Judicial Activism”, s. 1446.

<sup>16</sup> A.g.e., s. 1446–47.

Bu nedenle “kendisini inkâr” şöyle dedi: Yasama organı yasayı yaptı; onu almasına da izin ver. “Yargısal aktivizmin” yanıtı şöyledir: gerçek hayatta yasama o yasayı geri almayacak – en azından savunmasız insanlara, muhtemelen telafisi olanaksız zararlar gelmeden bunu yapmayacaktır; bu nedenle Mahkemenin harekete geçmesi gerekir. “Kendisini inkâr” yanıt verir: yaptığın tamamen bizim eski Mahkeme’yi kınamamıza sebep olanın aynısı; yargısal kötüye kullanmadır bu yaptığın. Aktivizm yanıtlar: zayıf durumdakilerin korunması veya temel insan haklarının güvence altına alınması için giderek muhafazakârlaşan seçmene güvenemeyiz; kendimiz müdahale etmediğimiz takdirde Anayasa’nın ruhuna ve amacına ihanet etmiş oluruz.<sup>17</sup>

Makalede yasama işlemlerinin birey haklarına zarar verebileceği ve bu sebeple mahkemenin aktif bir rol oynaması gerektiğini düşünen yargısal aktivistlerin, politika ile hukukun birbirlerinden ayrılamayacağı düşüncesinden hareket ettikleri belirtilmektedir. Aktivistler, mahkemenin politikadan kaçamayacağını, bu sebeple mahkemeye sosyal amaçlara ulaşmak için gereken gücün kullanılmasında izin verilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.<sup>18</sup> Nitekim makalede yer alan şu ifadeler, aktivist bir yargıcın politik tercihler noktasında nerede durduğunu göstermesi açısından önemlidir: “[N]aif bir yargıç, bu tercihleri bilinçsizce yapar ve kendini hukukun objektif yorumcusu olarak görür. Bilge bir yargıç ise politik tercihin kaçınılmaz olduğunu bilir, objektif hareket ediyormuş gibi yapma yanlısına düşmez ve yargısal gücü, toplumsal sonuçları gözeterek bilinçli bir biçimde kullanır.”<sup>19</sup>

Yargısal kendini sınırlamacılar ise, aktivistlerin aksine, hukukun politika olmadığını düşünmekte ve kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanarak yargının yasama organının üstünde olmasına karşı çıkmaktadırlar. Onlara göre kanunların sabit anlamları bulunmaktadır ve bu anlamlara bağlı kalınmalıdır. Dolayısıyla yargıçlar kanunların çizdiği sınırların dışına çıkmamalıdır. Bu doğrultuda yasama organı kanunların belirttiği sınırların dışına çıkmadıkça, yasama işlemlerine saygı duymak gerekir. Çünkü yasama organı bir yanlış yapsa bile o yanlış demokratik karar alım süreçleri içerisinde yine kendisi düzelterektir. Mahkemelerin bu sürece müdahalelerinin yasama

---

<sup>17</sup> A.g.e., s. 1448–49.

<sup>18</sup> A.g.e., s. 1447.

<sup>19</sup> Aktaran Korucu, *Yargısal Aktivizm*, s. 48.

organında sorumsuzluklar ortaya çıkarabileceği endişesi yargısal kendini sınırlamacılar tarafından dile getirilmiştir.<sup>20</sup>

Schlesinger'in yargısal aktivizm ve yargısal kendini sınırlama kavramlarına dair getirdiği tanım ve betimlemelere değindikten sonra, Schlesinger'in kavramsal yaklaşımının önemine ve ona getirilen eleştirilere değinmek yerinde olacaktır. Bu makalenin en önemli yanı yargısal aktivizm kavramını ilk kez kullanmasıdır. Bu makaleden itibaren kavram hem akademik literatüre girmiş hem de medyada ve politik tartışmalarda kendine yer edinmiştir.<sup>21</sup> Ayrıca Schlesinger'in betimlediği fikir ayrılıkları halen güncelliğini korumaktadır. Makalede yer alan demokratik meşruiyete sahip olmayan yargıçlar ile seçimle iş başına gelen yasama organı veya hukuk ile politika gibi çatışmalı konular hala akademik ve popüler tartışmaların ana eksenlerini oluşturmaktadır.<sup>22</sup> Yine makalede betimlenen görüşlere uygun şekilde, bugün için de yargısal aktivizmin bazı durumlarda gerekli olduğunu savunanlar bunu temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, anayasa mahkemesinin kendisini sınırlaması gerektiğini savunanlar ise temel olarak yasama çoğunluğuna saygı ilkesine atıf yapmaktadır. Fakat bu ayrımın keskin olmadığını, bazı durumlarda mahkemelerin aktivist bazı durumlarda ise kendini sınırlayan bir tavır alması gerektiğini savunanlar da mevcuttur.<sup>23</sup>

Yargısal aktivizm ve yargısal kendini sınırlama kavramları Schlesinger'in makalesinin ardından akademik çalışmalarda kendine yer bulmuştur. Örneğin Schlesinger'in makalesinin yayımlanmasından 8 yıl sonra yazar Edward McWhinney bu kavramları bilimsel bir metinde ele almıştır. McWhinney konu üzerine iki makale yazmış; ilk

---

<sup>20</sup> Kmiec, 1447; Ozan Ergül, "Berraklaştırılmayan Bir Kavram: 'Yargısal Aktivizm'", *TBB Dergisi*, sayı 104 (2013): s. 43.

<sup>21</sup> Yargısal aktivizm kavramının akademik makalelere ve gazete metinlerine konu olmasıyla ilgili Korucu'nun verdiği istatistiksel veriler kavramın popüleritesi hakkında bilgi vermektedir. Buna göre, yargısal aktivizm hakkında yazılan makaleler 1990 ile 2000 yılları arasında 3815, 2000 ile 2004 yılları arasında 1817'dir. Akademik yayınların yanı sıra kavram popüler tartışmalarda da sıklıkla kullanılır olmuştur. 1994 ile 2004 yılları arasında kavram Washington Post gazetesinde 163, New York Times gazetesinde ise 135 kez yer almıştır. Korucu, *Yargısal Aktivizm*, s. 50.

<sup>22</sup> Kmiec, "Judicial Activism", s. 1449.

<sup>23</sup> Mahkemenin hangi durumlarda aktivist hangi durumlarda kendini sınırlayan bir şekilde davranması gerektiğine dair bir örnek için bkz. Ergun Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları, 2015), s. 51.

makalesinde yargıçların toplumsal sorunlara ve beklentilere tam olarak hâkim olamayacağından hareketle kendilerini sınırlaması gerektiğini, üç yıl sonra yazdığı bir başka makalesinde ise yargısal aktivizm ve yargısal kendini sınırlama kavramlarının katı kullanımları yerine, bu iki kavramı birlikte okumak gerektiğini belirtmiştir. Ona göre, bir yargıç bir konuda aktivist tutum alıp farklı bir konuda kendini sınırlama ilkesince hareket edebilir.<sup>24</sup> Bu da yargısal aktivizmin, Mahkemenin önüne gelen davanın konusuna göre değişiklik gösterebileceğini ortaya koymaktadır.

Son olarak Schlesinger'ın makalesinin birçok eleştiriye maruz kaldığı da ifade edilmelidir. En önemli eleştirilerden birisi Craig Green tarafından yapılmıştır. Green makalesinde, Schlesinger'ın yargısal role ilişkin kapsamlı bir teori sunmadığını, bunun yerine "tarihteki bir âna" işaret ettiğini belirtmektedir.<sup>25</sup> Ayrıca yazar, makalenin yargısal aktivizmin tam olarak nerede başlayıp nerede bittiğine, yani sınırlarına dair bir açıklama sunmadığını, yargıçların aktivist veya kendini sınırlamacı şeklindeki sıfatları nasıl kazandığına dair bir tanım getirmekten ziyade, Mahkeme üyelerinin kişisel özelliklerine odaklandığını belirtmiştir.<sup>26</sup> Ona göre, Schlesinger yargısal aktivizm kavramını kullanmış fakat onu tanımlamaktan ve açıklamaktan kaçınmıştır.<sup>27</sup> Fakat Green'in bu eleştirisi adil gözükmemektedir. Çünkü yargısal aktivizm kavramı etrafında şekillenen literatür incelendiğinde, bu konuda fikir beyan eden yazarların da net bir tanım yapmaktan kaçındıkları görülmektedir. Buna yönelik girişimler olsa bile ortak bir tanım çıkarmanın zorluğu bulunmaktadır. Bir sonraki başlıkta bu zorluk, literatürdeki görüşlerden yararlanılarak gösterilmeye çalışılacaktır.

## 2.2. Kavramının Tanımı, Tespiti ve Görünüm Biçimleri

Yargısal aktivizm kavramı, ilk kullanımından günümüze kadar birçok akademik çalışmaya konu olmuştur. Kimi yazar yargısal aktivizm kavramını içi boş, kaygan yapıllı olarak tanımlarken, kimi ise siyasal görüşlere göre değişebilen bir nitelikte olduğunu

---

<sup>24</sup> Ece Göztepe, "Muhakeme Etmek Ya Da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi'nin '367 Kararı' İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan* içinde, ed. Serap Yazıcı vd. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), s. 348.

<sup>25</sup> Green, "An Intellectual History of Judicial Activism", s. 1202.

<sup>26</sup> A.g.e., s. 1202–3.

<sup>27</sup> Korucu, *Yargısal Aktivizm*, 49; Green, "An Intellectual History of Judicial Activism", s. 1203.

belirtmiştir. Bu özelliklerinden dolayı kavramın tanımlanmasının zorluğu birçok yazarca kabul edilmektedir. Gerçekten de bir yargı kararı kimine göre aktivist ve yasamanın alanına müdahale olarak görülürken, kimine göre yargısal denetimin olağan sınırları içinde görülmektedir. Yine bir karar belirli bir zamanda, yargısal denetimin işlevine uygun bir biçimde doğal olarak karşılanırken, zaman geçtikte, toplumsal ve siyasal koşullar o kararı yargısal aktivizmin bir örneği olarak karşımıza çıkarabilmektedir. Yargısal aktivizmin bazı durumlarda olumlu bir işlev görebileceğini belirten görüşler de mevcuttur. Fakat yargısal aktivizmin en çok kullanılan tanımı, ona olumsuz bir anlam yüklemektedir.

Yargısal aktivizm en geniş anlamda yargısal denetim sınırlarının aşılması olarak tanımlanabilir.<sup>28</sup> Yargıçlar bu sınırları aşarken, kendi yetkilerini genişletmek suretiyle, kendilerini bir nevi yasa yapıcıların yerine koymaktadırlar.<sup>29</sup> Yargıçların siyasi ve ideolojik görüşleri, demokratik meşruiyete sahip organların iradelerinin yerine geçmektedir.<sup>30</sup> Bu noktada kapsamlı bir tanım Yusuf Şevki Hakyemez'e aittir. Hakyemez yargısal aktivizmi şu şekilde tanımlamaktadır:

Gerçekleştirdikleri anayasaya uygunluk denetimi sürecinde mahkemelerin, belli bir sonuç elde etmeye odaklanmış aktif bir yaklaşımla, anayasa hükümlerini sahip olduğu anlamı zorlayacak ya da bazen tamamen tersyüz edecek biçimde yorumlayarak, nihai aşamada yasama tasarruflarına ilişkin olarak siyasi iradenin de hedeflemediği yeni uygulamalara yol açabilen kararlar vermeleri durumudur.<sup>31</sup>

Hakyemez'in bu konudaki çalışması Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizmine odaklanmaktadır. Söz konusu tanımda da AYM'nin yargısal aktivizmine dair unsurlar görülmektedir. Nitekim AYM'nin yargısal aktivizmi kendisini, anayasal metnin anlamının zorlanması, anayasaya uygun yorum yöntemiyle yasama organının öngörmediği bir sonuca ulaşmasında göstermektedir.

---

<sup>28</sup> Korucu, *Yargısal Aktivizm*, s. 51.

<sup>29</sup> A.g.e., s. 53.

<sup>30</sup> Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 12. baskı (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2015), s. 100.

<sup>31</sup> Hakyemez, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, s. 35.

Yargısal aktivizmin, yukarıda verilen tanımları, onun olumsuz niteliğini öne çıkartmaktadır. Zaten kavram, akademik literatürde ve popüler tartışmalarda da genellikle olumsuz bir çağrışıma sahiptir. Bir politikacının beğenmediği bir anayasa mahkemesi kararını aktivist olmakla suçladığına çokça şahit olunur. Diğer bir ifadeyle, aktivist veya sınırlamacı olmak bir mahkeme üyesinin etiketi olabilir. Bu etiketlemede siyasal görüşler de belirleyici bir rol oynamaktadır. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yargıçları, liberal-aktivist, muhafazakâr-sınırlı şeklinde nitelemelere tabi tutulabilmektedirler. Örneğin Korucu'ya göre, Başyargıç Warren ve Burger döneminde verilen aktivist kararlar ve bu kararlara muhalif olan yargıçların çoğunlukla muhafazakâr eğilimli olması bu şekilde bir nitelemeye sebebiyet vermiştir.<sup>32</sup> Halbuki Başyargıç Rehnquist döneminde Mahkeme, muhafazakâr fakat aktivist olarak eleştirilmiştir. Bunda Mahkemenin Amerikan siyasetinin muhafazakâr politikalarına uygun olarak, belirli konularda aktivist tutum göstermesi etken olmuştur.<sup>33</sup> Buradan çıkan sonuç, yargısal aktivist şeklindeki nitelemenin sadece belirli bir siyasal görüşe atıfla yapılamayacağıdır.

Yargısal aktivizmin kolaylıkla politik bir argümana dönüşebilmesi, onun tanımındaki belirsizlikten kaynaklanmaktadır. Randy Barnett, "Anayasal Klişeler" (*Constitutional Cliches*) adlı makalesinde yargısal aktivizm ve yargısal kendini sınırlama kavramlarını "anayasal klişeler" olarak nitelemektedir. Barnett'e göre yargısal aktivizm, yargıçların uzak durması gereken ve kamuoyu tarafından reddedilen yasal bir eylemi eleştirmek için kullanılmaktadır. Fakat yazara göre yargısal aktivizm her durumda olumsuz bir anlama sahip olmak zorunda değildir; bazı yazarlar kavramı nötr veya olumlu bir anlamı ifade edecek şekilde de kullanmıştır. Kavramın sahip olduğu olumsuz anlam ise "boş bir anayasal klişe"den ibarettir.<sup>34</sup> Çünkü ona göre, anayasaya aykırı olan kanunların iptal edilmesi normal bir durumdur. Şayet yargısal aktivizm tam olarak reddedilmiyorsa, onu basit bir şekilde yasaların geçersiz kılınması şeklinde ifade etmek yanlıştır. Bunun yerine yasaların "uygun olmayan" bir şekilde geçersiz

---

<sup>32</sup> Korucu, *Yargısal Aktivizm*, s. 121–22.

<sup>33</sup> Ergül, "Berraklaştırılmayan Bir Kavram: 'Yargısal Aktivizm'", s. 39–40.

<sup>34</sup> R.E Barnett, "Constitutional Cliches", *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works* 36, sayı 3 (2008): s. 495.

kılınmasına işaret edecek şekilde tanımlanması daha yerinde olacaktır.<sup>35</sup> Gerçekten de Barnett'in altını çizdiği gibi, yargısal aktivizmi yasaların mahkemeler tarafından iptal edilmesiyle denk görmek anayasa yargısının işlevini ortadan kaldırmak anlamına gelecektir. Fakat yasaların uygun olmayan bir şekilde geçersiz kılınmasının tespitini objektif kriterlere oturtmak zordur. Verilen bir mahkeme kararının aktivist olup olmadığı, o kararı değerlendiren kişinin kararı ele alış şekline göre değişebilecektir.

Barnett'in işaret ettiği gibi, yargısal aktivizmin bazı durumlarda olumlu bir işleve sahip olabileceğine ilişkin görüşler de mevcuttur. Bu görüşlerin temel argümanı, söz konusu temel hak ve özgürlüklerin bir yasama işlemi tarafından ihlal edilmesi durumunda, anayasaya aykırılık olmasa bile, iptal edilmesi gerektiği yönündedir. Bu, bireysel hak ve özgürlükleri devlete karşı korumayı temel alan doğal hukuk doktrininin de amacıdır.<sup>36</sup> Böyle bir durumda anayasa mahkemesinin yetkilerini genişletmek yoluyla bir yasama sürecini sekteye uğratmasına temel hak ve özgürlükler adına katlanılabilir. Fakat bir yargıcın iptal kararını temel hak ve özgürlükler lehine mi yoksa ideolojik dürtülerle mi verdiğini anlamak tam olarak mümkün değildir. Ayrıca yargısal aktivizmin hangi noktalarda mazur görülebileceğinin de tespit edilmesi gereklidir. Bu noktada Özbudun'un tespiti yol göstericidir. Yazara göre mahkemeler, ekonomik tercihler noktasında kendini sınırlayan, bireysel özgürlükler söz konusu olduğunda da aktivist bir tavır tercih etmelidirler.<sup>37</sup> Eğer anayasal denetimin sınırları çok dar bir kapsama alınırsa, yasama organının kararlarına saygı biçiminde gerçekleşen bir karar, anayasa yargısının özüne, yani temel hak ve özgürlükleri koruma işlevini tehlikeye sokabilir.<sup>38</sup> En nihayetinde açık bir yetki gaspı olmadığı sürece, yargısal aktivizm ve yargısal kendini sınırlama noktasındaki tespitler, kişilerin anayasa yargısı mekanizmasına ve ona yükledikleri role bağımlı olarak değişecektir. Hakyemez'in belirttiği gibi, konu temel hak ve özgürlükler olduğunda, örneğin liberal anayasacılık anlayışına sahip kişiler yargısal aktivizme olumsuz bir anlam atfetmemektedirler.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> A.g.e., s. 494–95.

<sup>36</sup> Hasan Tuna Göksu, "Siyaset ve Hukuk Arasında Anayasa Yargısı: Kendini Sınırlama İlkesi (Judicial Self-Restraint)", *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan* içinde, ed. Engin Yıldırım vd. (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2012), s. 120.

<sup>37</sup> Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, s. 51.

<sup>38</sup> Korucu, *Yargısal Aktivizm*, s. 117.

<sup>39</sup> Hakyemez, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, s. 37.

Bir mahkeme kararını yargısal aktivizm veya bir yargıcı yargısal aktivist şeklindeki nitelendirme siyasal görüşe göre değişebildiği gibi, zaman içinde de değişikliğe uğrayabilmektedir. Öncesinde aktivist olarak nitelenen ve eleştirilen bir karar daha sonra yaşanan siyasal ve toplumsal dönüşümle birlikte artık aktivist olarak değerlendirilmekten çıkabilir. Hatta Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1953 yılında vermiş olduğu *Brown v. Board of Education* davası örneğinde görülebileceği gibi, kararlara yönelik eleştiriler yerini lehte yorumlara bırakabilmektedir. Mahkeme bu kararında, siyah ve beyaz ırktan olan çocukların farklı devlet okullarında okumasını zorunlu hale getiren düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmuş ve o dönemde aktivist olarak eleştirilmiştir. Hâlbuki Amerika'da, tamamen olmasa da değişen siyasal ve toplumsal koşullar, bu karara yönelik aktivist yönündeki değerlendirmeleri ortadan kaldırmıştır.<sup>40</sup>

Yukarıda örnekleri verildiği gibi, akademik yazında yargısal aktivizm kavramı, ele alınış biçimine bağlı olarak hem olumlu hem de olumsuz anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. Fakat her iki kullanımın da yargısal aktivizm olarak nitelendirilmesi gerektiğinin altı çizilmelidir. Nitekim, Serdar Gülener'in "olumsuz yargısal aktivizm" ve "olumlu yargısal aktivizm" ayrımları da bunu ifade etmektedir. Gülener'e göre kuvvetler ayrılığına aykırı olarak mahkemelerin yasama organının yerine geçecek şekilde karar vermeleri "olumsuz yargısal aktivizm" olurken, söz konusu temel hak ve özgürlükler olduğunda mahkemelerin bireyleri korumak adına aldıkları aktivist tutumlar "olumlu yargısal aktivizm" olarak değerlendirilmelidir.<sup>41</sup> Gülener'in bu yaklaşımı, kavrama dair yapılan önceki tartışmalardan farklı olarak, ona belli bir açıklık getirmiş olmasına rağmen, tekrar belirtmek gerekir ki, bir kararın olumlu veya olumsuz yargısal aktivizm olacağına ilişkin tespitler çoğunlukla sübjektif nitelik taşımaktadır.

Bir yüksek mahkeme kararının bazı açılardan aktivist bazı açılardan da bu niteliği taşımayabileceği; buradan hareketle yargısal aktivizmin çeşitli görünüm şekilleri

---

<sup>40</sup> Ergül, "Berraklaştırılmayan Bir Kavram: 'Yargısal Aktivizm'", s. 40–41.

<sup>41</sup> Serdar Gülener, *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012), s. 264–65.



olduğu belirtilmektedir.<sup>42</sup> Buna göre, mahkemelerin yargısal denetimi gerçekleştirirken bir nevi kendilerini yasa yapıcılar yerine koyması, demokratik meşruiyete sahip yasama organına bir müdahale niteliğindedir ve “oğunluk karşıtı aktivizm”dir. Fakat rneğın Mahkemenin nceki içtihatları takip etmediği durumlar veya dava konusunun dışına çıkan yorumları da yargısal aktivizmin görünümünü oluşturmaktadır. Ayrıca Mahkemeler yargısal denetimde anayasanın orijinal anlamından saparlarsa bu noktada da aktivist hareket etmiş olurlar. Hatta mahkemelerin iptal etmesi gereken bir yasama işlemi noktasında sessiz kalmasının da bir çeşit aktivizm olduğu savunulmaktadır.<sup>43</sup> Yargısal aktivizmin çeşitli görüntüleri olabileceğini iddia eden bu yaklaşım, bir kararın aktivizmini tespit etme noktasında belirli bir ölçüt getirebilir. Fakat bazı görünüm biçimleri yargısal aktivizmi daha da belirsiz hale getirebilmektedir. Anayasayı hazırlayanların anayasa metnine verdiği anlamın tespiti ve bunun sonucunda bu anlamdan sapan yorumların belirlenmesi son derece zordur. Çünkü anayasa metinlerinin soyut ifadelere yer vermesi nedeniyle bu anlamın açık olmadığı durumlar da söz konusudur.<sup>44</sup> Yine iptal edilmesi gereken bir yasama işlemi karşısında mahkemenin sessiz kalması, yargısal aktivizmin değil, yargısal kendini sınırlamanın bir çeşidi olarak görülmelidir. Nihayetinde yargısal aktivizmde aktif bir tavır alış biçimi vardır. Bunun yerine, yargısal kendini sınırlama bağlamında mahkemelerin tepkileri önlemek adına çekimser davranmaları ve örneğın temel hak ve özgürlükler bakımından sıkıntılı yasama işlemlerini iptal etmemeleri durumunu yargısal kendini sınırlamanın olumsuz bir sonucu veya onun aşırı bir yorumu olarak görmek gerekir.

Yargısal aktivizme dair buraya kadar değinilen farklı tanımların çıkış noktası yargısal denetim sınırlarının aşılmasıdır. Fakat burada sınırların ne olduğu sorunu da ortaya çıkmaktadır. Yargısal aktivizmi, yasama işlemlerinin iptal edilmeleriyle eş değer görmek, yargısal denetimin iinin boşalması anlamında gelecektir. O halde, yargısal aktivizmin tanımlanması ve anlamlandırılması için yargısal denetimin sınırlarının çizilmesi gerekir. Aksi takdirde, Göztepe’nin de belirttiği gibi, kavramı tanımlamak için

---

<sup>42</sup> Korucu, *Yargısal Aktivizm*, s. 54.

<sup>43</sup> A.g.e., s. 57–116.

<sup>44</sup> A.g.e., s. 84.

yargıç davranışlarının ötesinde bir ölçüt belirlenmediği durumda, yargısal aktivizm “içi boş” bir kavram haline gelecektir. Bu bağlamda Lino Graglia’nın yargısal aktivizm tanımı, kavramın sınırlarının çizilmesi noktasında bir öneri sunmaktadır. Yazara göre yargısal aktivizm “diğer devlet yetkililerinin ya da kurumların yaptığı ve anayasanın açıkça yasaklamadığı siyasa tercihlerine yargıçların müsaade etmemesidir.”<sup>45</sup> Fakat bu tespiti uygun olarak yargısal aktivizmden kaçınmaya çalışan bir mahkeme, anayasaya açık bir aykırılık taşımayan fakat temel hak ve özgürlüklerin aleyhine olan bir yasama işlemini iptal etmeyecektir.<sup>46</sup> Ayrıca, bir normun denetiminde anayasaya açıkça aykırılık olup olmadığının belirlenmesi de bir “yorumu” zorunlu kılmaktadır. Çünkü anayasalar birçok soyut ve çeşitli şekillerde yorumlanabilecek kavramlar içerirler. Örneğin bunlardan biri, bir sonraki bölümde ele alınacak olan laiklik kavramıdır. Laiklikle doğrudan veya dolaylı olarak ilgisi bulunan bir yasama işleminin, anayasa tarafından açıkça yasaklanıp yasaklanmadığının tespiti, Mahkeme yargıçlarının laiklik kavramına yükledikleri anlama göre değişiklik gösterecektir.

Nitekim yargısal aktivizm, kavramın sübjektif niteliği üzerinden mahkeme kararları ve/veya mahkeme üyeleri hakkında olumsuz yargılarda bulunmak için işlevsel bir araç haline gelebilmektedir. Örneğin anayasa mahkemesine atanacak bir yargıca yönelik olumsuz kanaatler onun aktivist olarak nitelendirilmesine sebep olabilir. Aynı şekilde bir mahkeme kararını aktivist olarak isimlendirmek o karardan duyulan memnuniyetsizliğin bir ifadesi olabilmektedir.<sup>47</sup> Bu sebeptendir ki yargısal aktivizmi kapsamlı bir şekilde tanımlamak neredeyse imkânsız hale gelmekte, kavram hakkında bir konsensüs oluşmamaktadır. Çünkü, yukarıda örnekleri verildiği gibi, yargısal aktivizmin çeşitli tanımları verilmesine rağmen, bu tanımlar bir kararın aktivist olup olmadığının tespiti noktasında yetersiz kalmaktadırlar. Bu durum bir yandan kavrama muğlak ve ikircikli bir nitelik kazandırırken, öte yandan bu türden kullanımlar da kavramın nihai bir tanıma ulaşmasını ötelemektedir. Bu sebeple yargısal aktivizmi, mahkemelerin bir yasama işleminin denetiminde, anayasadan kaynaklanan

---

<sup>45</sup> Aktaran: Ergül, “Berraklaştırılmayan Bir Kavram: ‘Yargısal Aktivizm’”, s. 45.

<sup>46</sup> Korucu, *Yargısal Aktivizm*, s. 61.

<sup>47</sup> C.R Yung, “Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts”, *NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW* 105, sayı 1 (2011): s. 8.

yetkilerini genişletmesi ve buna bağlı olarak denetimin sınırlarını aşması olarak tanımlamak; bu tanıma göre yapılacak tespitin de dava konusu olaya göre ve kararı değerlendiren kişilerin siyasal ve hukuki görüşlerine göre değişiklik arz edebileceğini kabul etmek gerekir.

### 2.3. Kavramın Politik Niteliği

Yargısala aktivizmin tespitinin zorluğunun sebeplerinden birisi, onun “politik olanla” arasındaki yakın ilişkidir. Yargıçların temel hak ve özgürlükleri korumak adına aktivist bir tavır alması, bireyi devlet karşısında korumak bağlamında ilkeli bir tutum olarak görülebilir. Fakat kuşkucu bir bakış, bunu tespit etmenin de oldukça zor olduğunu düşünecektir. Bir yargıcın politik dürtülerle hareket etmesi ile temel hak ve özgürlükler lehine hareket etme noktasındaki ayrımı belirlemenin ölçütü ne olabilir? Bu belirsizliği ve çözümsüzlüğü aşmak için yargısal denetimin politik bir içeriğe sahip olabileceğini, bunun bizatihi anayasanın politik bir metin olmasından kaynaklandığını kabul etmek gerekir. Ayrıca yargıçların sadece hukuki dürtülerle hareket edeceği varsayımı da pratikte geçersiz kalmaktadır. Göztepe’nin Hans Kelsen’in düşüncelerinden özetlediği fikirler anayasa yargısının politik yönü ve genel olarak hukuk ve politika arasındaki ilişki ve gerilime dair yol göstericidir:

Kelsen’e göre çıkar çatışmalarının çözümündeki her eylem son kertede siyasal bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle de sadece yasakoyucunun siyasal bir nitelik taşıdığını, ama yargının siyasal açıdan tarafsız olduğunu iddia etmek yanlıştır. Yasakoyucunun bir yasa yoluyla yargı organlarına çıkar çatışmalarını belli sınırlar için tartma ve sorunu çözme yetkisi vermesi, ona siyasal bir iktidar vermesi anlamını da taşımaktadır. Bu nedenle yargı ile yasakoyucunun siyasal niteliği arasında niteliksel değil, olsa olsa niceliksel bir fark olabilir. Her hukuki çatışma bir çıkar ve iktidar çatışmasıdır. Bu nedenle her hukuki anlaşmazlık aynı zaman bir siyasal anlaşmazlıktır. Çıkar, iktidar ya da siyasal çatışma olarak nitelendirilen her çatışma, bir hukuki anlaşmazlık olarak çözüme kavuşturulabilir<sup>48</sup>.

Schlesinger’in makalesinde yargısal aktivistler hukukun politikadan ayrılmazlığı üzerinden yargıçların politik tercihlerden kaçmaması gerektiğini ifade ediyordu. Kelsen’den hareketle yargıçların kararlarını verirken politik dürtülerle hareket edebileceği gerçeğini kabul etmekle birlikte, anayasa mahkemelerinin belirli bir

---

<sup>48</sup> Göztepe, “Anayasa Yargısının Meşruluğu”, s. 395.

politik tavrın savunuculuğunu üstlenir tarzda kararlar almasının mahkeme ile politik aktörler ve hatta mahkeme ile toplum arasındaki çatışmayı artırabileceği gerçeğini de kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, anayasa mahkemesi yargıçlarının politik atmosferden tamamen arınmış bir şekilde karar alabileceği varsayımı bir temenniden ibaret olabilmektedir.

Anayasa mahkemelerinin önüne gelen davaların niteliği, kaçınılmaz bir şekilde, anayasal denetimin aynı zamanda politik bir niteliğe sahip olduğunu göstermektedir. Bu görüşü daha ileri boyuta taşıyanlar da mevcuttur. Erdoğan'ın ifadesiyle, "anayasa yargısının tamamen siyasi olduğu da ileri sürülmüştür." Örneğin Michael Perry, kanunların anayasa uygunluğunun denetiminin yargısal olmaktan ziyade politik bir süreç olduğunu ifade etmektedir. Perry'in bu düşünceden hareketle çıkardığı sonuç da benzerdir: "Onun için, anayasa yargısının politikleştirilmemesi ve 'politik olarak tarafsız' olması gerektiğini söylemek anlamsızdır."<sup>49</sup> Nitekim anayasa yargısının ilk örneği olan Marbury v. Madison kararında bile, kararın alındığı zamanda mevcut olan politik durum davaya etki etmiştir. Örneğin kararı veren Yüksek Mahkeme'nin başkanı olan John Marshall, bu göreve atanmadan önce Federalist Parti'nin genel sekreteri görevindedir. Ayrıca Yüksek Mahkeme'ye davayı açan Marbury'nin atama kararını teslim etmeyen de yine o dönem genel sekreter görevini üstlenen Marshall'dır.<sup>50</sup> Bu sebeple Gözler, söz konusu davayı "hukuk bakımından övünç kaynağı olan bir dava değil, hukuk tarihi bakımından hukukun siyasallaşması sürecini başlatan ilk dava" olarak görmektedir.<sup>51</sup>

Mahkemelerin politik aktörlerin yerine geçmesi beklenemez. Fakat politik kararlar almaktan kaçınan, anayasa yargısının işlevine uygun olarak hareket eden bir mahkeme bile bütün politik aktörleri memnun edemeyecektir. Metin Kıratlı'nın ifadesiyle "hâkimler ne kadar tarafsız ve dikkatli olurlarsa olsunlar, verdikleri kararlardan hoşnut olmayanlar daima bulunacaktır."<sup>52</sup> Yazar bu ifadesini Federal

---

<sup>49</sup> Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 99.

<sup>50</sup> Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 717–18.

<sup>51</sup> A.g.e., s. 722.

<sup>52</sup> Metin Kıratlı, "Anayasa Mahkemeleri ve Siyasal Polemikler", *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale* içinde (Ankara, 2017), s. 459.

Almanya Anayasa Mahkemesi'nin 1974 yılında verdiği bir kararla desteklemektedir. Karar, kürtajın gebeliğin ilk üç ayında serbest bırakılmasına dairdir. Mahkeme iki daireden oluşmaktadır. Yazara göre, kamuoyunun algısı "Kara daire" hakimlerinin politik eğilim olarak çoğunlukla "Hıristiyan Demokrat", "Kızıl daire"nin ise "Sosyal Demokrat" olduğunu yönündedir. Sonuçta dava "Hristiyan Demokrat" eğilimli hakimlerin çoğunlukta olduğu "Kara daire"ye düşmüş ve söz konusu yasa iptal edilmiştir.<sup>53</sup> Bu örnek anayasa yargısının politik alanla nasıl bir ilişkisi olduğunu göstermesi açısından önemlidir. Ayrıca söz konusu karar, mahkeme yargıçlarının politik görüşlerden azade olmadıklarının ve mahkeme kompozisyonunun politik içerikli davaların şekillenmesinde etkili olduğunu göstermektedir.

Anayasa mahkemelerine kanun yapım sürecinin bir aktörü olarak bakan yaklaşımlar da mevcuttur. Bu yaklaşıma göre "genel iradenin ifadesi olan kanun" sadece yasama organı veya hükümet tarafından oluşturulmaz. Kanunun yapımı bu aktörlerin yanında, anayasa mahkemesine başvurma yetkisi bulunan aktörler ile anayasa mahkemelerinin bir mücadelesi sonucunda ortaya çıkar.<sup>54</sup> Anayasa mahkemeleri yasama işlemlerine karşı verdikleri kararlarla o yasama sürecinin bir nevi parçası haline gelebilmektedirler. Yasama, yürütme ve yargı organları birbirlerinden ayrı olmasına rağmen çeşitli şekillerde ilişkili olabilir. Söz konusu yaklaşım da bunun bir örneğidir. Mahkemelerin yasama süreçlerine dolaylı bir etkisi olsa da yasama organının işlevini elinden aldığı durumlar kuvvetler ayrılığına aykırı olacak ve yargısal aktivizme sebebiyet verecektir. Mahkemelerin hukuki denetim sınırlarını aşip yerindelik denetimine kaydığı durumlar buna örnek olarak gösterilebilir. Bir yasama işleminin yerindeliliğine yönelik olarak yapılacak denetim, mahkemelerin politik karar alıcıların yerine geçmesi anlamına gelecektir.<sup>55</sup>

Mahkemelerin aktivist nitelikteki kararlarının akademik ve siyasal alanda çokça tartışılması ve anayasa yargısının meşruiyetine olumsuz etkisi, hakimleri bazı çözüm

---

<sup>53</sup> A.g.e.

