**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

**Esas Sayısı : 2008/16**

**Karar Sayısı : 2008/116**

**Karar Günü : 5.6.2008**

**R.G. Tarih-Sayı :22.10.2008-27032**

**İPTAL DAVASINI AÇAN**: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Hakkı Süha OKAY, Kemal ANADOL ile birlikte 110 milletvekili

**İPTAL DAVASININ KONUSU :**9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine aykırılığı savıyla yokluğunun hükme bağlanması ya da iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

**II- YASA METİNLERİ**

**A- İptali İstenen Yasa Kuralları**

9.2.2008 günlü ve 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenen 1. ve 2. maddeleri şöyledir:

**"MADDE 1-** 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "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.**"**

**B- Dayanılan Anayasa Kuralları**

Dava dilekçesinde Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine dayanılmıştır.

**III- İLK İNCELEME**

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 6.3.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

**IV- ŞEKİL YÖNÜNDEN İNCELEME**

Dava dilekçesi ve ekleri, konuya ilişkin rapor, iptali istenen kurallar, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

**A- Yasalaşma Süreci**

5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un yasalaşma süreci İstanbul Milletvekili Recep Tayip Erdoğan ve Osmaniye Milletvekili Devlet Bahçeli ile 346 Milletvekilinin yazılı teklifiyle başlamıştır. Teklif TBMM Başkanlığına sunulduktan sonra, henüz Anayasa Komisyonunda görüşülmeden önce 57 Milletvekilinin de bu teklife katıldıkları yasama belgelerinden anlaşılmaktadır. Bu durumda teklif çoğunluğu 407 olarak belirlenmektedir.

1.2.2008 tarihinde Meclis Anayasa Komisyonunda kabul edilen teklif Meclis Genel Kuruluna sunulmuştur.

Kanun, Meclis Genel Kurulunda 6.2.2008 ve 9.2.2008 tarihlerinde yapılan görüşmelerin ardından 411 oyla kabul edilmiş, 23.2.2008 tarihli ve 26796 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

**B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu**

Dava dilekçesinde,

- Kuralların, sınırsız ve koşulsuz bir kıyafet özgürlüğü getirerek insanlar arasında örtünen-örtünmeyen, inançlı-inançsız, müslüman-müslüman olmayan şeklinde din eksenli ayrışmalar ve kutuplaşmalara yol açması nedeniyle kamu düzenini ve huzurunu tehdit edeceği, gerekçesiyle Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "toplumun huzuru ve adalet anlayışı içinde" ifadesini değiştirme anlamına geldiği,

- Din ve vicdan özgürlüğünün aynı zamanda başkaları üzerinde baskı kurarak ya da zorla kendi inançlarına veya başka inançlara yönlendirmeme yükümlülüğünü de içerdiği, dini inançlara dayalı örtünme, benimsenen dini gösteren kıyafetleri giyme özgürlüğünün, toplumda ayrışmalara neden olacağı, diğerleri üzerinde baskı kurmalarına, birbirlerinin inanç özgürlüklerini zedeleyici, engelleyici davranışlara yol açacağı gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesi'nin türbanla ilgili 1989 yılında verdiği kararında belirtildiği biçimde "insan haklarına saygılı devlet" ilkesini değiştirme anlamına geldiği,

- Dinsel inanç gereği başını örtmeye imkân tanıyan düzenlemeyi iptal eden Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında Atatürk Milliyetçiliğine dayanıldığından, toplumda kıyafetler aracılığıyla din eksenli kutuplaşmalara yol açabilecek ve birleştiricilik yerine ayrışmacılığa olanak sağlayacak değişikliğin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "Atatürk milliyetçiliğine bağlı" niteliğini değiştirmek anlamına geldiği,

- Laikliğin, Anayasa Mahkemesi kararlarında tanımlanarak özenle korunması gereken bir ilke olması nedeniyle Türk ulusunun yücelmesi bakımından Anayasa'da öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden ve Anayasada benimsenmiş tüm temel ilkelere egemen bir düşünce olduğu, kuralın Anayasa Mahkemesi'nce tanımlandığı biçimiyle laiklik ilkesine, başlangıç kısmına ve Anayasanın 174. maddesine aykırı olduğu, Mahkeme kararları karşısında "dini gereğe dayalı" ifadelerini kullanmasa da dinsel inançların gereği olan giysileri de kapsaması nedeniyle "başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan" niteliğini değiştirmek anlamına geldiği,

- Kuralların, dinsel giysilerin zamanla ilk ve ortaöğretim kurumlarına yayılmasına olanak sağladığı, 2596 sayılı Yasa'nın amaçlarıyla bağdaşmayan bu durumun Atatürk ilke ve devrimlerine bağlılık ve "çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma azmi" ile bağdaşmadığı; "laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı" ilkesine aykırı düştüğü, kişinin din ve vicdan özgürlüğünden gereğince yararlanmasına, maddi ve manevi varlığını geliştirmesine elverişsiz olduğu, Anayasa Mahkemesinin kararıyla ortaya çıkan hukuksal durumu ortadan kaldırmayı amaçladığından, yargıya müdahale, dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bulunduğu, Anayasa'nın 138. maddesinde yasama ve yürütme organlarının mahkeme kararlarına ve 153. maddesi uyarında Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma yükümlülüğüne aykırılık oluşturduğu,

- Dini amaçlı örtünmeyi de kapsayan kıyafet özgürlüğünün, dini simge niteliğindeki kıyafetler aracılığı ile kişilerin, farklı dini yaklaşımları olanları denetim ve baskı altına almalarına imkân hazırlayarak, çağdaş bir demokrasinin en temel özelliği olan çoğulculuğa ve hoşgörüye tehdit oluşturduğu, bu şekilde başkalarının özgürlüklerini yok etme olanağı tanıması nedeniyle demokratik ve laik hukuk devleti olma niteliğini değiştirme anlamına geldiği,

- Anayasa'nın ilk dört maddesi ile 138. ve 153. maddelerinin TBMM'nin yetkisinin sınırını çizdiği, ilk üç madde dışındaki hükümlerdeki her bir değişikliğin, bu maddelerdeki hususları başkalaştırıp değiştiremeyeceği, aksinin kabulünün "Anayasaya karşı hile" anlamına geleceği, Anayasa'nın ilk üç maddesindeki esaslara aykırı bir değişiklikle, Anayasa'nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı konmasının mümkün olamayacağı ve "açık ve ağır yetki tecavüzü" nedeniyle yok hükmünde sayılması gerektiği,

- Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisinin "teklif çoğunluğu"nu da kapsadığı dikkate alındığında, teklif edilemez nitelikteki ilk dört maddenin dolaylı yoldan değiştirilmesi anlamına gelen dava konusu kuralların teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmediğinden iptaline de hükmedilebileceği

İleri sürülmektedir.

Anayasa'nın değiştirilemez hükümlerini değiştirdiği gerekçesiyle değişikliklerin yok hükmünde sayılması, kabul edilmediği takdirde, "teklif edilemezlik" kuralı nedeniyle teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmemiş sayılması, dolayısıyla Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasına dayanılarak iptaline karar verilmesi istenmektedir.

**1- Yokluğun Saptanması İsteminin İncelenmesi**

Yokluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece "var"lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler.

Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasayı değiştirme yetkisi TBMM'ne ait olup, Meclis bu yetkisini üçte bir çoğunluğunun yazılı teklifi ve beşte üç çoğunluğunun kabul oyuyla kullanabilmektedir.

TBMM üyelerinin üçte birinden fazla sayıda Milletvekilinin imzasıyla teklif edilen ve 9.2.2008 tarihinde TBMM Genel Kurulunda kabul edilmekle yasalaşan 5735 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" TBMM'nin Anayasayı değiştirme yetkisi kapsamındadır. Dava konusu Yasa Cumhurbaşkanı'nca 23.2.2008 günlü Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa'nın yokluğunun saptanması isteminin reddi gerekir.

**2-    İptal İsteminin İncelenmesi**

**a) Teklif edilebilirlik yönünden**

Anayasa'nın 175. maddesi Anayasa'yı değiştirme yetkisinin TBMM'ye ait olduğunu, Meclisin bu yetkisini üye tamsayısının üçte bir çoğunluğunun yazılı teklifi ve beşte üç çoğunluğunun kabul oyuyla kullanabileceğini öngörmektedir.

