

Anayasa Mahkemesi Nasıl Karar Veriyor: Başörtüsü Kararı*

Mustafa ERDOĞAN**

TAKDİM

Aşağıda okuyacağınız yazının yaklaşık on yıllık bir geçmişi var. Aradan geçen bunca zaman aslında birçok şey ifade ediyor ki bunlardan bir tanesi son derece basit: Türkiye'nin cari siyasi sisteminin ana gündem maddeleri hiç değişmiyor. On yıl önce de insan ve vatandaş olarak bugün boğuştuğumuz sorunlarla boğuşuyorduk. Başka bir ifadeyle, Türkiye'de resmi ideolojiyle başı hoş olmayan -yani özgürlüğe ihtiyacı olan- vatandaşları bizar eden kadim "rejim sorunu" bugün de varlığını korumaya devam ediyor.

"Anayasa Mahkemesi Nasıl Karar Veriyor? Yüksek Mahkemenin Başörtüsü Kararına Bir Bakış" başlıklı makaleyi yazdığım 1989 yılındaki siyasi ve entellektüel ortamı çok iyi hatırlıyorum. Bazı başörtülü öğrencilerin üniversitelerde karşılaştıkları öğrenim özgürlüğü ve hak eşitliği sorununa bir çözüm getirmek üzere zamanın ANAP ağırlıklı parlamentosu Yükseköğretim Kanunu'nda başörtülü öğrencilerin üniversiteler ve eklentilerine girmelerine imkân veren bir değişiklik yapmıştı. Bunun üzerine zamanın ana muhalefet partisi -Sosyal Demokrat Halkçı Parti- yasanın ilgili hüküm-

lerini iptal etmesi için Anayasa Mahkemesi'nde dava açmış, yüksek mahkeme de talep yönünde karar vererek sözkonusu yasa hükümlerini iptal etmişti. Hem insan hakları ve hukuk devleti ilkeleri ile hiç bir biçimde bağdaşmayan, hem de hukuk tekniği açısından son derece zayıf olan bu iptal kararında, Anayasa mahkemesi otoriter, hatta totaliter bir "laiklik" anlayışından hareketle başörtülü öğrencilerin "eğitim" ve "yurttaş eşitliği" haklarını inkâr eden bir muhakeme tarzına başvurmuştu. Aşağıdaki yazıda bunun neden böyle olduğu uzun uzadıya açıklanmıştır. Ne yazık ki, Anayasa Mahkemesi'nin bu büsbütün yanlış içtihadı, hukuk hocalarının onayı ve kamu makamlarının uygulamalarının da katkısıyla zamanla Türk kamu hukukunun yerleşik bir "ilke"si haline geldi.

O yıllarda medya -aynen bugün olduğu gibi- neredeyse blok halinde başörtülü öğrencilerin maruz bırakıldığı o zalimce hak yoksunluğunu büyük bir hararetle destekliyor ve "büyük" gazeteler aykırı görüşlere sütunlarında yer vermiyorlardı. Ama bundan daha feci olan hakikat şu ki, bu vahim adaletsizlik ve "haksızlığı çoğu hukuk hocası da destekliyor, bu konuda hukukçu akademisyenler arasından da hiçbir farklı ses yükselmeyordu. Sadece, İslami eğilimiyle bilinen bir-iki avukat bazı po-

* Prof. Dr., George Mason University, Virginia, Misafir Öğretim Üyesi

püer dergilerde Anayasa Mahkemesi'nin bu kararını eleştiren yazılar yazmıştı. Ama aynı yolu seçmek herhangi bir akademisyen için son derece riskliydi, "kaderde" "İslamcı" diye yaftalanıp akademik "camia"dan dışlanmak da vardı. Bu şartlar altında meslekte yeni olan genç bir akademisyenin bu apaçık hukuk skandalını teşhir ve tenkit etmesi, o günleri yaşayanların hatırlayabileceği gibi, bir hayli medeni cesaret gerektiriyordu. Mâmafih, hukuk devleti ve insan hakları gibi değerleri ciddiye alan ve kendisine saygısı olan bir hukukçunun bu riski alması da yine o şartlarda ahlâki bir yükümlülüktü, en azından bana öyle görünüyor. Anayasa Mahkemesi'nin sözkonusu kararını sert bir biçimde eleştiren o yazıyı işte bu duygularla yazmışım.

Ne var ki, aradan geçen zaman içinde, cari rejimin bir kısım dindar vatandaşa reva gördüğü bu zulmü eleştirecek cesaret ve donanıma sahip başka bazı hukukçu ve entellektüellerin ortaya çıkması dışında, değişen pek bir şey olmadı. Nitekim, Anayasa Mahkemesi daha sonra sözkonusu "içtihad"ını teyit eden yeni bir karar daha verdi ve üniversite idareleri de kendi baskıcı uygulamalarını bu kararlara dayandırmaya devam ettiler.

Nihayet geçen yılın ortalarında Refah Partisi'nin başını çektiği hükümetin bir "kılıç darbisi"yle alaşağı edilmesi Türkiye siyasetinde zaten potansiyel halinde sürekli olarak var olan yeni bir süreci başlattı. Daha doğrusu 28 Şubat 1997'de başlamış olan askeri vesayet süreci Refah Partisi'nin iktidardan uzaklaştırılmasıyla zirvesine ulaştı ve bu sürecin doğalmantiki bir uzantısı olarak bu partiye karşı Anayasa Mahkemesi'nde kapatma davası açıldı. Yüksek Mahkeme, beklendiği gibi, Başsavcının talebi doğrultusunda hareket ederek Refah Partisi hakkında kapatma kararı verdi. Bu arada başörtüsü sorunu, bu kapatma kararının da etkisiyle, yeniden alevlendi; üniversitelerde başörtülü öğrencilere yönelik baskı -emir-komuta zinciri içinde hareket edildiğini düşün-

dürececek şekilde artırıldı.