<sup>54</sup> Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013), s. 469.

<sup>55</sup> Hakyemez, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, s. 63.

önerilerine götürmüştür. Mahkemelerin, aktivizmin önüne geçmek ve politik karar alıcılarla arasındaki gerilimi azaltmak amacıyla yaptıkları içtihatlarla oluşturdukları yöntemler yargısal kendini sınırlama kavramı ile ifade edilmektedir. Bu kavram yargısal aktivizmin bir nevi karşıtı olarak görülebilir. Ayrıca ilgili literatür incelendiğinde, bu kavram ikilisinin birlikte kullanıldığı görülmektedir. Bu sebeple bir sonraki başlık bu kavramı ele alacaktır.

#### **2.4. Yargısal Kendini Sınırlama**

2. Dünya Savaşı'nın yaşattığı tecrübeler, özellikle Avrupa'da, anayasa yargısının gerekliliğine dair düşünceyi pekiştirmiştir. Anayasa yargısı mekanizmasının dünya çapında yaygınlaşmasıyla beraber, yargısal denetimin gerekliliğinden ziyade, bu denetimin sınırları tartışılmaya başlanmıştır. Yargısal aktivizm kavramı da genel olarak bu sınırların aşılmasını ifade etmek için kullanılmıştır. Bununla birlikte, anayasa yargısının sınırlarını belirleme, yargısal aktivizmin önlenmesine yönelik çözümler bulma noktasındaki akademik ilginin yanında, bizzat denetimi yapan organ olan anayasa mahkemeleri tarafından içtihatlar yoluyla çeşitli çözüm yolları geliştirmiştir. Yargısal kendini sınırlama olarak isimlendirilen yaklaşımlar da aslında yüksek mahkemelerin geliştirdiği çözüm yollarıdır.<sup>56</sup> Akademik literatürde yargının kendini sınırlandırması (*judicial self-restraint*) kavramı, yargısal aktivizmle birlikte, bir nevi onun karşıtı olarak kullanılmaktadır.

Genel olarak yargının kendisini sınırlandırması yönündeki çabalar, demokratik bir meşruiyeti olan yasama organına saygı amacı taşımaktadır. Fakat mahkemeler, anayasal denetimin doğasına uygun olarak yaptıklarını düşündükleri durumlarda da özellikle siyasal iktidar tarafından eleştirilere maruz kalmaktadırlar. Böyle bir durumda mahkemenin kendisini sınırlandırması, aynı zamanda böyle bir baskıyı hafifletme ve çatışmadan kaçınma çabası olarak görmek mümkündür. Ayrıca mahkemeler aldıkları kararların meşruiyetini sağlamak da isteyeceklerdir; özellikle verdikleri kararların toplum tarafından kabulü noktasındaki endişeler, mahkemeleri kendini sınırlandırmaya sevk edebilir.<sup>57</sup> Bu sebeple bir yargıcı aktivist davranmaya

---

<sup>56</sup> Göksu, "Kendini Sınırlama İlkesi", s. 122.

<sup>57</sup> Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, s. 51.

sevk eden motivasyonun ne olduğu tam olarak bilinemeyeceği gibi, yargıcı kendini sınırlandırmaya iten sebepleri kesin olarak öngörmek de mümkün gözükmemektir.

Her ne kadar, yargısal aktivizmi önleme adına anayasal metinler mahkemelere belirli sınırlar çiziyor olsa da anayasa mahkemelerinin yargısal denetimin sınırlarını belirleme noktasında iradelerinin olması gerekir. Yargısal kendini sınırlama kavramı ve bu kavram çerçevesinde geliştirilen yöntemler de böyle bir iradenin sonucudur. Yargıç Frankfurter'in şu sözleri, yargının kendini sınırlandırmasının amacı ve mahkemenin kendi sınırını kendisinin belirlemesine yapılan vurgu bakımından önemlidir:

Bu kanun, Anayasa ile kendisine yasama yetkisi verilen Kongrenin bu yetkiyi kullanmasının ve Başkanın teklifi onaylamak ve böylece onu "bir kanun" haline getirmek yönündeki anayasal yetkisini kullanmasının sonucudur. Onu onaylamak, hükümetimizin halk iradesine karşı doğrudan doğruya sorumlu olan ve Anayasa gereğince kanunun isabetliliğini tayin yetkisine sahip bulunan iki dalının işlemine saygı göstermek demektir. Bu mahkemenin, böyle bir kanunu geçersiz kılma konusundaki müthiş (*awesome*) yetkisi, azami ihtiyatla kullanılmalıdır; çünkü pratikte Mahkeme, kendi anayasal fonksiyonunun sınırlarını belirlemede, sadece kendi basiretimizle bağlıdır.<sup>58</sup>

Frankfurter'in de söylediği gibi, anayasa mahkemelerinin aktivist davranmak için ellerinde geniş yetkileri vardır. Mahkemeler kimi durumlarda yasama organına saygı, kimi durumlarda da kendilerini korumaya alma amacıyla belirli alanlara girmekten kaçınırlar. Özbudun, mahkemenin kaçınması gereken bu alanların "temel ekonomik tercihler" olması gerektiğini belirtmektedir. Ona göre, mahkemeler temel haklar ve siyasal haklar konusunda ise aktivist bir tutum izlemelidirler.<sup>59</sup> Bu tür bir ölçüt, temel hak ve özgürlükler bağlamında yapılan aktivizmin olumlu işlev görebileceğine yönelik görüşle uyumlu gözükmektedir.

Tekrar belirtmek gerekir ki, yargının kendisini sınırlandırma noktasındaki ölçütü belirleyecek olan mahkemenin kendisidir. Mahkeme, önüne gelen davanın konusuna göre, eğer bu konuyu yasamanın takdir alanında görüyorsa, bu noktada kendini

---

<sup>58</sup> Tim Koopmans, *Courts and Political Institutions: A Comparative View* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), s. 59–60.

<sup>59</sup> Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, s. 51.

sınırlaması doğru bir davranış olacaktır. Mahkemeler böyle bir takdiri, demokratik meşruiyete sahip yasama organına saygı veya kendilerini olası bir çatışmadan uzak tutma amacıyla da yapabilirler. Sebebi ne olursa olsun, mahkemelerin içtihatlarıyla geliştirdikleri böyle bir tutum, hem politik karar alıcılara alan kazandırması açısından, hem de mahkemelere yönelik eleştirileri azaltması bakımından olumlu görülebilir.<sup>60</sup> Fakat yasama organının iradesine saygı amacıyla olsa bile, anayasaya açıkça aykırı olmayan fakat temel haklar bakımından sakıncalı sonuçlara yol açabilecek durumlarda yapılan kendini sınırlama tutumu özgürlüklerin aleyhine sonuçlar doğurabilir. Bu bağlamda anayasa mahkemelerinin kendilerini sınırlamasının ölçüsü de temel hak ve özgürlükler olmalıdır. Olası politik tepkilerden kurtarmak adına takınılan sınırlamacı bir tutum, anayasa yargısı mekanizmasının işlevini zedeleyecektir.

Anayasa mahkemeleri, yargının kendini sınırlaması bağlamında birçok ölçüt geliştirmiştir. Bunlardan biri, yargıcın metne bağlı kalması ve o metnin dışında bir hukuk yaratma faaliyetine girmemesi gerektiğine dair görüştür. Ronald Dworkin'in ifadesiyle, kendini sınırlayan bir mahkeme "haklılaştırmaya daha az, metnin lafzına uygunluğuna daha çok ağırlık verir."<sup>61</sup> Fakat anayasa metninin açık olmadığı durumlar, mahkemeye yorumda bulunma zorunluluğunu getirmektedir. Mahkeme önüne gelen bir davada, ancak dava konusunun yasamanın takdir alanına girdiği yorumunda bulunarak kendini sınırlayabilecektir. Bu sebeple metne bağlı kalmak anayasal denetim söz konusu olduğunda her zaman mümkün olmayacaktır.

Amerikan anayasa yargısı geleneğinde Mahkeme, önüne gelen davanın politik bir içeriğe sahip olduğu ve bunun yasamanın takdir alanına girdiğini düşündüğü durumlarda karar vermekten kaçınmaktadır. Yargısal kendini sınırlamanın bu çeşidine literatürde "politik sorun doktrini" adı verilmektedir. Mahkeme, politik alana girdiğini düşündüğü durumları ya anayasanın kendisine çizdiği sınırla ya da kendi içtihadıyla belirlemektedir. Zafer Gören'in yargısal kendini sınırlamaya ilişkin tanımı, politik sorun doktriniyle uyum göstermektedir. Ona göre kendini sınırlama, anayasanın

---

<sup>60</sup> Göksu, "Kendini Sınırlama İlkesi", s. 122.

<sup>61</sup> Ergül, "Berraklaştırılmayan Bir Kavram: 'Yargısal Aktivizm'", s. 50.



çizdiği sınırlar içerisinde “serbest politika yapmaktan çekinmek” anlamına gelmektedir.<sup>62</sup> Modern anlamda anayasa yargısının ilk kullanımı olarak kabul edilen ve yargısal aktivizm konusunda da sık sık örnek gösterilen *Marbury v. Madison* davası, politik sorun doktrininin uygulanması açısından da bir ilk olarak kabul edilmektedir. Davada Başyargıç Marshall’ın şu ifadeleri politik sorun doktrininin anlamlandırılması açısından önemlidir:

Konuları politik olan ve milleti ilgilendirip, kişisel hakları ilgilendirmeyen ve Anayasada o alandaki takdir yetkisi politik güçlere bırakılmış meselelerdir. Mahkemenin görevi, sadece kişisel haklarla ilgili karar vermek, yoksa yürütme ya da yürütmenin görevlilerinin takdir yetkisinde olan görevlerini nasıl yapacakları ile ilgili karar vermek değildir.<sup>63</sup>

Anayasa mahkemelerinin politik alana ait konularda karar vermekten kaçınması, yasa yapım süreçlerine ve onun aktörlerine saygı anlamı taşımaktadır. Mahkeme bu şekilde politik olan ile hukuki olanın ayırımını yapmakta, kendisini bireysel hak ve özgürlükleri korumak noktasında görevli addetmektedir. Fakat “siyasal çalılıktan”<sup>64</sup> kaçınmanın aynı zamanda yasama veya yürütmeyle yaşanacak çatışmaları ve baskıyı ortadan kaldırmak amacıyla olabileceğini de gözden kaçırmamak gerekir. Nitekim her ne kadar *New Deal* yasalarının iptali yargısal aktivizmin bir örneği olarak verilse de Başkan Roosevelt’in hamleleri, mahkemeyi geri adım atmaya ve bir nevi politik sorun doktriniyi uygulamaya mecbur bırakmıştır.<sup>65</sup> Yine *Marbury v. Madison* davasında Mahkeme, politikacıların tepkisini üzerine çekmemek için, Marbury’nin talebini incelemekten kaçınmış, onun yerine dava konusu normun anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>66</sup>

Şu ana kadar belirtilen şekliyle politik sorun doktrini hukuk ve politika arasındaki ilişkiler üzerinde şekillenmektedir. Mahkemeler, politik sorun doktriniyi uygularken

---

<sup>62</sup> Zafer Gören, “Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 7, sayı 14 (2008): s. 16.

<sup>63</sup> Aktaran: Göksu, “Kendini Sınırlama İlkesi”, s. 133–34.

<sup>64</sup> Aktaran: Özbudun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, s. 258.

<sup>65</sup> Göksu, “Kendini Sınırlama İlkesi”, s. 134–35.

<sup>66</sup> Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 720.

belirli ölçütler çerçevesinde hareket etmektedirler. Göztepe bu ölçütleri şu şekilde sıralamaktadır:

- sorunun çözülmesinden sorumlu tutulabilecek ve anayasal normun işaret ettiği bir siyasal kurum var olmalıdır,
- sorunun çözülmesinde kullanılacak hukuki bir standart norm mevcut olmamalıdır,
- hukuki takdir yetkisinin sınırlarını aşan bir biçimde karar verilmesi, bir siyasa tercihinin sonucu olmalıdır,
- mahkemenin aldığı karar zorunlu olarak diğer anayasal organların kararlarına müdahale içermelidir,
- mahkemenin vereceği karar, daha önceden alınmış olan bir siyasal karar koşulsuz bağıllığı gerektirmelidir,
- nihayet karar, diğer anayasal organların mevcut soruya verdikleri değişik cevaplarla açık bir uyumsuzluk içinde olmalıdır.<sup>67</sup>

Politik sorun doktrininin uygulamasında temel alınan ölçütlere bakıldığında, bu ölçütlerin mahkemeyi kendini sınırlandırması açısından daralttığı görülmektedir. Örneğin, mahkeme, önüne gelen davada, dava konusu itibariyle politika yapıcılara bırakması gereken alanı anayasa metninden çıkarmalıdır. Hâlbuki metinde böyle bir yetki belirgin bir şekilde gösterilmemişse bile, mahkemeler kendi içtihatlarıyla böyle bir yetkiyi politik aktörlere bırakabilir. Böyle bir tutum, politika ile hukuk arasındaki gerilimi azaltma amacı gözetebilir. Fakat daha önce de belirtildiği gibi, gerilimden kaçınmak adına yasama işlemlerinin ortaya çıkarabileceği olası hak ihlallerine karşı bir edimde bulunmamak, yargısal denetimin özgürlükleri devlete karşı koruma işlevini zedeleyecektir.

Mahkemenin anayasada görev alanına girmeyen bir konudan kaçınmasını zaten kuvvetler ayrılığının gereği olarak görülmektedir. Bu sebeple Louis Henkin'e göre, politik sorun doktrini mevcutsa, bu doktrin, mahkemenin görev alanına girmesine rağmen bilinçli olarak karar vermekten kaçınması anlamına gelecektir.<sup>68</sup> Henkin bir noktaya kadar haklıdır. Fakat özgürlüklerin korunması hususunda Mahkemenin denetimden kaçınması da hukuk devleti ilkesine zarar verecektir. Bu sebeple Özbudun'un yukarıda da bahsi geçen ayırımına göre, Mahkemeler, görev alanına girmesine rağmen temel ekonomik tercihler noktasında kendini sınırlamalıdır.

---

<sup>67</sup> Göztepe, "Anayasa Mahkemesi'nin '367 Kararı' İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi", s. 352.

<sup>68</sup> A.g.e.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin içtihatları sonucunda ortaya çıkan politik sorun doktrininin dışında, yargının kendisini sınırlamasının bir diğer ölçütü de “anayasaya uygun yorum” doktrindir.<sup>69</sup> Bu doktrinde mahkeme, denetimini yaptığı yasama işleminin iptali yerine, onun anayasaya uygun yorumunu aramaktadır. Bu şekilde, mahkeme o normu iptal etmese bile, kendisinin anayasaya uygun olarak değerlendirdiği yoruma göre karar vermektedir.<sup>70</sup> Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1953 tarihli içtihadına göre, yargısal denetime tabi olan bir normun anayasaya uygun bir yorumu söz konusu ise o norm iptal edilmemelidir.<sup>71</sup> Yasama organının anayasaya aykırı kanun çıkarmayacağına ilişkin varsayım bu yöntemin meşruiyet kaynağını oluşturmaktadır.<sup>72</sup> Yargının kendini sınırlaması amacına uygun olarak benzer nitelikteki diğer bir yöntem ise Amerikan anayasa yargısı geleneğinde kendisine yer bulan “anayasal kaçınma kanonu (*canon of constitutional avoidance*)” ismindeki yöntemdir. Mahkemenin bir yasama işleminin anayasaya uygun ve aykırı iki yorumunun olması durumunda mahkemenin bunlardan birincisini tercih etmesi bu yöntemin özelliğidir.<sup>73</sup> Bu bağlamda her iki yöntem de yasa koyucunun iradesine saygı duyması ve olası gerilimi önlemesi bakımından yargının kendini sınırlamasına hizmet edebilir. Anayasaya uygun olan yorumun tespiti, her durumda çok net olmayabilir; bunu yargıçların inisiyatifi belirleyecektir.

Anayasaya uygun yorum doktrini veya anayasal kaçınma yöntemi, yargının kendini sınırlamasının araçlarından görülse de bu yöntemler yargısal aktivizme sebebiyet verebilir. Örneğin Özbudun'a göre anayasa mahkemeleri önlerine gelen bir kanunu iptal etmeyip, onun anayasaya uygun olan yorumunu açıklamakla, yasama organını bu yorumla sınırlamakta ve bir nevi ona direktif vererek politika yapım sürecine etki etmektedir.<sup>74</sup> Ferhat Uslu da aynı görüşü paylaşmakta, böyle bir tutumun mahkemeyi yasa yapım sürecine katarak yasa yapıcı bir aktör olarak görülmesine yol açabileceğini

---

<sup>69</sup> Anayasaya uygun yorum yönteminin çeşitli ülke uygulamaları hakkında bkz. Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, 1. baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010), s. 123–25.

<sup>70</sup> Ferhat Uslu, *Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), s. 108.

<sup>71</sup> Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, s. 123.

<sup>72</sup> Göksu, “Kendini Sınırlama İlkesi”, s. 136.

<sup>73</sup> Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, s. 125–26.

<sup>74</sup> Ergun Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, *Demokrasi ve Yargı* içinde, ed. Ozan Ergül (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005), s. 350.

söylemektedir.<sup>75</sup> Bu sebeple yöntemin olumlu sonuç verip vermediği, her kararın konusuna ve niteliğine göre değişiklik gösterecektir.<sup>76</sup> Mahkemeler anayasaya uygun yorum yöntemiyle, bireysel özgürlükleri zedeleyen kararlara da imza atabilirler. Nitekim AYM'nin başörtüsü hakkında verdiği bir karar bunun bir örneğini oluşturmaktadır. AYM kararlarının incelendiği üçüncü bölümde, anayasaya uygun yorum yönteminin nasıl yargısal aktivizme sebebiyet verebileceği daha açık bir şekilde izah edilecektir.

Mahkemenin benimseyeceği yorum ile yasama organının yasayı çıkarmaktaki niyetinin uyuşmadığı durumlarda, söz konusu yasama işlemi yasama organının isteğinin dışında bir hal alabilmekte, daha sonra aynı konudaki politik tasarruflarına da ket vurabilmektedir.<sup>77</sup> Buna çözüm olarak, Alman anayasa yargısına göre “yasanın sözü ile yasa koyucunun açıkça anlaşılan iradesi” çeliştiği durumlarda anayasaya uygun yorum yöntemi geçerli olmayacaktır.<sup>78</sup> Öte yandan anayasaya uygun yorum doktrini, yargının kendisini sınırlandırmasına hizmet edebileceği gibi, yasama organını sınırlandırmaya da sebep olabilir. Elbette anayasa yargısı, anayasaya açıkça aykırılık taşıyan durumlarda yasama organını sınırlama işlevini görür. Fakat burada mahkemenin bir nevi yasama gibi yasaya yön verme eğilimi söz konusu olabilir. Eğer bu yöntem yargının kendisini sınırlandırmasına hizmet edecek şekilde uygulanırsa, mahkemenin meşruiyetinin artırılması ve üzerindeki baskıları azaltması bakımından önemlidir.

Anayasa mahkemelerinin yargısal denetimin sınırlarını aşarak aktivist kararlar alması, demokratik karar alma süreçlerine olumsuz etkilerde bulunabilir. Aynı zamanda bu nitelikteki kararlar birey haklarını doğrudan etkileyecek sonuçlara da yol açabilirler. Mahkemelerin hakları genişletmek adına aktivist tavır alması olumlu görülebilir, fakat yasama organı birey hak ve özgürlüklerin önündeki engelleri kaldıran girişimlerde bulunduğu durumlarda mahkemelerin müdahaleleri (iptal veya yorumlu ret kararları)

---

<sup>75</sup> Uslu, *Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu*, s. 109.

<sup>76</sup> Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, s. 128.

<sup>77</sup> Zühtü Arslan, “Anayasa Mahkemesi'nin ‘Yorum Tekeli’, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan* içinde, ed. Serap Yazıcı vd. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), s. 63.

<sup>78</sup> Gören, “Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi”, s. 17.

aktivizmin olumsuz niteliğini göstermektedir. Bu sebeple, Türkiye örneğinde yargısal aktivizm ayrı bir öneme sahiptir. Çünkü AYM, kurulduğu günden itibaren yargısal aktivizm niteliğinde birçok karar almış, bu kararlar siyasal ve akademik düzlemde eleştirilmesinin yanında, hakları sınırlayan bir nitelik göstermişlerdir. Mahkeme, özellikle iki konuda aktivist ve vesayetçi olduğu yönünde eleştirilere muhatap olmuştur. Bunlardan birisi etnik partiler ile ilgili iken, diğeri laiklik ilkesi çerçevesinde verilen kararlardır. Bu çalışmada AYM'nin yargısal aktivizmi, laiklik ilkesi ekseninde incelenecektir. Bu amaçla, bir sonraki bölümde öncelikle laiklikle ilgili tanım ve anlayışlar tartışılacaktır. Çünkü uygulamada laikliğe ilişkin tek bir yorum biçimi söz konusu değildir. Bu sebeple bir sonraki bölüm laikliğe ilişkin tanımlara ve ona dair yapılan tasniflere yer verecektir. Sonrasında ise AYM'nin yargısal aktivizminin genel hatları ve hangi laiklik anlayışını benimsediği sorusu, onun siyasal sistem ve anayasal düzen içerisindeki yeri bağlamında açıklanacaktır.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN YARGISAL AKTİVİZMİ VE LAİKLİK

Türk Anayasa Mahkemesi'nin laiklik bağlamındaki kararlarını incelemeden önce, laikliğin kavramsal çerçevesini çizmek gerekir. Bunu yaparken öncelikle laikliğin anlamına odaklanılacaktır. Ayrıca literatürde laiklikle ilgili olarak verilen tasniflere de yer verilecektir. Laikliği kavramsal olarak anlamlandırmak ve laiklik tasniflerini incelemek Türk Anayasa Mahkemesi'nin laiklik anlayışını ve bundan dolayı vermiş olduğu aktivist kararları incelemek açısından önem taşımaktadır. Bu bölümde ayrıca genel olarak Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizmini, laiklik anlayışı ve buna sebebiyet veren unsurlar da ele alınacaktır.

#### 3.1. Laikliğin Kavramsal Çerçevesi

Laiklik veya sekülerlik gibi kavramlar Türkçede birbirlerinin yerine kullanılabilen kavramlardır. Fakat bu kavramlar tam olarak aynı anlama mı gelmektedirler? Ergun Özbudun, "Laiklik ve Din Hürriyeti" adlı makalesinde öncelikle laiklik kavramına karşılık gelen bir Türkçe kelime olmadığını ifade etmektedir. Laiklik kavramının İngilizce karşılığı olan "secular" kelimesinin ise "dünyevi olan" ifadesine denk düştüğünü belirtmektedir. Özbudun'un değindiği bir diğer nokta da "laikçilik" ifadesine yöneliktir. Yazar, Fransızca "laïcisme", Türkçede ise "laikçilik" olarak ifade edilen kavramın "laiklik doktrini" anlamında kullanılmasına rağmen, bu kavramın özellikle Türkiye özelinde, dayatmacı veya katı laikliği anlamlandırmada önemli bir yere oturduğuna dikkat çekmektedir.<sup>79</sup>

Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu ise laik ve seküler kavramları ve türevlerinin farklı coğrafyalarda farklı şekilde kullanıldığını belirtmektedirler. Buna göre Türkçeye laiklik olarak çevrilen "laïcité", "laïc", yani din dışı olanın, devlet ve din ilişkilerinde, kurumsal boyuttaki anlamıdır. Bu kavram daha çok Fransa ve Fransızca konuşan ülkelerde kullanılmaktadır. Seküler, sekülerizm gibi kavramlar ise daha çok Anglo-sakson

---

<sup>79</sup> Ergun Özbudun, "Laiklik ve Din Hürriyeti", *Demokratik Anayasa* içinde, ed. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (İstanbul: Metis Yayınları, 2012), s. 169–70.

coğrafyaya aittir. Bu kavramlar, genel olarak otorite ve anlayış bakımından dini olandan dünyevi olana geçiş şeklinde ortak bir anlama sahip olsalar da gerçekleştirilme yöntemleri bakımından farklılık göstermektedirler. Buna göre laiklik veya laikleştirme Fransa'da, kiliseyle daha katı ve çatışmacı bir biçimde gerçekleşirken, sekülerleşme, daha "uzlaşmacı ve barışçı" bir yöntemle gerçekleşmiştir.<sup>80</sup>

Peki, laiklik kavramının ilk kullanımı ne şekilde olmuştur? Jean Bauberot, laiklik kavramının ilk olarak 1870'lerde bir protestan olan felsefe doçenti Ferdinand Buisson tarafından kullanıldığını belirtmektedir. Eğitim alanında çalışmalar yapan ve dönemin Fransız eğitim yasaları üzerinde de etkili olan Buisson, "Pedagoji ve Temel Öğretim Sözlüğü" adlı çalışmanın başında bulunur. Laik kavramı da bu çalışmanın içinde geçen bir başlığın ismidir.<sup>81</sup> Buisson neden bu kavramı kullanmaya ihtiyaç duyduğunu ise şu şekilde dile getirmektedir: "bu yeni bir kelimedir, [...] genel olarak henüz kullanılmamaktadır. Yine de ben, bu neolojizmi (yeni sözcük türetmeyi) zorunlu buluyorum. Çünkü başka hiçbir terim bu fikri dolambaçlara kaçmadan bu kadar iyi ifade etmiyor."<sup>82</sup>

Laiklik kavramını ilk kullanımı Buisson tarafından olsa da yazar dahi laikleşme ifadesinden ziyade sekülerleşme kavramını tercih etmektedir.<sup>83</sup> Zaten laiklik kavramı sekülerleşmeye göre çok daha yeni bir kavramdır. Bu iki kavram birbirlerinin yerine kolaylıkla kullanılabilirler için aralarındaki ayrıma değinmek de bu bakımdan önemli olmaktadır. Tarihsel süreçte seküler kelimesi dinsel ile dünyevi olanın ayrımına dair kullanılırken, laik kelimesi din adamlarını ve onun dışındakileri ayırmak amacıyla kullanılmıştır.<sup>84</sup> Bununla birlikte laikleşmeyi sekülerleşmenin bir ayağı olarak gören çağdaş yorumlar da mevcuttur. Karel Dobbelaere'e göre "laikleşme", "kurumların yapısal ve işlevsel olarak dinden ayrışması sürecidir." Yani Bauberot'un da dediği gibi "laikleşme, sekülerleşmenin kurumsal boyutudur."<sup>85</sup>

---

<sup>80</sup> Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 90–91.

<sup>81</sup> Jean Bauberot, *Laiklik Tutku İle Akıl Arasında (1905-2005)*, çev. Alev Er, 1. baskı (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları, 2009), s. 6–8.

<sup>82</sup> Nur Vergin, *Din, Toplum ve Siyasal Sistem* (İstanbul: Bağlam Yayınları, 2000), s. 123.

<sup>83</sup> Bauberot, *Laiklik Tutku İle Akıl Arasında*, s. 46.

<sup>84</sup> Saadet Yüksel, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü* (İstanbul: Alfa Yayıncılık, 2015), s. 147.

<sup>85</sup> Bauberot, *Laiklik Tutku İle Akıl Arasında*, s. 47.

Laiklik veya laikleşme kavramını sekülerleşmenin bir boyutu olarak ele alan yaklaşımlara benzer bir şekilde, laikliği farklı bir coğrafyanın tecrübesi üzerinden ele alan yaklaşımlar da mevcuttur. Örneğin Jose Casanova, laikliğin sekülerleştirme sürecinin farklı bir ayağı olduğunu ifade etmektedir. Sekülerleştirme sürecinin iki farklı ayak üzerinden yürüdüğünü belirten yazar, bunun bir tarafında Orta Çağ'da teolojik düzlemde başlayan, Protestanlıkla cisimleşen ve kendisini özellikle ABD'de gösteren bir sürecin, diğer tarafında ise, dini ve seküler olan arasındaki ayırmda, dini olana yönelik daha katı bir yaklaşımın yer aldığını belirtmektedir. Yazar laiklik olarak ele aldığı bu yaklaşımın Fransız, Latin, Katolik kültüründe somutlaştığını ifade etmektedir.<sup>86</sup> Görüldüğü gibi laiklik kavramı, sekülerliğin bir alt kolu olarak kullanıldığı gibi, bu iki kavram tarihsel süreçte farklı coğrafyalarda gerçekleşen süreçlerin bir adı olarak da kullanılmıştır.

Burada bir ara mahiyetinde, bu kavramların ve onlara karşılık düşen zihin kodlarının Batıya özgü olduğunu ifade etmek gerekir. Tanör ve Yüzbaşıoğlu da bu duruma dikkat çekmekte ve bu kavramların Batılı toplumların tecrübeleri sonucu ortaya çıktığını belirtmektedir.<sup>87</sup> Casanova da sekülerlik, sekülerleştirme kavramlarını anlatırken, bu kavramların Batının teolojik anlamda geçirmiş olduğu tartışmaların sonucunda ortaya çıktığını ifade etmektedir. Her ne kadar sekülerleştirme kavramının, dünyevileşmek, yani dini olanı dünyevi haline getirmek şeklinde kullanılsa da ona göre bu kavram Orta Çağ Hıristiyanlığına bir tepki olarak gelişmiştir. Bu sebeple yazara göre, "seküler olanın herhangi bir tartışması, [...] ilk olarak Batılı Hıristiyanlığın teolojik bir kategorisi olarak ortaya çıktığının kabulüyle başlamak zorundadır."<sup>88</sup> Laiklik veya sekülerlik kavramlarının teolojik bir yönünün de olduğunun tespiti, Batı dışı toplumlarda laikleşme yönündeki adımların ürettiği problemleri anlamlandırmak açısından önemlidir.

---

<sup>86</sup> José Casanova, "Seküler, Sekülerleştirmeler, Sekülerizmler", *Laikliği Yeniden Düşünmek* içinde, ed. Craig Calhoun, Jonathan VanAntwerpen, ve Mark Juergensmeyer (Ankara: Nika Yayınevi, 2007), s. 89.

<sup>87</sup> Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 90.

<sup>88</sup> Casanova, "Seküler, Sekülerleştirmeler, Sekülerizmler", s. 88.



Erdoğan da bu bağlamda, laikliğin bir problem olarak Batıya özgünlüğünden hareketle, kilisenin Batıda oynadığı rol ve sonrasında geçirdiği değişime benzer bir gelişmenin İslam dünyasında olmadığı, burada Papalık tipi bir kurumsallaşmış yapının olmamasından hareketle, buralarda laikliğin, geç modernleşmeyle birlikte ortaya çıktığını belirtmektedir.<sup>89</sup> İslam’da Papalık benzeri bir kurumun olmaması yanında, İslam’da “Sezar’ın hakkı Sezar’a, Papa’nın hakkı Papa’ya” şeklinde bir anlayış da mevcut değildir. Her ne kadar İslam toplumlarında, yöneticilerin geniş bir takdir yetkisi olsa da İslam şeriatına uygun olarak hareket etme zorunluluğu bulunmaktadır. Tüm aksaklıklarına rağmen, tarihsel olarak da gözlemlenen bu durum laikliğin İslam dünyasına entegre edilmesinde sorunlara sebebiyet vermiştir. Ayrıca laiklik politikalarının devletler eliyle yukarıdan aşağıya bir şekilde dikte edilmesi, buna yönelik toplumsal tepkilerin doğmasını da kaçınılmaz hale getirmiştir. Daha sonra değinilecek olan Türkiye özelindeki laiklik politikaları, Batı dışı toplumlarda laikleşme süreçlerinin nasıl geliştiği ve ne gibi problemlere yol açtığını göstermesi açısından iyi bir örneklik oluşturmaktadır.

Laiklik kavramıyla ilgili literatürde, laikliğin veya sekülerliğin Batı dışı toplumlara taşınmasının farklı sorunlar meydana getirebileceği düşüncesi yer almaktadır. Örneğin Casanova, sekülerleşmenin Batılı olmayan yerlerde uygulanmasını ele alırken, seküler olanın Batıya özgünlüğüne ve onun tarihsel koşullarının dikkate alınması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Bu sebeple, yazara göre sekülerlik tartışmaları ve seküler ile dini olanın ayrımı Batı dışı coğrafyaya taşındığında “çok sayıda sekülerizmler” ortaya çıkmaktadır. Sekülerleşmenin küreselleşmesiyle farklı coğrafyalarda farklı sekülerlik anlayışları ortaya çıkabilmektedir. Sekülerleşmenin Batı dışına kopya bir şekilde taşınması ise, öncelikle Hıristiyanlığa ait teolojik bir tepkinin farklı din ve coğrafyalara entegre edilmesini zorunlu kılmaktadır.<sup>90</sup> Bu taşınma sürecinde Batı sömürgeciliğinin etkisini de göz ardı etmemek gerekir. Türkiye’deki gibi sömürge geçmişi olmayan toplumlarda ise laiklikleşme, devlet eliyle gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Laikleşmenin bir devlet politikası olmasında, laikliğin Batıdaki sürece benzer bir toplumsal ve siyasal arkaplanı olmamasının rolü büyüktür.

---

<sup>89</sup> Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 265.

<sup>90</sup> Casanova, “Seküler, Sekülerleştirmeler, Sekülerizmler”, s. 97–99.

Buraya kadar ele alınan şekliyle laiklik veya laikleşme, sekülerleşmenin farklı bir anlayışa veya farklı bir coğrafyaya özgü biçimi olarak görülmektedir. Fransa ise bu biçimin somutlaştığı yer olarak zikredilmektedir. Oysa laiklik kavramını daha geniş şekilde, belirli bir coğrafyaya indirgmeden ele alan ve örneğin Fransa'yı bu örneğin uç bir şekli olarak ifade eden yaklaşımlar da mevcuttur. Nur Vergin'in yaklaşımını buna bir örnektir. Fransa ve sonrasında görülecek olan Türkiye örneğini anlamlandırmak için yazar, laiklik yerine laikçilik kavramını kullanmaktadır. Yazar laikçiliği şu şekilde açıklamaktadır: "Olan, dini bilim (ve, tabii, normatiflikten ibaret bir uygarlık anlayışı) adına aforoz etmek, toplum (ve siyaset) hayatının dışına geri püskürtmektedir. Bu, toplumu ve otoriteyi tümüyle 'tanrısızlaştırmayı' gaye edinen, laiklikten sapma bir düşünce sistemidir ve adı laikçiliktir."<sup>91</sup>

Görüldüğü gibi Vergin, laikçilik kavramını olumsuz bir anlamda kullanmaktadır. Oysa "laicisme" kelimesinin Türkçedeki ifadesi olan laikçilik kavramının laiklik doktrini anlamında kullanıldığını ve bunun Türkçede bu şekilde bir olumsuz bir çağrışımla kullanılmasının yanlış olduğunu düşünen yazarlar da mevcuttur.<sup>92</sup> Vergin ise laiklik ile laikçilik arasında bir ayrıma giderek, Batının tarihsel koşullarına özgü olarak laikliğin Kiliselere karşı bir tutum olduğunu, laikçiliğin ise Kilisenin belirttiği dine karşı bir tavır alış biçimi olduğunu ifade etmektedir. Fransa örneğinde de tarihsel koşulların getirmiş olduğu çatışmalar sebebiyle, dini otorite olan kiliselere karşı tutumun yanında, dini inanca karşı olumsuz bir tavır söz konusudur. Vergin bu sebeple, Fransa'daki modele laiklik denemeyeceğini, laikçilik adının verilebileceğini ifade etmektedir. "Çünkü laikçilik, laiklik değildir ve gerçekte laiklik mefhumunun mantığına aykırı olan bir izm'dir" ve bu laikçiliğin anavatanı da Fransa'dır.<sup>93</sup> Vergin'in "laikçilik" kavramını Sami Selçuk "laikleştirmecilik" olarak nitelemektedir. O da benzer görüştedir. Yazara göre, "şovinizm nasıl ulusçuluğun yozlaşmış biçimiyse; laikleştirmecilik de, laikliğin saptırılmış türüdür."<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> Vergin, *Din, Toplum ve Siyasal Sistem*, s. 119.