Anayasa'yı değiştirme yetkisinin niteliği ve sınırlarını belirlemek için, yasama organının kurucu iktidar karşısındaki hukuksal durumunun irdelenmesi gerekmektedir.

Bir devletin hukuksal yapısının temelini oluşturan, ulus adına yetki kullanacak anayasal organları, yetkilerin sınırlarını ve birbirleriyle olan ilişkilerini belirleyen, hak ve özgürlükleri düzenleyen anayasayı yapma veya değiştirme işlevi asli ve tali kurucu iktidar işlevidir. Asli kurucu iktidar ülkenin siyasal rejiminde 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. Katılımcı, müzakereci ve uzlaşıyı esas alan demokratik ülkelerde asli kurucu iktidarın sahibi halktır.

Asli kurucu iktidarın önceki Anayasalarla bağlı olmaksızın yarattığı yeni Anayasa, temel düzen normu haline geldiği andan itibaren, tüm anayasal kurum ve kuruluşların meşruiyetlerinin dayanağı haline gelir. Anayasa'nın öngördüğü ve öğretide kurulu iktidar olarak tanımlanan yasama, yürütme, yargı organları ile bunların alt birimlerinin asli kurucu iktidarın yarattığı "hukuksal otorite" sınırları içinde hareket etmeleri, işlem ve eylemlerinin hukuksal geçerlilik kazanabilmesinin önkoşuludur. Bu durum, Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" ifadesiyle, herhangi bir istisna tanımaksızın kabul edilmiştir. Anayasa koyucu "hiçbir kimse ya da organ"dan söz ettiğine göre, kurulu bir organ olarak yasama organının da sistem dışı yetki kullanımının hukuksal açıdan geçerli olmayacağının kabulü gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin, değiştirilemezlik kuralının yalnızca devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin 1. maddeyle sınırlı kabul edildiği 1961 Anayasası döneminde verdiği 16.6.1970 günlü ve E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı, 13.4.1971 günlü ve E.1971/41, K. 1971/37 sayılı, 15.4.1975 günlü ve E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı, 23.3.1976 günlü ve E. 1975/167, K. 1976/19 sayılı, 12.10.1976 tarih ve E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı, 27.1.1977 günlü ve E. 1976/43, K. 1977/4 sayılı ve son olarak 27.9.1977 günlü ve E. 1977/82, K. 1977/117 sayılı kararlarında anayasal düzenin hukukun üstün kurallarına ve çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı düşen nitelikte yeni ilkelere bağlanmasının bu düzenin bütünlüğünü bozabileceği, Anayasa'nın 1. maddesinde yer alan "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir" kuralı ile bunu tamamlayan ve Cumhuriyetin temel niteliklerini belirleyen 2. maddesini değiştirecek derecede etkisi olacak bir değişikliğin yapılamayacağı, aksi takdirde değişiklikten sonraki yeni düzenin önceki Anayasa'da tanımlanan biçimde işleyemeyeceği, bu gibi sonuçların önlenmesi için, çağdaş Anayasaların kendilerini böyle değişikliklere karşı koruyan ve güvence altına alan hükümleri ve kuruluşları birlikte getirme yolunu seçtikleri ifade edilmiş, buna dayalı olarak da Anayasa değişikliğine ilişkin tekliflerin her şeyden önce Anayasa'nın Başlangıç bölümü ile 1. ve 2. maddelerinde yer alan ilkelerde en küçük bir sapmayı veya değişikliği öngöremeyecekleri, değişikliklerin sözü geçen ilkelerin tümünü veya herhangi birisini hedef alması durumunda teklif edilemeyecekleri ve yasama meclislerince kabul edilemeyecekleri, teklif edilmeleri ve kabul edilmeleri durumunda ise Anayasa'nın 9. maddesinde belirtilen biçim koşullarına aykırı olacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasayı değiştirme yetkisi TBMM'ne tanınmıştır. Kaynağı Anayasa olan bu yetkinin Anayasa'nın öngördüğü yöntemlerle ve Anayasaya uygun olarak kullanılacağı kuşkusuzdur. Yasama organı bu yetkisini 175. maddede belirtilen yöntemle kullanırken, yetkinin her şeyden önce asli kurucu iktidar tarafından kullanılmasına izin verilen bir yetki olması gerektiği açıktır.

Anayasa'nın 4. maddesinde "*Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez*" denilmek suretiyle, 175. maddede belirlenen yetkinin kullanılamayacağı, kullanılsa dahi hukuken geçerli olamayacağı alanlar açıkça belirlenmiştir.

Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilecek bir Anayasa değişikliği hukuken geçerli olamayacağı gibi, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından, yetkisiz olduğu bir alanda yasama faaliyetine hukuksal geçerlilik tanımak da mümkün değildir.

Anayasa değişikliklerinin yukarıda belirtilen Anayasa normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasanın ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerekir. Bu çerçevede Anayasa'nın yetki normu olan 175. maddesi, bu yetkinin sınırını çizen 4. maddesi ve bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının hukuksal müeyyidesini belirleme yetkisini öngören 148. maddesinin birlikte değerlendirilmesi zorunludur.

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 nitelikteki bir yasama 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.

Anayasanın 148 inci maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin "*teklif ... şartına uyulup uyulmadığı*" hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, yukarıdaki açıklamalar ışığında, "geçerli teklif" koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içerir.

Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibariyle doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.

Dolayısıyla Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesi'nin, 5735 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'ya uygunluğunu inceleyebileceğinin ve söz konusu maddelerin Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerini değiştiren hükümlerinin Cumhuriyetin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen niteliklerine aykırı olup olmadığı, aykırı olduğuna karar vermesi halinde bu hükümleri Anayasa'nın 4. maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğinin kabulü gerekir.

Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşe katılmamışlardır.

**b) İçerik yönünden**

   Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen laik Cumhuriyet ilkesi, egemenliğin ulusa ait olduğu, ulusal irade dışında herhangi bir dogmanın siyasal düzene yön vermesine olanak bulunmadığı, hukuksal kuralların dinsel buyruklar yerine demokratik ulusal talepler esas alınarak aklın ve bilimin öncülüğünde kabul edildiği, çoğunluk ya da azınlık dinine, felsefi inançlara veya dünya görüşlerine mensup olup olmadıklarına bakılmaksızın, din ve vicdan özgürlüğünün ayrımsız ve önkoşulsuz olarak herkese tanındığı ve anayasada öngörülenin ötesinde herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığı, dini veya din duygularının kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklandığı, devletin tüm işlem ve eylemlerinde dinler ve inançlar karşısında eşit ve tarafsız davrandığı bir cumhuriyeti öngörmektedir.

   Anayasanın Başlangıç kısmının 5. paragrafında "*laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı*", 14. maddesinde "*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hiç biri(nin)... laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde*" kullanılamayacağı, 42. maddesinde "*Eğitim ve öğretim(in) Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre Devletin gözetim ve denetimi altında*" yapılacağı ve "*eğitim ve öğretim hürriyeti(nin), Anayasaya sadakat borcunu ortadan*" kaldırmayacağı hükme bağlanmış, 174. maddesinde de Türkiye Cumhuriyeti'nin laik niteliğini koruma amacını güden inkılâp yasalarının iptal edilemeyeceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasına göre "*Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.*" Anayasa koyucu ülkenin koşullarını dikkate alarak dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri siyasi çıkar yahut nüfuz sağlamak amacıyla kullanılmasını laiklik ilkesinin korunması bakımından zorunlu görerek yasaklama yolunu seçmiş ve temel hak ve özgürlüklerin kapsamı dışında bırakmıştır.

Atatürk devrimlerinde önemli bir yer tutan laiklik ilkesinin değerlendirilmesinde, yukarıdaki kurallar ile Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlarda ulaşılan sonuçların göz önünde bulundurulması gerekir.

   Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında ayrıntılı olarak açıklanan laiklik ilkesi düşünsel temellerini Rönesans, Reformasyon ve Aydınlanma dönemlerinden alır. Çağdaş demokrasilerin ortak değeri olan bu ilkeye göre, siyasal ve hukuksal yapı, dogmalardan arındırılarak akılcılığı ve bilimsel yöntemleri esas alan katılımcı demokratik süreçlerin ürünü olan ulusal tercihlere dayanır. Bireylerin anayasal özgürlüklerinden inanç, din, mezhep veya felsefi tutum nedeniyle ayrımsız yararlandığı, akılcılığı esas alan bir süreç olan aydınlanma koşullarının sağlandığı toplumlarda laik ve demokratik değerler özümsenir, siyasal, sosyal ve kültürel yaşam da buna bağlı olarak evrensel değerlerin egemen olduğu çağdaş bir görünüm kazanır. Laikliğin bu işleviyle toplumsal ve siyasal barışı sağlayan ortak bir değer olduğu açıktır. Bireylerin özgür vicdani tercihlerine dayanan ve sosyal bir kurum olan dinler, siyasal yapıya egemen olmaya başladıkları veya ulusal irade yerine siyasal yapının hukuksal kurallarının meşruiyet temelini oluşturdukları anda toplumsal ve siyasal barışın korunması olanaksızlaşır. Hukuksal düzenlemelerin katılımcı demokratik süreçle ortaya çıkan ulusal irade yerine dinsel buyruklara dayandırılması, birey özgürlüğünü ve bu temelde yükselen demokratik işleyişi olanaksız kılar. Siyasal yapıya egemen dogmalar öncelikle özgürlükleri ortadan kaldırır. Bu nedenle çağdaş demokrasiler, mutlak hakikat iddialarını reddeder, dogmalara karşı akılcılıkla durur, dünyayı dünyanın bilgisiyle açıklayabilecek toplumsal ve düşünsel temelleri yaratır, din ve devlet işlerini birbirinden ayırarak, dini siyasallaşmaktan ve yönetim aracı olmaktan çıkarır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, dava konusu 1. maddesi ile Anayasa'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına, "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "*ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında*" ibaresi; 2. maddesi ile de, 42. maddesine, altıncı fıkradan sonra gelmek üzere "*Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir*" biçiminde yedinci fıkra eklenmiştir.

5735 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun" un Genel Gerekçesinde düzenlemenin amacı şu şekilde ifade edilmektedir:

*"Yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafetlerinden dolayı bazı öğrencilerin eğitim ve öğrenim hakkının engellenmesi kronik bir sorun haline gelmiştir. Kurucusu ve üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyine üye ülkelerin hiç birinde üniversite düzeyinde böyle bir sorun mevcut bulunmamaktadır.*

*Buna rağmen ülkemizde uzun bir süredir üniversitelerde bazı kız öğrencilerin başlarını örtmede kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğrenim hakkını kullanamadıkları bilinmektedir.*

*Atatürk'ün hedef gösterdiği çağdaş uygarlık düzeyinde "fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür" nesiller yetiştirilmesi, kişilerin yükseköğrenim hakkından kanun önünde eşitlik ilkesi gereği hiçbir nedenle ayrımcılığa tabi tutulmadan yararlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenlerle, Anayasanın 10 uncu ve 42 nci maddesinde işbu değişikliklerin yapılması gereği doğmuştur."*

Yasa'nın dava konusu 1. maddenin gerekçesinin ikinci paragrafına bakıldığında, getirilen düzenlemenin amacı, "tüm idare makamları gibi üniversitelerin de, yükseköğretim hizmeti sunarlarken dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep, giyim, kuşam ve benzeri sebeplerle bu hizmetten yararlanan kişilerin arasında ayrımcılık yapmasını olanaksızlaştırmak" olarak ifade edilmekte, 2. maddenin gerekçesinin son tümcesinde ise, ülkemizde münhasıran yükseköğretim hizmetlerinden yararlanan vatandaşlar arasında eşitliği sağlama ve yükseköğretim kurumlarında öğrenim haklarından mahrum edilen kişilerin bu hak mahrumiyetini ortadan kaldırma amacı belirtilmektedir.

5735 sayılı Kanun'un genel gerekçesi, 1. ve 2. maddelerin gerekçeleri, Anayasa Komisyonu ve Genel Kurul görüşmelerinde yapılan açıklamalar incelendiğinde; temel hedefin, bir kamu hizmeti niteliği bulunan yükseköğrenim hakkını kullananlar yönünden dinî amaçlı örtünme serbestîsi tanınması olduğu anlaşılmaktadır.

Dava dilekçesinde belirtilen hususların dışında, Meclis görüşmelerinde, dava konusu kuralların, üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağı nedeniyle eğitim haklarını kullanamayan öğrencilerin sorunlarını çözme olasılığını barındırsa bile, toplumdaki kaygıların giderilmediği ve güvence taleplerine sessiz kalındığı, demokratik uzlaşma yolları dışlanarak meydan okumanın veya dayatmanın yöntem olarak benimsendiği gerekçeleriyle eleştirildiği tutanaklardan anlaşılmaktadır.

5735 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yapılan düzenlemeyle, Devlet organları ve idare makamlarına, bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uymak yükümlülüğünün yanı sıra kamu hizmetlerinden kişilerin kanun önünde eşitlik ilkesine uygun bir biçimde yararlanmalarını sağlamak yükümlülüğü; kişilere de Devlet organları ve idare makamlarından, sundukları kamu hizmetlerinden kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak yararlanmalarını sağlamasını istemek imkânı getirilmiştir. Olaya kıyafet açısından bakıldığında, bu hüküm karşısında Devlet organları ve idare makamlarının, kişilere yüksek öğrenim hakkından yararlanırken bu hakkın kullanımına hiçbir sınırlama getiremeyecekleri anlaşılmaktadır.

5735 sayılı Kanun'un 2. maddesinde ise, *kanunda açıkça yazılı olmayan* herhangi bir sebeple kimsenin yüksek öğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemeyeceği belirtilerek yüksek öğretim kurumlarında dinî amaçlı örtünme nedeniyle öğrenim hakkından yararlanmanın engellenmesinin de önüne geçilmektedir. Bu durumda, yasa ile açıkça yasaklanmadıkça yüksek öğretimde kıyafetin herhangi bir ölçüye tabi tutulmaksızın serbest bırakıldığı, yükseköğrenim hakkını kullananlara bu kıyafetleri taşımaktan dolayı herhangi bir yaptırım uygulanamayacağı ortaya çıkmaktadır.

Bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı olsa da, kullanılan dinsel simgenin tüm öğrencilerin bulunmak zorunda olduğu dersliklerde veya laboratuar ortamlarında, farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu olasılığın ortaya çıkması durumunda taşınan dinsel simgenin başkalarının üzerinde yaratacağı baskı ve olası eğitim aksamaları ile kamu düzeninin bozulması karşısında, üniversite yönetimlerinin ve kamu kurumlarının müdahalesine olanak verilmemesi, herkesin eşit şekilde eğitim hakkından yararlanmasını engelleyebilecektir.

Dava konusu kurala bakıldığında "*kanunda açıkça yazılı haller*"in ne olduğu ve ne zaman geçerlilik kazanacağı hususu, yasa koyucunun aktif bir yasama tasarrufuyla anlaşılabilecektir. Anayasal düzenimizde yasa koyucuyu yasal düzenlemeye zorlayıcı bir hukuksal yaptırım mekanizması bulunmadığından, başkalarının özgürlükleri ve kamu düzenini koruyucu yasal önlemlerin alınmasının yasa koyucunun takdirine kalacağı açıktır. Yasa koyucunun temel siyasal karar mekanizması olduğu ve ülke nüfusunun büyük çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu dikkate alındığında, bu takdirin dinsel özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılmasının güçlüğü açıktır. Temel düzen normu olan Anayasa kuralları değiştirilirken, çoğunluk inancının dışında kalan insanların temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasının yasa koyucunun takdirine bırakılmaması, kayıtlar ve güvence mekanizmalarının doğrudan anayasada yer alması, demokratik anayasacılık deneyiminin sonucu olan insan haklarına dayalı devlet olmanın da bir gereğidir.