Anayasa Mahkemesi'nin son kararı da önceki benzerleri gibi "hukuk"la pek ilgili görünmüyor; açıkçası bu resmen "hakim" sıfatını taşıyan zevat tarafından kaleme alınmış -veya sadece imzalanmış- politik bir beyanname niteliğindedir. Bu kararda "hukuk" aramak esasen safça bir tutum olurdu. Mâmafih, sözkonusu kararın bu aşamada beni yine de ilgilendiren iki yönü var. Birincisi, bu kararla Anayasa Mahkemesi üyelerinin büyük çoğunluğunun okuma ve öğrenme zaafı olduğu ayan beyan ortaya çıkmasıyla ilgilidir. Hatta daha da vahimi, bu karar, insanda, sözkonusu zevatin düpedüz bağnaz oldukları şüphesini doğuruyor. Eğer böyleyse, vatandaşlar olarak hayıflanmamız, hatta bu kötü "kader"e isyan etmemiz gerekiyor!..

Anayasa Mahkemesi hakkında neden böyle düşündüğümü, benim için zaman israfı olsa da, kısaca açıklamak isterim. Yüksek Mahkemenin 1989 yılında verdiği mahut kararla başlayan içtihadı o tarihten buyana birçok eleştiriye maruz kaldı. Özellikle Mahkemenin laiklikle ilgili yorumunun "özgürlükçü demokrasi" anlayışına taban tabana zıt olduğu başka vesilelerle de bir çok kere yazıldı. O tarihten bu yana laiklikle ilgili literatür de bir hayli genişledi. O kadar ki, bu laiklik yorumunu değerlendirmek üzere -aralarında benim de bulunduğum- birçok akademisyenin kullandığı "militan laiklik", "otoriter laiklik", "laikçilik" gibi terimlerin anlamı "sokaktaki adam" için bile artık meçhul değildir. Nihayet Refah Partisi'ne karşı açılan kapatma davası dolayısıyla, Başsavcının iddianamesinde yer alan sözümlere laikle ilgili "eski rejim" artığı çarpık malumata Anayasa Mahkemesi'nin artık iltifat etmemesi gerektiğini açıklamak üzere peşpeşe iki yazı yazdım ["Dava ve Laiklik (I), (II)", **Rejim Sorunu** (Ankara: Vadi, 1997), ss. 84-93] ve orada bu konudaki doğru bilgiyi tekrar kısaca özetledim. Heyhat, Anayasa Mahkemesi bir kere daha, bütün bunlardan habersizmiş

gibi davrandı. Yüksek Mahkeme'nin bu son kararında laiklikle ilgili olarak başvurduğu "atalardan kalma" literatürün ne yazık ki bu konudaki çağdaş evrensel doktrinle hemen hemen hiç ilgisi bulunmamaktadır. Bu kararda referans alınan literatür tek-parti dönemi ulemasından devralınmış olup, bu literatürde dile getirilen düşüncelerin insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti idealleriyle uzaktan yakından hiç bir ilgisi yoktur.

Bu kararın konumuzla ilgili olan diğer bir yönü de, başörtüsü özgürlüğünü savunmuş olmasını Refah Partisi'nin kapatılması için bir gerekçe olarak göstermiş olmasıdır. Daha önce Başsavcının iddianamesi münasebetiyle yazdığım gibi, insan hakları ve hukuk devleti ilkelerini ciddiye alan herhangi bir kişi veya makamın bir temel hakkı savunduğu için bir partinin kapatılmayı hak ettiğini düşünmesi akla ziyandır!.. Lisans öğrencisi düzeyinde anayasa hukuku okumuş olan bir öğrenci bile, demokratik bir sosyo-politik sistemde partilerin temel görevlerinden birinin özgürlükleri savunmak olduğunu bilir. Aksi halde siyasi partiler kendi varlık nedenlerine aykırı davranmış olurlar.

Şimdilik son söz olarak şunu söylemek isterim: Okumayan, öğrenmeyen, literatürü takip etmeyen, doğru bilgidен "vebadan kaçır gibi kaçır" bir yüksek mahkemeye sahip olmak, içinde yaşadığımız hızlı değişim ve bilgi çağında bir ulusun başına gelebilecek en büyük felaketlerden biridir. Anayasa Mahkemesi, bu son kararıyla, bugüne kadar kendisini akademik olarak ciddiye almamakta ne kadar haklı olduğunu bir kere daha gösterdi. Sevinmem mi üzümüm mi gerekir bilemiyorum!..

Yüksek Mahkemenin "Başörtüsü Kararı" Üstüne Bir Değerlendirme

Türkiye'de kararları en çok tartışılan yüksek mahkemelerin başında Anayasa Mahkemesi gelmektedir. Yüksek mahkemelerin ka-

rarları, dünya görüşleri birbirinden farklı kesimlerce zaman zaman eleştirilmiştir ve genellikle, kararların konuları değiştikçe eleştirenlerin "ideolojik" kimlikleri de değişmektedir. Bu durumun, ilk bakışta, Anayasa Mahkemesinin siyasi alanda "norm denetimi" yapmasından ileri geldiği akla gelebilirse de; bazen çok sağlam hukuki- teknik gerekçelerle yapılmış akademik eleştirilerin söz konusu olduğu hatırlanınca, meselenin sadece, bu yüksek mahkemenin "siyasi" niteliğiyle açıklanamayacağı anlaşılır.