<sup>92</sup> Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 90.

<sup>93</sup> Vergin, *Din, Toplum ve Siyasal Sistem*, s. 117–22.

<sup>94</sup> Sami Selçuk, *Laiklik* (İstanbul: Uygarlık Yayınları, 1994), s. 11.

Laikliğin uç bir yorumu olan laikçilik yönündeki uygulamaların özgürlüklerin aleyhinde sonuçlara yol açabilmesi, laikçiliğin demokrasiyle uyumlu olmadığı şeklinde bir yoruma sebebiyet vermektedir. Demokratik laikliğin, toplumsal anlamda dünyevileşmeden veya laikçilikten farklı olarak, siyasal ve hukuki düzlemde olabileceğini savunan Erdoğan'a göre de Türkiye'de laiklik olarak bilinen fakat aslında uygulamada laikçilik şeklinde işleyen anlayış liberal demokrasiyle uyuşmamaktadır. Çünkü bir rejimin uyguladığı laikçi politikalar, dindarların din özgürlüklerini ihlal etmesi bakımından, özgürlük ve eşitlik ilkelerine ters düşer ve böyle bir rejimi de demokrasi olarak nitelemek mümkün değildir.<sup>95</sup>

Laikçilik ifadesi Türkiye örneğinde, özellikle AYM'nin din-devlet ilişkileri bağlamındaki aktivizmini anlamlandırmada, oldukça faydalı bir çerçeve sunmaktadır. Fakat literatürde Fransa ve Türkiye örneği laiklik dışında farklı bir kavramla ele alınmamakta, bunun yerine bu uygulamaların laikliğin farklı bir yorumu olduğu tespiti yapılmaktadır. Örneğin Bakır Çağlar Türkiye'de laikliği incelediği makalesinde, laikliğin tek bir anlamı olmadığını belirtmekte ve laikliği üç farklı anlama gelecek şekilde tasnif etmektedir. Buna göre laiklik ilk anlamı ile devletin yansızlığını ifade etmektedir. Bu anlamı hukuk sistemi üzerinden açıklayan yazar, dini inanç ve ifadelerin kamu hukukuna değil özel hukuk alanına ait olduğunu belirtmekte ve nihayetinde uygulamada hukuk sisteminin dini sistemlerden etkilenebileceğini belirtmektedir. Laikliğin ikinci anlamının ise aktif ve militan laiklik olduğunu söyleyen yazar, bununla devletin din üzerindeki denetimini kastetmektedir. Yazar, aktif laikliğe Türkiye'yi, kendi tabiriyle "Türkiye'de yerleşik Anayasa İdeolojisi"ni örnek vermektedir. Üçüncü bir tanım ise hümanizma üzerinden yapılmaktadır. Bu tanıma göre laiklik, farklılıklara saygı gösteren, dini inanışlarından dolayı kimseyi dışlamayan çoğulcu bir felsefedir.<sup>96</sup>

Çağlar'a benzer şekilde, laiklik üzerinde, özellikle ülke örnekleri bağlamında çalışan yazarlar, genellikle iki farklı laiklik anlayışının olduğunu tespit etmektedirler. Laikliğin bu iki farklı yorumu farklı kavramlarla ifade edilse de aslında aynı muhtevayı

---

<sup>95</sup> Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 268–69.

<sup>96</sup> Bakır Çağlar, "Türkiye'de Laikliğin 'Büyük Problem'i Laiklik ve Farklı Anlamları Üzerine", *Cogito*, sayı 1 (1994): s. 114–16.

karşılıyacak biçimde kullanılmaktadır. Bunlardan ilkinine göre din sadece özel alanla sınırlıdır ve devlet, dinin kamusal alana taşınmaması hususunda müdahaleci bir tavır almaktadır. Laikliğin diğere anlayışında ise devlet din ile ilişkisinde herhangi bir tercihte ve edimde bulunmaz; bütün dini inanç ve inanç gruplarına karşı tarafsız ve saygılıdır. Fakat böyle bir ayırımın bulunması, bu iki yorumun uygulamada keskin bir şekilde gerçekleştiğini göstermemektedir. Yine de ülke uygulamaları incelendiğinde ilk yaklaşımın Fransız tipi laikliği, ikinci tip yaklaşımın ise Amerikan tipi laikliği temsil ettiği belirtilmektedir.

Bahsi geçen bu tasniflere dair ilgili literatürde farklı isimlendirmeler yapılmıştır. Özbudun “Laiklik ve Din Hürriyeti” adlı makalesinde bu tasnifleri özetlemektedir. Onun esas aldığı sınıflandırma pasif ve dayatmacı laiklik anlayışı üzerinedir. Burada dayatmacı laiklik önceki paragrafta açıklanan ilk yaklaşıma, pasif laiklik ise ikinci yaklaşıma denk düşmektedir. Yani, bir tarafta devletin din ile ilişkisinde müdahaleci olduğu yaklaşım, diğere tarafta ise devletin din karşısında tarafsız kalmaya çalıştığı yaklaşım bulunmaktadır. Charles Taylor’un Fransız laikliği üzerinden tanımladığı “dinden bağımsız bir siyasal etiğe dayanan” laiklik ile Amerikan laikliğini tanımlayan “ortak bir dini zemine dayanan” ayırımı da farklı şekillerde ifade edilmiş olsa da aynı düşünceye işaret etmektedir. Yine Wilfred McClay’in devletin müdahaleci olduğu laiklik anlayışını temsil eden “pozitif” ve devletin tarafsızlığı üzerinden tanımladığı “negatif” laiklik tasnifi de aynı düzleme oturmaktadır.<sup>97</sup> Vergin’in özgürlük ve çoğulculuk esasına dayanan laiklik tanımı<sup>98</sup> ile laikçilik ayırımı ve Çağlar’ın militan laiklik ve bir hümanizma olan laiklik yaklaşımları da aynı tasnifin farklı şekillerde ele alınmış halleridir. Bu ayırımlar nihayetinde benzer sonuçlara varsa da yazarların bu tasnifleri ele alırken kullandığı ölçütler farklılıklar gösterebilmektedir. Kimi yazarlar ülkelerin cari laiklik politikaları üzerine bu ayırımları yaparken, kimisi tarihsel bir perspektif üzerinden tasnifler yapmaktadır.

Laiklikle ilgili ülke uygulamalarını tarihsel bir yorum üzerinden sınıflandıran diğere bir yaklaşım da pasif ve dayatmacı laiklik ayırımına dayanmaktadır. Buna göre, dini

---

<sup>97</sup> Özbudun, “Laiklik ve Din Hürriyeti”, s. 170–71.

<sup>98</sup> Vergin, *Din, Toplum ve Siyasal Sistem*, s. 121.

kamusal alandan çıkartarak özel alana taşımak için devletin müdahaleci uygulamalara başvurduğu yaklaşım “dışlayıcı laiklik” olarak adlandırılmaktadır. Bunun karşıtını ifade eden “pasif laiklik” yaklaşımında ise devlet, dinin kamusal alandaki varlığına ses çıkarmaz. Bu ayırım ABD, Fransa ve Türkiye örnekleri ve “devr-i sabık” kavramı üzerinden ele alınmaktadır. Buna göre, eğer bir ülkede “monarşi, hâkim din, ikisi arasındaki ittifak ve bunlara karşı çıkarak başarıya ulaşan bir cumhuriyetçi hareket” varsa “devr-i sabık” mevcut demektir ve bunun sonucunda dışlayıcı laiklik anlayışı egemen olacaktır. Bu yaklaşıma göre, bir ülkenin dışlayıcı veya pasif laiklik anlayışına sahip olmasını belirleyen temel etken tarihsel koşullardır. Bu bağlamda, Fransa’da hâkim din konumundaki Katoliklik ve Türkiye’deki hâkim din olan İslam ve bu durumun devamını isteyen monarşi ile buna karşı olan laik cumhuriyetçiler arasındaki çatışma dışlayıcı laiklikle sonuçlanmıştır. ABD’de ise zaten devr-i sabık’ın şartlarından olan hâkim din ve bunu destekleyecek bir monarşi mevcut değildir. Ayrıca burada çatışma halindeki Protestan gruplar için laiklik avantajlı bir durumdur. Bu sebeple ABD’de uzlaşmaya dayalı pasif laiklik egemen olmuştur.<sup>99</sup> ABD’nin kurucu babalarından Thomas Jefferson’ın “komşumun 20 adet Tanrı olduğunu söylemesinin ya da hiç Tanrı olmadığını ileri sürmesinin bana hiçbir zararı yoktur” ifadesi de ABD’deki pasif laikliğin aynı zamanda pragmatik bir tercih olduğunu göstermesi açısından önemlidir.<sup>100</sup>

Türkiye, Fransa ile ABD örneklerini farklı kategoriler içerisinde alan ayrımlar din-devlet-toplum arasındaki ilişkiye odaklanmaktadır. Fakat devletin kurumsal boyutta din ile olan ilişkisi bağlamında yapılan bir ayırımda bu üç ülke aynı sınıfta yer almaktadır. Bu yönde Stepan’ın yaptığı sınıflandırmaya göre, Türkiye, Fransa ve ABD gibi din-devlet ayrılığının katı bir formda uygulandığı ülkeler ayrılıkçı model olarak adlandırılmaktadır. Bu ayırımın diğerk kısmında ise devletin tüm dinleri tanıdığı ve onlarla bir şekilde ilişkide olduğu “tüm dinlere saygı ve destek” modeli yer

---

<sup>99</sup> Ahmet T. Kuru, *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye*, çev. Eylem Çağdaş Babaoğlu, 1. baskı (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları, 2011), s. 14–32.

<sup>100</sup> Vergin, *Din, Toplum ve Siyasal Sistem*, s. 104.

almaktadır.<sup>101</sup> Her ne kadar literatürde ABD toplumsal düzeyde dinin görünürlüğüne daha açık bir ülke olarak sınıflandırılrsa bile, din-devlet arasındaki kurumsal ayırım keskin bir şekilde düzenlenmiştir.<sup>102</sup> Bu sebeple ABD, ayrılıkçı model içerisinde kendine yer bulmaktadır. Stepan, “tüm dinlere saygı ve destek” modeline örnek olarak Senegal’i göstermektedir. Bu model bağlamındaki değerlendirmeye göre, Senegal eski bir Fransız sömürgesi olmasına rağmen, Fransız tipi laiklik anlayışını benimsememiştir. Laik niteliğe sahip devlet ile İslam inancına sahip dini gruplar arasında anlaşmaya dayalı ilişkiler mevcuttur. Ayrıca azınlık olan Katolikler de devlet tarafından tanınmakta, hatta devlet bu dini topluluklara bazı alanlarda destek olmaktadır. Bu sebeplerden dolayı Senegal ayrılıkçı modelin dışında yer almaktadır.<sup>103</sup> Türkiye’nin bir sömürge geçmişi olmamasına rağmen Fransız tipi laikliği uygulamayı sokması, buna karşın eski bir Fransız sömürgesi olan Senegal’in laiklik politikaları bağlamında farklı bir yaklaşım benimsemesi, ülkenin toplumsal ve siyasal koşulları ile devlet seçkinlerinin tercihlerinin laiklik politikalarına etkisini göstermesi bakımından önemlidir.

Buraya kadar verilen laikliğe ilişkin tasniflerine bakıldığında, militan veya dayatmacı olarak isimlendirilen laiklik anlayışına, literatürde Fransa ve Türkiye örnek olarak verilmektedir.<sup>104</sup> Her ne kadar Türkiye örneği Fransız tipi laikliğe benzetilmekteyse de Alfred Stepan, bu iki ülke uygulamaları arasında farklılıklar bulunduğunu belirtmektedir. Bu farklılardan ilki Türkiye’de devlet organizasyonu içinde Diyanet İşleri Başkanlığı’nın bulunmasıdır. Stepan, örneğin cuma namazında okunan hutbe metninin tamamen Diyanet tarafından belirlendiğini, Fransa’da ise buna benzer bir uygulama olmadığına dikkat çekmektedir. Buna benzer bir şekilde, Fransa’dan farklı olarak, Türkiye’de camilerde görevli din adamlarının atanması devlet tarafından yapılmaktadır. Yazarın bahsettiği üçüncü farklılık ise Türkiye’de tarikatler ile alevilerin

---

<sup>101</sup> Ahmet T. Kuru ve Alfred Stepan, “Bir ‘İdeal Tip’ ve Skala Olarak Laiklik: Türkiye, Fransa ve Senegal Karşılaştırması”, *Türkiye’de Demokrasi, İslam ve Laiklik* içinde, ed. Ahmet T. Kuru ve Alfred Stepan, çev. Hande Tatoğlu (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları, 2013), s. 92.

<sup>102</sup> Yüksel, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, s. 114.

<sup>103</sup> Din-devlet ilişkileri bağlamında Senegal örneği için bkz. Kuru ve Stepan, “Bir ‘İdeal Tip’ ve Skala Olarak Laiklik”, s. 108–14.

<sup>104</sup> Ran Hirschl, “Comparative Constitutional Law & Religion”, *Comparative Constitutional Law* içinde, ed. Tom Ginsburg ve Rosalind Dixon (Cheltenham, UK ; Northampton, MA: Edward Elgar, 2011), s. 423–24, <https://papers.ssrn.com/abstract=1718496>.

Diyanet desteğinden mahrum ve çoğunluk (Sünni) inanışına nazaran dezavantajlı konumda olmasıdır. Türkiye’de İmam Hatip Lisesi mezunlarının İlahiyat Fakültesi harici bölümlere gidemediği ve on iki yaşından küçük çocukların Kur’an eğitimi alamadığına ilişkin tespitlerin ise son yıllarda yapılan yasal düzenlemelerle çözüme kavuşturulduğunu belirtmek gerekir. Yazarın Türkiye’de Fransa’ya nazaran, devletin din üzerindeki kontrolünün çok daha yoğun olduğunu yönündeki görüşü yerinde bir tespittir.<sup>105</sup> Türkiye’de devletin din üzerindeki kontrolcü ve denetimci yaklaşımını AYM de son yıllara kadar desteklemiştir. Bu sebeple AYM’nin laiklik ilkesi bağlamındaki tutumunu ve yargısal aktivizmini anlamak için devletin laiklik politikalarının nasıl şekillendiğini bilmek de oldukça önemlidir.

Her ne kadar Türkiye’de devletin uyguladığı laiklik politikaları bazı noktalarda Fransa’ya oranla daha katı bir görünüm arz etse de katı veya dayatmacı laiklik ilkesinin literatürdeki en önemli örneği Fransa’dır. Ran Hirsch de Fransa’yı bu kategoride ele almış ve Fransa’nın katı laiklik politikasını ortaya koyan bir olay örneği vermiştir. Örnek olay Fas asıllı bir Fransız vatandaşıyla evli olan yine Fas asıllı Faiza M.’nin Fransız vatandaşlığına başvurusuyla ilgilidir. Fransız yasaları, Fransız vatandaşıyla evli bir kişiye 2 yıl sonra vatandaşlığa başvuru hakkı vermesine rağmen, Silmi’nin vatandaşlık başvurusu reddedilmiştir. İdare hukuku ile ilgili sorunların çözümünün en üst mercii olan *Conseil d’Etat* da bu kararı onaylamıştır. Başvurunun ret sebeplerinden birisi Silmi’nin kamuya açık yerlerde türban ve peçe (*niq’ab*) giymesi ve çıkarmayı reddetmesidir. Bu durum yetkililere göre “Fransız toplumunun temel değerleriyle uyumsuzluk” teşkil etmektedir. Silmi’nin kocası olmadan dışarı nadiren çıkması ve erkeklere itaatkâr bir şekilde yaşaması ise cinsiyet eşitliği prensibine uyumsuzluk olarak görülmüştür.<sup>106</sup> Bu örnek laikliğin katı yorumunun kişilerin sosyal hayatları üzerinde de kontrolcü ve denetimci olabileceğini göstermektedir.

---

<sup>105</sup> Alfred Stepan, “Demokratik ve Demokratik Olmayan Modern Rejimlerde Çoklu Sekülerizmler”, *Laikliği Yeniden Düşünmek* içinde, ed. Craig Calhoun, Jonathan VanAntwerpen, ve Mark Juergensmeyer (Ankara: Nika Yayınevi, 2007), s. 179–80.

<sup>106</sup> Hirschl, “Comparative Constitutional Law & Religion”, s. 423.

Faiza M.'ye toplumun "seküler" değerlerine aykırılık sebebiyle vatandaşlık verilmemesini sadece laikliğin katı yorumuyla açıklamak yeterli olmayacaktır. Göçmen karşıtlığının ve *İslamofobinin* yükselişi de bu uygulamaların önemli sebeplerinden birisidir. Nitekim Avrupa'da seküler söylemin aşırı yorumları İslam karşıtı bir biçime dönüşme eğilimindedir.<sup>107</sup> Bu durum sadece Fransa'ya özgü değildir. Laikliğe ilişkin literatürde dinin sosyal görünürlüğünün daha fazla olduğu belirtilen ABD'de de *İslamofobi*, özellikle 11 Eylül saldırılarından sonra, yükselmektedir. Örneğin 2004 ile 2005 yılları arasında insan haklarının ihlaline dayalı 1972 şikâyeti konu alan bir araştırmaya göre, bu süre içerisinde Müslüman karşıtı eylemler %29,6 oranında artmıştır.<sup>108</sup> Bu sebeple, eğer bir ülkede azınlıkta bulunan bir dinin mensupları giderek artan bir nefrete muhatap oluyorsa, o ülkede benimsenen laikliğin "pasif" yorumunun, çoğulcu bir topluma hizmet ettiği düşüncesi şüpheli hale gelmektedir.

Türkiye ve Fransa'da uygulanan laiklik politikalarında ortak olan noktalar, dinin kamusal alandan dışlanması ve devletin din konusunda kontrol ve denetim isteğine sahip olması şeklinde özetlenebilir. İki ülkedeki laiklik uygulamaları yönünden farklılıklara bakıldığında ise, Stephan'ın belirttiklerine ek olarak, Fransa'da dini inancı açığa vurma noktasındaki engellemeler azınlık dinine yönelik bir müdahale söz konusu iken, Türkiye'de uygulanan başörtüsü yasağı çoğunluğun tabi olduğu dinin mensuplarına karşı bir tutum sergilenmektedir.<sup>109</sup> Ayrıca iki ülke arasındaki toplumsal ve siyasal farklardan da söz etmek gerekir. Türkiye'de laiklik politikaları modernleşme ve batılılaşma çabalarıyla eş zamanlı olarak uygulanmıştır. Çoğunluk dininin etkili olduğu toplumsal ve siyasal bir ortamda bu durum devlet eliyle yukarıdan aşağıya

---

<sup>107</sup> Cesari Jocelyne *İslamofobi*yi şu şekilde tanımlamaktadır: "İslamofobi, İslam karşıtı modern ve seküler bir söylem ve Müslüman göçmenlerin entegrasyonu ile birlikte kamusal alanda ortaya çıkan ve 11 Eylül'den sonra yoğunlaşan bir uygulamadır". Cesari Jocelyne, "Batı'da İslamofobi: Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri Arasında Bir Mukayese", *İslamofobi: 21. Yüzyılda Çoğulculuk Sorunu* içinde, ed. John Esposito ve İbrahim Kalın, çev. İsmail Eriş, 1. baskı (İstanbul: İnsan Yayınları, 2015), s. 63.

<sup>108</sup> John Esposito ve İbrahim Kalın, "Giriş", *İslamofobi: 21. Yüzyılda Çoğulculuk Sorunu* içinde, ed. John Esposito ve İbrahim Kalın, çev. İsmail Eriş, 1. baskı (İstanbul: İnsan Yayınları, 2015), s. 20–21.

<sup>109</sup> Fransa'da dini sembollerin kullanımıyla ilgili bazı yargı kararları için bkz. Yüksel, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, s. 156-57.



uygulanmıştır. Oysa Fransa’da laiklik, Saadet Yüksel’in de belirttiği gibi, belirli ölçüde seküler olan sosyal ve siyasal ortamda belirmiştir.<sup>110</sup>

Farklı ülkelerdeki laiklik uygulamaları üzerinden yapılan tasniflerde, söz konusu ülkelerin birer laik devlet oldukları varsayımı söz konusudur. Fakat anayasal düzende veya devlet politikalarında, laikliğin katı bir yorumunu benimseyen ülkelerde bile, din ile ilişkili olma durumu mevcuttur. Örneğin katı laikliğin simgesi olan Fransa’da özel Katolik okulların (%80’i) devlet tarafından finanse edilmekte olduğu dikkat çekicidir.<sup>111</sup> Laik olarak sınıflandırılan birçok ülkenin anayasalarında buna benzer, lailikten sapma olarak da görülebilecek ögeler mevcuttur. İngiltere’de Anglikan Kilisesi hukuki ayrıcalığa sahiptir. Norveç ve Danimarka anayasalarında ise Protestanlığın Evanjelik-Lutheran mezhebi resmi din olarak yer almaktadır. Üstelik iki ülkede de krallar bu mezhebe mensup olmak zorundadırlar. Benzer şekilde, Yunanistan’da ve Bulgaristan’da Ortodoksluk, Malta’da ise Katoliklik anayasalarda yer almaktadır.<sup>112</sup> Fakat bu türden anayasal düzenlemelerin sembolik bir niteliğe sahip olduğu belirtilmektedir. Hirschl’e göre bu düzenlemelerin kamu hayatına etkisi yok denecek kadar azdır. Bu sebeple yazar bu tür örnekleri “Zayıf Dini Kurumlar” (*Weak Religious Establishment*) şeklinde adlandırmaktadır.<sup>113</sup> Yukarıda verilen örnekler, dinin kaçınılmaz bir şekilde toplumsal ve hatta siyasal bir olgu olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla dinin toplumu ve kültürü etkilediği ve bir oranda dönüştürdüğü gibi, bu dönüşümler dolaylı olarak siyasal düzlemde de etkilere yol açmaktadır.

Avrupa’daki bazı devletlerin anayasalarında resmi bir dinin bulunması sembolik bir etkiye sahip olabilir. Fakat durum sadece bundan ibaret değildir. Sekülerizm ile demokrasi arasındaki ilişkiyi farklı ülke örnekleri üzerinden incelediği makalesinde Stepan, 2008 yılındaki verilere dayanarak Avrupa Birliği ülkelerinde devlet-din ilişkisine dair bazı bulgulara yer vermektedir. Buna göre 27 AB ülkesinde, devlet

---

<sup>110</sup> Yüksel, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, s. 178.

<sup>111</sup> Casanova, “Seküler, Sekülerleştirmeler, Sekülerizmler”, s. 110.

<sup>112</sup> Özbudun, “Laiklik ve Din Hürriyeti”, s. 174.

<sup>113</sup> Hirschl, “Comparative Constitutional Law & Religion”, s. 427–28.

yönetiminin bir şekilde mali olarak dini eğitime verdiği destek %100 oranındadır. Yine okullarda seçmeli ders olarak din eğitiminin standart olarak verilmesi bu ülkelerde %89 gibi yüksek bir orandadır. Bu oranlardan hareketle Stepan, bu ülkelerin din ve devlet arasındaki ayırım ilkesini zedelemelerine rağmen güçlü demokrasiler olarak varlıklarını sürdürdüklerini ifade etmektedir.<sup>114</sup> Bu veriler, söz konusu ülkelerde laiklikten sapmalar olduğunu gösterebilir. Fakat belirtmek gerekir ki, devletin dini eğitime destek vermesi, diğer inanç ve inanç gruplarına dezavantajlı bir durum oluşturmadığı sürece, demokrasiyle doğrudan ilişkili değildir.

Laik olarak nitelendirilebilecek ülkelerin gerek anayasal düzenlerinde gerekse de uyguladıkları politikalarda dinin etkisinin gözlemlenmesi, dinin toplumsal ve siyasal olarak gücünü de ortaya koymaktadır. Bunun yanında laikliğin dinden ilham alan hukuki ve politik düzenlerle bir arada olabileceğini düşünen görüşler de mevcuttur. Özbudun'un pasif laikliğe dair verdiği tanımda "tüm devlet işlemlerinin dini kurallara uygun olma zorunluluğunun bulunmaması" ifadesi yer almaktadır. Bu ifade bir devlette kuralların dini referanslara sahip olmaması şeklindeki laiklik tanımından ayrılmaktadır. Yazarın da ifade ettiği gibi, bir hukuk kuralının "ilhamı" dini kurallar olabilir.<sup>115</sup> Buna uygulamada Batı ülkelerinde de rastlanmaktadır. Bu gayet tabii bir durumdur. Hatta örneğin Türkiye özelinde hem dini inanç bakımından hem de gelenekler bakımından İslam'ın oldukça belirleyici olduğu toplumsal düzende ve geçmiş devlet geleneğinde, kuralların dini kurallardan ilham alarak oluşturulması da oldukça doğaldır. Ne zaman ki, dinden ilhamla oluşturulan bu kurallar, diğer inanışlara sahip insanlar üzerinde zorlayıcı bir etki gösterirse, işte o zaman bu türden uygulamalar bir arada yaşama kültürüne zarar verebilir. Bunun yanında Özbudun, kanun koyucunun bir kuralı koyarken dini kurallara dayanıp dayanmadığının tespitinin mümkün olmayacağından hareketle "mutlak laik hukuk düzeni mevcut olamaz" ifadesini kullanmaktadır. Ona göre, "laiklik bakımından söylenecek tek şey, devletin hukuk kuralı koyarken din kurallarına uyma zorunluluğunun bulunmamasıdır."<sup>116</sup> Her ne kadar laikliğin normatif bir tanımı mümkün olsa da

---

<sup>114</sup> Stepan, "Çoklu Sekülerizmler", s. 175–76.

<sup>115</sup> Özbudun, "Laiklik ve Din Hürriyeti", s. 173.

<sup>116</sup> A.g.e.

uygulamada bu normatif tanımdan sapmaların olması gayet doğaldır. Laikliğin normatif bir standart olarak benimsendiği ülkelerin kendine has kültürel ve toplumsal fark ve dinamikleri laiklikten sapmalara sebep olabilir.

Bu başlık altında laiklik kavramının anlamı, onun sekülerlik kavramı ile olan ilişkisi ele alınmış, laikliğe ilişkin olarak yapılan çeşitli tasniflere yer verilmiştir. Bu tasniflerde din-devlet arasındaki ilişkinin kurumsal boyutu ele alınırken, devletlerin dinin toplumsal görünürlülüğü noktasındaki politikalarını ölçüt alan ayrımlar da yapılmıştır. Buna göre kurumsal düzeyde din-devlet ayrımının keskin bir şekilde düzenlendiği devletlerde, dinin görünürlüğünün sosyal alanda kabulü farklı şekillerde olabilmektedir. Örneğin ABD’de din-devlet arasındaki ayrılığa nazaran dinin toplumsal düzeydeki etkisine açık bir yaklaşım bulunurken, söz konusu Fransa olduğunda kurumsal anlamdaki katılık sosyal alanda da görünmektedir. Türkiye ise bazı farklılıklara sahip olsa bile Fransa örneğine yakınlık teşkil etmektedir. Türkiye laiklik tasniflerinde katı, militan veya dayatmacı laikliğe örnek verilmektedir. Bunun sebebi Türkiye’de devlet eliyle uygulanan laiklik politikalarının klasik din-devlet ayrılığını aşan, toplumsal düzeyde de kontrolcü ve müdahaleci bir nitelik arz etmesidir.

Söz konusu AYM’nin yargısal aktivizminin laiklik ilkesi ekseninde incelenmesi olunca, laikliğin nasıl tanımlandığı ve algılandığı özel bir önem taşımaktadır. Çünkü bir mahkemenin (veya yargıçlarının) benimseyeceği laiklik anlayışının onların kararlarını etkilemesi kaçınılmazdır. Bunun yanında laiklik politikaları bağlamında Türkiye örneğinin laiklik ayrımlarında nereye oturduğunun tespiti de AYM’nin kararlarında benimsediği laiklik tutumunu anlayabilmek açısından bir perspektif sağlamaktadır. Çünkü AYM’nin laiklik anlayışı ile Türkiye’de uygulanan laiklik politikaları arasında son yıllara kadar bir uyum gözlemlenmektedir. Mahkeme, vermiş olduğu kararlarda, devletin benimsediği anlayışa uygun olarak, laikliğin katı formunu temel almıştır. Nihayetinde Mahkemenin, devletin laiklik politikalarına uygun olarak verdiği kararlar, onun yargısal aktivizme saptasına da sebebiyet vermiştir. Bu sebeple bir sonraki başlık, AYM’nin yargısal aktivizminin temel hatlarını, onun hangi laiklik anlayışını benimsediğini de içerecek şekilde ele alacaktır.

### 3.2. Genel Hatlarıyla Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi

Türkiye'de anayasa yargısı mekanizması, aslında Avrupa ülkelerine kıyasla çok da geç olmayan bir tarihte, 1961 Anayasası'yla oluşturulmuştur. Avrupa'da anayasa mahkemelerine duyulan ihtiyaç savaş öncesinin koşullarıyla yakından ilişkilidir. Literatürde de üzerinde ortak bir kanı olduğu üzere, özellikle İtalya ve Almanya gibi faşizmi tecrübe etmiş ülkelerde yaşanan hak ihlalleri, çoğunlukçu rejimlere kuşkuyla birlikte, savaş sonrası anayasa mahkemelerine duyulan ihtiyacı perçinlemiştir.

Peki Türkiye örneğinde durum nasıldır? Türkiye'de anayasa mahkemesine duyulan ihtiyaç iki boyutlu bir şekilde okunabilir. Bunlardan ilki, 1924 Anayasası döneminde yasama veya yürütmenin çıkarmış olduğu kanunların anayasaya aykırılıkları dolayısıyladır. Hakyemez'in 1924 Anayasası döneminde Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) ve Demokrat Parti (DP) iktidarlarının anayasaya aykırı işlemlerine yönelik verdiği örnekler bu ihtiyacın birinci boyutunu oluşturmaktadır. Bunlardan en ilginç olanı iktidar lehinde oy kullanmadığı gerekçesiyle il konumundan ilçeye düşürülen yerlerle ilgilidir. CHP'nin, muhalif adayların kazandığı için Silifke ilini ilçeye dönüştürmesi ile DP iktidarının, yine oy kaybı yüzünden Kırşehir ilini ilçe haline dönüştürmesi bu yöndeki dikkate değer örneklerdendir.<sup>117</sup> Nihayetinde, AYM'nin kuruluşundaki bu etken anayasa yargısının asıl işlevine uygun bir mahiyet arz etmektedir.

Kanunların anayasaya aykırılıkları dolayısıyla Avrupa örneklerine benzer bir anayasa mahkemesi ihtiyacı oldukça makul görünmektedir. Fakat Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'nin sadece bu ihtiyacın sonucunda ortaya çıktığını düşünmek pek mümkün değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi 27 Mayıs askeri darbesi sonucunda yapılan bir Anayasa ile kurulmuştur. Bu darbeyi gerçekleştiren askerler ve sonrasında 1961 Anayasası'nı hazırlayanların, çoğunluğa sahip hükümetlere duydukları güvensizlik de Mahkemenin kurulmasında rol oynamıştır.<sup>118</sup> Bu da Türkiye'de anayasa yargısı mekanizmasının oluşturulmasındaki ikinci boyutu teşkil etmektedir. Çoğunluğun iktidarına yönelik kaygının o zamanki karşılığı ise 1950-60 yılları arasındaki DP iktidarındır. Nitekim, Gülener'in de isabetle belirttiği gibi, askeri

---

<sup>117</sup> Hakyemez, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, s. 51.

<sup>118</sup> A.g.e., s. 54.

darbe sonrasında DP yöneticilerinin yargılandığı mahkemedeki beş hâkimin, Anayasa Mahkemesi kurulduktan sonra da üye olarak görev yapması bu durumun anayasal düzeni şekillendirdiğinin de bir göstergesidir.<sup>119</sup>

Anayasa Mahkemesi çoğunluk yönetimlerini kontrol etmenin yanında devletin resmî ideolojisinin de bir nevi bekçisi olarak kurgulanmıştır. Arslan'ın ifadesiyle: "Anayasa Mahkemesi, demokratik yollarla işbaşına gelecek siyasi kadroların 'devletin temel değerleri'ni aşındırmasına yönelik faaliyetlerini engelleyecek bir organ olarak kurulmuştur."<sup>120</sup> Laiklik ve üniter devlet gibi kavramlar "devletin temel değerlerine" örnek olarak gösterilebilir. AYM'nin bu gibi kavramları geniş bir şekilde yorumlaması, devletin resmî ideolojisinin bekçiliği adına birçok siyasi partinin kapatılmasına ve başörtüsü yasaklarına sebebiyet vermiştir.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizmini ve özelde katı laiklik anlayışını kavrayabilmek için üretilen görüşlerden en önemlisi Hirsch'in "hegemonik koruma" tezidir. Hirsch, Kanada, İsrail, Yeni Zelanda ve Güney Afrika örnekleri üzerindeki incelemesinde, bu ülkelerde anayasal reformlarla benimsenen anayasa yargısı mekanizmasının, siyasal ve ekonomik elitlerin hegemonyalarını sağlamak ve sürdürmek için bir araç konumunda olduğunu belirtmektedir.<sup>121</sup> Çoğunluğa sahip olamayacaklarının bilincinde olan siyasal elitler, anayasa mahkemesini bir nevi çoğunluk iktidarlarından yönelecek tehlikelere karşı kullanma amacını gütmüşlerdir. Özbudun'un da belirttiği gibi Hirsch'in kastettiği, bu ülkelerdeki anayasa yargısını ortaya çıkaran asıl etkenin "insan haklarının korunması konusunda aniden belirmiş idealist bir düşünce" olmadığıdır.<sup>122</sup> AYM'nin hakları sınırlayan yönde kararlar vermesi bu görüşü kanıtlamaktadır. AYM'nin bu tavrı ile siyasal elitlerin onu kurgularkenki beklentisi birbirleriyle örtüşmektedir. Politik aktörlerle anayasa mahkemesi arasındaki bu ilişkiyi Hirsch şu şekilde açıklamaktadır:

---

<sup>119</sup> Gülener, *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, s. 251–52.

<sup>120</sup> Arslan, "Anayasa Mahkemesi'nin 'Yorum Tekeli'", s. 83.

<sup>121</sup> Gülener, *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, s. 202.

<sup>122</sup> Özbudun, "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu", s. 339.