Toplumsal sorunların Anayasa'nın açık hükümleri çerçevesinde ve demokratik barışı ve uzlaşıyı esas alan yöntemlerle çözümü yerine, dinin, din duygularının veya dince kutsal sayılan şeylerin istismar edilmek suretiyle kullanılmasına Anayasa izin vermemektedir. Zira her bir toplumsal sorun istismarı, bu sorunun çözümlenmesi olanaklarını ortadan kaldırmak suretiyle, bir yandan toplumsal çatışmaların derinleşmesine ve demokratik süreçlerin işlevsizleştirilmesine yol açabilir; sonuçta devlet iktidarının toplumsal sorunları çözeceğine yönelik inancı zedeleyebilir. Dava konusu kuralın hazırlanış ve kabul biçimi Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasının anlam ve özünü yansıtan bu temel zorunlulukları göz ardı etmektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 07.03.1989 günlü, E.1989/1, K.1989/12 sayılı kararıyla dini inanç gereği başörtüsü takılmasına izin veren bir düzenleme başkalarının hak ve özgürlükleri, dinin araçsallaştırılması ve kamu düzeni bakımından Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimlerin Anayasa karşısında geçerli olamayacağını belirten Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.1991 günlü, E.1990/36, K.1991/8 sayılı kararları ile 16.1.1998 günlü, E. 1997/1 (SPK), K. 1998/1, Refah Partisi kararı ve 22.6.2001 günlü, E. 1999/2 (SPK), K. 2001/2 sayılı Fazilet Partisi kararında bu hususlar yinelenmiştir. Danıştay'ın içtihatları da benzer yönde gelişmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 4. Dairesinin 29.6.2004 tarihli ve Büyük Dairenin 10.11.2005 tarihli *Leyla Şahin* kararlarında, sözleşmeci devletlerin dinsel sembollerin kullanımına ilişkin düzenlemeleri söz konusu olduğunda takdir hakkının geniş olduğunu, bu konuyla ilgili kuralların ulusal geleneklere bağlı olarak bir ülkeden diğerine değişiklik arz etmesi ve "başkalarının haklarını koruma"nın ve "kamu düzeni"nin gerekleri konusunda Avrupa'nın ortak bir anlayışı bulunmamasının bunu zorunlu kıldığını, başörtüsünün yasaklanmasının Türkiye'nin koşulları dikkate alındığında "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" ile "kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması" bakımından demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. 15.2.2001 tarihli *Dahlab-İsviçre* kararında türban taktığı için ilköğretim kurumlarında öğretmenlik yapması engellenen öğretmenin başvurusunu reddederken, türbanın cinsiyetler arası eşitlik ilkesiyle bağdaşması güç olan dini bir simge olduğunu, buna izin verilmesinin diğer dinlerin giyim sembollerinin de kullanımını beraberinde getireceğini, okullarda devletin tarafsızlığını tehlikeye düşüreceğini ve yasaklamanın altında önemli bir kamu yararının bulunduğunu, sonuç olarak öğretim faaliyetinde başörtüsü takma yasağının başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin korunması amacıyla orantılı ve demokratik bir tedbir olduğunu ifade etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 3. Dairesinin 31.7.2001 ve Büyük Dairenin 13.2.2003 tarihli *Refah Partisi* kararlarında da başörtüsü takma özgürlüğünün başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması gereğiyle çatışması durumunda sınırlanabileceğini, laiklik ilkesine saygı gösterilmemesi şeklindeki bir tutumun sözleşmeden yararlanamayacağı, üniversitelerde çoğunluğa mensup dinin gereklerini yerine getirmeyen ya da başka dinlere mensup öğrenciler üzerinde baskı kurulmasını engelleyecek önlemlerin sözleşmeye uygun olduğu, laik üniversitelerde çeşitli inançlara mensup öğrencilerin barış içinde bir arada yaşamalarını ve dolayısıyla da kamu düzeni ve başkalarının inançlarının korunmasını teminen söz konusu dine ilişkin ritüel ve simgeleri sergilemenin yeri ve şeklini belirleme hususunda sınırlamalar öngörülebileceği kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gözetildiğinde, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan düzenlemenin, yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren ve işlevsizleştiren bu düzenleme Anayasa'nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğundan, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif koşulunun yerine getirilmiş olduğu kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa'nın 1. ve 2. maddeleri Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşlere katılmamışlardır.

**3- İptal Sonucu Yasa'nın 3. Maddesinin Uygulama Olanağını Yitirip Yitirmediğinin İncelenmesi**

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında, "Ancak başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu belirli madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir" denilmektedir.

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin iptal edilmesi sunucu yürürlük maddesi olan 3. maddesinin uygulama olanağı kalmadığından, 2949 sayılı Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca anılan maddenin de iptali gerekir.

**V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ**

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması'na Dair Kanun, 5.6.2008 günlü, E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu Kanun'un, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, 5.6.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

**VI- SONUÇ**

      9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

**A**- 1. maddesiyle 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen **"ve her türlü kamu hizmetinden yararlanılmasında"** ibaresinin,

**B-** 2. maddesiyle 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 42 nci maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere eklenen **"Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir."**biçimindeki fıkranın,

      Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddeleri gözetilerek **İPTALİNE**, Haşim KILIÇ ile Sacit ADALI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

**C-** İptal edilen kurallar nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan 3. maddesinin de 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince **İPTALİNE,** OYBİRLİĞİYLE,

      5.6.2008 gününde karar verildi.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Başkan  Haşim KILIÇ | Başkanvekili  Osman Alifeyyaz PAKSÜT | Üye  Sacit ADALI |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Üye  Fulya KANTARCIOĞLU | Üye  Ahmet AKYALÇIN | Üye  Mehmet ERTEN |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Üye  A. Necmi ÖZLER | Üye  Serdar ÖZGÜLDÜR | Üye  Şevket APALAK |

|  |  |
| --- | --- |
| Üye  Serruh KALELİ | Üye  Zehra Ayla PERKTAŞ |

**KARŞIOY GEREKÇESİ**

**1- USUL YÖNÜNDEN**

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik yapılmıştır.  Yapılan bu değişiklik, Anayasa Mahkemesi'nce şekil denetiminden yola çıkılarak esası denetlenmek suretiyle incelenmiş ve iptal edilmiştir. Anayasa'nın 148. maddesinden yetki türetilerek işin esas denetimi yapılmıştır.

Çoğunluk, Anayasa değişikliklerinde "teklif edilebilir nitelikte bir Anayasa kuralının  var olması" gerektiğini teklif çoğunluğundan önce aranan bir şart olarak kabul etmekte, teklif edilebilir nitelikte olup olmadığını da işin  esasına girerek tesbit etmektedir. Başka bir  anlatımla Anayasa değişikliklerinin, Anayasal normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasa'nın  ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerektiği, bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının müeyyidesinin 148. maddede öngörüldüğü belirtilmektedir.

Yine çoğunluğa göre, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişiklik Anayasa'nın değiştirilemez ya da değiştirilmesi teklif edilemez olan Cumhuriyetin niteliklerini dolaylı olarak değiştirmekte ya da işlevsiz hale getirmektedir.

Anayasa'nın 148. maddesi, Anayasa değişikliklerinin denetlenmesine ilişkin tek Anayasa kuralıdır. Anayasa Mahkemesi'nin görev ve  yetkilerine ilişkin başkaca hiçbir maddede buna ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Buna göre, Anayasa değişikliklerinin  esastan denetim sonucunu doğuracak bir incelemeye tabi tutulması  mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasası  döneminde verdiği tüm kararlarında esas denetimin olanaksızlığını vurgulamıştır.

Şekil denetimi ise "teklif çoğunluğu" ve "oylama çoğunluğu"nun bulunup bulunmadığı "ivedilikle görüşülemeyeceği" şartına uyulup uyulmadığıyla sınırlı olarak yapılan bir denetimdir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi E.2007/72, K.2007/68 sayılı kararında aynen: *"... Kabul edilen yasa, Anayasa hükmü haline gelir ve esas yönünden denetimi olanaksız olup, şekil yönünden ise 148. maddede belirtilen çerçeve içinde denetlenebilir. Yapılacak iptal başvurusu, yasalar ve içtüzük yönünden altmış gün, şekil yönünden ise on günle sınırlı tutulmuştur. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, olağan yasalar ve içtüzük değişikliklerinde salt çoğunlukla karar verebilirken, Anayasa değişikliklerinde iptale karar verebilmesi nitelikli çoğunluk koşuluna bağlanmıştır."*Bir önceki kararda da*"Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmıştır. Esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır."*ifadeleriyle hukuksal durumu somutlaştırmıştır.