Anayasa Mahkemesi'nin, yüksek öğretim öğrencilerinin başlarını örtmelerine izin veren 3511 No'lu Kanunu iptal eden kararını bu çerçevede içinde değerlendirebiliriz. Bu karar karşısında da, hemen hemen herkes kendi "meşreb"ine göre bir tutum takındı. Kararı eleştirenlerin çok azı sağlam hukuki gerekçeler ortaya koydular. Ama, iptal kararını hararetle destekleyenlerin dayanaksızlığı çok daha çarpıcıydı. Öyle ki, bu doğrultuda kalem oynatanların hiçbiri hukuki bir dayanak gösterememiş, hatta buna gerek bile duymamışlardır. Bu tutumun hukukçu akademisyenler arasında bile hakim olmuş bulunması gerçeği, doğrusu, ahlâk kaygısı güdenler için çok ümit kırıcıdır.

Bu yazıda, söz konusu "mahkeme" kararını hukuk tekniği açısından ele alacağız. Ancak, bundan önce, Anayasa Mahkemesinin yargısal tutumu hakkında bazı genel gözlem ve tespitlerde bulunmak istiyoruz.

Birkaç Gözlem

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında dikkati çeken özelliklerden biri, bunların "hukuki" olmaktan çok "siyasi", hatta ideolojik zeminlere oturtulmuş olduklarıdır. Öyle anlaşılıyor ki bu yanlış, siyasi alanda hukuki nitelikte karar verilemeyeceği, bu yüzden de Mahkemenin kararlarının kaçınılmaz olarak "politik" karakterli olacakları yolundaki yanlış zandan kaynaklanmaktadır. Yüksek mahkemenin son tartışmalı kararı, Mahkemenin bu geleneğini

teyid eden yeni bir örnek durumundadır. Anayasa Mahkemesinin kararlarının niteliği hakkındaki bu kanaat öylesine yaygındır ki, bu anonim yanılı dolayısıyla Mahkemeyi mazur görmek gerektiği bile düşünülebilir. Ne var ki, böyle düşünmek, Anayasa Mahkemesi'nin "mahkeme" olmadığını kabul etmek demek olur. Bu ise, kavramlarda bir çelişkidir. Uzman ve teknik bir kurul, "galat-ı meşhur"a göre karar veremez; zaten işin doğrusunu bulmak ve gereğini yapmak onun asıl görevidir.

Gerçekte, toplumsal ve iktisadi alanlarla ilgili olarak nasıl "hukuki" kararlar verilebiliyorsa, aynısı "siyasi alan" için de geçerlidir. Çünkü, siyasi olgular da hukukla düzenlendiği ölçüde hukukileşir ve böyle düzenlemelerin mevcut olduğu her yerde hukuki-yargısal inceleme (denetim) yapılabilir. Yalnız bir kayıt koymak gerekiyor: Siyasi alanda, hukuku ilgilendirdiği ölçüde, yani mümkün olduğunca az mahkeme kararı verilmelidir. Çünkü, bu alandaki bütün olgular hukukla düzenlenmiş olmadığı gibi, buna imkan da yoktur. Yani, hukukla siyasetin çakıştığı durumlar, böyle olmayanlardan daha azdır. Esasen, hangi alanda yargılama yapıyor olursa olsun, her çeşit mahkemenin kararı "hukukilik" sınırını aşmamalıdır. Bundan dolayı, Anayasa Mahkemesi, önüne getirilen olayın "hukuki" bir çözümünün mevcut olmadığı durumda, iptal kararı vermek için kendini zorlayıp hukukun ötesine (meta-juridik'e) geçmemelidir. Kendisine daima şunu hatırlatmalıdır: O, ne ikinci bir Meclistir, ne de siyasi bir danışma organıdır. Yüksek Mahkeme az ve öz (yeterince ve gerektiği kadar) söylemeli, sık sık siyaset sürecine müdahale etmekten kaçınmalıdır. Özellikle, mahkeme kararı adı altında siyasi beyanname yazmaktan titizlikle kaçınması gerekir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarıyla ilgili ikinci nokta, "hüküm fıkrası" ile gerekçe arasındaki ilişkinin zayıflığı veya-bazen olduğu gibi-tersine dönmüş olmasıdır. Nitekim zaman zaman, bir kararın "gerekçe" kısmında yazıl-

mış olanların, varılan "karar"a sağlam bir kurgu içinde götürecektir hukuki dayanakları ihtiva etmediğine tanık olunmaktadır. Bunun önemli ölçüde, dava konusu hakkında sahip olunan peşin hükme, daha sonra dayanak aranmasından ileri geldiği anlaşılıyor. Doğrusunu söylemek gerekirse, Mahkemenin bazen, dava hakkında derinlemesine bir hukuki araştırma yapmadan, konuyla ilgili genel telakki ve sezgilerine göre bir sonuca varıp, bilahare buna münasip "gerekçe" aramış olduğu izlenimi doğmaktadır. Bunun için olsa gerek, Mahkemenin birçok kararının gerekçesi karmaşık, dolambaçlı ve mantiki tutarlılığı (insicamı) zayıf birer yargısal metin özelliği göstermektedir. Kararların argümantasyonundaki zorlamanın da aynı noktayla ilgili olduğu anlaşılmaktadır.

İşaret edilmesi gereken başka bir nokta da, Anayasa Mahkemesinin bazen kanunların "Anayasa uygunluğu"nu araştırmakla yetinmeyip, onları daha önceki yasal mevzuata (kanun, tüzük, yönetmelik vb.) uygunluk açısından da değerlendirme yoluna gitmesidir. Oysa belirtmeye bile gerek yoktur ki; yeni çıkarılan bir kanunun amacı zaten önceki mevzuatı kaldırmak, değiştirmek veya tamamlamaktır. Kanunlar arasında hiyerarşi de söz konusu olmayacağına göre, yapılan hemen hemen tamamıyla anlamsız bir iştir. Anayasa Mahkemesi, bu yola herhalde bilinçli olarak başvurmuş olamaz. Fakat amaç her ne olursa olsun -isterse ana temayı kuvvetlendirmek amacı güdülsün-bu yöneme iltifat etmemek gerekiyor.