Bir hâkim partinin iktidarda kalacağına ilişkin beklentisi düşük olduğu zaman, yönetime gelecek partinin kendi siyaset hedeflerini gerçekleştirmek için yargıyı kullanamayacağını garanti etmek üzere bağımsız bir yargıyı desteklemesi güçlü ihtimaldir. [...] Anayasa yapımı sürecine hâkim olan siyasi aktörler gelecekteki yasama organları üzerinde denetime sahip olmayacaklarını tahmin ettiklerinde, kanunların yargısal denetimi onların kendi çıkarlarını korumak için tasarlanan bir kurum olarak doğabilir.<sup>123</sup>

Bir diğer makalesinde Türkiye, Mısır ve İsrail örneğini ele alan Hirschl'e göre, Türkiye özelinde, seküler-dindar çatışmasında, Anayasa Mahkemesi çoğunluğa hâkim olamayan seküler politik aktörlere siyasal iktidarla mücadelesinde destek olmuştur.<sup>124</sup> Bu yaklaşım literatürde Anayasa Mahkemesi'nin son yıllara kadar devletin resmî ideolojisi çerçevesinde takınmış olduğu tavrı tespit edebilmek açısından sıkça kullanılmaktadır. Nitekim Özbudun da "hegemonik koruma" tezinin Türk Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasının sebeplerini anlama ve açıklama açısından "en inandırıcı" yaklaşım olduğunu ifade etmektedir.<sup>125</sup> Bir sonraki başlıkta ele alınacak kararlar da bu tespiti teyit etmektedir.

AYM'nin siyasal sistem içerisindeki yeri Türkiye'de modernleşme ve batılılaşma yönündeki tecrübeleri ile birlikte ele alınmalıdır. Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizmini ele aldığı makalesinde Özbudun, Türk modernleşmesine dikkat çekmekte ve Mahkemeyi de siyasal elitler ile devlet elitleri ya da asker-bürokrat elitler arasındaki mücadele çerçevesinde ele almaktadır. Özbudun Türk Anayasa Mahkemesi'nin yakın döneme kadarki tutumunu "Türk Anayasa Mahkemesi'nin aktivizmi, temel hakların genişletilmesi ve güçlendirilmesi yolunda bir aktivizm değil, devletin değerlerini ve çıkarlarını korumaya yönelik bir aktivizmdir" şeklinde değerlendirmektedir. Oysa anayasa mahkemelerinin ideal işlevi bunun tam tersi doğrultuda olmalıdır. Yazara göre bu aktivizme sebebiyet veren unsurlardan birisini 1982 Anayasası oluştursa da bu tutumun arkasında Türkiye modernleşmesi ve devlet elitleri ile siyasal elitler arasındaki mücadele yatmaktadır.

---

<sup>123</sup> Aktaran: Mustafa Erdoğan, *Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi* (İstanbul: Kesit Yayınları, 2013), s. 131.

<sup>124</sup> Ran Hirschl, "Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales", *University of Toronto Faculty Law Public Law and Legal Theory Research Paper No. 04-08*, s. 31, erişim 27 Temmuz 2017, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=557601](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=557601).

<sup>125</sup> Özbudun, "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu", s. 340.

Buna göre Türk Anayasa Mahkemesi'nin devlet elitlerinin görüş ve çıkarlarına uygun olarak almış olduğu aktivist kararlara, siyasal elitler de yasama çoğunluğu gücüyle karşılık vermiştir. Makalede bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesi ile siyasal elitler arasındaki üç çatışma alanı belirlenmiştir. Bunlar; anayasa değişikliklerinin denetlenmesi hususu, parti kapatmaları ve özelleştirme uygulamalarına yöneliktir. Anayasa Mahkemesi'nin bu üç konudaki aktivist tutumuna karşın, siyasal elitler de yasal düzenlemelerle karşılık vermişlerdir. Örneğin, anayasa değişikliklerini esas ve şekil yönünden denetleyen Mahkeme'nin aktivist kararları, siyasal elitlere buna karşılık çözüm yolları üretme ihtiyacını hissettirmiştir. Öncelikle Mahkeme'nin sadece şekil yönünden anayasa değişikliklerini denetleyebileceğine yönelik düzenleme yapan siyasal elitler, Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tavrı devam edince bu sefer şekil şartının sınırlarını ayrıntılı bir şekilde belirleme yoluna gitmiştir.<sup>126</sup> Özbudun'un söz konusu makalesi siyasal elitlerle, Türk Anayasa Mahkemesi'nin de bir şekilde dahil olduğu, devlet elitleri arasındaki mücadeleyi ve Mahkemenin asker-bürokrat elitlerin çıkarlarını koruyan bir tavır almasını merkez-çevre ayrımı ve hegemonik koruma teziyle açıklamıştır. AYM'nin aktivist tutumunu, Türk siyasal hayatına hakim çatışmalar üzerinden değerlendirmesi bu makalenin önemli bir yönüdür. Nihayetinde anayasa mahkemeleri politik süreçlerden bağımsız değildir.

Mustafa Erdoğan da Özbudun'un devlet elitleri ile siyasal elitler ayrımına benzer şekilde, Türk Anayasa Mahkemesi'ni demokratik iktidar ve devlet iktidarı ayrımı üzerinden değerlendirmektedir. Buna göre demokratik iktidar içine parlamento, hükümet ve siyasi partileri alırken, devlet iktidarı Cumhurbaşkanı, silahlı kuvvetler, MGK, YÖK ve yüksek yargıdan, özellikle de Anayasa Mahkemesi'nden oluşmaktadır. Yazara göre Anayasa Mahkemesi devlet iktidarının çıkarları doğrultusunda hak ve özgürlükler lehinde devleti sınırlandırmak yerine demokratik çoğunlukları sınırlamaktadır. Erdoğan'a göre Mahkemenin kuruluş sebebini de bu cümlede aramak gerekir: "Türk Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş nedeni anayasacılığın ve hukuk devletinin gerekleriyle ilgili olmaktan çok, bürokratik seçkinler aracılığıyla devletin

---

<sup>126</sup> Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", s. 258-68.

ideolojik iktidarını koruma kaygısıyla ilgilidir.”<sup>127</sup> AYM’nin kuruluşundan itibaren laiklik ve devletin bölünmez bütünlüğü çerçevesinde birçok siyasi parti kapatması da devleti koruma kaygısının ideolojik bir tezahürüdür. Peki anayasa mahkemelerini politik aktörler için cazip kılan etken nedir? Erdoğan Türk Anayasa Mahkemesi örneği üzerinden verdiği Mahkemenin devlet iktidarını koruması olgusunu teorik açıdan şu şekilde gerekçelendiriyor:

Şu evrensel bir gerçektir ki, devlet genel olarak siyasi sistemin meşruluğunu desteklemek için, mahkemelerin siyasetin dışında oldukları ve uyguladıkları yöntemlerin tarafsız olduğu inancının yaygınlığı dolayısıyla, yargısal yolların en uygun olduğunu düşünürler. Meşruluğun bu şekilde desteklenmesinin yollarından biri mahkemelerin verdikleri kararlar ve oluşturdukları içtihatlarla rejimin temel normlarını takviye etmeleridir. Türkiye’de başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yüksek mahkemeler bu modele çok uygun düşmektedirler. Nitekim, özellikle Anayasa Mahkemesi cari rejimin dayandığı Kemalist-ideolojik esasları kararlı biçimde desteklemesiyle bilinmektedir.<sup>128</sup>

Gerçekten de anayasa mahkemelerinin politik atmosferden ve siyasal görüşlerden bağımsız hareket edeceği savı ideal bir duruma işaret etmekle beraber, pratikte çoğu kez bir temenniden ibaret olmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin rejimi meşrulaştırma işlevinden hareketle, sadece politik aktörler tarafından yönlendirilen bir araç olarak görmek de yanlış olacaktır. AYM ile devlet seçkinlerinin görüşleri uyuşmaktadır. Yani Mahkeme devlet ideolojisini bizatihi kendisi benimsemekte ve bu doğrultuda aktivist kararlar almaktadır. Yani AYM çoğu zaman devlet ideolojisinin tesis edilmesinde ana aktör konumundadır. Bu bağlamda tarihsel süreç içerisinde onu sınırlayan aktörler devlet elitleri olsa bile, devletin temel niteliklerini korumak adına yargısal aktivizmden çekinmemiştir.

AYM’nin aktivist tutumu aslında kendisini tek yorum mercii olarak görmesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim Zühtü Arslan da Anayasa Mahkemesi’nin yargısal aktivizmini Mahkemenin kendisine biçmiş olduğu “yorum tekeli” üzerinden ele almaktadır. Anayasa uygunluk denetimi zorunlu olarak Anayasa metinlerinin somutlaştırılması ve yorumlanması ihtiyacını beraberinde getirmektedir. Fakat

---

<sup>127</sup> Mustafa Erdoğan, “Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 10, sayı 20 (2011): s. 41–42.

<sup>128</sup> Erdoğan, *Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi*, s. 129–30.



yazarın da ifade ettiği gibi bu genel bir yetkidir ve Türk Anayasa Mahkemesi'ne özel olarak Anayasayı yorumlama yetkisi verilmemiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerini sadece şekil yönünden denetleyebilir. Mahkemenin “yorum tekeli” üzerinden yasama organı gibi hareket etmesine yönelik olarak da Anayasanın sınırlayıcı bir hükmü bulunmaktadır. Anayasanın 153. Maddesinin 2. Fıkrasına göre “Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.”<sup>129</sup> Yargısal aktivizminin tanımında yer alan, mahkemelerin kendilerini yasa koyucular yerine koyması hususu bu madde ile yasaklanmış durumdadır. Fakat Anayasa Mahkemesi, yargısal aktivizm ve yargısal kendini sınırlama kavramlarını olması gerektiğinin tersi şekilde uygulamıştır. Arslan'a göre “demokratik siyasetin alanını daraltma konusunda aktivizmin zirvelerinde dolaşan Anayasa Mahkemesi, temel hakların korunması söz konusu olduğunda ‘yargısal kendini sınırlama’ (*judicial restraint*) yoluna sapmaktadır.”<sup>130</sup>

Bu değerlendirmelerden sonra Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizm yapmasının önünü açan etkenlerden de bahsetmek gerekir. Mahkeme yargıçlarının aktivist bir tutumda bulunurken ellerini kolaylaştıran unsurların başında bizatihi Anayasa metni bulunmaktadır. Gerek 1961 Anayasası gerekse 1982 Anayasası, içerisinde barındırdığı muğlak kavramlarla ve geniş bir şekilde yorumlanabilecek ifadeleriyle Mahkemeye aktivist davranma noktasında imkân vermiştir. Buna rağmen, tüm suçu Anayasa metnine yüklemek de haksızlık olacaktır. En nihayetinde aktivist tutumlar mahkeme yargıçlarının metinleri yorumlaması neticesinde oluşmaktadır. 1982 Anayasası'nın özgürlükçü bir anayasa olmadığına yönelik görüşler hâkim konumdadır. Fakat Anayasa metninde geçen kimi ifadeler, hakimlerce özgürlükçü bir şekilde yorumlanabilecekken, katı (aktivist) bir biçimde yorumlanmışlardır. Laiklik kavramı da bunlardan biridir. AYM tercihini özgürlükçü bir laiklik yorumundan yana değil, katı ve geniş bir yorumdan yana kullanmış, bu da hakları sınırlayıcı sonuçlara sebebiyet vermiştir.

---

<sup>129</sup> Arslan, “Anayasa Mahkemesi'nin ‘Yorum Tekeli’”, s. 61–62.

<sup>130</sup> A.g.e., s. 69.

1961 ve 1982 Anayasası'nın yargısal aktivizme sebebiyet verdiği düşüncesi temelinin Anayasa'da yer alan ideolojik temelli ve yorumlamaya son derece açık ifadelerin varlığından almaktadır. 1982 Anayasasının başlangıç bölümünde yer alan "Yüce Türk Devleti", "Devleti ve ülkesi ile bölünmezlik" gibi ifadeler bu ideolojik bakışın göstergelerindendir. Ayrıca Hakyemez'in ifade ettiği gibi, başlangıç kısmının 1982 Anayasası metnine dahil olması ve bu ifadelerin aynı zamanda oldukça soyut nitelik taşıması, Türk Anayasa Mahkemesi'nin aktivist kararlar vermesinde etkili olmaktadır.<sup>131</sup> 1982 Anayasası'nın sahip olduğu ideolojik bakış ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin ideolojik temelli yaklaşımı birleşince yargısal aktivizm de kaçınılmaz bir hal almaktadır. Bu bağlamda Özbudun, Anayasa'da yer alan kavramların ideolojik içeriğini ve bunların üzerinde temellendiği sütunları şu şekilde ifade etmektedir:

Gerçekten, 1982 Anayasası'nda, 'cumhuriyetin kurucu felsefesi'nin ya da Kemalist mirasın, özellikle de onun üç temel direği olan Türk milliyetçiliğinin, laikliğin ve aşırı merkezîyetçi üniter devletin güçlü izleri bulunmaktadır. Tek-parti ideolojisinin 'birörneklik tutkusu' bu Anayasa'ya güçlü şekilde yansımıştır. Nitekim, devletin ülke ve millet bütünlüğü, Anayasa'nın ifadesiyle 'Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü' ifadesi Anayasa'da 16 defa tekrarlanmıştır.<sup>132</sup>

AYM'nin hegemonik koruma anlayışı ve ideolojik temelli yargısal denetimine bağlı olarak yargısal aktivizminin kendisini en çok gösterdiği konulardan birisi laiklik ilkesi yönünden verdiği kararlardır. Zühtü Arslan, 2005 yılında yazdığı makalesinde, Türk Anayasa Mahkemesi'nin militan laiklik anlayışına sahip olduğunu belirtmektedir. Ona göre Mahkeme laikliği hak ve özgürlüklerin sınırı olarak belirlemektedir. Bu düşüncesini Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir karardaki şu ifadelerle desteklemektedir: "Özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılması düşünülemez. Özelde korunması gerekli görülen laiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunulamaz."<sup>133</sup> Türk Anayasa Mahkemesi'nin bu şekildeki katı laiklik anlayışı, önüne gelen davalarda laikliğin anlamını zorlayarak kararlar almasını ve dolayısıyla yargısal aktivizme yönelmesini tetiklemiştir.

<sup>131</sup> Hakyemez, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, s. 53.

<sup>132</sup> Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesi ve Siyasal Kriz", *Türkiye'de Demokrasi, İslam ve Laiklik* içinde, ed. Ahmet T Kuru ve Alfred Stepan (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları, 2013), s. 162.

<sup>133</sup> Zühtü Arslan, "Jüristokratik Demokrasi ve Laiklik: Türk Laikliğinin Siyasal İşlevi Üzerine", *Liberal Düşünce* 10, sayı 38–39 (2005): s. 48.

Mahkemenin söz konusu katı laiklik anlayışıyla, 1961 Anayasası yapıcılarının laiklik ilkesine verdiği anlam ile örtüşmektedir. Anayasanın 2. maddesinde geçen “Türkiye Cumhuriyeti Laiktir” ibaresinin gerekçesine göre laiklik, “Dinin Devlet işlerine karışmasını ve hukukun aklî olmıyan (naklî) kaynakların tesir altında bulunmasını reddeder. Bunun dini inkâr mânasına gelmediği, ancak dinin fertlerin vicdanına terk edildiğini ifade ettiği şüphesizdir.”<sup>134</sup> Görüldüğü gibi anayasada laiklik ilkesine verilen anlam, onun kurumsal düzeyde bir din-devlet ayrılığından ziyade din-dünya ayrımı üzerinden şekillenmektedir. Nitekim, bir sonraki bölümde görüleceği gibi, AYM de birçok kararında buna atıf yapmakta ve laikliğin din-devlet ayrımı şeklinde sınırlandırılmayacağını belirtmektedir. Bu durum Mahkemenin anayasaya bağlılığından ziyade anayasayı hazırlayanların ideolojisine bağlılığını göstermektedir.

Mahkeme rejimi korumak adına, örneğin laiklik ilkesine dayanarak yükseköğretimde başörtüsü yasaklarını kaldırma amacı taşıyan yasal düzenlemeleri iptal etmiş, birçok siyasi partiyi de laikliğe aykırılık sebebiyle kapatmıştır. Mahkeme bu kararları verirken, Anayasa metninin soyut ve müphem ifadelerinden yararlanmış, gerektiğinde kendisine verilen yetkileri genişletmek suretiyle yargısal aktivizme sebebiyet vermiştir. Mahkeme ayrıca kararının meşruiyetini sağlamak amacıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kendisiyle aynı yönde verdiği kararlara da atıf yapmıştır. Parti kapatmaları noktasında birçok davada AİHM, AYM’nin kararlarını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne uygun bulmazken, başörtüsü yasağı ile ilgili olarak AİHM’in aldığı bazı kararlar, AYM’nin katı laiklik anlayışını gerekçelendirme noktasında destek sağlamıştır. Örneğin, AİHM’in 10.11.2005 tarihinde vermiş olduğu Leyla Şahin kararına göre, başvurucunun başörtüsü sebebiyle üniversitede derslere ve sınavlara alınmaması meşru bir müdahaledir. AİHM bu ve buna benzer kararlarında devletlerin geniş bir takdir payına sahip olduğunu da belirtmektedir.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu”, Karar no. 27, s. 9. <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1961/1961-ilkhali/1961-sirasayisi.pdf> adresinden, 7.1.2018 tarihinde erişilmiştir.

<sup>135</sup> Tolga Şirin, Erkan Duymaz, ve Deniz Yıldız, *Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016), s. 101–2.

AYM kararları, özellikle son yıllarda, yargısal aktivizmden yargısal kendini sınırlamaya doğru evirilmektedir. Serap Yazıcı bu görüşü akademik olarak temellendirdiği çalışmasında, Mahkemenin laiklik, kamu yararı ve KHK'ların anayasal denetimi ile ilgili verdiği kararlarındaki değişimi ortaya koymaktadır. Buna göre Mahkeme aktivist bir tutumdan kendini sınırlayan bir tavra, katı bir anlayıştan özgürlükçü bir anlayışa doğru evirilmektedir. Ona göre bu tür bir değişikliğin üç sebebi bulunmaktadır. Bunlardan ilki kamuoyunda "367 Kararı" olarak bilinen karar sebebiyledir. Yargısal aktivizmin net bir örneği olan bu karardan ötürü Anayasa Mahkemesi birçok eleştiriye maruz kalmıştır. Yazıcı, Mahkemenin bu eleştiriler sebebiyle, meşruiyetini korumak amacıyla bir tutum değişikliğine gitmiş olabileceğini belirtmektedir. Yazar ikinci sebep olarak ise Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının tanınmasını göstermektedir. Çünkü ona göre bu değişiklik Mahkeme'nin gerek bireysel başvuruların AİHM ve AİHS'e uygun olarak düzenlenmesine yönelik çalışmalar ve Mahkeme üyelerinin bu çalışmalar esnasında yaptığı tartışmalar Mahkemeyi özgürlükçü bir tutum almaya sevk etmiş olabilir. Son olarak Mahkemenin üye kompozisyonunun değişimi de Mahkeme'nin kararlarına ve genel tutumuna etki etmektedir.<sup>136</sup> Nitekim, Zühtü Arslan, Mahkemenin kompozisyonunun değişmesiyle yorumunun da değişebileceğini belirtmiş, Mahkemeye üye olmasının ardından bu görüşünü destekleyen kararlara imza atmıştır.<sup>137</sup>

Yazıcı'ya göre, Anayasa Mahkemesi'nin laiklik hakkında verdiği kararlarda benimsediği anlayış, 2012 yılında kamuoyunda 4+4+4 eğitim sistemi olarak adlandırılan ve 8287 Sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'u denetlediği kararından itibaren değişmiştir. Yazıcı'ya göre:

Mahkeme, yarım asır boyunca, gerek norm denetimi yaptığı, gerekse siyasi partilerin kapatılmasına hükmettiği kararlarında, dayatmacı laiklik anlayışından hareketle, doğal olarak, yasakçı bir zihniyete yönelmiştir. 2012'de verdiği kararında ise Mahkeme, laikliğin pasif modelini esas almak suretiyle, bunun doğal sonucu olarak, özgürlükçü bir zihniyete yönelmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu içtihat değişikliğinde, laiklik ekseninde verdiği önceki kararlara, akademik çevrelerden yükselen eleştirilerle, bu kararların,

---

<sup>136</sup> Serap Yazıcı, "Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü", *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale* içinde (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017), s. 1306–31, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/yayinlar/pdf/55yil55makale.pdf>.

<sup>137</sup> Arslan, "Anayasa Mahkemesi'nin 'Yorum Tekeli'", s. 67.

ülkenin sosyolojik gerçekleriyle bağdaşmamasının rol oynadığı söylenebilir. Şüphesiz, Yüksek Mahkeme'nin üye kompozisyonunda ortaya çıkan değişiklik de, laikliği esas alan kararlardaki bakış açısının değişmesinde, önemli bir etkiye sahip olmuştur. Mahkeme'nin, gelecekteki kararlarında, laikliğin liberal yorumunu benimseyeceğini iddia etmek içinse henüz erken olup, Yüksek Mahkeme'nin bu yönde birkaç karar daha vermesini beklemek gerekecektir.<sup>138</sup>

Mahkeme laiklik anlayışını değiştirmesi söz konusu yargısal aktivizm olunca nasıl bir değişikliğe sebep olmuştur? Yazıcı'nın da belirttiği şekilde Mahkemenin laiklik ilkesine yönelik içtihadında bir değişime gidip gitmediğini ve bu değişimin niteliğini ortaya koyabilmek için Mahkemenin laiklikle ilgili olarak vermiş olduğu kararları incelemek gerekir. Bu sebeple çalışmanın bundan sonraki kısmı bu karar incelemelerini ele alacak, Mahkemenin laikliğe ilişkin tutumu karşılaştırmalı olarak analize tabi tutulacaktır.

---

<sup>138</sup> Yazıcı, "Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü", s. 1321.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### YARGISAL AKTİVİZM VE LAİKLİK: KARAR İNCELEMELERİ

Çalışmanın bu bölümünde, Türk Anayasa Mahkemesi'nin laikliğe ilişkin olarak verdiği kararlar, önceki bölümde yer alan laikliğe ilişkin tasniflerden yola çıkarak ve yargısal aktivizmle ilişkisi kurularak incelenmeye çalışılacaktır. Mahkemenin 2012 yılında verdiği bir kararında yer alan laiklik tasniflerine uygun bir şekilde, kararlar katı ve özgürlükçü laiklik ayrımı üzerinden değerlendirilecektir. Bu tasnife dayanarak Mahkemenin vermiş olduğu kararlar bu bölümde; “Katı Laiklik Anlayışı Çerçevesinde Verilen Kararlar” ve “Değişen Laiklik Anlayışı ve Mahkemenin Kararlarına Etkileri” şeklinde iki başlık halinde incelenecektir. Bu bağlamda ilk başlıkta yükseköğretimde başörtüsü yasağı hakkında verilen kararlar, parti kapatma kararları ile Diyanet İşleri Başkanlığı'na ilişkin karar yer alırken, ikinci başlıkta Mahkemenin 2012 yılında vermiş olduğu 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'a yönelik vermiş olduğu karar ile laiklik ilkesi yönünden incelenen bireysel başvurular yer almaktadır. Bu karar incelemelerinde Mahkemenin laikliğin hangi yorumunu benimsediği gerekçeli olarak ele alınacaktır. Ayrıca ele alınan her karar yargısal aktivizm çerçevesinde analize tabi tutulacak, aktivist bir kararın hangi açılardan bu niteliğe sahip olduğu açıklanacaktır. Nihayetinde Mahkemenin laiklik anlayışı ile yargısal aktivizmi arasındaki ilişki irdelenecektir.

#### **4.1. Katı Laiklik Anlayışı Çerçevesinde Verilen Kararlar**

##### **4.1.1. Yükseköğretimde Başörtüsü Yasağı ile İlgili Kararlar**

Türk Anayasa Mahkemesi'nin yükseköğretimde başörtüsü yasağını ortadan kaldırmak amacıyla yapılan yasal düzenlemelerin iptaline ilişkin aldığı kararlar hiç şüphesiz laikliğe ilişkin aldığı kararların en tartışmalı olanlarındanıdır. Bugün için gerek uygulamada yükseköğretimde gerekse yapılan yasal düzenlemelerle kamu kurumlarında başörtüsü yasağı bulunmamaktadır. Aslına bakılırsa öncesinde de yükseköğretimde başörtüsü yasağını öngören bir hüküm anayasa veya kanunlarda bulunmamaktaydı. Uygulamada bu yasak genelge ve yönetmelikler yoluyla sürdürülmekteydi. Bunlardan ilki Yükseköğretim Kurulu'nun 20.12.1982 tarihli

genelgesi, diğeri ise 1987 yılında Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'ne yapılan bir eklemeyeyle yükseköğretimde dolaylı olarak başörtüsünü bir disiplin cezası olarak öngören düzenlemeydi.<sup>139</sup> Bu yasağın kaldırılmasına ilişkin yapılan itirazların reddedilmesi ve yasal düzenleme girişimlerinin ise iptal edilmesi, mahkemeler tarafından laikliğe aykırılık gerekçe gösterilerek yapılmaktaydı.

Söz konusu yasağın sürdürülmesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının önemli bir payı olduğunu kabul etmek gerekir. Bu kısımda sözü edilen kararlar kronolojik bir sırayla ele alınacaktır. Bu kararlar Mahkemenin katı laiklik anlayışını açık bir şekilde göstermektedir. Ayrıca 1989 yılında alınan karar anayasa metninin anlamını zorlaması bakımından, 1991 yılında alınan karar yorumlu ret kararı olması yönünden ve 2008 yılında alınan karar ise anayasa değişikliklerinin esastan denetimi bağlamında yargısal aktivizme örneklik teşkil etmektedir.

#### **4.1.1.1. 7.3.1989 Tarihli Karar**

Yükseköğretimde başörtüsü yasağının kaldırılmasına yönelik yapılan düzenlemelere ilişkin AYM'nin almış olduğu ilk karar 7.3.1989 tarihinde verilmiştir. Anayasaya aykırılık başvurusu dönemin Cumhurbaşkanı Kenan Evren tarafından yapılmıştır. 3511 sayılı yasanın 2. maddesiyle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na eklenen ve iptali istenen düzenleme şu şekildedir: "Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir."

Mahkeme, incelemesinde öncelikle düzenlemenin birbirinden ayrık ve çelişik iki cümleden oluştuğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre, "çağdaş kıyafet ve görünümde bulunma" zorunluluğu ile başörtüsü kullanımı arasında bir çelişki mevcuttur.<sup>140</sup> Mahkemenin bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Çağdaşlığın

---

<sup>139</sup> Kemal Gözler, "Türkiye'de Başörtüsü ve Lâiklik Meselesi", Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Bursa, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, 2009, s.329-41'den alınmış parça, [www.idare.gen.tr/turban.htm](http://www.idare.gen.tr/turban.htm).

<sup>140</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 25, s. 141.

ölçüsünü belirli bir topluluk üzerinden mutlaklaştırmak, idealleştirmek ve bunun üzerinden inancı gereği giyilen başörtüsünü çağ dışı kabul etmek ayrımcılıktan öte bir şey ifade etmemektedir. Fakat yapılan düzenlemede “çağdaşlık” gibi hem soyut ve hem de Erdoğan’ın dediği gibi “uygulamada keyfiliğe” yol açabilecek bir kavramın yer alması “hukuk bilimi açısından isabetsizdir.”<sup>141</sup> Nitekim Mahkeme, düzenlemeye ilişkin ilk cümlede yer alan “zorunluluk” ile ikinci cümlede yer alan “serbestlik” ibaresinin yapı ve içerik açısından çelişkili olduğu yönünde haklı bir eleştiri getirmiştir. Kanaatimizce böyle bir düzenlemenin yapılması da Türk siyasi hayatına hâkim olan laikçi anlayışa yönelik bir tedirginlikten kaynaklanmaktadır.<sup>142</sup> Bu yöndeki tedirginlik düzenlemenin sadece yükseköğretimde eğitim gören bayan öğrencilere yönelik olmasında da görülmektedir. Mahkeme düzenlemenin sadece bayan öğrencilere yönelik olup da örneğin öğretim üyelerine veya yüksek öğretimdeki idari personele yönelik olmamasını da bir eşitsizlik ve çelişki olarak yorumlamaktadır.<sup>143</sup> Fakat yükseköğretimde başörtüsü kullanımına tahammülü olmayan Mahkemenin, öğretim üyeleri veya idari personele yönelik bir düzenlemeye olumlu bakmayacağı zaten açıktır.

Mahkemenin yasal düzenlemenin cümleleri üzerinden yaptığı tespitlerden sonra Mahkemenin laikliği nasıl yorumladığına bakıldığında, Mahkemenin esasa ilişkin incelemesinde yapmış olduğu tanımlar laikliğin nasıl katı bir şekilde yorumlanabileceğinin en uç örneklerini vermektedir. Mahkeme laikliği kurumsal anlamdaki din-devlet ayrılığından ziyade din-dünya ayrımı temelinde yorumlamaktadır. Bu anlayışa göre din sadece bireylerin vicdanlarında kalmalıdır. Oysa ki dini inanışların bireylerin kültürel ve toplumsal yaşam pratiklerine etkiye bulunabileceği gerçeği Mahkeme tarafından görmezden gelinmiştir. Yanı sıra başka inanç gruplarına müdahale edilmedikçe, dini inanışların kamusal alanda görünür olması da makul karşılanmalıdır.<sup>144</sup> Özgürlükçü laiklik politikaları uygulayan bir

---

<sup>141</sup> Mustafa Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002), s. 188.

<sup>142</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 25, s. 141.

<sup>143</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 25, s. 135.

<sup>144</sup> Özbudun, “Laiklik ve Din Hürriyeti”, s. 191–92.



devletten de buna müdahale etmesini değil, bir arada yaşama ilkesi çerçevesinde buna imkân veren ortamı hazırlaması beklenir.

Mahkeme ayrıca Özbudun'un da değindiği gibi laikliği "mutlakçı" bir ideoloji olarak görmekte ve kavramı pozitivist bir çerçevede ele almaktadır.<sup>145</sup> Mahkemenin söz konusu düzenlemeyi Anayasa'nın başlangıç bölümü üzerinden incelediği kısımda geçen ve literatürde de Mahkemenin katı laikliğini vurgulamak için de sık sık örnek olarak gösterilen şu ifadeler bu durumu açık bir şekilde göstermektedir:

Laiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir. Çağdaş bilim, skolastik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumları yapılsa da, gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretide de paylaşılmaktadır. [...] Laik düzende din siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece, siyasal yaşamın dayanağı bilim ve hukuk olur. Düşünce ve inanç alanlarının ayrılması dinin kutsallığına en uygun durumdur. Dünya işlerinin hukukla, din işlerinin de kendi kurallarıyla yürütülmesi ilkesi, batı demokrasilerinin dayandığı temellerden birisidir.<sup>146</sup>

AYM, söz konusu ifadelerine ironik bir şekilde, laiklik ilkesini dogmatik bir şekilde, Arslan'ın ifadesiyle "'mutlak hakikat"ın yansıması" olarak görmektedir.<sup>147</sup> Laiklik ilkesi, diğer ilkelerin üstünde ve onları belirleyen bir ilke, yani "ultra-anayasal norm" olarak telakki edilmektedir.<sup>148</sup> Nitekim söz konusu kararda, "[h]ukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü laiklikten almış, milliyetçilik ilkesi laiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi laiklikle anlam kazanmıştır" şeklinde ifadeler yer verilmektedir.<sup>149</sup> Laiklik ilkesinin devletin kurucu ideolojisiyle ilişkilendirilmesi, Mahkemenin ideolojik temelli anayasa yargısı anlayışını benimsediğini göstermektedir. Yine kararda laikliğin din-devlet ayrılığı şeklinde daraltılamayacağı belirtilmekte, onun "boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamı" olduğu ifade

<sup>145</sup> A.g.e., s. 188.

<sup>146</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 25, s. 144-45.

<sup>147</sup> Zühtü Arslan, "Başörtüsü, Ak Parti ve Laiklik: Anayasa Mahkemesinden İki Karar Bir Gereğe", *Seta Analiz*, 2009, s. 22.

<sup>148</sup> Erdoğan, *Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi*, s. 137.

<sup>149</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 25, s. 147.

edilmektedir.<sup>150</sup> Özbudun'un da belirttiği gibi bu ifadeler "bir yüksek mahkeme kararından çok, bir edebi metne ya da siyasi nutka yakışacak ifadelerdir."<sup>151</sup> Ayrıca laikliğin bu şekilde mutlak ve geniş bir şekilde yorumlanması özgürlüklerin aleyhine sonuçlar doğurabilir.<sup>152</sup> Nitekim Mahkemeye göre "tüm hak ve özgürlükler" laiklik ilkesi temel alınarak değerlendirilmelidir. Öyle ki "bu ilkenin özgürlüklere kısırdırılmasına" izin verilmemelidir.<sup>153</sup>

Mahkeme 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarla 1989 yılında verdiği karar arasında laiklik anlayışı bakımından bir sürekliliğin olduğu belirtmekte ve bu kararlardaki laiklik anlayışını maddeler halinde sıralamaktadır. Bu maddelere bakıldığında Mahkemenin laikliği "dinin devlet işlerinde etkili ve egemen olmaması" şeklinde tanımlamasının yanında dinin toplumsal yaşamdaki görünürlüğüne de sınırlı olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu sınırı da "kamu düzeni" ve "kamu yararı" gibi oldukça soyut ve açıklamaya muhtaç olan kavramların oluşturduğunu söylemektedir. Bu doğrultuda Mahkeme devlete de "dinsel hak ve özgürlükler konusunda" müdahaleci bir işlev yüklemektedir.<sup>154</sup> Mahkemenin bu yaklaşımı laiklik tasniflerinde ifade ettiğimiz katı laikliği benimsediğini göstermesi bakımından önemlidir.

Mahkemenin esastan incelemesinde değindiği bir diğer husus Türkiye'deki laiklik uygulamasının kendine has özelliklerine dairdir. Mahkeme laiklik uygulamalarının her ülkenin kendi şartlarına uygun bir şekilde farklılaşabileceğini belirtmektedir. Bu sebeple Türkiye'deki laiklik uygulamalarının Batı ülkelerinden farklı olmasının doğal bir durum olduğu sonucuna varmaktadır. Hatta bu farklılıkta İslam ve Hıristiyanlık dinlerinin özelliklerinin farklı olmasının da payı olduğu belirtilmektedir.<sup>155</sup> Mahkemenin de belirttiği gibi, her ülkenin dini, toplumsal ve siyasal koşulları o ülkedeki din-devlet ilişkilerine dair farklı uygulamaları ortaya çıkarabilmektedir.

---

<sup>150</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 25, s. 147.

<sup>151</sup> Özbudun, "Laiklik ve Din Hürriyeti", s. 190.

<sup>152</sup> Hakyemez, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, s. 255.

<sup>153</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 25, s. 158.

<sup>154</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 25, s. 146.

<sup>155</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 25, s. 145-46.