Anayasa'nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesi'nin 1982 sonrasında verdiği kararlarına rağmen, Mahkememiz 148. maddeye ek yaparak yeni bir şekil şartı öngörmüş ve buradan açtığı yolla Anayasa değişikliklerini esastan incelemiştir.

          Çoğunluk görüşünde; asli kurucu iktidarın önceki Anayasalarla bağlı olmaksızın yarattığı yeni Anayasa, temel düzen normu  haline geldiği andan itibaren, tüm Anayasal kurum ve kuruluşların meşruiyetlerinin dayanağı haline geldiği, Anayasa'nın öngördüğü ve öğretide kurulu iktidar olarak tanımlanan yasama, yürütme, yargı organları ile bunların alt birimlerinin asli kurucu iktidarın yarattığı "hukuksal otorite"nin sınırları içinde hareket etmelerinin, işlem ve eylemlerinin hukuksal geçerlilik kazanabilmesinin ön koşulu olduğu, Anayasa'nın 6. maddesinde "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.**"**dendiği, kurulu bir organ olarak yasama organının da sistem dışı yetki kullanımının hukuksal açıdan geçerli olmayacağının kabulü gerektiği belirtilmiştir. Ancak bunun yasama organı gibi "kurulu" bir iktidar olan Anayasa Mahkemesi için de evleviyetle geçerli olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Anayasa'nın 6. maddesinde hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetki kullanamayacağı ifade edilirken veya 11. madde uyarınca Anayasa kurallarının yasama, yürütme ve yargı organları ile tüm idare makamlarını bağlayıcı temel kurallar olduğu belirtilirken, Anayasa Mahkemesi bunlardan istisna edilmemiştir. Bir denetim organı olarak da Anayasa Mahkemesi ulusun onayladığı Anayasa'nın somut kuralları çerçevesinde kurulmuş, Anayasa'ya ve ulusa karşı sorumluluk bilinci içinde görev yapmak zorunda olan bir Anayasal organdır. Anayasa'nın çizdiği sınırlar içinde yetki kullanması, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının da hukuksal açıdan geçerli olmasının önkoşuludur. Anayasakoyucunun öngördüğü hukuk devleti ilkesi, yalnızca hukuk kuralı koyan iktidarların değil, bu kuralları uygulayan ve yorumlayan kurumların da Anayasal çerçeve içinde kalmaları gerektiğini göstermektedir.

Bir denetim organı olan Anayasa Mahkemesi'nin, hukuk dışına çıktığı iddia  edilen otoriteleri denetlerken, bu denetiminin hukuka uygunluğu konusunda tüm kuşkulardan arınma zorunluluğu vardır. Anayasal sınırları aşarak denetime başladığı yerde, denetlenen otoritelerden herhangi bir farkı kalmaz. Hukuk düzeni dışına çıkan otoriteyle aynı kaderi paylaşmaktan kurtulamaz. Denetimin meşruiyeti denetleyen organın hukuksal meşruiyet sınırları içinde hareket etmesine bağlıdır.

Çoğunluk, Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasa'yı değiştirme yetkisinin TBMM'ne tanındığını, kaynağı Anayasa olan bu yetkinin Anayasa'nın öngördüğü yöntemlerle ve Anayasa'ya uygun olarak kullanılacağını kabul etmektedir. Ayrıca bir  yetki sorununu öne çıkararak, yetkinin geçerliliğini asli kurucu iktidar tarafından izin verilen bir alanda kullanılmasına bağlayarak, Anayasa değişikliklerinin sıradan bir yasa gibi denetlenebileceğini düşünmektedir. Bu düşünceye katılmak olanaksızdır. Anayasa'nın  Anayasa'yı değiştirme yetkisine çizdiği sınırlar, hiçbir yoruma  gerek duyulmayacak  açıklıktadır.  Bunlar ilk üç maddenin değiştirilemezliği ile değişikliğin 175. maddede belirtilen usullerle  yapılması  zorunluluğu olarak belirlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'ya uygun olarak  kullanılacak bu yetkinin, Anayasa'nın ilk üç maddesi dışındaki her maddede değişiklik yapma olanağı verdiği açıktır. Kurucu iktidar yetkisini daraltacak olan, ancak ve ancak yine bir kurucu iktidar olabilir. Anayasa Mahkemesi'nin ise kurucu iktidarın çizdiği hukuksal sınırlar dışına çıkması durumunda kurucu iktidar yerine geçeceği kaçınılmazdır.

Çoğunluk görüşü, kurucu iktidar ile ilgili isabetli açıklamaların ardından vahim bir hataya düşmekte, kanun yapan yasama organı ile Anayasa'yı değiştiren tali kurucu iktidar arasındaki farkı görmezden gelmektedir. Aynı organ tarafından gerçekleştirilmiş olmakla birlikte ikisinin hem nicelik, hem de nitelik olarak birbirinden farklı bir işlevi olduğu, Anayasa hukukunun temel bilgilerindendir. Yasama ve Anayasa'yı değiştirme işlevi TBMM tarafından yerine getirilirken, ilki Anayasa'nın 96. maddesi uyarınca Anayasa'nın hiçbir maddesine aykırı olmamak koşuluyla basit çoğunlukla ve Anayasal değer ve etkisi bulunmayan "yasa" koyma işlevi iken, diğeri Anayasa'nın yalnızca ilk üç maddesini değiştirmemek koşuluyla, nitelikli çoğunlukla ve Anayasal değer ve etkisi olan Anayasa Mahkemesi dahil tüm kurum ve kuruluşları bağlayıcı "Anayasayı değiştirme" işlevidir.

Bu gerçeğe karşın, yapılan Anayasa değişikliğinin iptal edilmesinin olağan bir yasanın iptalinden hiçbir farkı kalmamıştır. Demokratik bir ülkede, hukuksal değerlendirmelerin dayanağı varsayımlar veya öznel kabuller değil, demokratik süreçlerin ürünü olan hukuk kurallarıdır. 1982 Anayasası'nın önceki tecrübeler nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin esas denetim yetkisini yasaklayıp, şeklî denetim yetkisini çok daha ileri bir düzeyde sınırladığı ortada iken, adeta bu süreç hiç yaşanmamış gibi, şekil denetiminin 1970'li yıllarda yapıldığı gibi, başka adlar altında yeniden devreye sokulmasının meşru bir temeli bulunmamaktadır. Sosyal ve siyasal yaşamın dinamizmine uyum sağlamak amacıyla Anayasa'nın bütünlüğünü oluşturan normları değiştirmek suretiyle Anayasal düzende dönüşümlere ve değişikliklere her zaman gidilebilir. Anayasal normlar arasında hiyerarşik bir ilişki kurulamaz. Anayasa'nın 2. maddesindeki soyut niteliklerin somutlaştırılması diğer maddelerdeki düzenlemelerle mümkündür. İlkelere, bu somut düzenlemelerle anlam kazandırılarak bütünlük sağlanır. Başka bir anlatımla ilk üç maddenin dışındaki maddelerle değiştirilemez hükümlere  dinamik bir yapı kazandırılarak siyasal yapının temel tercihlerinin meşruiyet temelleri güncelleştirilmiş olur. Değiştirilemez kurallar dinamik bir dönüşüme tabi tutulmadığı takdirde tıkanan hukuksal yollar nedeniyle demokrasi dışı girişimlerin gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Çoğunluk görüşü, Anayasa'nın gelecek kuşakların sorunlarına cevap verme olanağını ortadan kaldırmakla, esasen kendisi değiştirilemez hükümleri işlevsiz  hale getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde Anayasa değişikliklerini iptal etmesi üzerine, 1971 Anayasa değişikliklerinde Anayasakoyucu, bu durumu, "kaynağını Anayasadan almayan bir yetki kullanımı" olarak nitelemiş ve denetimin yalnızca biçimsel unsurlar bakımında yapılabileceğini kabul etmiştir. Elbette yapılan incelemede sözkonusu iradenin Anayasakoyucu iradesi olduğu saptandığı andan itibaren, tüm kurulu iktidarları bağlayan niteliğiyle bunun esastan denetime tabi tutulması mümkün değildir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin 1975 yılından başlayarak Anayasa değişikliklerinin esas denetimini "biçimin esas yönünden incelenmesi"  adı altında sürdürmesinin ardından, 1982 Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisi 1971 Anayasası'nda öngörülenden öte sınırlamaya tabi tutulmuştur. 1982 Anayasası'nın 148. maddesinde Anayasa Mahkemesinin yalnızca biçim denetimi yapabileceği bu denetimin ise (a) teklif çoğunlu, (b) oylama çoğunluğu ve (c) ivedilikle görüşülme koşuluna uyulup uyulmadığı hususlarıyla sınırlı olduğu hiçbir farklı yoruma elvermeyecek açıklıkta vurgulanmıştır. Bu düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nin esas denetimini hangi ad altında olursa olsun yapmasını engellemek amacıyla kabul edildiği Danışma Meclisi tutanaklarında yeralmaktadır.