Yüksek Mahkemenin zaman zaman nükeseden "neologism" tutkusu ise, işaret etmekte yarar gördüğümüz dördüncü noktadır. Bu mahkememizde görevli yüksek hakimlerin (veya raportörler'in), böyle bir fantaziye kendilerini kaptırarak, hukukun yerleşik-evrensel temel kavramları yerine özgün yeni kavramlar bulmaya kalkışmasının riskini daima gözönünde bulundurmaları gerekiyor. Gerçekten, bu tür bir çaba, meselenin daha da karmaşık ve içinden çıkılmaz bir hale gelmesine yol açacağı

gibi; bu iş için yeterli bilimsel formasyona sahip olmayanlar elinde yürütülmesi halinde ortaya çıkacak amatörlik görüntüsü, Anayasa Mahkemesinin saygınlığını (artıran değil) azaltan bir unsur olacaktır.

Son olarak, Anayasa Mahkemesinin kararlarındaki dil özelliklerine dikkat çekmek istiyoruz. Kanunların Anayasaya uygunluğunu araştıran bu mahkememizin “Anayasa dili”ni gözardı etmesini bir yana bıraksak bile, mesele burada bitmiyor. Yüksek mahkemelerimizin kararlarının birer dil ve ifade abidesi olmalarını beklemiyoruz. Ama bu kararların, hiç değilse, Türkçe’nin doğru ve özenli kullanıldığı, Türklerin gerçek hayatta birbirleriyle anlaşmalarını sağlayan ortak dilin bir örneğini yansıtan metinler olmalarını beklemeye hakkımız vardır. Ne yazık ki, Anayasa Mahkemesinin bu konuda Türk vatandaşlarını gururlandıran bir yol izlediğini söyleyemeyiz. Yüksek Mahkemenin bu zaafının, yukarıda işaret ettiğimiz, gerekçe konusunda tam bir vuzuha kavuşmamış olmasından başka sebepleri de vardır. Bunların başında, mahkeme mensuplarının Türkçe konusundaki vukuf noksanı ile “eski” teknik (hukuk) terimlerini kullanmamak saplantısı gelmektedir. Yani işin bir “bilgi” ile bir de “tutum”la ilgili yönü bulunuyor. Bilgi noksanı her zaman telafi edilebilir. Bu cümleden olarak, Anayasa Mahkemesi’nin -özellikle raportörlerine- yeni Türkçe’nin klasiklerini (söz gelişi Halide Edip, Reşat Nuri, Yakup Kadri, Refik Halit, A. Hamdi Tanpınar ve Peyami Safa gibi) okutmak belki yararlı olur. İhtimal ki, bu sayede Türkçe’nin estetiğine ve dil zevkine saygısızlık örneği oluşturan (“bağımsız koşulsuz” gibi) ibareleri kullanmaktan rahatsızlık duyacak kadar duyarlık kazanırlar. Yine bu sayede, yüksek mahkemenin kararlarını okurken, Türkçe yazılmış bir metni değil de, kimbilir hangi dilden yapılmış kötü bir çeviriyi okuyormuşuz duygusuna kapılmaktan kurtulabiliriz. Fakat bütün bunların gerçekleşmesi, her şeyden önce bir “tutum”

değişikliği yapılmasına bağlıdır.

2. 3511 Nolu Kanun Hakkında

Anayasa Mahkemesi, inceleyeceğimiz kararını, TBMM’nce 10 Aralık 1988 tarihinde 3511 Numarayla kabul edilen “2457 Sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 44’ncü Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Ek ve Dört Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun, 2547 No.lu Kanuna bir madde eklenmesini öngören 2. maddesine karşı Cumhurbaşkanı Kenan Evren’in 4 Ocak 1989 tarihinde açtığı iptal davası üzerine, 7.3.1989 tarihinde vermiştir. İptali istenen ek madde metni şudur :

“Ek Madde 16- 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”.

Bu hüküm, ilk bakışta sanıldığı aksine, özgürlüğü genişletici değil, daraltıcıdır. Gerçi burada kanun koyucunun amacı, idari işlemlerle bazı haklarını kullanmaları engellenen bir kısım vatandaşın bu “hak”kını iade etmektir. Ama, kanun bu amaca hizmet etmekten bir hayli uzak kalacak şekilde, teknik bakımdan hatalı olarak yapılmıştır. Bu itibarla, ek madde hükmü üzerinde kısaca durmak gerekiyor.

Hükmün birinci cümlesi, yüksek öğretim öğrencilerinin kurum içi kıyafetlerini, “çağdaş”lıkla sınırlamıştır. “Çağdaş” sayılmayan her türlü kıyafet ve görünüm, öğrenim özgürlüğünün devletçe kısıtlanması için yeterli bir sebep haline getirilmiştir. Çağdaşlık hukuki (teknik) bir kavram olmadığı için uygulamada keyfiliğe yol açması kaçınılmazdır (nitekim öyle olmuştur). Bu yüzden, yapılan düzenleme hukuk bilimi açısından isabetsizdir.¹ Ayrıca, öğrenim hakkının bu şekilde sınırlanması, hem Anayasanın “kanun önünde eşitlik” (m.10) hükmüne, hem de kanunla yapılan hak sınırlama-

larının “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı” olamayacağını belirten Anayasa kuralına (m.13/2) aykırıdır.

Ek maddenin ikinci cümlesi, ilk cümledeki sınırlamayı, bir ölçüde hafifletmeye yöneliktir. Buna göre, çağdaş kıyafet ve görünüme aykırı sayılan, “boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması”, dini inanca dayanması halinde serbesttir. Yani, kanun koyucu her ne kadar öğrenim özgürlüğünün kıyafet gerekçeleriyle kısıtlanabileceğini kabul ediyorsa da; din ve vicdan özgürlüğünü yok saymaya yetkisi olmadığını varsaymaktadır. Başka bir deyişle, bir özgürlüğün korunmasını, “çağdaş görünüm”ün sağlanmasına üstün tutmaktadır ki, bu yaklaşım temel haklar doktrini açısından doğrudur.