Gerçekten de Türkiye'deki laiklik uygulamasıyla Batı ülkelerindeki uygulamalar arasında farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin Türkiye'de yakın zamanlara kadar süregelen yükseköğretimde başörtüsü yasağı Batı ülkelerinde bulunmamaktadır. Fakat Mahkeme bu farklılığı katı laiklik uygulamalarını meşrulaştırmak amacıyla vurgulamaktadır. Oysa 2. bölümde belirttiğimiz gibi, laiklik bir kavram olarak Batı ülkelerinin geçirdikleri tarihsel sürecin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Hatta laikliği tarihsel ve teolojik bir tepkinin sonucu olarak yorumlamak da mümkündür. Fakat bu ilke Batı dışı toplumlara, özellikle de çoğunluğu İslam inancını benimseyen toplumlara taşındığında ortaya çıkabilecek problemlerin daha özgürlükçü politikalarla önüne geçmek de mümkün olabilir. Nitekim devlet elitlerinin yakın zamanlara kadar sahip oldukları katı laiklik anlayışı toplumsal ve siyasal tepkileri de beraberinde getirmiştir.<sup>156</sup>

Mahkeme Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi yönünden incelemesinde, devletin din ve mezhepler noktasında her vatandaşa eşit şekilde yaklaştığını belirtmesine rağmen, dini inancı gereği giyilen başörtüsü bu görüşten ayrı bir şekilde değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre başörtüsüne ayrıcalık tanımak eşitlik ilkesine aykırıdır. Ayrıca başörtüsü diğer kişiler üzerinde baskı yaratacak bir simge olarak görülmektedir.<sup>157</sup> Mahkeme söz konusu kararın bir yerinde "kadınlar, evde, sokakta, özel iş yerlerinde, tarlada, bağda-bahçede, yazlıkta inançları gelenek ve göreneklere gereği istediklerini giyinebilmektedirler" ifadesini kullanmaktadır.<sup>158</sup> Özel iş yerlerinde veya sokakta başkaları üzerinde bir baskı oluşturmayan başörtüsünün Yükseköğretim veya kamu kurumlarında nasıl ve ne şekilde bir baskı oluşturacağına ilişkin bir açıklama ise Mahkeme tarafından yapılmamaktadır. Ayrıca yasağı kaldıracak bir düzenlemenin başörtülü öğrencilere diğer öğrenciler karşısında ayrıcalık tanıyacağına ilişkin yaklaşım da son derece isabetsizdir.<sup>159</sup> Erdoğan'ın ifade ettiği

---

<sup>156</sup> Örneğin Demokrat Parti, Adalet Partisi, Refah Partisi ve Adalet ve Kalkınma Partisi iktidarlarının seçim başarılarında katı laiklik anlayışına yönelik tepkilerin de etkisi bulunduğu söylenebilir.

<sup>157</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 25, s. 153.

<sup>158</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 25, s. 141.

<sup>159</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 25, s. 158.

şekliyle “[b]ir şeye ‘ayrıcılık’ (imtiyaz) diyebilmek için; başkalarına tanınmayan bir hak veya menfaatin, keyfi olarak bir grup kişiye tanınmış olması gerekir.”<sup>160</sup>

Yüksek öğretimde başörtüsü kullanımı sebebiyle eğitim-öğretim hakkının engellenmesi eşitliğe aykırı olarak görülmeliyken, Mahkeme bu yasağı kaldıran düzenlemeyi eşitliğe aykırı görmektedir. Ayrıca Anayasa’nın 10. Maddesinde “[h]erkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” hükmüne yer vermektedir. O halde ayırmacılığı oluşturan yükseköğretimde başörtüsü değil, bizatihi onun yasaklanmasıdır. Çünkü dini inancı gereği giyilen başörtüsünün yasaklanması, söz konusu maddede ifade edildiği şekliyle “din” yönünden bir ayrımcılık ortaya çıkarmaktadır.<sup>161</sup>

Mahkemenin bu karar nezdinde Anayasa’da din ve vicdan hürriyetini düzenleyen 24. maddeye göre yaptığı incelemede ise başörtüsü kamu düzeni için bir tehlike olarak görülmektedir. Mahkemeye göre başörtüsünün yükseköğretimde serbest bırakılması “gençler arasında sosyal görüş, inanç, din ve mezhep ayrılığını kışkırtarak bölünmelere” yol açabilir.<sup>162</sup> Bu bağlamda Mahkeme dini inancın bireylerin vicdanlarından öte bir toplumsal görünürlüğe sahip olmasını, din özgürlüğünün sınırlarının aşılması şeklinde görmektedir. Oysaki din ve vicdan özgürlüğünün kapsamı altında dini inancı açığa vurma hakkı da bulunmalıdır. Nitekim AİHM bir kararında buna vurgu yapmakta “[d]in özgürlüğü her ne kadar öncelikle bireysel vicdanı ilgilendiren bir mesele olsa da, o aynı zamanda, diğer şeylerin yanı sıra, kişinin dinini açıklama özgürlüğünü de ifade etmektedir. Söz ve amelle tanıklıkta bulunma, dinsel inançların varlığı ile bağlantılıdır.” ifadesini kullanmaktadır.<sup>163</sup>

Son olarak Mahkeme, söz konusu kararda başörtüsü özelinde bir dini inancın gerektirdikleri esaslar hakkında da hükümler vermektedir. Oysa Anayasa

---

<sup>160</sup> Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, s. 192.

<sup>161</sup> A.g.e., s. 116.

<sup>162</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 25, s. 153.

<sup>163</sup> Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru no: 2014/256, Karar tarihi: 25.6.2014, § 51.

Mahkemesi'nin asıl görevi anayasallık denetiminde bulunmaktır. Bir dini inancın hükümleri ve ritüelleri hakkında hüküm verecek mercii anayasa mahkemeleri değildir. Mahkemeye göre başörtüsü, İslam dinini "çağdışı, güne ters düşen bir kurum olarak" anlaşılmasına neden olmaktadır. Yine dini inanç gereği başörtüsü kullanımını Mahkeme, "[İ]slami esaslara uygun olup olmadığı bir yana" gibi ifadelerle açıklamaktadır.<sup>164</sup> Oysa Mahkeme bir sonraki sayfada önceki ifadeleriyle çelişen biçimde "dinsel olsun olmasın, çağdaşlığa aykırı [...] giysiler uygun karşılanamaz. Dinsel nitelikteki giysiler ayrıca laiklik ilkesine ters düştüğünden daha yoğun bir aykırılık oluşturur" şeklinde bir yorum da yapmaktadır.<sup>165</sup> Ayrıca başörtüsünü çağ dışı olarak yorumlayan Mahkeme "İslam dini, zamanı gelişmeleri, koşulları gözetmeyen, akla dayanmayan yorum ve değerlendirmelerden kaçınmayı gerektirir" şeklinde bir dini inancın nasıl olması gerektiğine dair hükümlerde de bulunabilmektedir.<sup>166</sup> Bir dini inancın ritüeli olup olmaması bir tarafa, bir kıyafetin çağdaş olup olmadığına karar vermek de hukuki denetimin kapsamında Mahkemenin görevlerinden biri olmasa gerekir.<sup>167</sup>

Mahkemenin söz konusu kararda yapmış olduğu başörtüsünün çağdaş olup olmamasından, onun dini inanç içerisindeki yerine kadar yapılan yorumlar Mahkemenin söz konusu davanın konusunu aşan bir nitelik taşımaktadır. Korucu da bu sebeple bu kararın içtihadi maksimalizm bağlamında yargısal aktivizmin bir örneğini oluşturduğunu ifade etmektedir. İlk bölümde belirttiğimiz gibi içtihadi maksimalizm Mahkemenin davanın gerektirdiği hukuki denetimin sınırlarını aşan yorum ve hükümlere varmasını ifade etmektedir.<sup>168</sup> Sonuç olarak AYM verdiği bu iptal kararında laikliği katı bir şekilde yorumlamakta, onun Anayasal anlamını zorlayarak da yargısal aktivizme sebebiyet vermektedir.<sup>169</sup> Mahkeme 1991 yılında verdiği kararla da bu yaklaşımını devam ettirmektedir.

---

<sup>164</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 25, s. 154.

<sup>165</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 25, s. 155.

<sup>166</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 25, s. 157.

<sup>167</sup> Hakyemez, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, s. 251.

<sup>168</sup> Korucu, *Yargısal Aktivizm*, s. 72–74.

<sup>169</sup> Söz konusu karara ilişkin olarak, iptal edilen düzenlemenin bir dini inanca ayrıcalık tanıdığı, yükseköğretimde başörtüsünün siyasi nitelikli bir simge olması sebebiyle vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği ve başörtüsünün diğer öğrenciler üzerinde bir zorlamaya sebep olabileceğinden hareketle Mahkemenin laikliğe ilişkin yaklaşımının isabetli olduğuna yönelik bir yorum

#### 4.1.1.2. 09.04.1991 Tarihli Karar

AYM'nin 1989 yılında verdiği karardan sonra başörtüsü yasağını kaldırmaya yönelik başka bir düzenleme yapılmış, bu düzenleme de dönemin ana muhalefet Partisi Sosyaldemokrat Halkçı Parti tarafından Mahkeme'ye taşınmıştır. İptal davasına konu olan düzenleme "25.10.1990 tarihinde 3670 sayılı yasanın 12. maddesi ile, 2547 sayılı Yükseköğretim Yasası'na 'Ek Madde 17' olarak eklenen "Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir" şeklindedir. Ayrıca söz konusu düzenleme geçici bir madde ile "Bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet ile ilgili olarak verilmiş her türlü disiplin cezaları bütün hüküm ve sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkar" hükmünü getirmiştir.

İptal isteminin gerekçesinde bu düzenlemenin 1989 yılında Mahkeme tarafından iptale konu olan düzenlemeyle aynı amacı taşıdığı iddia edilmektedir. Yani bu düzenleme de öncekine benzer şekilde başörtüsü yasağını yükseköğretimden kaldırma amacındadır. Bu sebeple ana muhalefet partisi iptal kararı verilen bir düzenlemeyle aynı amacı taşıyan bir düzenlemenin tekrar edilmesinin Anayasa'nın 153. maddesindeki "Anayasa Mahkemesi kararları [...] yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar." hükmüne aykırılık taşıdığını iddia etmektedir. İptal isteminde böyle bir durumun ayrıca yargı kararlarını yok saymak anlamına geldiği belirtilmekte, bu sebeple düzenlemenin Anayasa'da sırasıyla yasama ve yargı yetkisinin kim tarafından kullanıldığını belirten 7. ve 9. maddelerine de aykırılık oluşturduğu ileri sürülmektedir.<sup>170</sup>

Mahkemenin esasa yönelik incelemesine bakıldığında laiklik tutumu bakımından 1989 yılında verilen kararla herhangi bir farklılık içermediği görülmektedir. Mahkeme laiklikle ilgili yeni bir yorum yapmaktan ziyade, öncesinde başörtüsü hakkındaki düzenlemelerin tarihsel seyrini vermiş, sonrasında ise Anayasa Mahkemesi'nin

---

için bkz. Bihterin Dinçkol, *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, Kazancı Hukuk Yayınları, no. 103 (İstanbul: Kazancı, 1992), s. 206-216.

<sup>170</sup> Anayasa Mahkemesi, 9.4.1991 tarih ve E. 1990/36, K.1991/8 sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 27, Cilt 1, s. 285-95.

laiklikle ilgili verdiği kararlardan alıntılar yapmıştır. Bu alıntılardan birçoğu da yine Mahkemenin 1989 yılında verdiği başörtüsü kararında yaptığı tespitlerden oluşmaktadır.<sup>171</sup> Bu sebeple laiklik açısından Mahkemenin herhangi farklı bir tutumda bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Mahkeme katı laiklik anlayışını bu kararda da devam ettirmiştir.

Mahkeme laiklikle ilgili tutumunda bir farklılık olmasa da yasal düzenlemenin amacını tayin etme noktasında ilginç bir akıl yürütme kullanmıştır. Mahkeme öncelikle, iptal dilekçesinde de belirtilen, bu düzenlemenin daha önce Mahkemenin iptal ettiği düzenlemeyle aynı niteliği sahip olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yani bu düzenlemeyle daha önce verilen iptal kararının etkisiz kılınıp kılınımadığının belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>172</sup> Düzenlemede yer alan “Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak” ifadesindeki “kanun” ibaresinin Anayasa’yı da kapsadığının altı çizilmiştir. Çünkü Anayasa’da bir yasadır ve normlar hiyerarşisinde yasanın üstünde yer almaktadır. Bu sebeple Mahkemeye göre bu ifade Anayasa Mahkemesi’nin verdiği iptal kararına da aykırı olmama şartını içermektedir.<sup>173</sup> Mahkeme bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: “Dolayısıyla maddedeki ‘Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak’ koşulu Anayasa’ya aykırılığı saptanmış olan ‘Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması’ durumunu, kılık kıyafet serbestisi kapsamı dışında tutmaktadır. Madde, öngördüğu serbestiyi kendi içinde sınırlandırmıştır.”<sup>174</sup>

Mahkeme bu yorumuyla yasa koyucunun bu düzenlemede yükseköğretimde başörtüsü serbestisi amacını gütmeye kanısına varmıştır. Mahkemenin bu akıl yürütme yöntemi bununla da sınırlı değildir. Mahkeme ayrıca yükseköğretimde başörtüsü yasağı sebebiyle verilen disiplin cezalarını ortadan kaldırmayı amaçlayan

---

<sup>171</sup> Anayasa Mahkemesi, 9.4.1991 tarih ve E. 1990/36, K.1991/8 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 27, Cilt 1, s. 298-301.

<sup>172</sup> Anayasa Mahkemesi, 9.4.1991 tarih ve E. 1990/36, K.1991/8 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 27, Cilt 1, s. 302.

<sup>173</sup> Anayasa Mahkemesi, 9.4.1991 tarih ve E. 1990/36, K.1991/8 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 27, Cilt 1, s. 302-3.

<sup>174</sup> Anayasa Mahkemesi, 9.4.1991 tarih ve E. 1990/36, K.1991/8 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 27, Cilt 1, s. 305.

geçici 1. maddenin eklenmesinin de bu tespitini desteklediği kanısındadır.

Mahkemeye göre:

Eğer Yasakoyucu, geçici 1. maddede, dini nitelikte giysilerle, yükseköğretim kurumlarına devam etmeyi serbest bırakmak amacını gütseydi, af hükmünü Yasa'ya almasının da bir anlamı kalmazdı. [...] Eğer 3670 sayılı Yasa'nın 12. maddesi hükmü dini giysileri serbest bırakmış olsaydı, bu Yasa'dan önceki eylemler nedeniyle yürütülmekte olan kovuşturma takibat ve verilmiş cezalar yukarıda sözü edilen ilke nedeniyle kendiliğinden ortadan kalkmış olurdu. Böyle bir durumda, Yasa'da yer alan geçici 1. madde gereksiz bir fazlalık olurdu. Yasakoyucuya hata yakıştırılmaması temel hukuk ilkelerinden olduğuna göre 12. maddenin dinsel giysileri serbest bıraktığı biçimde bir yorumu kabule olanak yoktur.<sup>175</sup>

Mahkeme bu tespitlerinin ardından söz konusu düzenlemenin iddia edilen Anayasa maddeleri açısından aykırılık oluşturmadığını belirtmiş ve iptal istemini reddetmiştir. AYM'nin bu kararı katı laiklik anlayışının bir örneği olmasının yanında, ilk bölümde ele aldığımız yorumlu ret kararlarının bir örneği olması açısından da önemlidir. Mahkeme yasama işlemini iptal etmek yerine onu kendisi yorumlayarak Anayasa'ya uygun olduğu kanaatine varmıştır. Yani Mahkeme "yasama iradesini geçersiz kılmamış; ancak kanunu yeniden yorumlayarak, yasama iradesine yeni bir anlam yüklemiştir."<sup>176</sup> Bu durum çalışmanın ilk bölümünde incelenen anayasaya uygun yorum yöntemine de denk düşmektedir. Nitekim literatürde yorumlu ret kararı ile anayasaya uygun yorum yöntemi birbirlerinin yerlerine kullanılmaktadır.<sup>177</sup> Anayasaya uygun yorum aynı zamanda yargının kendisini sınırlamasının da bir aracıdır. Burada temel gerekçe yasamanın anayasaya uygun kanun çıkartacağıdır. Fakat bu durum, söz konusu kararda olduğu gibi, yasama organının iradesine saygı sonucunu doğurmayabilir. Nitekim Mahkeme de yasa koyucunun hata yapmayacağını belirtmiş fakat onun iradesinin dışında bir sonuca ulaşmıştır.<sup>178</sup>

Söz konusu kararda anayasaya uygun yorum yönetiminin yargısal aktivizme de evirilebileceğinin bir örneği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi yasama organının bu

---

<sup>175</sup> Anayasa Mahkemesi, 9.4.1991 tarih ve E. 1990/36, K.1991/8 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 27, Cilt 1, s. 305.

<sup>176</sup> Korucu, *Yargısal Aktivizm*, s. 76.

<sup>177</sup> Kemal Gözler, "Anayasa Yargısı", [www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm](http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm) (22.10.2017)

<sup>178</sup> Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, s. 153.



düzenlemeyi çıkarmasındaki amacını farklı bir şekilde yorumlayarak yükseköğretimde başörtüsü yasağının devamına karar vermiştir. Oysa yasama organının asıl amacı yükseköğretimde başörtüsü yasağını kaldırmaktır. Arslan'ın da belirttiği gibi Mahkeme bu düzenlemenin asıl amacını tespit etmek için Meclis tutanaklarına da başvurabilirdi.<sup>179</sup> Fakat Mahkeme kendi yorumuyla bir nevi yasama organı yerine geçerek, yasama organının öngörmediği bir sonuca ulaşmıştır. Mahkeme yargıcı Haşim Kılıç da bu duruma değinmiş ve karşı-oy yazısında “[v]erilen iptal kararlarında ‘Kanunkoyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edememe’ şeklindeki Anayasa kuralı, ‘ret kararlarında’ da geçerli olacaktır” ifadesini kullanmıştır.<sup>180</sup> Çünkü Mahkeme bu ret kararıyla aynı zamanda yasamanın yeni bir düzenleme yapmasının da önüne geçmektedir. Ayrıca Mahkeme Korucu'nun ifadesiyle, “yasama iradesini geçersiz kılmak için iptal yaptırımına ihtiyaç duymadığını” da göstermektedir.<sup>181</sup> Aslında Mahkemenin bu kararıyla yasama iradesini geçersiz kılıp kılmadığı da tartışmalı bir konudur. Bu kararın neticesinde uygulamada yükseköğretimde başörtüsü yasağı devam etmiştir. Fakat Mahkemenin karar gerekçesinden bağımsız olarak yasama işlemi geçerliliğini korumuştur. Yani yasağın devam etmesinin sebebi Mahkemenin kararından ziyade onun gerekçesindedir. Oysa, Erdoğan'ın da belirttiği gibi, uygulamada bağlayıcılığı olan gerekçeden ziyade Mahkemenin kararı olmalıdır: “Anayasa Mahkemesi'nin yorum kararı parlamentoyu bağlamaz.”<sup>182</sup>

#### **4.1.1.3. 05.06.2008 Tarihli Karar**

Yükseköğretimde başörtüsü yasağına dair Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu son karar 5.6.2008 tarihinde alınmıştır. Söz konusu karara sebep olan düzenlemeye yönelik iptal istemi 9.2.2008 tarihli 5735 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”a ilişkindir. İptali istenen 1 ve 2. maddeler şu şekildedir:

---

<sup>179</sup> Arslan, “Anayasa Mahkemesi'nin ‘Yorum Tekeli’”, s. 75.

<sup>180</sup> Anayasa Mahkemesi, 9.4.1991 tarih ve E. 1990/36, K.1991/8 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 27, Cilt 1, s. 312.

<sup>181</sup> Korucu, *Yargısal Aktivizm*, s. 78.

<sup>182</sup> Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, s. 120–21.

MADDE 1- 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere ve "ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" ibaresi eklenmiştir.

MADDE 2- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 42'nci maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.

Cumhuriyet Halk Partisi milletvekillerince açılan iptal davasının dilekçesinde söz konusu maddelerin Anayasa'nın Başlangıç kısmı, ilk üç madde ve 24. maddenin içerisinde bulunduğu bazı maddelere aykırılığı sebebiyle, düzenlemenin iptali veya yok hükmünde olduklarına karar verilmesi istenmiş ve karar sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulması talep edilmiştir.<sup>183</sup> Mahkeme söz konusu normun teklif ve kabul şartlarını gerçekleştirdiğini, Cumhurbaşkanı'nca 23.2.2008 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlandığını belirterek, yokluk isteminin reddine karar vermiş fakat söz konusu maddeleri iptal etmiş ve yürürlüğünü durdurma kararı almıştır. Bu karar katı laiklik anlayışını devam ettirmesi yanında anayasa değişikliklerinin esastan incelenmesi bakımından yargısal aktivizme örnek teşkil etmesi açısından ayrıca bir öneme sahiptir.

Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin sahip olduğu katı laiklik anlayışı 1989 ve 1991 yıllarında verdiği kararlara benzer bir şekilde bu kararında da kendisini göstermektedir. Mahkeme katı laiklik anlayışını Aydınlanma düşüncesine dayandırmakta ve mutlak pozitivist yaklaşımını laiklikle birleştiren ifadelere yer vermektedir.<sup>184</sup> Mahkemenin bu laiklik anlayışı kendisini "başörtüsü" üzerinden somutlaştırmaktadır. Fakat yine de Mahkemenin başörtüsünü "bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı" olarak görmesi açısından bir farklılığın olduğunu söylemek gerekir.<sup>185</sup> Buna rağmen Mahkeme önceki kararlarına benzer şekilde, yükseköğrenimde başörtüsü kullanımının diğer öğrenciler üzerinde bir baskıya sebep

---

<sup>183</sup> Anayasa Mahkemesi, 5.6.2008 tarih ve E. 2008/16, K.2008/116 sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 45, Cilt 2, s. 1226-27.

<sup>184</sup> Anayasa Mahkemesi, 5.6.2008 tarih ve E. 2008/16, K.2008/116 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 45, Cilt 2, s. 1235.

<sup>185</sup> Arslan, "Başörtüsü, Ak Parti ve Laiklik", s. 10.

olacağını ifade etmiş fakat bunun nasıl gerçekleşebileceği noktasında bir açıklama getirmemiştir.<sup>186</sup> Karşı oy yazısında Mahkeme yargıcı Sacit Adalı'nın isabetle ifade ettiği gibi Mahkeme, başörtüsü tehlikesini bir "varsayım" olarak ele almakta fakat bu görüşünü gerekçelendirmemektedir. Adalı'nın şu ifadeleri Mahkemenin yükseköğretimde başörtüsü kullanımıyla ilgili anlayışını açığa çıkarması açısından önem taşımaktadır: "Bir türlü gelmeyen, ve ne zaman geleceği belli de olmayan ama devamlı tekrarlayarak, üsteleyerek, taze tutularak hemen geleceği vehmedilen (varsayılan) mücerret (soyut) ve mevhum (hayali, belirsiz) bir tehlike uğruna müşahhas (somut) bir eğitim hakkının gasbına göz yumulmaktadır."<sup>187</sup>

AYM'nin yükseköğretimde başörtüsüyle ilgili almış olduğu üç kararın da ortak özelliği laikliği katı veya dayatmacı bir şekilde yorumlamasıdır. Yargısal aktivizm bağlamında ise bu kararı diğerlerinden ayıran bir nokta bulunmaktadır. Yasama organı bu düzenlemenin de AYM tarafından iptalle sonuçlanmasını önlemek için anayasa değişikliği yolunu denemiş, fakat Mahkeme, bu kararda söz konusu anayasa değişikliğini şekil denetimi görünümü altında esas denetimi gerçekleştirerek iptal etmiştir. Aslında bu durum Mahkeme'nin ilk defa denediği bir yöntem değildir. Önceki bölümde ifade edildiği gibi anayasa değişikliklerinin denetimi, Anayasa Mahkemesi ile siyasal elitler arasındaki çatışma noktalarından birini oluşturmaktadır. Siyasal elitlerin bu sorunu çözmek için son düzenlemesi Anayasa'nın 148. maddesinde belirtildiği üzere, AYM'nin anayasa değişikliklerini yalnızca şekil yönünden denetim yapabileceğine yöneliktir. Fakat Mahkeme kendi yorumuyla bir şekilde anayasa değişikliklerini esastan denetleme yoluna gitmiştir. Bu karar da bunun bir örneğini oluşturmaktadır.

AYM bu denetimi kurucu/kurulu iktidar ayrımı üzerinden meşrulaştırmıştır. Mahkeme kurulu iktidar olan yasama, yürütme ve yargının, asli kurucu iktidarın çizdiği sınırın dışında hareket edemeyeceğini belirtmektedir. Mahkeme asli kurucu iktidarı

---

<sup>186</sup> Anayasa Mahkemesi, 5.6.2008 tarih ve E. 2008/16, K.2008/116 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 45, Cilt 2, s. 1237.

<sup>187</sup> Anayasa Mahkemesi, 5.6.2008 tarih ve E. 2008/16, K.2008/116 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 45, Cilt 2, s. 1253.

şu şekilde tanımlamaktadır: “Asli kurucu iktidar ülkenin siyasi rejimin çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibariyle hukuksal çerçeve dışında yer alan, yeni hukuksal düzenin temel esaslarının ne olacağını belirleyen anayasa koyucu iradedir.”<sup>188</sup>

Bu bağlamda Mahkeme’ye göre yasamanın gerçekleştireceği bir anayasa değişikliği, bunu düzenleyen 175. maddenin haricinde, kurucu irade tarafından belirlenen ve Anayasa’nın ilk üç maddesiyle somutlaşan ilkelere de aykırı olamaz.<sup>189</sup> Böylece Mahkeme, Yazıcı’nın da belirttiği gibi, “4. Maddedeki değişmezlik yasağının alanını genişleterek, bu yasağı, Anayasa’nın diğer maddelerinde yapılan ve ilk üç maddeyle şu veya bu ölçüde ilişkili olan tüm değişikliklere” uyarlamış olmaktadır.<sup>190</sup> Oysa Anayasa’nın 175. maddesinde anayasa değişikliğinin şartlarına ilişkin olarak yalnızca teklif ve oylama çoğunluğunu açıklayan kurallar bulunmaktadır. AYM anayasa değişikliklerine ilişkin teklif ve oylama şartlarına, “teklif edilebilirlik” şartını da eklemiştir.<sup>191</sup> Mahkemenin yorumu şu şekildedir:

Anayasa’nın 175. maddesine göre kullanılacak Anayasa’yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa’nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, teklif ve oylama çoğunluğuna uyularak ve nihayetinde ivedi görüşme yasağı ihlal edilmeden kullanılmış olması gerekir. Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikte bir yasa tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle etkin kılınmasının gerekçesi olamaz. Zira kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır.<sup>192</sup>

Mahkeme bu yorumundan hareketle Anayasa’nın 10. ve 42. maddelerini değiştiren hükümlerin Cumhuriyetin temel ilkelerinin yer aldığı 2. maddesine aykırılık bulunup bulunmadığını incelemekle kendisini görevli kılmıştır. Anayasa’nın 2. maddesine göre

---

<sup>188</sup> Anayasa Mahkemesi, 5.6.2008 tarih ve E. 2008/16, K.2008/116 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 45, Cilt 2, s. 1231.

<sup>189</sup> Anayasa Mahkemesi, 5.6.2008 tarih ve E. 2008/16, K.2008/116 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 45, Cilt 2, s. 1233.

<sup>190</sup> Yazıcı, “Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü”, s. 1312.

<sup>191</sup> Arslan, “Başörtüsü, Ak Parti ve Laiklik”, s. 7.

<sup>192</sup> Anayasa Mahkemesi, 5.6.2008 tarih ve E. 2008/16, K.2008/116 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 45, Cilt 2, s. 1233.

yapılacak bir denetimin de esasa yönelik bir denetim olacağı açıktır.<sup>193</sup> Çünkü bu maddede yer alan hükümlerin soyut olması, belirli bir yorumu ve somutlaştırma ihtiyacını beraberinde getirmektedir. Oysa Anayasa'nın 148. maddesi açık bir şekilde anayasa değişikliklerinin yalnızca şekil yönünden denetlenebileceği hükmünü getirmektedir. Çünkü bir anayasa değişikliğini esas bakımından denetlemek için normlar hiyerarşisinde onun üstünde bir normun olması gerekir.<sup>194</sup> Böyle bir şey mümkün olmadığına göre Mahkemenin tavrı Özbudun'un ifadesiyle bir "yetki aşımı" veya "yetki gasbı" olarak değerlendirilmelidir.<sup>195</sup> Ayrıca Mahkemenin bu tutumu anayasa değişiklikleri noktasında yasama organının iradesini de kilitlemektedir. Mahkemenin yasama organının yaptığı herhangi bir değişikliği, 2. maddede yer alan soyut kurallara bağlaması ve bu ilkelere aykırılık neticesinde iptal etmesi oldukça olasıdır. Nitekim Mahkeme farklı bir konuda önüne gelen davayı 2. Maddede yer alan örneğin sosyal devlet ilkesine aykırılık sebebiyle iptal edebilir.<sup>196</sup>

Mahkemenin anayasa değişikliklerinin denetimine yönelik kendi yorumuyla yeni bir şart ihdas etmesi, bir nevi kendisini yasama organı yerinde görerek yeni kural koyması anlamını taşımaktadır. Kurucu ve kurulu iktidar kavramları üzerinden kararı yorumlayan Mahkeme kendisinin de bir kurulu iktidar olduğunu unutmuş ve "asli kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde" kalmamıştır.<sup>197</sup> Bu sebeple söz konusu karar aynı zamanda "Anayasayı hazırlayan kurucu iradeyi açıkça göz ardı etmesi bakımından aktivisttir."<sup>198</sup>

Aslında bu karar Mahkemenin katı laiklik anlayışıyla yargısal aktivizmi arasındaki ilişkiyi göstermesi bakımından da önemlidir. Katı laiklik anlayışına göre karar verme isteği Mahkemeyi ister istemez aktivist bir karar almaya sürüklemektedir. Dolayısıyla katı laiklik anlayışı ile yargısal aktivizm arasında bu karar bağlamında dolaylı da olsa bir ilişki mevcuttur. Öyle ki söz konusu yükseköğretimde başörtüsü olunca Mahkeme,

---

<sup>193</sup> Korucu, *Yargısal Aktivizm*, s. 109.

<sup>194</sup> Yazıcı, "Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü", s. 1310.

<sup>195</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), s. 187.

<sup>196</sup> Hakyemez, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, s. 79.

<sup>197</sup> Arslan, "Başörtüsü, Ak Parti ve Laiklik", s. 6.

<sup>198</sup> Korucu, *Yargısal Aktivizm*, s. 116.

katı laiklik doğrultusunda, Anayasada kendisine verilen yetkiyi aşarak anayasa değişikliğini esastan denetlemiş ve yargısal aktivizme sebebiyet vermiştir.

#### **4.1.2. Diyanet İşleri Başkanlığı ile İlgili Karar**

AYM'nin katı laiklik çerçevesinde verdiği kararlar 1961 Anayasası döneminde de mevcuttur. Bu kararlardan bir tanesi de Mahkeme'nin 21.10.1971 tarihinde verdiği karardır. Karara konu olan düzenleme, 1327 sayılı kanunun 9. maddesiyle eklenen ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinde yer alan devlet memurları sınıfına "Din Hizmetleri Sınıfı" ekleyen düzenlemeyle ilgilidir. İptal gerekçesinde böyle bir düzenlemenin laikliğe aykırılığı vurgulanmıştır. Mahkemenin karar incelemesi din hizmetleri sınıfı yanında, devlet organizasyonu içinde bulunan Diyanet İşleri Başkanlığı'nın varlığına yönelik incelemeyi de kapsamaktadır. Bu sebeple karar incelemesine geçmeden önce Diyanet İşleri Başkanlığı'nın devletin laiklik politikaları bağlamında nereye oturduğuna bakmak gerekir.

Başbakanlığa bağlı bir Diyanet İşleri Başkanlığı'nın varlığı ve bu hizmeti verenlerin devlet memuru statüsündeki konumu, klasik laiklik tanımı bakımından sorunlu ve ondan bir sapma şeklinde değerlendirilebilir. Nitekim Özbudun da bu noktayı vurgulamakta ve Türkiye'de uygulanmakta olan sistemin daha çok "devlete bağlı din" ya da "devlet denetiminde" din" şeklinde olduğunu ifade etmektedir.<sup>199</sup> Fakat gerek devletin uyguladığı laiklik politikalarına gerekse Anayasa Mahkemesi'nin bunu onaylayan tavrına bakıldığında aslında Diyanet İşleri Başkanlığı'nın varlığı ile katı laiklik anlayışı arasında bir bağlantı mevcuttur. Tabii ki Diyanet İşleri Başkanlığı'nı sadece bu yönüyle değerlendirmek de yanlış olur. Toplumun dini hizmetler noktasındaki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla bir kurumun gerekliliğini de hesaba katmak gerekir. Fakat bunun yanında, Cumhuriyetin kuruluşundan itibaren karar alıcılar, laikleşme yönündeki hamleler yanında "dini" de bir şekilde kontrol altında tutma amacını gütmüşlerdir. Bu bağlamda katı laiklik anlayışının özelliklerinden birisi olan devletin "din" noktasında denetimci bir yaklaşım sergilemesinde Diyanet İşleri Başkanlığı'nın araçsal bir rol oynadığını kabul etmek gerekir. İsmail Kara'nın 27 Mayıs

---

<sup>199</sup> Özbudun, "Laiklik ve Din Hürriyeti", s. 187.

darbesinin akabinde, 4 Haziran 1960 tarihinde Diyanet İşleri Reisi imzasıyla il ve ilçelere gönderilen bir yazıdan yaptığı alıntılar bunu kanıtlar niteliktedir:

27 Mayıs'ta Silahlı Kuvvetlerimiz tarafından, millet ve memleket hayrına olarak yapılan hürriyet ve inkılap hareketini hazmedemeyen ve hasis menfaatlerini, dedikodularla ve menfi propagandalarla milli birlik ve dirliğimizi bozmakta arayan bazı sinsi unsurların bulunabileceği gözönünde tutularak halkımızın ikaz ve irşat edilmesi hususunda reisliğimize de mühim vazifeler terettüp etmektedir.

Bugün; yurdumuzun en ücra köşelerine kadar idareyi fiilen ele alıp milli menfaatlarımızı korumak için var kuvvetiyle çalışan hükümetimize destek olmanın dini bir vecibe teşkil ettiğini, aksine hareket eyleminin dünyada ve ahirette mesuliyeti ve hüsranı mucip olacağını vaizlerimizin vaazlarında, hatiplerimizin hutbelerinde ayet ve hadislere istinaden halkımıza duyurmalarının temini ve neticeden bilgi verilmesini ehemmiyetle rica ederim.<sup>200</sup>

Öyle ki sadece dini konularda değil, örneğin 27 Mayıs darbesine yönelik tepkileri önlemek amacıyla bile merkezi hutbeler ve vaazlar işlevsel bir araç olarak düşünüldüğü anlaşılmaktadır. İftar Gözaydın da Diyanet İşleri Başkanlığı'nın anayasal bir kurum olarak düzenlenmesini devlet elitlerinin laiklik anlayışının bir uzantısı olarak görmektedir. Ona göre, "paradoksal bir şekilde devlet dine ve bunun sosyo-politik alandaki muhtemel nüfuzuna karşı Diyanet İşleri Başkanlığı'nı kullanmaktadır."<sup>201</sup> Yine yazara göre dinin denetlenmesi için bir kurumsal yapıya ihtiyaç duyulması, devletin "din olgusunu" bir tehlike olarak görmesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca söz konusu kurumun varlığı ve genel olarak Türkiye'de devletin laiklik anlayışı "devletçi gelenek"ten beslenmektedir. Devletçi yaklaşım, denetleyemediği bir olguyu tehlike olarak görmeye yatkındır. Bu sebeple din olgusu da kontrol altına alınmak istenmiştir.<sup>202</sup>

Diyanet İşleri Başkanlığı'nın varlığıyla Türkiye özelindeki katı laiklik anlayışı arasında bir çelişki olmadığı, Anayasa Mahkemesi'nin incelediğimiz karar nezdindeki yorumlarına bakarak da anlaşılabilir. Kararda Diyanet İşleri Başkanlığı'nın laik bir anayasal sistemdeki varlığı iki açıdan meşru ve gerekli görülmektedir. Bunlardan ilki

---

<sup>200</sup> İsmail Kara, *Cumhuriyet Türkiyesi'nde Bir Mesele Olarak İslam 2* (İstanbul: Dergah Yayınları, 2017), s. 177.