Nitekim 1982 Anayasası'nın hazırlanması sırasında Danışma Meclisi'nde Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisine ilişkin maddesinin *"Anayasa değişikliklerini ise sadece devlet şeklinin değişmezliği ve şekil bakımından inceler ve denetler"* biçiminde değiştirilmesine yönelik önerge verilmiş, *" ...Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu ve bunun değiştirilemeyeceği  ilkesinin de Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulması yararlı olacaktır. Aksi halde bunun bir müeyyidesi olmaz"* ifadeleriyle gerekçelendirilmiş, ancak, *"Eğer devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu yolundaki hüküm değiştirilirse, o zaman buna  kim mani olacak'"* sorusuna cevap veren bu önerge reddedilmiştir. Anayasa Komisyonu başkanı ret gerekçesi olarak da *"Sayın Genç arkadaşımız müsterih olsunlar, biz kırkbeş milyon buna karşı koyarız"* ifadelerini kullanmıştır.

Kuşkusuz bu yaklaşım, halk temsilcilerine isnat edilecek bir keyfilik karşısında duyulan çaresizliğin değil, Türk halkının demokratik seçimler sonucunda belirlediği temsilcilerinin nitelikli çoğunluğunun demokrasi dışı bir talep ekseninde uzlaşmayacağına yönelik derin bir inançtan beslenen saygının ifadesidir. Nitekim 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana yapılan tüm Anayasa değişikliklerine bakıldığında Türk halkının tercihinin daima demokrasinin geliştirilmesi ve özgürlük alanlarının genişletilmesi yönünde olduğu görülecektir. Bu da Türk halkının ve onun demokratik temsilcilerinin özgür iradeleriyle demokrasi dışı ve özgürlük karşıtı bir talep üzerine uzlaşmayacağını kanıtlamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin sınırlı sayıdaki üç husus dışında herhangi bir denetim yetkisinin bulunmadığı bu tarihi gelişmelerden de açıkça anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 4. maddesinde ilk üç maddenin değiştirilmesi ya da değiştirilmesinin teklif edilmesi yasaklanmıştır. Anayasa'nın 11. maddesinde yasakların Anayasa'ya aykırı olamayacağı belirtilmiş olmasına karşın, Anayasa değişikliklerinin ilk üç maddeye aykırı olamayacağına ilişkin herhangi bir kural öngörülmemiştir.

Anayasa'da değişiklik yapma yetkisi tali kurucu iktidar sıfatıyla TBMM'ne verilmiştir. Bu yetki kullanılırken, yetkinin asli sahibi olan halk karşısında azami sorumluluk gereği halkın inanç, din, cinsiyet veya etnik köken değerlerinde bir ayrıma gidilmeksizin yerine getirilmek zorunluluğu vardır. Yapılan Anayasa değişikliklerinde parlamentonun (5/3, 2/3) şeklindeki çoğunluk koşulu aranmasına rağmen, aşırı faraziyeler örnek gösterilip TBMM'ne duyulan güvensizlik üzerine yorumlar yapılarak kararlar kurgulanamaz.

Her biri diğerinden farklı, çok yönlü talepleri bulunan bireylerin oluşturduğu ulusun ve onların demokratik temsilcilerinin büyük bir çoğunluğunun demokrasi dışı bir talep ekseninde birleşmesi muhtemel görülecekse, bu ihtimalin Egemenlik yetkisi kullanan diğer kurum mensupları yönünden de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Anayasal demokrasilerde egemenliği kullanma yetkisi farklı organlar arasında paylaştırılmış, ancak Anayasa'da bunlara gerekli sınırlar öngörülmüştür. Anayasal değerleri koruma adına değişikliklerin esastan denetimine olanak tanınması  Erk'ler arası dengenin bozulmasına ve bir vesayetin doğması sonucuna yol açması kaçınılmazdır.

    Anayasa'nın 2. maddesinde yeralan ; adalet anlayışı, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik, sosyal, hukuk devleti gibi niteliklerin Anayasa'nın 2. madde dışındaki tüm maddeleri ile yakından ilgisi olan kavramlar olduğu açıktır. Çoğunluk görüşündeki kurgu'dan hareket edilirse yapılabilecek her türlü Anayasa değişikliğinin belirtilen niteliklerle ilgisi nedeniyle onları başkalaştırdığı, içini boşalttığı, işlevsiz kıldığı gibi hiçbir ölçüsü olmayan gerekçelerle Anayasa Mahkemesi'nin esas denetimine konu olacağı tartışmasız bir gerçektir. Bu sonuç, halka ait Kurucululuk yetkisinin üstlenilmesi yine halka ait olan egemenlik yetkisinin göz ardı edilmesidir. Anayasa Mahkemesi kendi sınırlarını genişletmiş tali kurucu iktidar yetkisini ise oldukça sınırlamıştır. Oysa, idari işlem, düzenleyici işlem, yasama tasarrufu biçimindeki normlar hiyerarşisine uygun olarak yukarı çıkıldıkça, işlem sahibi iradenin takdir yetkisi genişlemekte, buna bağlı olarak denetim alanı da daralmaktadır. Bu, arkalarındaki demokratik meşruiyetin genişlemesiyle de açıklanabilir. Bu nedenle Anayasa değişikliklerinin denetiminde kurucu iktidarın takdir yetkisinin ileri düzeyde geniş, denetim organının ise ileri düzeyde sınırlı olması beklenir ki, 1982 Anayasasının üzerine kurulduğu sistemde buna işaret etmektedir. Çoğunluk görüşü bu ilişkiyi tersine çevirerek siyasal işleyişi yargı vesayetine bağlayarak ciddi bir sorun yaratmıştır.

Anayasakoyucunun tarihsel deneyimlere dayanan açık tercihi karşısında çoğunluğun "içerik yönünden" veya "esasın biçim yönünden incelenmesi" tarzındaki usullerle ulaşmaya çalışılan sonucun, mantıken doğru kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü başlık altında yapılan inceleme, yapılan Anayasa değişikliğinin anlam ve kapsamını belirledikten sonra, bunun Anayasa'nın 2. maddesindeki ilkelere aykırı olduğunu tesbitten  ibarettir. Esas denetim de zaten bundan başka bir şey değildir. Dolayısıyla Kurucu İktidar Anayasa Mahkemesine esas denetim yetkisi vermiş olsaydı, zaten bundan farklı bir sonuç ortaya çıkmayacaktı. Bu durumda "1982 Anayasası Anayasa Mahkemesine neyi yasakladı" sorusu cevapsız kalmaya mahkum olmaktadır.

Bu nedenlerle söz konusu denetimin Anayasal dayanağı yoktur.

**2- ESAS YÖNÜNDEN**

(Usul sorununun aşılması üzerine bu bölüme ilişkin karşıoy yazılmıştır.)