Teknik bakımdan durum böyle olmakla beraber, pratik açıdan kanun, yüksek öğretim kurumlarında okumaları engellenen bir grup öğrencinin mağduriyetini giderebilecek durumda idi. Yani, başlarını örten yüksek öğrenim öğrencileri, böyle yapmayan ve büyük çoğunluğu oluşturan diğer arkadaşları gibi -hak kaybına uğramadan- öğrencilik statüsünün verdiği hak ve imkanlardan yararlanabilir duruma getirilmişlerdi.

Bundan dolayı, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının sonuçları konusunda değişik görüşler ileri sürülebilir. Şöyle düşünmek mümkündür: Yüksek öğrenim özgürlüğünü kısıtlayan bir kanun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğine göre, bu özgürlük yönünden, daha elverişli bir durum ortaya çıkmıştır. Artık yüksek öğrenim kurumlarında hiç bir kıyafet sınırlaması kalmamıştır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi’nin dayandığı “gerekçe”, onun bu sonucu istememiş olduğunu gösteriyorsa da; (Anayasa dahil) Türk pozitif hukukunda yüksek öğretim açısından böyle-sine radikal bir sınırlama mevcut olmadığından, başlarını örten öğrencilerin de devlet okullarında yüksek öğrenim yapmaları hukuken engellenemez.

Öte yandan, teknik yapısı itibarıyla zayıf olsa da, 3511 No’lu Kanun’un 2. maddesinin amacı, uygulamadaki haksızlık ve eşitsizliği gidermek olduğundan; bunun iptal edilmesi eski elverişsiz pratiğin iadesine yol açabilecektir. Üstelik, Anayasa Mahkemesi’nin gerekçeli kararı, bu uygulamaların, eskisinden daha katı bir biçimde sürdürülmesi için kullanılmaya elverişlidir.

İptal Kararının Gerekçesi

3511 Numaralı Kanunun 2. maddesini iptal eden Anayasa Mahkemesi kararın gerekçesi,² Anayasanın Başlangıç kısmıyla, 2, 10, 24 ve 174. Maddelerine dayandırılmıştır. Bunları ayrı ayrı ele almalıyız.

Anayasanın “Başlangıç” Kısmı

Anayasa Mahkemesi, “Anayasa maddelerinin amacını ve yönünü belirleyen bir kaynak” olarak nitelediği Başlangıç kısmı yönünden yaptığı incelemeyi, bu bölüme hakim olan laik devlet fikri etrafında toplamıştır. Laiklik bu çerçevede, çağdaş uygarlığın temel değerleriyle dolaysız bir ilişki içinde değerlendirilmektedir ki; bu yaklaşımın doğru olduğuna şüphe yoktur. Ayrıca Mahkeme, Türkiye Cumhuriyeti’ndeki laiklik ilke ve pratiğinin kendine özgü yönleri hakkındaki tespitlerinde de haklıdır. Ne var ki; bu ilkenin, dava konusu kanun hükmüyle bağlantılandırılması doğru değildir. Buradaki yanlışlık, yüksek mahkemenin, sorunu yanlış bir çerçeveye oturtmasından doğmaktadır. Nitekim Mahkeme, kararının giriş kısmında şu yanlış tespiti yapıyor: “Sorun, bir yasal düzenlemenin din kurallarına, dinsel inançlara ve gereklere göre yapıp yapılamayacağı noktasında yoğunlaşmaktadır.”

Dava konusu düzenlemenin bu şekilde değerlendirilmesinde isabet yoktur. Çünkü, 3511 Numaralı Kanunun 2. maddesi, din kurallarına dayalı bir düzenleme yapmış veya “dinsel kökenli bir kurala geçerlik” tanımış değildir. Din

ve vicdan özgürlüğünün, devletin de ihlal edemeyeceği bir temel hak olarak kabul edilmesi; dinsel kökenli olmayıp aksine “çağdaş” uygarlığın temel değerleri arasında yer alır. Kaldı ki, söz konusu kanunda “dini inanç” a atıfta bulunulması, hak kurucu bir perspektif içinde değil, hak kaybını önleyici bir kurgu içinde yer almıştır. Başka bir deyişle, bu madde bir hakkın varlığını belli bir dini inanç şartına bağlamak yerine; bazı vatandaşların var olan bir haklarının dini inançları yüzünden kaybettirilmesini, yani dine dayalı bir ayrımcılık yapılmasını önlemeye yöneliktir. Bu da, yine çağdaş bir değer olan “kanun önünde eşitlik” ilkesiyle tutarlı bir düzenlemedir. Demokrasi tercihiyle tutarlı kalarak bunun aksini savunmaya zaten imkan yoktur.

Bu bölümün son paragrafında “Anayasa’daki laiklik ilkesine ve laik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz” denmektedir. Burada “eylem”den kastedilen, bazı öğrencilerin başlarını örtmeleri ise; Mahkemenin, laik bilgileri alma konusunda, insanın zihni fonksiyonlarının, başın açık veya kapalı olmasına göre değiştiğine ilişkin “bilimsel” kanıtları da göstermesi gerektirdi. Böyle yapılmadığına göre, yüksek mahkemenin gereksiz yere kaygıya kapıldığına hükmedebiliriz. Böyle bir “uyanıklık” ise, değil yüksek hakimler için, polisler için bile fazladır. Yok eğer kastedilen, başlarını örten öğrencilerin bunu da aşan muhtemel eylemleri ise; bu duyarlılık da Anayasa Mahkemesi’nin olması gereken yargısal konumuyla bağdaşmaz. Çünkü, Anayasa Mahkemesinin görevi, bazı eylemlerin veya eylem ihtimallerinin yargılanması değil (çünkü bu iş Adliye Mahkemelerinin görevidir), kanunların yani belli bir tür pozitif hukuk metninin Anayasaya uygunluğunu incelemektir.