<sup>201</sup> İftar Gözaydın, *Diyanet: Türkiye Cumhuriyeti'nde Dinin Tanzimi*, 1. baskı, İletişim yayınları 147 (İstanbul: İletişim Yayınları, 2009), s. 245-46.

<sup>202</sup> A.g.e., s. 247-49.

“dinin” devlet tarafından denetlenebilmesine ilişkindir. Mahkemeye göre laiklik politikaları her ülkenin koşulları neticesinde farklı sonuçlara sebep olabilir. Mahkeme bunu gerekçelendirirken İslam ve Hıristiyanlık dinlerine dair pratiklerin farklılıklarına vurgu yapmaktadır. Mahkeme, yukarıda 1989 yılında verilen kararda incelediğimiz gibi, bu yaklaşımını daha sonra da sürdürecektir. Fakat 1971 yılına ait Diyanet kararında ise daha ayrıntılı bir gerekçe bulunmaktadır. Buna göre Hıristiyanlıkta kilisenin bağımsızlığı devlet düzeni açısından bir sorun yaratmamaktadır. Fakat İslam’ın devlet ve hukuku da kapsar nitelikteki düzenlemeci yapısı kamu düzenini bozucu etki yapabilir. Bu sebeple Mahkemeye göre dini işlerin ve hizmetlerin devlet tarafından kontrol edilmesi gerekir.<sup>203</sup> Mahkemenin doğruluğu son derece kuşkulu olan bu açıklamalara yer vermesinin asıl sebebi Diyanet İşleri Başkanlığı’nın varlığını meşrulaştırmaktır. Diyanet İşleri Başkanlığı’nı devletin dini kontrol etmesinde araçsal bir konuma oturtan bu yaklaşım, daha önce bahsettiğimiz gibi, katı laiklik anlayışında devletin müdahaleci ve denetimci özelliğiyle uyum göstermektedir.

AYM, Diyanet İşleri Başkanlığı’nı ayrıca dini hizmetlerin karşılanması bakımından da gerekli görmektedir. Bu yaklaşımını da ülke koşullarının getirdiği zorunluluklar üzerinden açıklayan Mahkeme, önceki yaklaşımından farklı olarak, “toplumun çoğunluğunun Müslüman” olduğuna vurgu yapmakta; bu sebeple dini ihtiyaçların devlet tarafından karşılanmasının ve bu hizmeti yürütecek kişilerin memur sayılmasının laikliğe aykırı olmadığı sonucuna varmaktadır.<sup>204</sup> Bu kararda çoğunluk dininin ihtiyaçlarını temel alarak devlet organizasyonu içerisinde Diyanet İşleri Başkanlığı’nın varlığını gerekli ve laikliğe aykırı olarak görmeyen AYM, aynı toleransı 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu başörtüsü kararlarında göstermemiştir.

Söz konusu yükseköğretimde veya kamu kurumlarında başörtüsü olduğunda katı laiklik anlayışından taviz vermeyenlerin bile garipsediği ve laikliğe aykırı olarak gördükleri Diyanet İşleri Başkanlığı’nın varlığı devletin kurucu ideolojisinin din ile

---

<sup>203</sup> Anayasa Mahkemesi, 21.10.1971 tarih ve E. 1970/53, K.1971/76 sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 10, s.65.

<sup>204</sup> Anayasa Mahkemesi, 21.10.1971 tarih ve E. 1970/53, K.1971/76 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 10, s.68.



kurduğu ilişkiye ve yukarıda ele aldığımız AYM kararına bakıldığında aslında katı laiklik anlayışı çerçevesinde tutarlı olduğu görülebilir.

#### **4.1.3. Parti Kapatmaları**

AYM, kurulduğu günden itibaren birçok siyasi parti kapatma kararı vermiş; bu kararlarda temel gerekçe olarak “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” ve “laiklik” ilkelerine aykırılık gösterilmiştir. Parti yasaklarını hafifletmek ve kapatmaları zorlaştırmak adına çeşitli dönemlerde yapılan düzenlemeler de nihai kertede çözüm sağlayamamıştır.<sup>205</sup> Bunda Siyasi Partiler Kanunu’ndaki yasaklayıcı hükümlerin varlığı ile AYM içtihatlarının rolü büyüktür.<sup>206</sup> Her ne kadar siyasi partilerin kapatılmaları bir yasama işleminin geçersiz kılınması niteliğinde olmasa da AYM’nin bu kararlarda anayasal metnin sınırlarını aşan ve dava konusunun gerektirdiklerinin dışına çıkan yorumları, parti kapatmalarını yargısal aktivizm bağlamında önemli kılmaktadır. Ayrıca karar incelemelerinin ana temasını oluşturan laiklik, söz konusu parti kapatmaları olunca ayrıca bir öneme sahiptir. Bu sebeplerle bu başlık altında Mahkemenin laiklik ilkesine aykırılık sebebiyle vermiş olduğu parti kapatmaları incelenecektir. Adalet ve Kalkınma Partisi kapatılmamasına rağmen, Mahkemenin partiye vermiş olduğu yaptırım kararı ve bu karar nezdinde laiklik ilkesini ele alışı, bu kararı da çalışma açısından önem arz etmektedir.

##### **4.1.3.1. Milli Nizam Partisi Kararı**

Laikliğe aykırılık sebebiyle kapatılan ilk siyasi parti AYM’nin 20.5.1971 tarihinde verdiği kararla kapatılan Milli Nizam Partisi (MNP)’dir. Türk siyasal hayatında “Millî Görüş” olarak adlandırılan geleneğin ilk siyasi partisi olma özelliğini taşıyan MNP, ayrıca İslamcı düşüncenin politik arenaya çıkması bakımından da önem taşımaktadır. Bu tarihten sonra Türkiye’deki asker-sivil bürokrat elitler ve onların fikirlerinin bekçisi konumunda olan AYM, bu gelenekten gelen partileri devlet düzeni açısından tehlikeli görmüş ve Ak Parti haricinde bu partileri kapatmıştır.

---

<sup>205</sup> Parti yasaklarına yönelik yapılan anayasa değişiklikleri için bkz. Serap Yazıcı, “1982 Anayasası ve Parti Yasakları”, *Demokratik Anayasa* içinde, ed. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (İstanbul: Metis Yayınları, 2012), s. 251.

<sup>206</sup> A.g.e., s. 231.

Başsavcının MNP'ye yönelik hazırladığı iddianamede parti yöneticilerinin birçok il ve ilçede yaptığı konuşmalara yer verilse de AYM, kararını partinin genel başkanı Necmettin Erbakan tarafından yazılan "İslam ve İlim", "Basında Prof. Dr. Necmettin Erbakan" ve "Prof. Dr. Necmettin Erbakan - Mecliste Ortak Pazar" adlı kitaplar üzerinden değerlendirmektedir. Mahkemeye göre bu üç kitap partinin genel kurulunca da benimsenmiştir. Bu sebeple, bu kitaplar "648 sayılı yasanın 111. maddesinin 2 sayılı bendinde yazılı 'genelge' veya 'bildiri'" niteliğini taşımaktadır.<sup>207</sup>

Mahkeme bu tespitinin ardından bu kitaplarda laikliğe aykırı olarak gördüğü ifadelere yer vermektedir. Mahkemeye göre örneğin "Maddi ve müspet ilimler de peygamberler vasıtesiyle [*aynen böyle*] gelmiştir" ifadesi laikliğe aykırılık teşkil etmektedir.<sup>208</sup> Peygamberlerin meslekleri bağlamında kullanılan bu ifadenin din ve devlet ilişkilerinin ayrılığı bağlamında laiklikle aykırı bir yönünün olmadığı açıktır. Fakat Mahkemenin laikliği pozitivist bir bakışla yorumlama temayülü göz önüne alındığında söz konusu ifadeyi de laikliğe aykırı bulmasını doğal karşılamak gerekir. Bunun haricinde Ergun Özbudun'un da dikkat çektiği iki nokta kararın ilginç yönünü oluşturmaktadır. Bunlardan ilki Türk Ceza Kanunu'nun 163'üncü maddesinin kaldırılmasına yönelik olanıdır. Mahkeme bu maddeyi kaldırmayı istemeyi de kapatma sebebi saymıştır. Oysa bu düzenleme 1991 yılında kaldırılmıştır. Aynı şekilde kapatma sebepleri arasında gösterilen MNP'nin okullarda zorunlu din dersleri isteği de 1982 Anayasası'yla birlikte gerçekleştirilmiştir.<sup>209</sup>

#### **4.1.3.2. Huzur Partisi Kararı**

AYM'nin pozitivist bir bakışla şekillenen katı laiklik anlayışıyla vermiş olduğu bir diğer kapatma kararı 25.10.1983 tarihli Huzur Partisi kararıdır. Bu karar aynı zamanda Anayasanın anlamının zorlanması bakımından da bir aktivizm örneği olarak görülebilir. Mahkeme, parti programında geçen iki unsuru kapatma sebebi olarak değerlendirmiştir. Bunlardan ilki "din eğitim ve öğretiminin üniversitelere de batıdaki

---

<sup>207</sup> Anayasa Mahkemesi, 20.5.1971 tarih ve E. 1971/1, K.1971/1 sayılı Karar (parti kapatılması), *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 9, s. 58.

<sup>208</sup> Anayasa Mahkemesi, 20.5.1971 tarih ve E. 1971/1, K.1971/1 sayılı Karar (parti kapatılması), *AMKD*, Sayı 9, s. 66.

<sup>209</sup> Özbudun, "Laiklik ve Din Hürriyeti", s. 192.

örneklere uygun olarak, tatbikine taraftarız” şeklindeki ifadedir.<sup>210</sup> Mahkeme bu ifadeyi Anayasa’nın başlangıç bölümünde yer alan soyut ifadelerden hareketle değerlendirmektedir. Mahkemenin akıl yürütmesi ilginçtir. “Atatürk Devrimleri”nin temel taşı olarak nitelediği laiklik ile bilim özgürlüğü arasında bir birliktelik kurulmaktadır. Mahkemeye göre eğitim ve öğretim “doğmalardan ve bilime ters düşen öteki etkilerden uzak tutulması suretiyle sağlanabilir.” Bu sebeple parti programında yer alan ifadeler, Anayasanın 24. maddesinin dördüncü fıkrasındaki hükme “başka manalar izafe etmek” şeklinde yorumlanmıştır.<sup>211</sup> Mahkeme Anayasa’da yer alan soyut kavramları kendi laiklik yorumuna uygun bir şekilde bağlantı kurarak somutlaştırma yoluna gitmiştir.

Mahkemenin Huzur Partisi bağlamında kapatma sebebi olarak gösterdiği diğer bir unsur ise Özbudun’un ifadesiyle “trajikomik” niteliktedir.<sup>212</sup> Huzur Partisi programında eski Türk dillerine atıf yaparak “Dokuz heceli olan Türk alfabesine dokuzuncu sesli harfi koymak istiyoruz.” ve “Eski Türk alfabelerinin neden otuzbeş harfli olduğunu yeni baştan ve Atatürkçü bir ruh ve anlayışla araştıracağız” ifadeleri yer almaktadır. Mahkeme, parti programında geçen söz konusu ifadelerin gerçekliğe aykırı olduğunu belirtmiş ve inkılap kanunlarının korunmasını öngören Anayasanın 174. ve SPK’nın 84. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>213</sup>

#### **4.1.3.3. Özgürlük ve Demokrasi Partisi Kararı**

AYM’nin 23.11.1993 tarihli kararıyla kapatmış olduğu Özgürlük ve Demokrasi Partisi konumuz açısından ayrı bir yere oturmaktadır. Çünkü temelde partinin kapatılma sebebi "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü" ilkesi çerçevesinde olsa da parti programında yer alan “Devlet din işlerine karışmayacak, din cemaatlere bırakılacaktır” şeklindeki ifade, Mahkeme tarafından laikliğe aykırı bulunmuş ve

---

<sup>210</sup> Anayasa Mahkemesi, 25.10.1983 tarih ve E. 1983/2, K.1983/2 sayılı Karar (parti kapatma), *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 20, s. 357.

<sup>211</sup> Anayasa Mahkemesi, 25.10.1983 tarih ve E. 1983/2, K.1983/2 sayılı Karar (parti kapatma), *AMKD*, Sayı 20, s. 363-64.

<sup>212</sup> Özbudun, “Laiklik ve Din Hürriyeti”, s. 193.

<sup>213</sup> Anayasa Mahkemesi, 25.10.1983 tarih ve E. 1983/2, K.1983/2 sayılı Karar (parti kapatma), *AMKD*, Sayı 20, s. 365.

kapatılma sebebi olarak gösterilmiştir.<sup>214</sup> Mahkeme söz konusu ifadenin Diyanet İşleri Başkanlığının genel idare içerisinden çıkarılması anlamına geldiğini belirtmektedir. Diyanet İşleri Başkanlığı'nın laikliğe aykırı olmadığını, ülke ve toplumsal şartlar bağlamında açıklayan Mahkeme, parti programında yer alan ifadelerin SPK'nın 89. maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir.<sup>215</sup>

Mahkemenin Diyanet İşleri Başkanlığı'na ilişkin tutumu katı laiklik anlayışı bağlamında şaşırtıcı değildir. Fakat değinilmesi gereken diğer nokta, Anayasa ve yasa metinlerinin de Mahkeme'ye bu noktada imkân tanınmasıdır. Diyanet İşleri Başkanlığının Yerinin Korunması" başlığını taşıyan SPK'nın 89. maddesi şu şekildedir:

Siyasi partiler, laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek özel kanunda gösterilen görevleri yerine getirmek durumunda olan Diyanet İşleri Başkanlığının, genel idare içinde yer almasına ilişkin Anayasanın 136'ncı maddesi hükmüne aykırı amaç güdemezler.

Söz konusu düzenleme Mahkemeye parti kapatmaları noktasında açık bir kolaylık sağlamaktadır. Fakat bu düzenlemenin Anayasaya uygunluğu da şüphelidir. Nitekim Yazıcı'ya göre SPK'nın 89. maddesi Anayasaya aykırılık taşımaktadır.<sup>216</sup> Çünkü bu maddeyle dolaylı olarak DİB'nin düzenlendiği Anayasanın 136. Maddesinin değiştirilmesinin de önüne geçilmekte, buna yönelik düzenleme yapacak siyasi partilerin kapatılması sonucu doğurabilmektedir. Oysa Anayasanın değiştirilemez hükümleri açık bir şekilde belirlidir ve bunun haricinde yasama organının Anayasa maddelerini değiştirme iradesini kullanmasının önünde engel bulunmamaktadır.<sup>217</sup> Bunun yanında, devlet sistemi ile ilgili olarak, somut şiddete bulaşmadığı sürece, eleştiri ve önerilerde bulunmayı siyasi partilerin işlevlerinden biri saymak gerekir. AİHM'in ÖZDEP kararında vurguladığı gibi; DİB'in kaldırılması önerisinin bir parti

---

<sup>214</sup> Anayasa Mahkemesi, 23.11.1993 tarih ve E. 1993/1, K.1993/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 30, Cilt 2, s. 901.

<sup>215</sup> Anayasa Mahkemesi, 23.11.1993 tarih ve E. 1993/1, K.1993/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Sayı 30, Cilt 2, s. 926-27.

<sup>216</sup> Yazıcı, "1982 Anayasası ve Parti Yasakları", s. 251.

<sup>217</sup> A.g.e.

programında olması, devletin temel ilkeleriyle uyumsuz olsa bile, demokratik ilkelere aykırılık taşımayacaktır.<sup>218</sup>

ÖZDEP hakkında verilen karar yanında, AYM'nin 22.5.1997 tarihinde Demokratik Barış Hareketi Partisi davasında ise parti programında "Biz, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın bir Devlet kurumu olmaktan çıkarılmasından yanayız." ifadesi geçmesine rağmen kapatma istemini reddetmesini de vurgulamak gerekir.<sup>219</sup>

#### **4.1.3.4. Refah Partisi Kararı**

Her ne kadar anayasa mahkemesi yargıçlarının politik atmosferden tamamen arınmış bir şekilde karar vermeleri arzu edilse de bunun pratikte tam anlamıyla gerçekleştiğini söylemek oldukça zordur. Ayrıca önceki bölümde belirttiği gibi, AYM'nin kurulmasının sebeplerini ve hukuk-politika ilişkisinde oynadığı rol incelendiğinde, vesayetçi elitlerin amaçları doğrultusunda araçsal bir işlev gördüğünü de tekrar hatırlatmak gerekir. AYM'nin Refah Partisi kararı bu bağlamda ayrı bir öneme haizdir. Katı laiklik politikalarının en sert hamlelerinden biri olan ve kamuoyunda "28 Şubat süreci" veya "post-modern darbe" olarak bilinen olayın dolaylı sonuçlarından birisi de 16.1.1998 tarihli Refah Partisi'nin kapatılması sürecidir. Bu davayı önemli kılan bir diğer nokta da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ile AYM arasında siyasi parti kapatmaları noktasındaki içtihat farkının bu kararda değişmiş olması, AİHM'in Refah Partisi'nin kapatılmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) aykırı olmadığı kararı vermesidir. Bu sebeple bu karar incelemesi AYM kararıyla birlikte AİHM'in kararını da ele alacaktır.

AYM'nin laiklik ilkesi yönünden incelemesine geçmeden önce bir hususu belirtmek gerekir. Mahkeme RP kararında, parti kapatmalarını bir nebze zorlaştıran SPK'nın 103. maddesinin 2. fıkrasını bir ön mesele olarak incelemiş ve iptal etmiştir. Söz konusu madde "mihrak haline gelme" koşulunu belirtmekte ve 101. Maddenin (d) bendine

---

<sup>218</sup> Mustafa Koçak, *Siyasal Partiler ve Türkiye'de Parti Yasakları*, 1. baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), s. 192.

<sup>219</sup> Anayasa Mahkemesi, 22.5.1997 tarih ve E. 1996/3, K.1997/3 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 36, Cilt 2, s. 978-1033.

atıfla mihrak haline gelmeyi, parti üyelerinin söz ve eylemleri sebebiyle hüküm giyme şartına bağlamaktadır. Böyle bir durumda kapatmanın gerçekleşmesi için, hüküm giyen parti üyelerinin partiden çıkarılmaları konusunda Cumhuriyet Başsavcılığının partiye yönelik istemde bulunması ve siyasi partinin bu istemi 30 gün içerisinde yerine getirmemesi gerekmektedir. Mahkeme, Türk Ceza Kanunu'nun 141, 142 ve 163'üncü maddelerinin kaldırılması sebebiyle bu maddelerden kaynaklı hüküm gitme durumunun ortadan kalktığını belirtmektedir. Ayrıca Mahkemeye göre söz konusu düzenleme, Anayasanın 69. maddesinin 6. fıkrasındaki hükümleri uygulama olanağını ortadan kaldırmaktadır. Bu sebeple Mahkeme ilgili hükmün Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiş ve Refah Partisi özelinde mihrak olma durumunu Anayasanın 68 ve 69. maddeleri üzerinden ele almıştır.<sup>220</sup> Mahkemenin söz konusu yaklaşımı, parti kapatmalarını kolaylaştırması yanında, politik karar alıcıların iradesine yönelik bir müdahale niteliği taşımaktadır.

AYM, parti kapatmaya ilişkin delilleri değerlendirmeden önce laiklik anlayışını ortaya koymaktadır. Mahkeme katı laiklik anlayışına uygun olarak önceki verdiği kararlardaki yaklaşımını devam ettirmiştir. Yukarıda değindiğimiz diğer davalara benzer şekilde, laikliği, pozitivist, diğer ilkelerin üstünde ve din-devlet ayrılığının ötesinde, geniş bir şekilde ele almaktadır.<sup>221</sup>

Mahkeme katı laiklik anlayışı çerçevesinde Refah Partisi Genel Başkanı Necmettin Erbakan'ın yükseköğretimde başörtüsü hakkındaki konuşmasını,<sup>222</sup> çok hukukluluk önerisini,<sup>223</sup> "adil düzen" söylemini,<sup>224</sup> başbakanlıkta verilen iftar yemeğine dini kıyafetli kişilerin katılmasını,<sup>225</sup> Kanal 7'nin açılış konuşmasında geçen "cihat"

---

<sup>220</sup> Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", s. 261-62.

<sup>221</sup> Anayasa Mahkemesi, 16.1.1998 tarih ve E. 1997/1, K.1998/1 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Cilt 2, Sayı 34, s. 1026-29.

<sup>222</sup> Anayasa Mahkemesi, 16.1.1998 tarih ve E. 1997/1, K.1998/1 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Cilt 2, Sayı 34, s. 1029.

<sup>223</sup> Anayasa Mahkemesi, 16.1.1998 tarih ve E. 1997/1, K.1998/1 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Cilt 2, Sayı 34, s. 1032.

<sup>224</sup> Anayasa Mahkemesi, 16.1.1998 tarih ve E. 1997/1, K.1998/1 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Cilt 2, Sayı 34, s. 1035.

<sup>225</sup> Anayasa Mahkemesi, 16.1.1998 tarih ve E. 1997/1, K.1998/1 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Cilt 2, Sayı 34, s. 1036.

söylemini,<sup>226</sup> Bakanlar Kurulu tarafından çalışma saatlerinin Ramazan ayına özel düzenlenmesini<sup>227</sup> ve diğer milletvekillerinin yapmış olduğu bazı konuşmaları<sup>228</sup> gerekçe göstererek partinin laikliğe karşı eylemlerin odağı haline geldiğine karar vermiştir. AİHM ise bu gerekçelerden çok hukukluluk önerisini ve parti genel başkanı ile diğer partililerin şiddete teşvik niteliğinde gördüğü konuşmalarını dikkate almıştır.<sup>229</sup> İçeriğine bakmadan bile AYM ile AİHM'in kapatma kriterleri arasındaki farklar görülebilmektedir.<sup>230</sup>

Mahkeme, Erbakan'ın yükseköğretimde başörtüsüne yönelik yasağın kalkacağına dair yaptığı vaadini, özgürlükleri kısıtlayan laiklik anlayışı çerçevesinde vermiş olduğu 1989 ve 1991 yıllarındaki kararlarına benzer bir şekilde ele almıştır. Mahkemeye göre bir yasağın kaldırılmasını savunmak, laiklik ve hukuk devleti ilkelerine aykırılık taşımaktadır ve Erbakan'ın buna yönelik söylemleri "laik düzen karşıtları için bir mesaj" niteliği taşımış ve "kamu düzeninin bozulmasına" yol açmıştır.<sup>231</sup>

AYM, Erbakan'ın Meclis Grubu toplantısında yapmış olduğu konuşmada geçen "adil düzen" ve Kanal 7'nin açılış programında yapmış olduğu konuşmadaki "cihat" kavramlarını da kullanıldığı bağlamı dikkate almadan değerlendirmiş ve bir nevi niyet okuması gerçekleştirmiştir. Mahkemeye göre "Adil düzen'le anlatılmak istenen dini kurallara dayalı devlet düzenidir."<sup>232</sup> Adaleti tesis eden düzen vaadiyle, dine dayalı devlet arasındaki ilişkinin nasıl olacağına ilişkin ise Mahkemenin bir açıklaması bulunmamaktadır. Mahkemenin "cihat" kavramıyla ilgili tespiti de buna benzer şekildedir. Mahkeme başka bir milletvekilinin konuşmasına dayandırarak "cihat" kavramını "İslami nizamı hâkim kılmak veya bu nizamı savunmak amacıyla yapılan

---

<sup>226</sup> Anayasa Mahkemesi, 16.1.1998 tarih ve E. 1997/1, K.1998/1 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Cilt 2, Sayı 34, s. 1047.

<sup>227</sup> Anayasa Mahkemesi, 16.1.1998 tarih ve E. 1997/1, K.1998/1 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Cilt 2, Sayı 34, s. 1048.

<sup>228</sup> Anayasa Mahkemesi, 16.1.1998 tarih ve E. 1997/1, K.1998/1 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Cilt 2, Sayı 34, s. 1037-44.

<sup>229</sup> Özbudun, "Laiklik ve Din Hürriyeti", s. 194.

<sup>230</sup> A.g.e., s. 195.

<sup>231</sup> Anayasa Mahkemesi, 16.1.1998 tarih ve E. 1997/1, K.1998/1 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Cilt 2, Sayı 34, s. 1030-32.

<sup>232</sup> Anayasa Mahkemesi, 16.1.1998 tarih ve E. 1997/1, K.1998/1 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Cilt 2, Sayı 34, s. 1035.

savaşlar” şeklinde tanımlamış, Erbakan’ın “bugün yapılmış olan cihadı, televizyonsuz yapmanın imkânı yoktur” şeklindeki ifadede geçen “cihat” kavramıyla eşitleme yoluna gitmiştir.<sup>233</sup> Oysa Mahkemenin savaşı çağrıştıracak şekliyle temel aldığı cihat kavramı ile Erbakan’ın ifadesinde geçen "cihat" arasında bir anlam farkı olduğu açıktır.<sup>234</sup>

Refah Partisi’nin kapatılmasına sebep olan unsurlardan birisi de Erbakan’ın bir konuşmasında geçen çok hukukluluk önerisidir. Bu kısım önemlidir. Çünkü, özellikle parti kapatmaları noktasında aralarında içtihat farkı bulunan AYM ile AİHM bu noktada aynı yönde görüş bildirmişlerdir. İkisinin de vurguladığı nokta çok hukukluluğun dini ayrımcılığa sebep olacağı yönündedir.<sup>235</sup> Fakat yine de söz konusu parti tarafından herhangi bir girişimde bulunulmamış bir önerinin parti kapatmaya sebep olması ölçülü bir tedbir midir? Bu konuda Erdoğan’ın yorumları dikkate değerdir. AYM bu çok hukukluluk önerisinin temelini “Medine Sözleşmesi”nde görmektedir. Erdoğan ise çok hukukluluk önerisinin hem Osmanlı devlet sisteminden hem de güncel çoğulculuk tartışmalarından ilham alan bir önerme olduğunu belirtmektedir. Yazara göre AYM bu önerinin “ulusal bütünlüğü tahrip edici” etkisini gerekçelendirmemiştir.<sup>236</sup> Erdoğan AİHM’in bu öneriyi "hukuk birliği ve eşitlik" bağlamında sözleşmeye aykırı bulmasını da eleştirmektedir. Ona göre:

[N]e Sözleşme’nin sistemi ne de Mahkeme’nin sıkça atıfta bulunduğu ‘demokratik toplum düzeni’ -özellikle de bu ikincisi- hukuk birliğini zorunlu kılmaz. Hukuk birliğini demokrasiye aykırı görmek için, -siyaset felsefesindeki anlamında- demokrasi idealini değil de ulus devleti yegane toplumsal-siyasal örgütlenme modeli olarak gören cari statükoyu referans almak gerekir [...] [Ç]ok hukukluluk arayışı ‘demokrasi’ye değil, merkeziyetçi milli devlet anlayışına aykırıdır.<sup>237</sup>

<sup>233</sup> Anayasa Mahkemesi, 16.1.1998 tarih ve E. 1997/1, K.1998/1 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Cilt 2, Sayı 34, s. 1047-48.

<sup>234</sup> İslam Ansiklopesi’nin “cihad” maddesine göre kavram, insanın kendisini, nefisini terbiye etmesinden İslam’ı yaymak ve düşmanla savaşmaya kadar birçok anlama gelmektedir. Kelime köken olarak Arapça’da “güç ve gayret sarfetmek, bir işi başarmak için elinden gelen bütün imkanları kullanmak” anlamına gelen “cehd” kökünden türetilmiştir. Dolayısıyla bu kavramın birçok çağrışımının olduğunu dikkate almak gerekmektedir. Ahmet Özel, “Cihad”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA) (Ankara: Türk Diyanet Vakfı, 1993), c. 7, s. 527.

<sup>235</sup> Özbudun, “Laiklik ve Din Hürriyeti”, s. 194–95.

<sup>236</sup> Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, s. 136.

<sup>237</sup> A.g.e., s. 169.



AİHM ve AYM kararında incelenmesi gereken bir diğer husus da söz konusu parti yöneticilerinin şiddete teşvik niteliğinde konuşmalar yaptığına dair iddialarıdır. Kararda bu yöndeki en belirgin ifade, Erbakan'ın bir konuşmasında geçen, “[g]eçiş dönemi sert mi olacak, yumuşak mı olacak, kansız mı olacak” şeklindeki sözüdür. Partinin söz konusu ifadeye yönelik yaptığı savunmaya göre bu konuşma bağlamından kopartılarak iddianameye alınmıştır. RP, konuşmanın devamında Erbakan'ın “[b]iz diyoruz ki bu geçişi tatlı yapalım, bu geçişi barış içinde, bu geçişi yumuşak yapalım” ifadelerini kullandığı belirtilmektedir.<sup>238</sup> Ayrıca AYM'nin bu ifadelerde geçen “kan” ibaresi yerine “adil düzen” ibaresini dikkate aldığını ve bu konuşmayı laiklik ilkesi üzerinden değerlendirdiğini de vurgulamak gerekir.<sup>239</sup> AİHM ise “Refah liderlerinin hükümet belgelerinde, siyasal bir silah olarak güç ve şiddet çağrısında bulunmadıkları”nı kabul etmekle birlikte, partinin bu şekilde beyanlarda bulunduğu iddia edilen üyeler hakkında “acil pratik tedbirler” alınmadığına dikkat çekmektedir.<sup>240</sup> Şiddete başvurmanın söz konusu olmadığı bir durumda, sadece bir varsayıma dayanarak bir siyasi partiyi kapatmak ölçülü bir yaptırım olmasa gerekir.<sup>241</sup> Oysa daha önceki bir kararında AİHM bir delil olmadıkça benzer nitelikteki ifadelerin “samimiyetinden şüphe duyulmaması” gerektiğini belirtmiştir.<sup>242</sup> Buradan hareketle, AİHM'in bu karar nezdinde, İslamcı siyasal hareketleri de yasaklar listesine eklediği görülmektedir. Nitekim, Mustafa Koçak'ın da tespit ettiği gibi, AİHM bu kararıyla birlikte, daha önce Türkiye’de parti kapatmaları noktasındaki içtihadını da terketmiştir.<sup>243</sup>

#### 4.1.3.5. Fazilet Partisi Kararı

AYM'nin katı laiklik anlayışı çerçevesinde verdiği parti kapatmalarından bir diğeri Fazilet Partisi'ne dairdir. Mahkeme söz konusu partinin Refah Partisi'nin devamı olduğu ve kapatılan bir partinin başka bir adla kurulamayacağına ilişkin kapatma

---

<sup>238</sup> Anayasa Mahkemesi, 16.1.1998 tarih ve E. 1997/1, K.1998/1 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Cilt 2, Sayı 34, s. 898-99.

<sup>239</sup> Anayasa Mahkemesi, 16.1.1998 tarih ve E. 1997/1, K.1998/1 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Cilt 2, Sayı 34, s. 1035.

<sup>240</sup> Özbudun, “Laiklik ve Din Hürriyeti”, s. 195.

<sup>241</sup> Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, s. 164.

<sup>242</sup> Koçak, *Siyasal Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları*, s. 200.

<sup>243</sup> A.g.e., s. 200–201.

istemini reddetmiştir.<sup>244</sup> Her ne kadar söz konusu iki parti aynı siyasal geleneğe sahip olsa da Turhan'ın da ifade ettiği gibi Mahkemenin "sosyolojik devamlılıkla teknik ve hukuki devamlılık arasında" bir ayırım yapmış olması siyasi parti özgürlükleri bağlamında önemlidir.<sup>245</sup> Fakat buna rağmen Fazilet Partisi 22.6.2001 tarihinde "Laik Cumhuriyet ilkesine aykırı eylemleri nedeniyle" kapatılmış ve aynı siyasal gelenekten geldiği partilerle ortak kaderi paylaşmıştır.<sup>246</sup>

Mahkemenin davanın esasına ilişkin incelemesinde laikliğe ilişkin anlayışı önceki kararlarında takındığı tutumun bir tekrarı niteliğindedir. Fakat bu kararın ayırıcı noktası kapatmanın yalnızca "başörtüsü yasağı" üzerine odaklanmasıdır. Mahkeme, parti yetkililerinin genelde başörtüsü, özelde yükseköğretimde başörtüsü yasağı üzerine yaptığı eleştirileri "din kurallarının geçerli olduğu bir toplumsal modeli gerçekleştirme[k]" ve iddianameye atıfla "halkın bir bölümünü Devlet'e karşı kışkırtma[k]" gibi amaçlar taşıdığını düşünmektedir.<sup>247</sup> Mahkeme bu tespitlerini gerekçelendirmekten ziyade niyet okuma yöntemine başvurarak, katı laiklik bağlamında verdiği kararlarda takip ettiği yolu izlemiştir. Kendi siyasal parti tabanının taleplerine cevap verecek şekilde yetkililerce yapılan bu türden konuşmaları laikliğe aykırı olarak görmek, Mahkemenin siyasi partilere ilişkin "siyasi partiler demokratik hayatın vazgeçilmez varlıklarıdır" şeklindeki ifadesine tezat teşkil etmektedir.<sup>248</sup> Bu bağlamda Haşim Kılıç'ın karşı oy yazısında dile getirdiği hususlar oldukça önemlidir:

Meclis kürsüsünde konuşularak 'sorumsuzluk' alanına girmeseydi bile, herhangi bir inanç grubunun hak ve özgürlüğünün önünde bulunan engellerin kaldırılması için bir siyasal partinin ya da üyesinin düşüncesini açıklaması, çözüm önermesi dinsel bir inancı istismar anlamında yorumlanamaz. (...) Siyasal, sosyal, hukuksal ve ekonomik sorunlar özgür bir ortamda tartışılmadığı sürece insanların iç dünyalarında devletleriyle sürekli kavga ettiği bir toplum yaratılmış olur.<sup>249</sup>

---

<sup>244</sup> Anayasa Mahkemesi, 22.6.2001 tarih ve E. 1999/2, K.2001/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 37, Cilt 2, s. 1471.

<sup>245</sup> Mehmet Turhan, "Anayasa Mahkemesi'nin Fazilet Partisi Kararı", *Liberal Düşünce*, 2002, s. 33.

<sup>246</sup> Anayasa Mahkemesi, 22.6.2001 tarih ve E. 1999/2, K.2001/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Sayı 37, Cilt 2, s. 1502.

<sup>247</sup> Anayasa Mahkemesi, 22.6.2001 tarih ve E. 1999/2, K.2001/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Sayı 37, Cilt 2, s. 1493.

<sup>248</sup> Anayasa Mahkemesi, 22.6.2001 tarih ve E. 1999/2, K.2001/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Sayı 37, Cilt 2, s. 1476.