Düzenlemenin 1. maddesiyle Anayasa'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına "*ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında*" ibaresi eklenmektedir. Bireylerin "her türlü kamu hizmetinden eşit bir biçimde yararlanması" eşitlik ilkesinin evrensel anlayış biçiminin bir somutlaşması niteliğindedir. Zaten bu ibarenin eklenmesinden önce de devletin bireyleri "her türlü kamu hizmetlerinden *yararlandırılmaması*"nın eşitliğe uygun olduğunu ileri sürmek olanaksızdı. 2004 yılında yapılan değişiklikle "pozitif ayrımcılığın" bir Anayasal direktif haline getirilmesinden sonra, kadınlar yönünden eşitliğin yalnızca yasalar karşısında değil, yasal uygulamalarda da gözetilmesi gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Kamu adına kamusal talep ve tercihleri yaşama geçirmek dışında herhangi bir meşruiyeti olmayacak olan devletin, bireylerin bir kısmını kamu hizmetlerinden yararlandırmasında ayrımcılık yapması olasılığı değişiklikten önce de Anayasa'ya aykırı olacaktı. Bu nedenle yapılan değişikliğin Anayasa'nın evrensel ilkelerinden olan eşitlik ilkesinin "somutlaştırılması"ndan başka bir anlamı bulunmamaktadır.

Düzenlemenin 2. maddesiyle de 42. maddeye bir fıkra eklenmiştir. Buna göre "*Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yüksek öğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla düzenlenir*." Anayasa'nın 42. maddesinin birinci fıkrasına göre "*Kimse eğitim ve öğretim hakkından mahrum bırakılamaz*." Her iki kuralı birlikte değerlendirdiğimizde birinci fıkrada "*genel eğitim*" bakımından öngörülen bir "*genel kural*" olduğu, yeni kuralda ise "*yüksek öğrenim*" bakımından bir "*özel kural*" öngörüldüğü söylenebilir. Her iki kuralın istisnalarının da bulunduğu görülmektedir. Birinci fıkradaki eğitim ve öğretim hakkı, mahrumiyet düzeyine ulaşmayacak biçimde, yasayla düzenlenebilecektir. "*Mahrumiyet*" kavramı hem genel eğitim ve öğretim için hem de yüksek öğrenim hakkı için "*hakkın özü*"nü oluşturmaktadır. Buna ilişkin düzenlemelerin yasayla yapılacağı söz konusu değişiklikte de vurgulanmaktadır. Oysa, Anayasa'nın 13. maddesinde de aynı kural aynı şeyi ifade etmektedir. Yeri gelmişken hemen belirtmek gerekirse, yasa koyma yetkisi münhasıran yasama organına ait olduğuna göre temel hakların sınırlanması niteliğinde ortaya çıkacak her türlü "sınırlama" tasarrufunun da yasama organının iradesine dayanması gerekir. Anayasa'nın 13. maddesi de bunu açıkça göstermektedir. Yargı organlarının gerekçe olanağını kullanarak sınırsız ve denetimsiz norm ihdası hem yetki aşımı hem de erkler ayrılığı ilkesinin açık ihlalidir.

Görüldüğü gibi, yapılan değişikliklerin uygulamaya geçirilebilmesi için yasal bir düzenlemeye ihtiyaç gösterdiği açıktır. İşte tam da bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin işlevi kendini göstermektedir. Eski metne yeni bir boyut kazandırmayan Anayasa değişikliklerinin esas denetiminin yerine, bunun uygulanması için ihtiyaç duyulan Kanunun Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'nın 2. maddesindeki nitelikler başta olmak üzere denetiminin yapılması Anayasal sistematiğe daha uygun olurdu.

Çoğunluk görüşü laikliği, eleştirel akla dayalı bir süreç olan aydınlanmanın bir ürünü olarak tanımlamış, bu ilkenin bilim ve sanatı esas alan Rönesans ve dinsel çoğulculuğu esas alan Reformasyon ile ilişkisini isabetle vurgulayarak, çağdaş dünyaya egemen olan temel parametreleri benimsemiştir. Ancak esasta ulaştığı sonuçlar çağdaş dünyadaki sonuçlarla temelde çatışmaktadır. Hiçbir çağdaş ülkede bulunmayan üniversitelerde dinsel simgeleri düzenleme zorunluluğunu dayatmaktadır. Aynı propoganda etkisine sahip siyasal simgelere ilişkin herhangi bir sınırlandırma ihtiyacı ise duyulmamaktadır. Üniversiteler propagandanın, farklı görüşlerin, yoğun siyasal, sosyal ve bilimsel tartışmaların egemen olduğu, olması gerektiği ayrıcalıklı mekanlardır. Toplumsal yaşamda çoğu zaman bulunamayacak aydınlanma, sorgulama, karşılaştırma, kabul ya da ret olanaklarını üniversiteler sunabilmektedir. Toplumsal yaşamda geçerli olmayan kılık kıyafet düzenleme gerekliliğini üniversitelere dayatmak, hem üniversitelerin bu olağan işlevine, hem de Anayasa'da öngörülen akademik, bilimsel, düşüncel, kolektif ve diğer entelektüel özgürlükler manzumesine ters düşmektedir. Üniversiteler kışla değildir. Ders disiplini, reşit öğrencilerin uniform bir davranış, düşünüş ve inanç modeline sokulmasının gerekçesi olamaz. Üniversitelerde düzenleme yetkisinin tek meşru gerekçesi, eğitimin üniversiter gereklere uygun olarak yürütülmesi olmalıdır.

Çoğunluk gerekçesinde, 5735 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile Anayasa'nın 42. maddesine eklenen "*kanunda açıkça yazılı olmayan*" ibaresinden, yasa ile açıkça yasaklanmadıkça yüksek öğretimde kıyafetin herhangi bir ölçüye tabi tutulmaksızın serbest bırakıldığı, yükseköğrenim hakkını kullananlara bu kıyafetleri taşımaktan dolayı herhangi bir yaptırım uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Oysa bu ifadenin temel amacının, yasakoyucu dışında hiçbir organın temel hak sınırlamasına tevessül etmemesini sağlamak olduğu unutulmaktadır. Yani 13. madde de yasakoyucuya ait olan bir yetki biraz daha vurgulanarak ifade edilmektedir. Diğer yandan yukarıda ifade edilen varsayım devam ettirilmekte, ülkede bireylerin dinsel özgürlüklerinden kaynaklanacak hak ihlalleri ve kamu düzeninin bozulması karşısında hiçbir yasal düzenlemenin bulunmadığı ve buna dayalı olarak da tüm devlet organlarının eli ve kolunun bağlı olduğuna inanılmaktadır. Oysa 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesi başlı başına bu gereksinimleri karşılayacak niteliktedir. Genel nitelikli diğer yasalardan söz etmeye dahi gerek bulunmamaktadır.

Öte yandan çoğunluk görüşünün temelini oluşturan hususun iptal edilen düzenlemenin lafzı olmayıp, gerekçesinde yer alan "başörtüsü" ifadesi olduğu gözden kaçmamaktadır. Hiçbir bağlayıcılığı olmayan yasa gerekçesinde yer alan bir kavramın, Anayasa'nın temel tercihlerini ihlale neden olacak kadar ölçüsüz bir korkuya ve endişeye neden olması, hukuk bilimiyle açıklanabilir olmaktan uzaktır.

Kaldı ki Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişikliklerin eski metne göre yeni bir hukuksal sonuç doğurmaya elverişli olmaması nedeniyle Yasanın gerekçesinde belirtilen amacı  ne  derece gerçekleştireceği de tartışmalıdır.

Çoğunluğa katılmadım.

|  |
| --- |
| Başkan  Haşim KILIÇ |

**KARŞIOY YAZISI**

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la Anayasa'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "**ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında**" ibaresi, 42. maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere, "**Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanılmasının sınırları kanunla belirlenir**" fıkrası eklenmiştir.

Anayasakoyucu, 148. maddeyle, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceleyip denetleyebileceğini belirtmiş, esas yönünden denetleme yapmasını yasaklamıştır. Bu denetlemeyi de, değişikliklerin teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususlarıyla sınırlı tutmuştur.

Konuyla ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi 16.6.1987 günlü, E:1987/9, Karar:1987/15 sayılı kararında, "Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve  oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasanın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir" demektedir.