Cumhuriyetin Nitelikleri

İlginçtir ki, Anayasa Mahkemesi, dini inancın hukuki koruma görmesini bir temel hak

sorunu olarak görmek yerine, devletin temel niteliklerine yönelik bir tehdit olarak görmektedir. Mahkeme, Anayasanın 2. maddesi açısından yaptığı değerlendirmede, dava konusu hükmün “Atatürk milliyetçiliği”ne aykırı olduğunu kanıtlamaya çalışmaktadır. Mahkemenin bu yargıya varmadan önce, Atatürk milliyetçiliği hakkında yaptığı açıklama -anlatım bozukluğu bir yana- özü itibariyle (yani içerdiği bilgi bakımından) doğru olmakla beraber; bu açıklamanın onu nasıl bir mantıklı düşünce süreci sonunda bu yargıya götürdüğü anlaşılamamaktadır. Dava konusu kanun maddesi, kararda iddia edildiğinin aksine, “millet”; din bağına dayandırmakla ilgili olmadığından, Atatürk milliyetçiliğinde “birleştiricilik(in) dinsel bağda değil... Ulus bağında” olduğunu vurgulamanın kanıt olma değerinden söz edilemez. Bunun gibi, “(Demokratik düzen(in)... şeriat düzeninin karşısı” olması (bu ikisi bağdaşmaz, demek isteniyor) da konuyla ilgisizdir. Mahkeme, “Dini inanç sebebiyle...” ibaresini, içinde bulunduğu söz diziminden soyutlayarak, onu olmayan bir şeyin kanıtı olarak sunmaya çalışmaktadır.

Devletin laiklik niteliği açısından yapılan değerlendirme de, “bu nedenlerle, incelenen kural, laiklik ilkesiyle uyuşmamaktadır” yargısıyla sonuçlandırılmış olmakla beraber; geriye dönük “nedenler” e baktığımızda, mahkemenin ulaştığı sonuca götüreceği herhangi bir argümantasyona yer verilmemiş olduğunu, sadece her zaman her yerde söylenebilecek türden bir “laiklik retoriği”yle yetinildiğini görüyoruz.

Anayasa Mahkemesi, dava konusu kanuni düzenlemeyi hukuk devleti ilkesiyle de ilişkilendirerek, bu bakımdan da kanunu Anayasaya aykırı bulmaktadır. Bununla ilgili açıklamalara baktığımızda, yalnız başlarına alındıklarında doğru olan bazı önermeler düzensiz bir biçimde kaybedildikten sonra; 3511 No.lu Kanunun “din”i hukuk kaynağı kabul ettiği varsayılarak, bunun hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Gerçekte ise, mahke-

menin kanun hakkındaki bu değerlendirmesi (yukarıda belirttiğimiz gibi) doğru değildir. Kaldı ki, öyle olsaydı bile; bunun hukuk devleti ilkesine değil laikliğe ve demokratik devlet ilkesine aykırı olduğundan söz edilebilirdi. Anayasa Mahkemesi iki farklı kavramı birbirine karıştırmaktadır. Çünkü, öyle bir devlette yaşamak istemeyebiliriz ama, demokratik olmayan bir devlet de hukuk devleti olabilir. Demokrasi ile bir arada olmayan hukuk devleti, bize göre de değersizdir. Ne var ki, uzman bir heyetin, görev alanının temel kavramlarını doğru kullanması gerekir.

Gerekenin bu bölümünün sonunda yüksek mahkeme, Türk demokrasinin, Anayasanın tayin ettiği çerçeve ile sınırlı olduğunu ve bu sınırlardan birinin de laikliğin korunması olduğunu hatırlatarak, sınırsız demokrasi anlayışının Anayasaya aykırı olduğunu belirtmektedir. Bunlar doğru bilgilerdir. Fakat mahkeme "laiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunamaz" hükmüne varırken, öğrenim özgürlüğünün laiklikle niçin bağdaşmadığını ve bu özgürlüğü her Türk vatandaşı için kullanılabilir kılan bir düzenlemenin laikliğe hangi yönden aykırı olduğunu da açıklamalıydı.

Eşitlik

Anayasa'nın 10. maddesi "kanun önünde eşitlik" ilkesini temel bir anayasa ilkesi olarak öngörmüştür. Bu, devletin, hangi gerekçesiyle olursa olsun, bir grup kişiyi haklardan yoksun bırakma yetkisi olmadığını ve her türlü ayrımcılığın yasak olduğunu ifade etmektedir. Vatandaş-yabancı ayrılığının getirdiği istisnalar dışında, hak süjesi olmak bakımından herkes eşittir. Ülke bu haliyle, genel bir hukuk güvencesi getirmektedir. Bunun için 10. maddenin, hak kaybına uğrayanların aleyhine kullanılması bir yana; ona, bu durumdaki kişilerin haklarını iade etmek için başvurulması gerekir.