<sup>249</sup> Anayasa Mahkemesi, 22.6.2001 tarih ve E. 1999/2, K.2001/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Sayı 37, Cilt 2, s. 1517.

Mahkemenin Fazilet Partisi'ni kapatma nedenleri arasında gördüğü yükseköğretimde başörtüsü yasağına ilişkin kısım 1989 ve 1991 yıllarında verdiği kararlara benzer şekildedir. Buna göre yükseköğretimde başörtüsü yasağının kaldırılması öğrenciler arasında ayrımcılık yaratacağından eşitlik ilkesine aykırıdır. Ayrıca öğrencilerin başörtüsüyle yükseköğrenim görmesi diğer öğrencilerle çatışmalara sebep olabilecek ve kamu düzenini tehlikeye sokabilecektir.<sup>250</sup> Başörtülü öğrencilerin yükseköğretim hakkının ellerinden alınmasının eşitlik ilkesiyle uyumu bizatihi sorunluyken, Mahkeme, herhangi bir eylem olmaksızın, bu yasağın parti yetkililerince eleştirilmesini kapatma sebebi saymıştır. Bir yasağın kaldırılmasını savunmanın kapatma sebebi sayılmasına yönelik Özbudun'un yorumları dikkate değerdir:

Bir partinin demokratik değerlere ve insan haklarına aykırı bir yasağın getirilmesini savunduğu için kapatılması meşru görülebilir. Ama bir yasağın kaldırılmasını, başka bir ifadeyle hürriyet alanının genişletilmesini talep etmenin, bir parti kapatma sebebi olarak düşünülmesini anlamak mümkün değildir. Kaldı ki, üniversite öğrencileri bakımından bu yasağın temel insan haklarına ve evrensel demokratik standartlara uygunluğu çok şüphelidir.<sup>251</sup>

Mahkemenin yükseköğretimde başörtüsü yasağını devlet düzeni açısından bir tehdit olarak görmesi, Arslan'ın hak ve ideolojik temelli anayasa yargısı ayrımında, ideolojik temelli yaklaşıma denk düşmektedir.<sup>252</sup> Bu bağlamda AYM'nin laiklik anlayışının onun ideolojik temelli tutumunun bir izdüşümü olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim kararda başörtüsü yasağının temel hak ve özgürlüklere aykırı olduğuna ilişkin parti yetkililerince yapılan konuşmalar Mahkeme tarafından "halkı devlet görevlilerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik" şeklinde zorlama bir yoruma tabi tutulmuştur. AYM, "ulusal iradenin gerçekleştiği" yer olarak ifade ettiği Meclis'e Merve Kavakçı'nın başörtüyle girmesini bir eylem olarak nitelendirilmiş, aynı oturuma -Meclis çalışmasının doğasına uygun bir şekilde- parti genel başkanı ve diğer milletvekillerinin katılmasını ise bu eylemi destekledikleri şeklinde yorumlamıştır.<sup>253</sup> Oysa başörtülü bir

---

<sup>250</sup> Anayasa Mahkemesi, 22.6.2001 tarih ve E. 1999/2, K.2001/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Sayı 37, Cilt 2, s. 1494.

<sup>251</sup> Özbudun, "Laiklik ve Din Hürriyeti", s. 197.

<sup>252</sup> Zühtü Arslan, "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court", *Critique: Critical Middle Eastern Studies* 11, sayı 1 (2002): s. 11.

<sup>253</sup> Anayasa Mahkemesi, 22.6.2001 tarih ve E. 1999/2, K.2001/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Sayı 37, Cilt 2, s. 1498.

bayanın milletvekili seçilmesi de aynı ulusal iradenin bir sonucudur. Nitekim AİHM de Kavakçı'nın Meclis'te faaliyet göstermesinin engellenmesini ve AYM'nin verdiği karar sonucu milletvekilliğinin düşürülmesini "seçilme hakkının özüne" aykırı bulmuştur.<sup>254</sup> Ayrıca TBMM İçtüzüğü'nde bir milletvekilinin başörtüsüyle Mecliste görev yapamayacağına ilişkin hüküm de bulunmamaktadır.<sup>255</sup> Fakat Mahkeme Fazilet Partisi'ni "bu tür eylemlerin işlendiği odak" olarak tanımlamış ve bu olayı "en büyük kanıt" olarak görmüştür.<sup>256</sup>

#### 4.1.3.6. Adalet ve Kalkınma Partisi Kararı

Bu bölümde yer vereceğimiz son parti kapatma davası Adalet ve Kalkınma Partisi'nin laikliğe aykırı eylemlerin odağı olduğu iddiasıyla kapatılması istemiyle açılan davadır. Bu dava birçok açıdan diğer kapatma davalarından farklı bir niteliğe sahiptir. Öncelikle parti kapatmalarının önüne geçmek için geliştirilen bir ara formül olan, partinin "hazine yardımından mahrum bırakılması" hükmü bu kararda işletilmiş ve bu davada daha öncekilerden farklı olarak parti kapatılmamıştır. Mahkemenin, Ak Parti'nin eylemleri noktasındaki tespiti ile verilen ceza arasında bir ölçü olup olmadığı sorusu incelenmeye değerdir.

Mahkemenin bu davada laikliğe ilişkin yaklaşımına bakıldığında önceki verdiği kararlardaki ifadelerden atıflar yaptığı görülmektedir. Fakat diğer kararlardan farklı bir şekilde Mahkeme, dini özgürlükler bağlamında siyasi partilerin toplumun taleplerine cevap verecek politikalar geliştirmesinin doğal olduğunu ifade etmektedir. Hatta "üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağı, Kuran Kurslarına yönelik yaş kısıtlaması ve İmam Hatip Liselerine uygulanan katsayı sınırlamasının kaldırılmasına yönelik toplumsal taleplerin" varlığı da mahkemece kabul edilmektedir.<sup>257</sup> Mahkemenin bu yorumundan hareketle, söz konusu partinin bu toplumsal talepleri karşılamaya yönelik eylemlerinin laikliğe aykırı görülmemesi gerekir. Fakat Mahkeme,

---

<sup>254</sup> Aktaran Özbudun, "Laiklik ve Din Hürriyeti", s. 212.

<sup>255</sup> Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, s. 123.

<sup>256</sup> Anayasa Mahkemesi, 22.6.2001 tarih ve E. 1999/2, K.2001/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Sayı 37, Cilt 2, s. 1498.

<sup>257</sup> Anayasa Mahkemesi, 30.7.2008 tarih ve E. 2008/1, K.2008/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 45, Cilt 5, s. 3178.

kendisinin de kabul ettiği toplumsal taleplerden hareketle, Mecliste bulunan bazı partilerin de desteğiyle, yükseköğretimde başörtüsü yasağının kaldırılmasına yönelik yapılan anayasa değişikliğinin, toplumda ayrışma ve gerginliklere sebep olduğu gerekçesiyle söz konusu partinin laikliğe aykırı eylemlerde bulunduğu tespitine ulaşmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, her ne kadar önceki içtihadından farklı bir tavır sergilese de ulaştığı sonuç bakımından sahip olduğu katı laiklik anlayışını korumuştur.<sup>258</sup> Ayrıca bu durum, toplumsal bir ihtiyaç veya talebin varlığı söz konusu olsa bile, o talepleri gerçekleştirmekle görevli seçilmiş organların yaptığı bir düzenlemenin laikliğe aykırı görülebileceği anlamına gelmektedir. Böylece Mahkeme, gerekli gördüğu hallerde, laiklik ilkesini demokratik karar alım süreçlerinin üstüne çıkarabilmektedir.<sup>259</sup>

Mahkeme bu davada “laiklik karşıtı eylemlerin odağı olma” noktasında da önceki verdiği kararlardan farklı bir yöntem belirlemiştir. Mahkemeye göre laikliğe aykırılığın tespiti için “aleyhteki delillerin yanında, lehteki olguların da değerlendirilmesi” gerekir.<sup>260</sup> Daha önceki kararlarında, niyet okumaya dayanan, kullanıldığı bağlamdan bağımsız bir şekilde seçilen parti yetkililerinin beyanlarına dayanarak kapatma kararı veren Mahkeme, bu kararda bir yöntem değişikliğine gitmiştir. Nitekim Mahkeme bu tespitinden sonra söz konusu parti politikalarını olumlayıcı ifadelerde de bulunmuştur. Örneğin partinin Avrupa Birliği’ne giriş yönünde yaptığı düzenlemeler sıralanmış, nihayetinde “davalı partinin sahip olduğu iktidar gücünü batı demokrasiler standardına kavuşması yönünde kullandığı açıktır” sonucuna varılmıştır.<sup>261</sup> Bunun yanında Ak Parti’nin “tüzük ve programında laikliğe aykırı bir sistem arayışı”na, eylem ve politikalarında şiddete teşvik eden unsurlara rastlanamamıştır.<sup>262</sup> Tüm bunlara rağmen, Mahkeme kapatmaya gerek olmadığı sonucuna varsa bile başörtüsü yasağına yönelik parti yöneticilerinin söylemlerini, yükseköğretimde başörtüsü

---

<sup>258</sup> Anayasa Mahkemesi, 30.7.2008 tarih ve E. 2008/1, K.2008/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Sayı 45, Cilt 5, s. 3177-79.

<sup>259</sup> Erdoğan, *Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi*, s. 139.

<sup>260</sup> Anayasa Mahkemesi, 30.7.2008 tarih ve E. 2008/1, K.2008/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Sayı 45, Cilt 5, s. 3179.

<sup>261</sup> Anayasa Mahkemesi, 30.7.2008 tarih ve E. 2008/1, K.2008/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Sayı 45, Cilt 5, s. 3180.

<sup>262</sup> Anayasa Mahkemesi, 30.7.2008 tarih ve E. 2008/1, K.2008/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Sayı 45, Cilt 5, s. 3179-81.

yaşasını kaldırmaya ilişkin anayasa değişikliğini “demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine” aykırı olarak değerlendirmiş ve “davalı partinin [...] son yıllık devlet yardımının yarısından yoksun bırakılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.”<sup>263</sup>

Bu davanın sonucundan habersiz bir kişi, Mahkemenin kapatma istemine ilişkin değerlendirmesini okumaya başladığında söz konusu siyasi partiye yönelik herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağı izlenimine kapılabilir. Fakat değerlendirmenin sonuna gelindiğinde, Mahkemenin partinin lehinde yapmış olduğu yorumların dışında katı laik tutumunu sürdürdüğü görülecektir. Başörtüsü yaşasına yönelik partililer tarafından yapılan ve herhangi bir şiddet çağrısı içermeyen fikir beyanları ile, Özbudun’un da belirttiği gibi, Ak Partili milletvekillerinin yanı sıra “MHP’li, DTP’li ve bazı bağımsız milletvekillerinin oyuyla kabul edilmiş olan”<sup>264</sup> bir anayasa değişikliğini laikliğe aykırı görerek partiyi hazine yardımından yoksun bırakma yaptırımına karar vermek katı laiklik anlayışının bir örneğini oluşturmaktadır. Sadece bu sebeplerle laikliğe aykırılık üzerinden “odaklaşma”nın varlığını kabul etmek ise ölçülü bir yaklaşım olarak kabul edilemez.

#### **4.2. Mahkemenin Değişen Laiklik Anlayışı ve Kararlarına Etkileri**

AYM’nin laiklik ile ilgili içtihadı, 2012 yılında verilen “İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair” 6287 sayılı kanun ile bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına ilişkin verilen kararlar birlikte değişmeye başlamış, bu değişim laiklik ilkesi yönünden incelediği bireysel başvurularda da devam etmiştir. Bu değişimde Mahkeme kompozisyonunun değişmesinin büyük rol oynadığı açıktır. Bu başlık altında ele alınan kararlar, Mahkemenin katı laiklik anlayışı çerçevesinde verdiği kararlar ile karşılaştırmalı bir şekilde incelenecektir. AYM’nin laiklik tutumundaki değişim ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

---

<sup>263</sup> Anayasa Mahkemesi, 30.7.2008 tarih ve E. 2008/1, K.2008/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *AMKD*, Sayı 45, Cilt 5, s. 3181.

<sup>264</sup> Özbudun, “Laiklik ve Din Hürriyeti”, s. 199.

#### 4.2.1. 20.9.2012 Tarihli Karar (4+4+4 Kararı)

Anayasa Mahkemesi'nin 2012 yılında 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'a yönelik vermiş olduğu karar Mahkemenin laiklik hakkındaki tutumu bağlamında oldukça önemli bir karardır. Mahkeme, kamuoyunda "4+4+4 düzenlemesi" olarak bilinen düzenlemeye ilişkin verdiği bu kararlar birlikte laiklikle ilgili yerleşik içtihadını değiştirmiş, laikliği özgürlükçü bir çerçevede yorumlamıştır.<sup>265</sup> Mahkemenin sonrasında verdiği bireysel başvurularda da bu tutum devam etmiştir. Kararın konumuzla ilgili olan kısmı "Kur'an-ı Kerim" ve "Hz. Peygamberimizin Hayatı" derslerinin ortaokul ve liselerde isteğe bağlı bir şekilde okutulmasını düzenleyen yasama işleminin laikliğe aykırılığı iddiası üzerine yapılan incelemedir.

Mahkemenin vermiş olduğu kararda laiklik ilkesine yüklemiş olduğu anlam bu çalışma bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Öncelikle Mahkeme laikliğin "bireyin ya da toplumun değil, devletin bir niteliği" olduğunu vurgulamaktadır.<sup>266</sup> Her ne kadar basit bir cümle gibi gözükse de Mahkemenin laikliğe ilişkin içtihadı göz önüne alındığında, bu ifadenin temel bir yaklaşım farklılığını ifade ettiğini söylemek gerekir. Bu yaklaşım, bireylerin toplumsal ve kamusal alanda dini inançlarını açığa vurma özgürlüğüne imkân tanımaktadır.<sup>267</sup> Örneğin, bu yaklaşımın egemen olduğu bir sistemde, bir birey başörtüsüyle kamu kurumlarında çalışabilir fakat kamu hizmetini yerine getirirken tarafsız olmalı ve belirli bir dini inanca ayrıcalık tanımamalıdır. Oysa Mahkeme önceki kararlarında başörtüsü yasağını laiklik ilkesini koruma adına gerekli görmekte, onu kamu düzeni açısından bir tehdit, devletin temel nitelikleri açısından ise tehlikeli bulmaktaydı. Mahkemenin bu yaklaşımı, laikliği din-devlet ayrılığından ziyade din-dünya ayrılığı üzerinden okumasından kaynaklanmaktaydı.

Mahkeme laiklik ilkesini tanımlayan söz konusu yaklaşımını, bizim de ikinci bölümde verdiğimiz, laikliğe ilişkin yapılan tasnifler üzerinden gerekçelendirmektedir.

---

<sup>265</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 87.

<sup>266</sup> Anayasa Mahkemesi, 20.9.2012 tarih ve E. 2012/65, K.2012/128 sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 50, Cilt 2, s. 1443.

<sup>267</sup> Yüksel, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, s. 209.

Mahkemeye göre laikliğe ilişkin iki tür yaklaşım ve uygulama mevcuttur. Bunlardan ilki olan katı laiklik anlayışında dinin toplumsal ve kamusal alandaki görünürlüğüne müsaade edilmez. Din sadece bireylerin vicdanlarında kalmalıdır. Diğer bir yaklaşım olan özgürlükçü laiklikte ise dini inancın toplumsal ve kamusal alanda dışı vurulması doğal karşılanmaktadır. Bu bağlamda katı laik anlayışa sahip bir devlet, dinin bireysel sınırları aşarak toplumsal bir görünüme sahip olduğu durumlarda müdahaleci bir tavır alırken, özgürlükçü laikliğin egemen olduğu bir sistemde devlet, müdahaleden kaçınır, aksine bireylerin din ve vicdan özgürlüğünü sağlayacak ortamı hazırlar.<sup>268</sup> Mahkemenin laikliğe ilişkin tasniflere bu kararda yer vermesinin sebebi, aslında onlardan birini bu karar bağlamında tercih ettiğinin de bir göstergesidir. Nitekim Mahkeme kararın devamında tercihini özgürlükçü laiklik anlayışından yana kullanmaktadır.

Daha önce incelediğimiz kararlarda, Mahkemenin laiklik ilkesi bağlamında devlete yüklediği misyon denetleyici ve gerektiğinde müdahaleci olması yönündeydi. Bu yaklaşımıyla Mahkeme katı laiklik anlayışının açık bir örneğini vermekteydi. Bu kararda ise Mahkemenin devlete laiklik söz konusu olduğunda biçtiği rol, din ve vicdan özgürlüğüne müdahale noktasında pasif, söz konusu özgürlüklerin önündeki engelleri kaldırmak ve onları geliştirmek bağlamında ise aktif bir nitelik arz etmektedir. Mahkeme bu yaklaşımını negatif ve pozitif yükümlülükler ayrımı üzerinden yapmaktadır. Mahkemenin negatif yükümlülükten kastettiği, devletin dini inanışlar karşısından tarafsız olması ve zorunlu sebepler olmadıkça din ve vicdan özgürlüğüne müdahale etmemesidir. Pozitif yükümlülük ise din ve vicdan özgürlüğü bağlamında, devletin var olan engelleri ortadan kaldırması ve bireylerin dini inançlarını özgürce yaşayabilecekleri bir ortamı hazırlaması anlamına gelmektedir.<sup>269</sup> Oysa Mahkeme 1961 Anayasası döneminden itibaren verdiği kararlarda, laiklik ilkesinin esaslarına yer verirken, devletin dini özgürlükler bağlamında denetim yetkisine sahip olmasını “laiklik ilkesinin gereği” olarak görmekteydi.<sup>270</sup>

---

<sup>268</sup> Anayasa Mahkemesi, 20.9.2012 tarih ve E. 2012/65, K.2012/128 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 50, Cilt 2, s. 1443.

<sup>269</sup> Anayasa Mahkemesi, 20.9.2012 tarih ve E. 2012/65, K.2012/128 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 50, Cilt 2, s. 1444.

<sup>270</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 25, s. 146.



Mahkeme, iptal istemine konu olan düzenlemeyi laiklik ilkesi bağlamında incelediği kısımda, “Kuran-ı Kerim” ve “Hz. Peygamberimizin Hayatı” derslerinin isteğe bağlı olarak seçmeli ders olarak düzenlenmesini devletin pozitif yükümlülüğünün bir sonucu olarak görmektedir. Mahkemeye göre bu düzenleme “din eğitimi ve öğretiminin gereği” olarak görülmelidir. Mahkeme bu yorumunu Batı ülkeleri örnekleri ve AİHM kararına atıf yaparak gerekçelendirmektedir. Buna göre, Batı ülkelerinde devlet okullarında verilen din eğitimi, toplumun dini ihtiyaçlarının devlet politikalarına yansıdığını göstermektedir. Yine Mahkemenin örnek olarak gösterdiği bir AİHM kararına göre, Avrupa Konseyi’ne üye 46 ülkeden 43’ünde devlet okullarında seçmeli veya zorunlu olarak din eğitimi verilmektedir.<sup>271</sup> Mahkeme laikliğe ilişkin verdiği önceki kararlarında da Batı ülkeleriyle yapılan karşılaştırmalara ve AİHM kararlarına atıflar yapılmaktaydı. Fakat öncesinde Mahkemenin yaptığı bu atıflar katı laiklik anlayışını gerekçelendirme amacını taşıırken, bu kararda dini özgürlükleri genişletme amacını taşımaktadır.<sup>272</sup>

Mahkemenin söz konusu düzenlemeyi incelemesinde Türkiye’de uygulanan laiklik politikalarına ve din-devlet ilişkilerine dair yaptığı yorumlar da bu çalışma açısından önemlidir. Mahkemeye göre Diyanet İşleri Başkanlığı’nın anayasal bir kurum olması ve çoğunluk dininin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulması, Türkiye’de İslam dininin devlet ile olan ilişkisinde tam olarak dışlanmadığını ortaya koymaktadır.<sup>273</sup> Mahkemenin, devletin toplumun dini ihtiyaçlarını karşılamasının doğal karşılanması gerektiğini belirten bu yorumlarına hak vermemek mümkün değildir. Fakat Diyanet ile ilgili kararda belirtildiği gibi, bu kurumun varlığı ile devletin uyguladığı katı laiklik uygulamaları arasında bir uyum da mevcuttur. Diyanet İşleri Başkanlığı sadece toplumun dini ihtiyaçlarının karşılanması noktasında bir işlev görmemiş, devletin katı laikliği gereğince “dini” kontrol etme ve denetleme noktasında da araçsal bir rol oynamıştır.

---

<sup>271</sup> Anayasa Mahkemesi, 20.9.2012 tarih ve E. 2012/65, K.2012/128 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 50, Cilt 2, s. 1445-46.

<sup>272</sup> Yazıcı, “Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü”, s. 1320.

<sup>273</sup> Anayasa Mahkemesi, 20.9.2012 tarih ve E. 2012/65, K.2012/128 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 50, Cilt 2, s. 1446.

Mahkemenin söz konusu düzenlemeyi laiklik ilkesine aykırı görmemesi, katı laiklik anlayışını en azından bu karar nezdinde değiştirdiği anlamına gelmektedir. Mahkeme bu yaklaşımını bireysel başvurularda da sürdürmektedir. Fakat yine de bunun kalıcı bir değişim olup olmadığına ilişkin yeterli sayıda karar bulunmamaktadır. Mahkemenin bu kararına yargısal aktivizm açısından bakıldığında ise aslında önceki içtihadından kopması bağlamında aktivist, yasamanın yaptığı düzenlemeye saygı duyması bakımından da kendini sınırlayan bir niteliğe sahip olduğu söylenebilir. Mahkemenin özgürlükleri temel alan yaklaşımıyla aktivist bir karar vermesini olumlu karşılamak gerekecektir. Mahkemenin laiklikle ilgili daha önce vermiş olduğu kararları birer aktivizm örneği olsa da bu kararda da görülebileceği gibi katı laiklik ile yargısal aktivizm arasında doğrudan bir ilişki mevcut değildir.

#### **4.2.2. Bireysel Başvurular**

##### **4.2.2.1. Tuğba Arslan Kararı**

Söz konusu davada başvuru olan Tuğba Arslan, Ankara Barosuna bağlı bir avukat olarak çalışmaktadır. Katılmış olduğu bir boşanma davasında hâkim, mezkûr avukata, başörtüsüyle duruşmaya katılamayacağını belirtmiş, bu sebeple müvekkilin yeni bir avukat bulması için süre verilmesine ve davanın ertelenmesine karar vermiştir. Mahkeme söz konusu kararına gerekçe olarak başörtüsünün laikliğe aykırı bir siyasi ve dini simge olduğunu göstermiştir. Bu düşüncesini daha önce başörtüsüyle ilgili verilen AYM kararlarıyla desteklemiştir.<sup>274</sup>

Aslında hâkimin bu kararı vermesinin meşruiyetini sağlayan yasal mevzuat 2012 yılının 11. ayına kadar mevcuttu. Türkiye Barolar Birliği (TBB) Avukatlık Meslek Kurallarının 20. maddesinde “Avukatlar ve avukat stajyerleri, mesleğe yakışır bir kılıf kıyafetle, başları açık olarak mahkemelerde görev yaparlar” şeklinde bir ifade bulunmaktaydı. Fakat Danıştay 8. Dairesi 5/11/2012 tarih ve 2012/5257 esas sayılı kararı ile söz konusu ifadede geçen “başları açık” ibaresine yönelik yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. İşte bu sebeple başvuru da müvekkilini temsilen katılmış olduğu 11/12/2013 tarihli celsede verilen bu kararın yasal düzlemde karşılığı

---

<sup>274</sup> Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru no: 2014/256, Karar tarihi: 25.6.2014, § 13.

olmadığını iddia etmiştir. Bu sebeple başvuru Ankara 11. Aile Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararın Anayasa'nın 24. maddesine atıfla din ve vicdan özgürlüğüne, 36. maddesine atıfla adil yargılanma hakkına, 49. maddesine atıfla çalışma hakkına ve 10. maddesine atıfla ayrımcılık yasağına aykırılık iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur.<sup>275</sup>

AYM incelemesinde başvuru aykırılık iddialarını tek tek incelemiştir. Fakat konumuz laiklik olduğundan bizi ilgilendiren kısım Mahkemenin "Din ve Vicdan Hürriyeti Yönünden" incelemesine konu olan bölümdür. Zaten Mahkeme verdiği kararda adil yargılanma hakkı ve çalışma hakkına aykırılık tespit etmemiş, din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 24. madde ve 10. maddede yer alan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Daha önce başvurusu sebebiyle Mahkemenin önüne gelen davalar yükseköğretimde başvurusu yasağına ilişkin olmaktadır. Kamu kurumlarında çalışanların ise "Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmeliğin" 5. maddesi gereği başları "daima açık" olması gerekiyordu. Fakat söz konusu kararda Bakanlık görüşünde de ifade edildiği gibi, 4.10.2013 tarih ve 2013/5443 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kamu kurum ve kuruluşlarında başvuru bir şekilde çalışabilmenin önündeki engel de kaldırılmış oldu.<sup>276</sup>

Mahkeme davanın içeriğine girmeden önce laiklikle ilgili anlayışını ortaya koymaktadır. Bunun için öncelikle devletin din ile ilişkisini yeni bir yaklaşımla tanımlamaktadır. Buna göre devletin tüm inanç ve inanç gruplarına karşı eşit ve tarafsız bir şekilde hareket etmesi gerekir. Mahkeme bu görüşünde çoğulculuğa referans vermektedir. Devletin inançlara, onun ritüellerine eşit ve tarafsız mesafede olması ayrıca onları "tanımasını" da gerektirir. Yani çoğulculuğa uygun bir şekilde, devlet tüm inanç ve inanç gruplarını tanır, fakat bunlardan herhangi birine ayrıcalık tanıma veya onlardan birini yanlış kabul etme yetkisini kendinde göremez.<sup>277</sup>

---

<sup>275</sup> Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru no: 2014/256, Karar tarihi: 25.6.2014, § 21.

<sup>276</sup> Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru no: 2014/256, Karar tarihi: 25.6.2014, § 45.

<sup>277</sup> Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru no: 2014/256, Karar tarihi: 25.6.2014, § 54.

Mahkemenin bu görüşü daha önce laiklikle ilgili verdiği kararlarda takındığı tutumdan farklılık gösterdiği görülmektedir. Devletin gerektiği takdirde müdahaleci bir tavır alabileceğini savunan anlayış, dinin bireysel ve toplumsal önemine binaen, devletin tarafsız kalması gerektiğini savunan bir anlayışa evrilmiştir.

Mahkeme müdahalenin mevcudiyeti hakkında inceleme yaparken, bir inanç pratiği olarak başörtüsü kullanımının 24. madde kapsamına girip girmediğini ele almaktadır. Bunu yaparken de öncelikle başörtüsü özelinde bir inancın gerektirdiğine inanılan davranış veya ritüelin, o inancın bir uygulaması olup olmadığını belirlemenin gerektiğini ifade etmektedir.<sup>278</sup> Fakat bu noktada da Mahkeme, önceki yorumlarından farklı bir şekilde, bunu belirlemek için başvuru kişinin kendi inancı gereği olduğu yönündeki beyanını esas almak gerektiğini belirtmektedir.<sup>279</sup> Oysa Mahkeme önceki kararlarında o inancın esasları hakkında da yorumlar yapmaktaydı. Örneğin 1989 yılında yükseköğretimde başörtüsü yasağı hakkında verilen kararda başörtüsü “çağ dışı” olarak tanımlanmış, “İslami esaslara uygun olup olmadığı bir yana” gibi ifadeler kullanarak bir hukukçunun göstermesi gereken objektif tavrı koruyamamıştır.<sup>280</sup> Başvurucu da kendi başörtüsü kullanımının İslam dininin bir gereği olduğunu Kur’an-ı Kerim’de yer alan ayet ve hadisler ile Diyanet İşleri Başkanlığının görüşleri çerçevesinde belirtmektedir.<sup>281</sup> Bu bağlamda Mahkeme başörtüsü kullanımını engelleyen bu müdahaleyi kişinin dinini açığa vurma hakkına bir müdahale şeklinde yorumlamıştır.<sup>282</sup>

Daha önce belirtildiği gibi bireysel başvuruya sebep olan olayın geliştiği sırada bir avukatın duruşmaya başörtülü olarak katılmasının önünde bir yasal mevzuat da bulunmamaktadır. Kamu kurumlarında başörtüsü yasağını kaldıran düzenleme ve Barolar Birliği Meslek Kurallarında yer alan “başları açık” ibaresinin Danıştay tarafından hukuka aykırı görülerek yürütmesinin durdurulması örnekleri bunu göstermektedir. Mahkeme de söz konusu müdahalenin kanunlar tarafından

---

<sup>278</sup> Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru no: 2014/256, Karar tarihi: 25.6.2014, § 66.

<sup>279</sup> Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru no: 2014/256, Karar tarihi: 25.6.2014, § 68.

<sup>280</sup> Bu kararın daha detaylı incelemesi için bkz. 4.1.1.1.

<sup>281</sup> Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru no: 2014/256, Karar tarihi: 25.6.2014, § 73.

<sup>282</sup> Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru no: 2014/256, Karar tarihi: 25.6.2014, § 76.

öngörülüp öngörülmediğine ilişkin incelemesinde bu unsurları vurgulamıştır.<sup>283</sup> Ayrıca Mahkeme konumuz açısından önemli olan bir noktaya daha vurgu yapmaktadır. O da “hâkimin yarattığı hukuk”un niteliğine dairdir. Çünkü avukatın başörtüsüyle duruşmaya katılamayacağına karar veren Ankara 11. Aile Mahkemesi bu kararını daha önce Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararlara dayandırmaktadır. Söz konusu kararlar, hatırlanacağı üzere, yargısal aktivizmin ve katı laiklik anlayışının örneklerini teşkil etmektedir. Mahkeme bu bağlamda, hak temelli anayasa yargısı anlayışına uygun olarak, verilen bu kararların “kanun” niteliği taşımadığını şu şekilde ifade etmektedir: “Türk hukukunun bazı alanlarında, hakimin yarattığı hukuk, hukukun bir kaynağı olarak kabul edilmekle birlikte insan hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması gibi tamamen biçimsel kanunilik ilkesi temelinde örgütlenen bir alanda hiçbir zaman ‘kanun’ niteliğinde kural özelliği kazanamaz.”<sup>284</sup>

Bu kararın bir başka özelliği de Anayasanın 10. maddesine ilişkin incelemeye yöneliktir. AYM’nin başörtüsüyle ilgili verdiği önceki kararlarda Mahkeme başörtüsü kullanımının Anayasa’da geçen eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu belirtmekteydi. Başörtülü öğrencilerin diğer öğrenciler üzerinde bir baskı oluşturacağı düşüncesinden hareketle, başörtüsü yasağını kaldırmaya yönelik düzenlemelerin belirli bir gruba ayrıcalık tanıdığını ifade ediyordu. Eğitim-öğretim alma hakkı temelinde başörtüsü yasağının bu hakkı ihlal ettiği düşünülduğünde böyle bir düşüncenin mantığını anlamak gerçekten zordur. Tuğba Arslan kararında ise AYM bu mantığı sorgulamakta ve başörtüsü ile duruşmaya katılan bir kişinin diğerleri üzerinde herhangi bir engel oluşturabileceğine dair somut bir sebep olmadığını ifade etmektedir.<sup>285</sup> Nitekim Mahkeme, “başörtülü bir avukat, duruşmalara girmesinin engellenmesi suretiyle başörtüsü takmayanlara göre dezavantajlı duruma düşürülmüştür” beyanıyla başvurucunun Anayasa’nın 10. maddesinden kaynaklanan hakkının da ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>286</sup>

---

<sup>283</sup> Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru no: 2014/256, Karar tarihi: 25.6.2014, § 90-91.

<sup>284</sup> Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru no: 2014/256, Karar tarihi: 25.6.2014, § 96.

<sup>285</sup> Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru no: 2014/256, Karar tarihi: 25.6.2014, § 118-19.

<sup>286</sup> Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru no: 2014/256, Karar tarihi: 25.6.2014, § 153.

Mahkemenin 2012 yılında verdiği kararda laiklik ilkesi bağlamındaki yaklaşımını bu karar nezdinde devam ettirmesi oldukça önemlidir. 2012 yılında verilen karara benzer şekilde Mahkeme, bu kararda da dini inançların toplumsal ve kamusal alanda da etkilerinin olabileceğini kabul etmekte, dini inancı açığa vurma hakkını vurgulamaktadır.<sup>287</sup> Dini inancı açığa vurma hakkıyla ilgili Mahkemenin şu ifadeleri ise önceki kararlarından farklı bir tutum aldığını net bir şekilde göstermektedir: “Bir dinin herhangi bir duşa vurum davranışının tek anlamının laik devlete dini bir meydan okuma olarak yorumlamak ise, bu dinin mensuplarının kendi eylemlerini tanımlama kapasitesini yok saymak anlamına gelir.”<sup>288</sup> Yine iki kararda da ortak olan özellik, laiklik ilkesinin çoğulcu ve özgürlükçü bir formda yorumlanmış olması ve buna göre karar verilmesidir. Mahkemenin bireysel başvuruyu incelemesinde, kararının meşruiyetini sağlayacak dayanakların iyi bir şekilde ele alındığı görülmektedir.

AYM'nin önceki kararlarında benimsediği katı laiklik anlayışı, dinin ve onun ritüellerinin tamamen bireyin özel alanına hapsedilmesini öngörmekteydi. Oysa bir bireyin evinde veya sokakta inancının gerektirdiğini düşündüğü şekilde davranması makul görülürken, çalışma hayatında yine aynı inancının gerektirdiklerini yerine getirememesi kişi hak ve hürriyetleri açısından oldukça tutarsız bir yaklaşımdır. Bu sebeple devlet, eğer başkalarının inançlarına zarar vermiyorsa, bireyin toplumsal ve hatta kamusal alandaki dini ritüellerini gerçekleştirmesine imkân sağlayan zemini hazırlamalıdır. Bu da dini hayatın yaşayışına ilişkin engelleri ortadan kaldırmakla mümkündür. Mahkemenin savunduğu ilkeler açısından tutarlı olan tüm inanç ve inanç gruplarına karşı aynı yaklaşımı sergilemektir.

#### **4.2.2.2. Esra Nur Özbey Kararı**

AYM'nin özgürlükçü laiklik anlayışını sürdürdüğü bir diğer karar da Esra Nur Özbey'in yaptığı başvurudur. Başvuruya söz konusu olayda başvuru Bakırköy Adalet Sarayı'nın halk giriş kapısının girişinde bulunan güvenlik cihazlarından geçerken, görevliler tarafından pardösüsünün çıkarılması istenmiş, başvuru pardösüyü dini inancı gereği giydiğini belirterek bu talebi reddetmiş ve bayan bir görevlinin kendisini

---

<sup>287</sup> Yüksel, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, s. 214.

<sup>288</sup> Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru no: 2014/256, Karar tarihi: 25.6.2014, § 143.

elle veya detektörle arayabileceğini ifade etmiştir. Başvurucunun iddiasına göre bu sebeple bir tartışma yaşanmış ve kendisine hakaret edilmiştir. Yaptığı suç duyurusu da kovuşturmayaya yer olmadığı kararıyla neticelenmiştir.