Şekil bakımından denetleme esasa girmemeyi öngörmesine karşın, Anayasa değişikliğinin gerçekte neyi amaçladığının ortaya çıkartılması kaçınılmaz olarak esas denetimine girme mânâsına gelmektedir. Anayasa normunun anlam ve kapsamı da, Anayasa'ya uygun yorumla ulaşılan sonucun doğuracağı esastan iptal yahut uygun bulunma neticesi de birer esas denetim parametreleridir.       Bu itibarla, normun muhtevası hakkında bağlayıcı kararla ulaşılması, heyetin çoğunluğunun şekil yönünden değil esasa girerek karar verdiğini gösterir ki, bu, yetkisi dışında görünmektedir.  Çünkü 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişikliklerin salt biçim yönünden incelenmesi hâlinde, basitçe, ortada 148. maddenin şartlarına aykırılık bulunmadığı belirtilerek dosyadan el çekilmesi gerekecekti. Halbûki, şeklî aykırılık tartışmaları aşılmış, yapılan düzenlemenin 2. maddeyi dolanarak veya dolaylı olarak değiştirdiği yorumlarına girmekle normun bizzat ve kaçınılmaz tarzda esastan incelenmesine geçilmiş olmaktadır.

Bundan sonra her türlü gerekçenin gayet rahatlıkla içine girebileceği derecede geniş anlamları olan demokrasi, lâiklik, sosyallik kavramları uyarınca ve bunlarda Anayasa Mahkemesi'nce her zaman farklı yorumlamaya gidilebileceği ihtimaliyle artık hiçbir Anayasa değişikliği yapılamayacak, teklif edilemeyecek, akla dahî getirilmeyecektir.

Bu sûretle, bırakalım Anayasa'yı yeniden yapmayı, en küçük değişiklikte dahi  karşısında değiştirilemez üç madde bulunacaktır.

Anayasa'nın yeniden hazırlanması da yalnızca ve sadece **aslî kurucu iktidarın** işi olacak, **tâli kurucu iktidardan** artık hiç bahsedilmeyecektir.

Toplumun temel sosyo-politik ve sosyo-ekonomik yapılanması anlamına gelen Anayasa'da bunun dışında değiştirilemeyeceği için durağan, statik, sabit bir metinle hukuk devletinin idâme ettirileceği, dinamik toplumun böyle mutlu kılınacağı zannedilecektir.

Oysa doğru olan, Anayasa'nın kendini temel ilke değişikliklerine karşı korurken bunlar dışındaki tüm maddelerde değişime izin vererek hem ilkeleri hem de bir bütün olarak kendini zamanın şartlarına uyarlıyabilme yeteneğine sahip olabilmesidir. Demokratik, lâik ve sosyal bir Anayasa her şeyden önce bu dönüşümü zorunlu kıldığından, engelleme çabası anlamına gelen çoğunluk görüşünün Anayasa'nın temel ilkeleriyle bağdaşması mümkün görülmemektedir.

Kanunlar ve anayasalar abesle iştigal etmez. Anayasa'nın 4. maddesiyle ilk üç maddedeki değişiklik yasaklanmakta iken, eşitliğin ve eğitim özgürlüğünün vurgulanmasından öte gitmeyen  10. ve 42. maddelerdeki değişikliğin 4. madde kapsamında olduğunu ileri sürmek (fevkalâde) zorlama bir yorum olmaktadır.

Bilakis, bu iki maddedeki ilâvelerin, Anayasa'nın sözü geçen 14. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları da gözönünde bulundurulduğunda, kişi hak ve hürriyetlerinin geliştirilmesi maksadına dönük olduğu, AİHM kararlarında ve Anayasamızın temel felsefesinde de bunları sınırlama değil mümkün olduğunca genişletme arzusu yattığı, böylece, lâikliği zedeleyerek Anayasa'ya aykırı olmadığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinin özü, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir "hukuk devleti" olduğudur. Maddede bunun içi doldurulmuş, "demokratik, lâik, sosyal" sıfatları eklenmiştir. Ne var ki, hiçbir niteleme getirilmese de, o hukuk devletinin demokratik, lâik, sosyal olacağı bellidir, kavramın kendi anlamı içinde bunlar zâten yatmaktadır. Anayasakoyucu fazladan vurgu yaparak bu nitelemeleri yazıya geçirmiş, toplumun huzuru anlayışı içinde, millî dayanışma anlayışı içinde, adâlet anlayışı içinde kalarak insan haklarına saygılı olduğunu; Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıç'ta belirlenen temel ilkelere dayandığını da ayrıca ilâve etmiştir. Ana vurgu, temel özellik, öz yapı "hukuk devleti" kavramındadır. Anayasa Mahkemesi bunun açılımını da, "Anayasanın 2. maddesinde belirtilen eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da hukukun evrensel temel ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Hukuk devleti, siyasal iktidarı hukukla sınırlayarak ve devlet etkinliklerinin düzenli sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturarak aynı zamanda istikrara da hizmet eder. Bu istikrarın özü hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanabilmesi ise, kuralların genel, soyut, açık ve anlaşılabilir olmalarına bağlıdır. Hukuk devleti, yasaların kamu yararına dayanması ilkesini de içerir. Buna göre, özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralı konulamaz" şeklinde belirlemektedir.

Hukuk devletinde ne çoğunluğun azınlığa ne de azınlığın çoğunluğa karşı  dayatması, zorlaması, keyfi davranışı olabilir. Arzûya göre suç ihdâs edilemez, isteğe göre cezâ konulamaz. Kararların ve işlemlerin ölçülü, makûl olması aynı zamanda Mahkeme içtihatlarındandır. Amaç, her şeyin açık ve net, yetki, görev ve sorumluluk paylaşımının âdil ve dengeli olduğu **özürsüz ve ârızasız demokrasi**oluşturmaktır.

İyiniyet ve karşılıklı etkileşimlerle sistemin kendi akışına bırakılmasında, bundan böyle, büyük faydalar vardır. Şekilde kalmayıp beyinlerde ve kalplerde özümsenmiş demokratik bir lâiklik hasımlık ve bölünmeye değil, birleşme ve bütünleşmeye, sosyal barışın yerleşmesine, enerjinin içe değil (yıkıcı) dışa dönük (yapıcı) harcanmasına yol açacak; faydalı yeniliğin engeli değil gelişmenin ve kalkınmanın kanadı, karşılıklı anlayış, dostluk, sevgi, saygı, güven ve hoşgörünün basamağı ve teminâtı olacaktır.

Mevcut ve açık tehlike ilkesi gereği, kişi yaptığı hareketin kanunda suç teşkîl etmesi karşısında ancak mahkeme kararıyla suçlu sayılır. Sanık dahî suçsuz muâmelesine tâbidir. Böyle olunca, muhtemel, potansiyel, hayalî suçlu kavramı arkaik kalmaktadır. Bir türlü gelmeyen, ne zaman geleceği belli de olmayan ama devamlı tekrarlayarak, üsteleyerek, tâze tutularak hemen geleceği vehmedilen (varsayılan) mücerret (soyut) ve mevhum (hayalî, belirsiz) bir tehlike uğruna müşahhas (somut) bir eğitim hakkının gasbına göz yumulmaktadır. Birilerinin itilip kakıldığı ve ikinci sınıf sayıldığı (veyâ böyle hissedildiği), buna karşılık ayrıcalıkların ve keyfiliğin arttığı (veyâ öyle zannedildiği) bir zeminde "hukuk güvenliğinden", "eşitlikten", "vâr olmaktan"  bahsedilmesi hayli zordur. Devamlı şekilde **niyetleri** sezmeye çalışmak, **varsayımları**ve **olasılıkları** bahâne etmekproblemi çözümsüzleştirmektedir. Hukuk devletinde işlemler, vehimler, tahminler veya kehânetler üzerine değil Anayasa ve yasalara uygun somut gerçeklikler üzerine binâ edilir.

Bu gerekçelerle, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişikliklerin Cumhuriyetin 2. maddede belirtilen temel niteliklerini dolaylı bir şekilde değiştirdiği ve işlevsizleştirdiği  iddiasının gerçekte asıl hukuk devletinin dolanarak ihlâl edildiği anlamına  ulaştığını görüyor,  bu nedenle  çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

|  |
| --- |
| Üye  Sacit ADALI |