Halbuki, Anayasa Mahkemesi'nin mantığı burada da tersine işlemiştir. Ona göre, dava konusu kanun başörtüsüne "ayrıcalık" tanıdığı i-

çin, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Gerçekte ise, söz konusu düzenlemenin bazı kişilere ayrıcalık tanımakla ilgisi olmadığı gibi (bu arada işaret etmekte yarar var: Ayrıcalık nesnelere değil, kişilere tanınabilir); aksine, bu ilkeye yüksek öğretim alanında da geçerlik sağlamaya yöneliktir. Kanunun amacı, dini inanışları yüzünden bazı yükseköğretim öğrencilerinin "yüksek öğretim" kamu hizmetinden yararlanmalarını engelleyen uygulamalara son vermektir. Bir şeye "ayrıcalık" (imtiyaz) diyebilmek için; başkalarına tanınmayan bir hak veya menfaatin, keyfi olarak bir grup kişiye tanınmış olması gerekir. Halbuki bu olayda, bunun tam tersi söz konusudur. Yani bir grup vatandaşa, keyfi olarak ayrımcılık yapılarak, herkese tanınan bir haktan yoksun bırakılmışlardır. Üstelik bu eşitsizlik, Anayasanın koruduğu din ve vicdan özgürlüğüyle bağlantılı olan kılık-kıyafet serbestisi de ihlal edilerek yapılmakla, hukuka aykırılık bir kat daha artırılmıştır. Anayasa Mahkemesi, önüne getirilen dava dolayısıyla, aksini yapması gerekirken, bu haksız uygulamayı onaylamıştır.

Yine mahkemenin yorumuna göre; dava konusu kanun, kişileri "başını örtmeye zorladığı" için de Anayasaya aykırıdır. Bu konuda bir "zorlama"nın varlığına bizi ikna edebilmek için yüksek mahkeme kendini o kadar zorlamış ki, kendi içinde çelişkili bir önermeye yer vermektен kendini alamamış. Şöyle ki: Mahkemeye göre, "boyun ve saçların örtülmesine serbestlik tanınması, bir tür yönlendirme, bir anlamda zorlamadır". Olmayan bir şeyi var göstermek için, demek ki mantığın temel kurallarını böylesine ters yüz etmek de varmış!

Din ve Vicdan Özgürlüğü

Anayasa'nın 24. maddesi din ve vicdan özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Anayasa Mahkemesi dava konusu kanun hükmünü bu yönden incelediği kararda, bu konuyla ilgili olarak bir sayfayı aşan açıklamalar yapmış olmasına rağmen, bunlardan tutarlı bir sonuca

varmak imkansız gibidir. Belli olan bir tek nokta vardır: Yüksek mahkeme, bir temel hakkı garanti etmek için getirilmiş olan bir anayasa kuralını, bu hakkı yok sayabilmek için bir dayanak olarak kullanmış bulunuyor. Fakat, bu iş yapılırken, sağlam bir hukuki argümantasyon geliştirilmemiş olduğu için (ki, böyle olması kaçınılmazdı), ikna edici olunamamıştır. Burada ifade edilen önermeleri şöyle sıralayabiliriz :

a) Dava konusu kanun maddesi din ve mezhep ayrılığını kışkırtarak devlet ve millet bütünlüğünü bozabilecek niteliktedir.

Bu önerme, Anayasa Mahkemesinin yanlış hukuki tavsifinin yeni bir teyidi olup, uyuşmazlık konusu hukuki gerçekliğin yanlış bir tespitine dayanmaktadır. Kaldı ki; özgürlüklerin ayrılıkçı-bölücü olarak görülmesi, “demokratik” bir devletin yüksek hakimlerine yakışmamaktadır.

b) Dini inanç sembelleri (“başörtüsü” kastediliyor) kullanılması ayrılıkçı olup, nihayetinde toplumun din ve vicdan özgürlüğünden yoksun kalmasına yol açabilir.

Birinci önerme ile ilgili olarak yüksek hakimler yönünden duyduğumuz endişe, bu önerme yönünden de geçerlidir. Ayrıca dini inanç sembelleri kullanılmasının, toplumun din ve vicdan özgürlüğünden yoksun kalmasına yol açabileceği yargısı da, hukuki bir yargıdan çok bir vehim olarak nitelenebilir.

c) Giysilerin dini inanca dayandırılması çağın gereklerine aykırıdır.

Daha önce işaret ettiğimiz gibi, bu hukuki değil, sosyolojik bir meseledir.

d) Herkesin istediği gibi giyinme özgürlüğü bulunduğundan, bu konuda bir zorunluluk getirilmesi din ve vicdan özgürlüğüne aykırıdır.

Giyinme özgürlüğü hakkındaki değerlendirmeye doğru olmakla beraber, bu konuda bir zorunluluk getirilmiş olduğu doğru değildir.

Bunu yukarıda açıkladık.

e) Vicdan özgürlüğü gerekçesiyle “dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz”.

Bu önerme de bütünüyle yanlıştır; doğru olan, bunun tam tersidir. Kaldı ki, Mahkemenin bu önermede haklı gördüğü özgürlük iptali, bir önceki önermede ifade ettiği giyinme serbestisine de aykırıdır.

f) Dini inanç gereği örtünmeye izin vermek, kamu hukuku alanında giyimi düzenleme yetkisini “dinsel olur” a bağlamak anlamına gelir.

Buradaki önerme de yanlış bir değerlendirilmeyi yansıtmaktadır. Dava konusu kanun, dini inanç gereği örtünmeye izin vermekle, iddia edildiği gibi hukuk kuralı koyma yetkisini dini onaya bağlıyor değildi. Sadece, Anayasanın da tanıdığı bir hakkı takviye edici bir düzenleme yapılmak istenmişti. Çünkü, buradaki sorun, İslam dininin (veya başka bir dinin) örtünmeyi şart kılıp kılmadığı sorunu değildir. Eğer devlet, dini makamlardan aldığı bir fetva üzerine örtünmeyi emredici bir kural getirmiş olsaydı. Mahkemenin yaptığı nitelendirme doğru olurdu. Halbuki sorun, dinin neyi gerektirdiğinin devletçe belirlenip uygulamaya konmasından bağımsız olarak; bazı vatandaşların, dini inançları yüzünden haklarından yoksun bırakılmamalarıyla ilgilidir. Anayasanın gereği de budur.

Anayasa Mahkemesinin dayanaklarından birisi olan, devletin “giyimi düzenleme yetkisi”ne aşağıda ayrıca temas edeceğiz. Çünkü, bu konuda da dikkatsizce sarfedilen sözler sonucu ortaya çıkan “galat-ı meşhur” çoğu kişinin zihnini bulandırmaya devam etmektedir.