Başvurucu bunun üzerine Anayasa'nın 17. maddesiyle koruma altına alınan şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkı ile adil yargılanma hakkını düzenleyen 36. madde ve hak ihlali sebebiyle yetkili makamlara başvurma hakkını düzenleyen 40. maddenin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvurucunun diğer bir iddiası da dini inancı sebebiyle giydiğini belirttiği pardösüsünün çıkartılmak istenmesi sebebiyle de Anayasa'nın 24. maddesiyle korunan din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğine yöneliktir.<sup>289</sup>

Mahkeme incelemesinde Anayasa'nın 36 ve 40. maddelerine yönelik incelemesini bir bütün olarak şeref ve itibarın korunması sebebiyle olduğu gerekçesiyle 17. madde yönünden ve din ve vicdan hürriyetinin ihlali iddiası sebebiyle 24. maddesi yönünden incelemiştir.<sup>290</sup> Mahkemenin 17. madde yönünden incelemesinde, başvurucunun kendisine hakaret edildiği iddiası, suç duyurusunda bulunduğu fakat Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kovuşturmayaya yer olmadığı yönünde karar verildiği belirtilmiştir. Yanı sıra başvurucunun daha etkili bir yol olan hukuk davası açma yoluna gitmediği de tespit edilmiştir. Bu sebeple Mahkeme şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkının ihlal edildiğine yönelik iddiayı "başvuru yollarının tüketilmemesi" sebebiyle kabul edilemez bulmuştur.<sup>291</sup>

Kararın bu çalışmayı ilgilendiren kısmı, Mahkemenin başvuruyu din ve vicdan özgürlüğünün ihlali yönünden incelemesidir. Öncelikle söylemek gerekir ki Mahkeme'nin 24. maddeye yönelik incelemesinde Tuğba Arslan kararına birçok atıf bulunmaktadır. Bu durum Mahkemenin laiklik hakkındaki özgürlükçü yaklaşımını sağlamlaştırmak ve ona istikrar kazandırmak istediğini göstermektedir.

---

<sup>289</sup> Anayasa Mahkemesi, Esra Nur Özbey Kararı, Başvuru no: 2013/7443, Karar tarihi: 20.5.2015, § 21.

<sup>290</sup> Anayasa Mahkemesi, Esra Nur Özbey Kararı, Başvuru no: 2013/7443, Karar tarihi: 20.5.2015, § 23-24.

<sup>291</sup> Anayasa Mahkemesi, Esra Nur Özbey Kararı, Başvuru no: 2013/7443, Karar tarihi: 20.5.2015, § 31-33.

Mahkeme, Tuğba Arslan kararında olduğu gibi, incelemeye öncelikle devlet-din arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiğini belirterek başlamaktadır. Bu bağlamda Mahkeme çoğulculuk ilkesini temel alarak devletin dini inanış ve inanç gruplarını tanımmasının fakat onlardan herhangi birini resmi olarak benimsememesi veya ayrıcalık tanımaması gerektiğini belirtmektedir.<sup>292</sup> Mahkeme kendisinin özgürlükçü bir laiklik anlayışından yana olduğunu da somut kararda açıkça belli etmektedir. Daha önceki kararlarında Mahkeme laikliği din-devlet ayırımından ziyade din-dünya ayrımı şeklinde görmüştür. Bu somut olayda ise Mahkemeye göre, “[l]aiklik, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsetmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır.”<sup>293</sup>

Mahkeme’ye göre laiklik söz konusu olduğunda devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Buna göre:

Negatif yükümlülük, bireylerin din ve vicdan hürriyetine zorunlu nedenler olmadıkça müdahale etmemesini gerektirmektedir. Pozitif yükümlülük ise devletin, din ve vicdan hürriyetinin önündeki engelleri kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkanları sağlaması ödevini beraberinde getirmektedir.<sup>294</sup>

Laikliğin özgürlükçü bir yorumunun tekrar edildiği kararda, din ve inanç özgürlüğünün aynı zamanda “din veya inancını açığa vurma özgürlüğünü” de kapsadığı ifade edilmektedir.<sup>295</sup> Din veya inancı açığa vurmada kasıt aslında onun uygulamasının nasıl olduğuyla ilgilidir. Mahkeme bu noktada açığa vurmanın daha somut bir şekilde belirlenmesi için Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 18. maddesi hakkındaki 22 No.lu Genel Yorumu’na atıf yapmaktadır. Buna göre:

İbadet kavramı inancı doğrudan ifade eden ayinsel ve törensel davranışlar ile, ibadet yeri inşa etme, ayinsel obje kullanımı, semboller taşınması ve tatil ve dinlenme günlerine uyulması gibi bu tip davranışların ayrılmaz parçası niteliğindeki çeşitli uygulamaları kapsar. Din veya inancın uygulanması ve ayinler sadece törensel

<sup>292</sup> Anayasa Mahkemesi, Esra Nur Özbey Kararı, Başvuru no: 2013/7443, Karar tarihi: 20.5.2015, § 46.

<sup>293</sup> Anayasa Mahkemesi, Esra Nur Özbey Kararı, Başvuru no: 2013/7443, Karar tarihi: 20.5.2015, § 84.

<sup>294</sup> Anayasa Mahkemesi, Esra Nur Özbey Kararı, Başvuru no: 2013/7443, Karar tarihi: 20.5.2015, § 86.

<sup>295</sup> Anayasa Mahkemesi, Esra Nur Özbey Kararı, Başvuru no: 2013/7443, Karar tarihi: 20.5.2015, § 47.



davranışları değil, ayrıca beslenmeye ilişkin düzenlemelere uyulması, ayırt edici kıyafet giymesi veya başörtüsü takılması, hayatın belli aşamaları için belirlenmiş törenlere katılma ve bir grup tarafından geleneksel olarak konuşulan belli bir dilin kullanılması gibi gelenekleri de kapsar. Buna ek olarak, bir din veya inancın uygulanması ve öğretilmesi, bir dini grubun iç işlerinin idaresinin parçası olan, diğerlerinin yanında, kendi dini liderlerini, rahiplerini veya öğretmenlerini seçme özgürlüğü, dini okullar veya kurumlar oluşturma özgürlüğü ve dini metinler ve yayınlar hazırlama ve dağıtma özgürlüğü gibi davranışları içerir.<sup>296</sup>

Mahkeme söz konusu olayda, Tuğba Arslan başvurusuna benzer bir şekilde, öncelikle kişinin dini inancı gereği olarak bu şekilde giyindiğinin, o dini inancın bir uygulaması olup olmadığının somut olaya göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bunu belirlemek için ise kişinin beyanının esas alınması gerektiğini belirtmektedir.<sup>297</sup> Daha önce Mahkemenin dini inanç gereği giyinme noktasında verdiği iptal ve bireysel başvuru kararlarında özne başörtüsü idi. Başörtüsünün dini inanç gereği giyildiğinin tespiti pardösüye nispeten daha kolay görünmektedir. Fakat Mahkeme din ve vicdan hürriyetini geniş bir şekilde yorumlayarak, somut olayda başvurucunun dini inancı gereği pardösü giydiğini kabul etmekte ve bu sebeple başvurucunun din ve vicdan özgürlüğüne bir müdahalenin varlığını tespit etmektedir.<sup>298</sup> Anayasa mahkemelerinden beklenmesi gereken özgürlük alanlarını genişletmesi ve gerektiğinde özgürlükler lehinde aktivist kararlar da alabilmesidir. Bu kararda da din ve vicdan özgürlüğünün geniş bir şekilde uygulandığını, anayasa yargısının temel işlevine uygun bir şekilde birey hak ve özgürlüklerinin kamu gücünün müdahalesine karşı korunduğu görülmektedir.

Mahkeme “demokratik toplumda gerekli olma ve ölçülülük”e dair incelemesinde Anayasa’nın 13. maddesi gereği hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalarının “ölçülülük ilkesi”ne uygun olması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>299</sup> Somut olaya ilişkin ilgili hukukta 1.6.2005 tarihli “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği”nin “Karar veya yazılı emir üzerine üst veya eşya aranmasının icrası” kenar başlıklı 28. maddesinde, “Arama, aynı cinsiyetten görevliler tarafından yapılır; arama işlemi kimsenin

---

<sup>296</sup> Anayasa Mahkemesi, Esra Nur Özbey Kararı, Başvuru no: 2013/7443, Karar tarihi: 20.5.2015, § 55.

<sup>297</sup> Anayasa Mahkemesi, Esra Nur Özbey Kararı, Başvuru no: 2013/7443, Karar tarihi: 20.5.2015, § 58-59.

<sup>298</sup> Anayasa Mahkemesi, Esra Nur Özbey Kararı, Başvuru no: 2013/7443, Karar tarihi: 20.5.2015, § 63.

<sup>299</sup> Anayasa Mahkemesi, Esra Nur Özbey Kararı, Başvuru no: 2013/7443, Karar tarihi: 20.5.2015, § 77.

görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir” ibaresi yer almaktadır.<sup>300</sup> Somut olayda ise başvurucu pardösüyü çıkarması yerine bir bayan güvenlik görevlisi tarafından kendisini elle aranabileceğini ifade etmiştir. Fakat buna rağmen, yönetmelikte geçen ibareye uygun bir şekilde, bayan güvenlik görevlisi tarafından arama yapılmamıştır. Aynı şekilde yönetmelikteki “kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler” alınmamıştır. Bu sebeple Mahkeme söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği noktasında yeterli bir gerekçe olmadığını belirtmiş ve başvurucunun din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>301</sup>

#### **4.2.2.3. D.Ö. Kararı**

Mahkemenin 30.6.2016 tarihinde vermiş olduğu D.Ö. kararı, laikiğe yönelik yaklaşım farklılığının devam ettirilmesi bakımından önemlidir. Başvurucu, sabah saatlerinde cami ve mescitlerden gelen yüksek ses sebebiyle rahatsız olduğunu, kendisinin mensubu olmadığı Sünni mezhebinin bir ritüeline zorlandığını ifade etmiştir. Bu sebeple idareye başvurmuş fakat başvurusu reddedilmiştir. Bunun üzerine açmış olduğu iptal ve tam yargı davalarının reddedilmesiyle de AYM’ye bireysel başvuruda bulunmuş ve “özel hayatın korunmasını isteme hakkı, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, din ve vicdan özgürlüğü ile laiklik ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini” iddia etmiş ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.<sup>302</sup>

Söz konusu kararda Mahkemenin din ve vicdan hürriyeti ve laiklik yönünden incelemeleri konumuz açısından önemlidir. Mahkeme bireysel başvuru kararlarında benimsediği tutumu devam ettirerek laikliği çoğulcu bir ekseninde yorumlamıştır. Mahkemeye göre çoğulcu bir yaşam biçiminde dini inanç ve o inancın gerektirdiği ritüellere saygı gösterilmelidir. Aksi takdirde farklılıkların bir arada yaşama imkânı zedelenmiş olur.<sup>303</sup>

---

<sup>300</sup> Anayasa Mahkemesi, Esra Nur Özbey Kararı, Başvuru no: 2013/7443, Karar tarihi: 20.5.2015, § 19.

<sup>301</sup> Anayasa Mahkemesi, Esra Nur Özbey Kararı, Başvuru no: 2013/7443, Karar tarihi: 20.5.2015, § 94-99.

<sup>302</sup> Anayasa Mahkemesi, D.Ö. Kararı, Başvuru no: 2014/3977, Karar tarihi: 30.6.2016, § 21.

<sup>303</sup> Anayasa Mahkemesi, D.Ö. Kararı, Başvuru no: 2014/3977, Karar tarihi: 30.6.2016, § 45.

Somut olayda Mahkeme öncelikle ezanın, Türkiye nüfusunun çoğunluğunun tabii olduğu İslam dininde, inananları namaza çağırma amacını taşıyan bir “dini ritüel” olduğu belirtmekte ve toplumsal önemine vurgu yapmaktadır. Bu vurguyu yaptıktan sonra çoğulcu bir toplumda, çoğunluğun inandığı bir dinin gerektirdiği ritüellere karşı hoşgörülü olma gerekliliğinin altını çizmektedir. Fakat bu gerekliliğin, diğer bireylerin “maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını” ihlal edecek düzeyde olmaması gerektiği de vurgulanmaktadır. Bu bağlamda Mahkemeye göre “sabah saatlerinde okunan ezanla ilgili olarak namaz vakitlerinin duyurulması suretiyle kişilerin ibadet ihtiyaçlarının karşılanması ihtiyacı ile diğer kişilerin sessiz bir ortamda yaşama isteği arasında” bir denge kurmak gereklidir. Mahkemeye göre bu denge çoğulculuk ve hoşgörü temelinde kurulmalıdır. Bununla birlikte AYM, başvurunun iddialarının iptal ve tam yargı davaları neticesinde iki aşamalı bir yargılama sürecinden geçtiğini, bu süreçte başvurunun kendi iddia ve delillerini sunma ve idarenin buna yönelik iddia ve savunmalarına yanıt verme imkanını elde ettiğini belirtmiş ve bir ihlalin söz konusu olmadığına karar vermiştir.<sup>304</sup>

Mahkemenin daha önceki içtihatlarında katı laiklik anlayışını gerekçelendirmek amacıyla Türkiye’nin sahip olduğu koşulların farklılığına atıf yapmaktaydı. Mahkeme bu farklılığı Batı ülkelerinden daha katı bir laiklik anlayışının benimsenmesinin gerekliliği noktasında ele almaktaydı. Bu kararın ayırt edici yönü ise yine Mahkemenin ülke koşulları üzerinden hareket etmesi fakat bu farklılığı çoğulculuk üzerinden yorumlayarak karar vermesidir.

Bu bölümde yer verdiğimiz karar analizlerine dair çıkan sonuçlara detaylı bir şekilde sonuç bölümünde yer verilecektir. Fakat çalışmanın bu kısmını bitirirken bazı değerlendirmeler yapmak yerinde olacaktır. Şu ana kadar ele alınan AYM kararlar göz önüne alındığında, 2012 yılında verilen karara kadar Mahkemenin katı laiklik anlayışı çerçevesinde karar verdiği, sonrasında ise bu yaklaşımını değiştirmeye başladığı görülmektedir. Mahkemenin kompozisyonunun değişmeye başlaması bu içtihat farklılığının en temel sebebi olarak görülebilir. Bunun yanında, Yazıcı’nın da belirttiği

---

<sup>304</sup> Anayasa Mahkemesi, D.Ö. Kararı, Başvuru no: 2014/3977, Karar tarihi: 30.6.2016, § 45-55.

gibi, AYM'nin kararlarına karşı verilen akademik tepkiler ve bu kararların toplumsal gerçekliğe karşı alınmış olması da Mahkeme kararlarına etki etmiş olabilir. Yine de özgürlükçü laiklik yaklaşımıyla verilen kararların yeterli sayıda olmaması, bu değişimin kalıcı olup olmadığına yönelik bir tespit yapmayı zorlaştırmaktadır.<sup>305</sup>

Karar incelemelerinde hem Mahkemenin laikliğin hangi yaklaşımını tercih ettiği ve sebepleri hem de yargısal aktivizmle olan ilişkisi verilmeye çalışılmıştır. Belirtmek gerekir ki, yargısal aktivizm ile katı laiklik arasında doğrudan bir ilişki bulunmamaktadır. Fakat katı laiklik anlayışı AYM'yi ister istemez yargısal aktivizme sürüklemektedir. Örneğin Anayasa'ya göre anayasa değişikliklerini yalnızca şekil yönünden denetleyebilen AYM, söz konusu "başörtüsü" olunca, katı laiklik anlayışı çerçevesinde, şekil görünümü altında esas denetimi yapmış ve anayasal sınırların aşılması bağlamında yargısal aktivizme sebebiyet vermiştir. Buna rağmen, bunun tam tersi örnekler de mevcuttur. Mahkeme 2012 yılında verdiği kararda, önceki içtihatları takip etmeme noktasında aktivist bir tavır almış fakat özgürlükçü laiklik anlayışı lehine karar vermiştir.

---

<sup>305</sup> Yazıcı, "Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü", s. 1321.

## BEŞİNCİ BÖLÜM

### SONUÇ

Bu çalışmada Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizmi üzerine inceleme yapılmıştır. Bu incelemede Mahkemenin laiklik ilkesi çerçevesinde vermiş olduğu kararlar temel alınmıştır. Bu incelemeyi yapmak için ilk bölümde yargısal aktivizmin kavramsal çerçevesine yer verilmiş, bunun yanında yargının kendini sınırlaması kavramı da açıklanmıştır. İlk bölümden çıkan sonuç yargısal aktivizm kavramının bir tanımı yapılabilse bile, bir mahkeme kararının aktivist olup olmadığının tespitinin rölatif nitelikte olduğudur. Bu bağlamda yargısal aktivizm, mahkemelerin, anayasal metnin anlamını zorlayarak, yetkilerini genişletmek suretiyle yargısal denetimin sınırlarını aşması durumuna işaret eder. Fakat anayasada yer alan kavramların farklı şekillerde yorumlanmaya elverişli doğası sebebiyle, bir mahkeme kararının aktivist olup olmadığı dava konusuna ve o kararı inceleyen kişinin politik ve hukuki perspektifine göre değişiklik gösterecektir. Farklı şekillerde yorumlanabilmesi sebebiyle yargısal aktivizmin önünü açan kavramlardan birisi de laikliktir. Ayrıca laiklik AYM'nin yargısal aktivizminin en belirgin olarak görüldüğü noktalardan biridir. Bu düşüncelerden hareketle, ikinci bölümde laikliğe ilişkin tanımlar ve tasniflerinin yanı sıra AYM'nin yargısal aktivizmi ve laiklik anlayışının genel hatları çizilmiş, AYM'nin yargısal aktivizminin ve laiklik anlayışının, onun sistem içerisindeki yeriyle uyumlu olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Karar incelemelerinden laikliğe ilişkin olarak çıkarılabilecek en temel sonuç; AYM'nin laiklik ilkesine ilişkin 2012 yılına kadar verdiği kararlarda, süreklilik arz eden bir şekilde, laikliğin katı formunu benimsediği, 2012 tarihli kamuoyunda "4+4+4 düzenlemesi" olarak bilinen yasama işlemine ilişkin verdiği kararlarla birlikte ise laikliği özgürlükçü bir formda ele aldığıdır. Fakat belirtmek gerekir ki, söz konusu değişikliğin niteliğini tespit etmek için yeterli sayıda karar bulunmamaktadır. Bu sebeple laikliğe ilişkin olarak içtihat değişikliğinin yapısal bir niteliğe sahip olduğunu söylemek şu an için mümkün değildir. Buna rağmen, Mahkemenin üye sayısının artırılmasının ve buna bağlı olarak kompozisyonun değişmesinin Mahkeme kararlarına etkisi

bulunmaktadır. Ayrıca laikliğe yönelik olarak toplumsal ve siyasal algının değişmesinin de içtihat farklılığında etkisi olduğu söylenebilir.

Mahkeme, 2012 yılında verdiği kararlarla birlikte önceki içtihadından farklı bir görüntü sergilemiştir. Örneğin Mahkeme daha önce yükseköğretimde başörtüsünü incelediği kararlarda, başörtüsünün ayrımcılığa sebep olacağından hareketle, eşitlik ilkesine aykırı olduğunu savunurken, 2014 tarihli Tuğba Arslan kararında bu görüşünü terketmiş; başörtüsüne yönelik bir engelin ayrımcılığa yol açacağını belirtmiştir. Yine Mahkeme katı laiklik bağlamında verdiği kararlarda başörtüsünün dini inanç açısından gerekli olup olmadığı noktasında hükümlerde bulunmakta idi. Bu durum dava konusunun gerektirdiklerinin dışına çıkma yönünden de yargısal aktivizmin bir örneğini oluşturmaktaydı. Fakat bu çalışmada analiz edilen bireysel başvuru kararlarında Mahkeme, bir dini inancın gerekleri hakkında kendisinin yetkili olmadığı yönünde hareket etmiştir.

AYM kararlarını karşılaştırmalı incelerken bakılması gereken bir diğer husus, Anayasa'da din ve vicdan hürriyetini düzenleyen 24. maddenin ne şekilde ele alındığıdır. Mahkeme, yükseköğretimde başörtüsüne ilişkin değerlendirmelerinde, kılık kıyafetle ilgili bir düzenlemenin bu madde kapsamında olmadığını iddia etmiştir. Fakat dini inanca dayalı kılık kıyafete ilişkin Tuğba Arslan ve Esra Nur Özbey kararlarında bu görüşünü değiştiren Mahkeme, başörtüsü ve pardösü gibi kıyafelerin bir dini inancın açığa vurulması noktasında 24. madde kapsamındaki din ve vicdan hürriyetinin koruması altında olduğunu belirtmiştir. Öncesinde kamu düzeni, rejimin bekası gibi kavramlarla değerlendirilen başörtüsü yasağı, sonrasında din ve vicdan hürriyeti temelinde ele alınmıştır. Mahkemenin 24. maddeye ilişkin bu iki farklı yorumundan çıkan sonuç, anayasa metnine verilen anlamın zaman içerisinde farklılaştığı, ayrıca yargısal aktivizmin tespitinin de anayasa metninde geçen kavramlara ilişkin yaklaşım farklılıklarına göre değişiklik gösterdiğiidir.

Karar incelemelerinde gözlemlenen ortak bir nokta, Mahkeme kararlarında Batı ülkeleri uygulamalarına, AİHM kararlarına ve çeşitli uluslararası hukuk metinlerine atıflar yapılmasıdır. Katı laiklik çerçevesinde verilen kararlarda, laiklik politikalarının

Türkiye'ye özgü koşullarına dikkat çekilmiş, Batı ülkelerine kıyasla laikliğin daha katı bir şekilde uygulanması durumu tarihsel, toplumsal ve dini inanç farklılıkları üzerinden gerekçelendirilmiştir. Laikliğin özgürlükçü formunun benimsendiği 2012 tarihli kararında ise dini eğitimin devlet tarafından verilmesinin laikliğe aykırı olmadığı, yine Batı ülkelerindeki uygulamalar üzerinden örneklendirmiştir. AİHM kararları ve uluslararası hukuk metnine yapılan atıflarda ise Mahkeme, son yıllara kadar söz konusu karar ve metinlerin yasaklayıcı unsurlarını öne çıkarırken, son yıllarda vermiş olduğu kararlarda özgürlüklerin genişletilmesi yönündeki unsurlara atıf yapmıştır.

Karar incelemelerinden çıkan sonuçlardan bir diğeri; Mahkemenin katı laiklik bağlamında verdiği kararlarda yargısal aktivizme yöneldiğine ilişkindir. Söz konusu yükseköğretimde başörtüsü yasağı olunca Mahkeme 2008 tarihli kararında, anayasada kendisine çizilen sınırları aşarak şekil denetimi görünümü altında esas denetimi yapmıştır. Buna rağmen, katı laiklik ile yargısal aktivizm arasında doğrudan bir ilişki bulunmadığını belirtmek gerekir. Çünkü nihayetinde mahkemeler katı laikliğin özgürlükler aleyhine uygulamalara yol açtığı durumlarda, laikliğin özgürlükçü formunu benimseyerek de aktivist kararlar alabilirler. Nitekim Mahkemenin 2012 yılında verdiği karar, daha önceki Mahkeme içtihadından ayrılma yönünden aktivist, laikliğe ilişkin yaklaşımı bakımından özgürlükçü bir çizgidedir. Fakat Mahkeme yine aynı kararda, daha önce verilen Mahkeme kararlarının "kanun" niteliğinde olmadığını belirterek, yorum tekelinin sadece kendisine ait olmadığını vurgulamaya çalışmıştır. Bu yorum da yasama organının iradesine saygı noktasında kendini sınırlama örneği taşımaktadır. Oysa önceki Mahkeme içtihadında, siyasi parti yöneticilerinin başörtüsü yasağını eleştiren beyanları, daha önce verilen kararlara aykırılık üzerinden değerlendirilmekteydi. Nihayetinde Mahkeme kararları bir yönüyle aktivist bir yönüyle de kendini sınırlayan bir nitelik taşıyabilir.

Çalışmada AYM'nin laiklikle ilgili kararları baz alınarak, yargısal aktivizmin olup olmadığı, yargısal aktivizm ile laikliğin farklı yorumları arasındaki ilişkinin mahiyeti üzerinden tespit edilmiştir. Bu, çalışmanın ayırt edici yönünü oluşturmaktadır. Ayrıca Mahkemenin laikliğe ilişkin içtihadındaki değişim, bireysel başvuruları da içerecek

şekilde, karar analizi yoluyla ortaya konmuştur. Yine de Mahkemenin laikliğin özgürlükçü yaklaşımını benimsediğini söylemek için daha fazla karara ihtiyaç bulunmaktadır. Bu sebeple, laiklik ilkesine yönelik kararların artmasıyla birlikte, ileride yapılacak çalışmaların bu değişimin niteliğini tespit etmeye yönelik olması gerekir. Ayrıca Mahkemenin son yıllarda yargısal aktivizminden uzaklaşıp uzaklaşmadığının tespiti bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Çünkü böyle bir tespit için sadece laiklik ilkesine yönelik verilen kararlardan hareketle bir değerlendirme yapılması yeterli olmayacaktır.





## REFERANSLAR

### Kitap ve Makaleler

- Arslan, Zühtü. "Anayasa Mahkemesi'nin 'Yorum Tekeli', Yargısal Üstünlük ve Demokrasi". *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan* içinde, editör Serap Yazıcı, Kemal Gözler, Emin Fuat Keyman, ve Ece Göztepe, 59–89. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- . "Başörtüsü, Ak Parti ve Laiklik: Anayasa Mahkemesinden İki Karar Bir Gereğe". *Seta Analiz*, 2009.
- . "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court". *Critique: Critical Middle Eastern Studies* 11, sayı 1 (2002): 9–25.
- . "Jüristokratik Demokrasi ve Laiklik: Türk Laikliğinin Siyasal İşlevi Üzerine". *Liberal Düşünce* 10, sayı 38–39 (2005): 45–54.
- Barnett, R.E. "Constitutional Cliches". *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works* 36, sayı 3 (2008): 493–510.
- Bauberot, Jean. *Laiklik Tutku İle Akıl Arasında (1905-2005)*. Çeviren Alev Er. 1. baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları, 2009.
- Casanova, José. "Seküler, Sekülerleştirmeler, Sekülerizmler". *Laikliği Yeniden Düşünmek* içinde, editör Craig Calhoun, Jonathan VanAntwerpen, ve Mark Juergensmeyer, 85–113. Ankara: Nika Yayınevi, 2007.
- Çağlar, Bakır. "Türkiye'de Laikliğin 'Büyük Problem'i Laiklik ve Farklı Anlamları Üzerine". *Cogito*, sayı 1 (1994): 111–17.
- Dinçkol, Bihterin. *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*. Kazancı Hukuk Yayınları, no. 103. İstanbul: Kazancı, 1992.
- Erdoğan, Mustafa. *Anayasa ve Özgürlük*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.
- . *Anayasal Demokrasi*. 12. baskı. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2015.
- . "Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği". *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 10, sayı 20 (2011): 27–45.
- . *Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi*. İstanbul: Kesit Yayınları, 2013.
- Ergül, Ozan. "Berraklaştırılmayan Bir Kavram: 'Yargısal Aktivizm'". *TBB Dergisi*, sayı 104 (2013): 37–54.

- Esposito, John, ve İbrahim Kalın. "Giriş". *İslamofobi: 21. Yüzyılda Çoğulculuk Sorunu* içinde, editör John Esposito ve İbrahim Kalın, çeviren İsmail Eriş, 1. baskı. İstanbul: İnsan Yayınları, 2015.
- Göksu, Hasan Tuna. "Siyaset ve Hukuk Arasında Anayasa Yargısı: Kendini Sınırlama İlkesi (Judicial Self-Restraint)". *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan* içinde, editör Engin Yıldırım, Erdal Tercan, Hikmet Tülen, ve Ali Rıza Çoban, 119–44. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2012.
- Gören, Zafer. "Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi". *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 7, sayı 14 (2008): 1–24.
- Gözaydın, İhtar. *Diyanet: Türkiye Cumhuriyeti'nde Dinin Tanzimi*. 1. baskı. İletişim yayınları 147. İstanbul: İletişim Yayınları, 2009.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*. 1. baskı. C. 2. 2 c. Bursa: Ekin Yayınevi, 2011.
- . "Türkiye'de Başörtüsü ve Lâiklik Meselesi". *İdare Hukuku* içinde, 2., 329–42. Bursa: Ekin Yayınevi, 2009. [www.idare.gen.tr/turban.htm](http://www.idare.gen.tr/turban.htm).
- Göztepe, Ece. "Anayasa Yargısının Meşruluğu". *Demokratik Anayasa* içinde, editör Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, 387–417. İstanbul: Metis Yayınları, 2012.
- . "Muhakeme Etmek Ya Da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi'nin '367 Kararı' İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi". *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan* içinde, editör Serap Yazıcı, Kemal Gözler, Emin Fuat Keyman, ve Ece Göztepe, 339–63. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Green, Craig. "An Intellectual History of Judicial Activism". *EMORY LAW JOURNAL* 58, sayı 5 (2009): 1195–1264.
- Gülener, Serdar. *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012.
- Hakyemez, Yusuf Şevki. *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı: Türk Anayasa Mahkemesinin İşlevi, İnsan Hakları Anlayışı ve Oluşumu Üzerine Bir İnceleme*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Hirschl, Ran. "Comparative Constitutional Law & Religion". *Comparative Constitutional Law* içinde, editör Tom Ginsburg ve Rosalind Dixon, 422–40. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2011. <https://papers.ssrn.com/abstract=1718496>.
- . "Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales". *University of Toronto Faculty Law Public Law and Legal Theory*

Research Paper No. 04-08, sayı 1–42. Erişim 27 Temmuz 2017.  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=557601](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=557601).

Jocelyne, Cesari. “Batı’da İslamofobi: Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri Arasında Bir Mukayese”. *İslamofobi: 21. Yüzyılda Çoğulculuk Sorunu* içinde, editör John Esposito ve İbrahim Kalın, çeviren İsmail Eriş, 1. baskı. İstanbul: İnsan Yayınları, 2015.

Kara, İsmail. *Cumhuriyet Türkiye’sinde Bir Mesele Olarak İslam 2*. İstanbul: Dergah Yayınları, 2017.

Kıratlı, Metin. “Anayasa Mahkemeleri ve Siyasal Polemikler”. *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale* içinde. Ankara, 2017.

Kmiec, Keenan. “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”. *California Law Review* 92, sayı 5 (2004): 1441.

Koçak, Mustafa. *Siyasal Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları*. 1. baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.

Koopmans, Tim. *Courts and Political Institutions: A Comparative View*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Korucu, Serdar. *Yargısal Aktivizm: Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

Kuru, Ahmet T. *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye*. Çeviren Eylem Çağdaş Babaoğlu. 1. baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları, 2011.

Kuru, Ahmet T., ve Alfred Stepan. “Bir ‘İdeal Tip’ ve Skala Olarak Laiklik: Türkiye, Fransa ve Senegal Karşılaştırması”. *Türkiye’de Demokrasi, İslam ve Laiklik* içinde, editör Ahmet T. Kuru ve Alfred Stepan, çeviren Hande Tatoğlu, 91–114. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları, 2013.

Oder, Bertil Emrah. *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*. 1. baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010.

Özbudun, Ergun. “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”. *Demokrasi ve Yargı* içinde, editör Ozan Ergül, 336–51. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005.

———. *Anayasalcılık ve Demokrasi*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları, 2015.

———. “Laiklik ve Din Hürriyeti”. *Demokratik Anayasa* içinde, editör Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, 169–227. İstanbul: Metis Yayınları, 2012.

- . *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- . “Türk Anayasa Mahkemesi ve Siyasal Kriz”. *Türkiye’de Demokrasi, İslam ve Laiklik* içinde, editör Ahmet T Kuru ve Alfred Stepan, 161–76. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları, 2013.
- . “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2008, 2–10.
- Selçuk, Sami. *Laiklik*. İstanbul: Uygur Yayınları, 1994.
- Stepan, Alfred. “Demokratik ve Demokratik Olmayan Modern Rejimlerde Çoklu Sekülerizmler”. *Laikliği Yeniden Düşünmek* içinde, editör Craig Calhoun, Jonathan VanAntwerpen, ve Mark Juergensmeyer, 171–213. Ankara: Nika Yayınevi, 2007.
- Şirin, Tolga, Erkan Duymaz, ve Deniz Yıldız. *Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016.
- Tanör, Bülent, ve Necmi Yüzbaşıoğlu. *1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013.
- Turhan, Mehmet. “Anayasa Mahkemesi’nin Fazilet Partisi Kararı”. *Liberal Düşünce*, 2002.
- Uslu, Ferhat. *Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Vergin, Nur. *Din, Toplum ve Siyasal Sistem*. İstanbul: Bağlam Yayınları, 2000.
- Yazıcı, Serap. “1982 Anayasası ve Parti Yasakları”. *Demokratik Anayasa* içinde, editör Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, 228–69. İstanbul: Metis Yayınları, 2012.
- . “Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü”. *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale* içinde, 1306–31. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/yayinlar/pdf/55yil55makale.pdf>.
- Yung, C.R. “Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts”. *NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW* 105, sayı 1 (2011): 1–60.
- Yüksel, Saadet. *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*. İstanbul: Alfa Yayıncılık, 2015.

## **Anayasa Mahkemesi Kararları**

Anayasa Mahkemesi. 20.5.1971 tarih ve E. 1971/1, K.1971/1 sayılı Karar (parti kapatılması), *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 9.

Anayasa Mahkemesi. 21.10.1971 tarih ve E. 1970/53, K.1971/76 sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 10.

Anayasa Mahkemesi. 25.10.1983 tarih ve E. 1983/2, K.1983/2 sayılı Karar (parti kapatma), *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 20.

Anayasa Mahkemesi. 7.3.1989 tarih ve E. 1989/1, K.1989/12 sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 25.

Anayasa Mahkemesi. 9.4.1991 tarih ve E. 1990/36, K.1991/8 sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 27, Cilt 1.

Anayasa Mahkemesi. 23.11.1993 tarih ve E. 1993/1, K.1993/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 30, Cilt 2.

Anayasa Mahkemesi. 22.5.1997 tarih ve E. 1996/3, K.1997/3 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 36, Cilt 2.

Anayasa Mahkemesi. 16.1.1998 tarih ve E. 1997/1, K.1998/1 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Cilt 2, Sayı 34.

Anayasa Mahkemesi. 22.6.2001 tarih ve E. 1999/2, K.2001/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 37, Cilt 2.

Anayasa Mahkemesi. 5.6.2008 tarih ve E. 2008/16, K.2008/116 sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 45, Cilt 2.

Anayasa Mahkemesi. 30.7.2008 tarih ve E. 2008/1, K.2008/2 sayılı Karar (siyasi parti kapatma), *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 45, Cilt 5.

Anayasa Mahkemesi. 20.9.2012 tarih ve E. 2012/65, K.2012/128 sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı 50, Cilt 2.

Anayasa Mahkemesi. Tuğba Arslan Kararı, Başvuru no: 2014/256, Karar tarihi: 25.6.2014.

Anayasa Mahkemesi. Esra Nur Özbey Kararı, Başvuru no: 2013/7443, Karar tarihi: 20.5.2015.

Anayasa Mahkemesi. D.Ö. Kararı, Başvuru no: 2014/3977, Karar tarihi: 30.6.2016.