İnkılâp Kanunlarının Korunması

Bilindiği gibi, Cumhuriyet dönemi Türk Anayasaları, devletin temel ideolojik doğrultusuyla yakından bağlantılı görülen ve otoriter tek-parti yönetimi döneminde çıkarılmış olan “İnkılâp Kanunları”nı korumak amacıyla, bu

kanunların Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceğini emreden hükümlere yer vermişlerdir. 1982 Anayasasının 174. maddesi de aynı amaçla getirilmiştir. Hepsi sekiz tane olan bu kanunlardan sadece ikisi giyim-kuşamla ilgili olup, bunlar da kadın giyimi hakkında herhangi bir kurala yer vermiş değildir. Anayasa Mahkemesinin 174. madde ile dava konusu 3511 No.lu Kanun arasında bağlantı kurmasının sebebi, İnkılap Kanunlarının, "Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacı"na yönelik oldukları yolundaki değerlendirmesidir. Gerçekte ise, bu kanunların hepsinin laiklikle ilişkisi olmadığı bir yana; öyle olsa bile, demokratik devlet ilkesi açısından birer istisna sayılması gereken İnkılâp Kanunlarının kapsamı yargı içtihatlarıyla genişletilemez. Bu kanunlar sınırlı sayıda dirlar, konuları sınırlıdır; bunlar öngörülmedikleri alanlara teşmil edilemezler. Kaldı ki, mahkemeler hak sınırlayıcı kanun ve normları dar anlamda yorumlamalıdır. Genişletici yorum, ancak bir hakkın içeriğini genişletmek için yapılabilir. Anayasa ve kanunlarda bile öngörülmemiş olan kısıtlamalar yargı kararlarıyla konamayacağı için, Anayasa Mahkemesinin bu bahiste yaptığı dolambaçlı yorumlara itibar edilemez.

Anayasa Mahkemesi de 174. maddeye dayanmakla çıkmaz bir yola girdiğinin farkında olduğu için; 3511 No.lu Kanunla ilgili olarak sarıh bir aykırılık gerekçesi göster(e)meden, dava konusu kuralın "devrim yasalarının amaç, ere ve içeriklerinin öngördüğü nitelikleri gözardı" ettiği gibi yuvarlak bir ifadenin ardından, Kanunun Anayasaya aykırı olduğunu ilan ediyor.

Devletin Giyim-Kuşamı Düzenlemesi

İptal kararında açıklanan aykırılık gerekçelerinden biri de, devletin (idarenin) kamu hukuku alanında kıyafet serbestisini sınırlamaya yetkisi bulunduğudur. Anayasa Mahkemesi, öğretim kurumlarında "devletin düzen sağlayacak kurallar getirme" hakkı bulunduğunu ve bunun özgürlüğe aykırı olmadığını belirtmiştir. Bu, prensip olarak doğrudur. Ger-

çekten de devlet, kamu kurum ve kuruluşlarında kılık-kıyafeti düzenleyici kurallar getirebilir. Ne var ki, bu kurallar ister kanunla isterse idari işlemlerle getirilmiş olsun, bunların anayasal sınırları vardır. Esasen, kanuni bir dayanak olmadan idare bireysel veya genel bir tasarrufuyla özgürlükleri kısıtlayamaz. Kanunla yapılacak düzenlemeye gelince; bu, eğer bir sınırlama niteliğinde ise, bunun Anayasada gösterilen sebeplere dayandırılması ve her hâlükârda "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması" gerekir (Anayasa, m.13). Bu şartlara aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne bir kanun getirildiğinde ise, Mahkemenin konumu şudur: Kanunun yaptığı hak sınırlamasını haklı kılan anayasal sebeplerin bulunup bulunmadığına; eğer bu sebepler varsa, sınırlamanın "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı" olup olmadığına karar vermek, yani, dava konusu kanunu bu maddeye dayanarak iptal edecekse, olayda söz konusu olan hakkı iade etmek için yapacaktır. Aksi halde, yani hakkı kaldırmak için temel haklarla ilgili güvence maddelerine dayanılmaz. Fakat, eğer varsa, Anayasanın başka maddelerine aykırılık gerekçesiyle iptal kararı verilebilir. Anayasa Mahkemesi 3511 Nolu Kanunun söz konusu maddesi hakkında iptal kararı vermekle, kanun koyucuya şunu demiş olmaktadır: "Bu hakkı kısıtlaman (veya tanımaman) gerekirken, kısıtlamadığım (veya tanıdığım) için, bunu Anayasaya aykırı buluyorum." Bu, takdir edilir ki, çok ters ve akıllamaz bir mantıktır.

İmdi, Anayasa hem din ve vicdan özgürlüğünü (m. 24), hem de "bilim... öğrenme" hakkını (m. 27) kabul ettiğine göre; bu hakları pratik idare gerekleriyle bir kısım vatandaşlar için tanımayan ve böylelikle bazı idari "gerekler"; temel hakların üstüne çıkaran bir yüksek mahkeme kararına hukuk bilimi açısından esef etmemek mümkün müdür?... Evet, idarenin kamu kurumlarında kılık-kıyafeti düzenleme yetkisi vardır, ama bu düzenleme hiçbir halde temel hakların yok sayılması ölçüsüne varamaz.

Kaldı ki, idarenin bu tür düzenleyici kuralarla giyim-kuşama “çeki-düzen” verme yetkisi, sadece kendi ajanları bakımından söz konusudur. Üniversite öğrencisi ise, idare ajanı değil, “kamu hizmetinden yararlanan” durumunda olduğu için; devlet bu yararlanmayı, yararlananın temel bir hakkından feragat etmesi şartına bağlayamayacağı gibi, durumları aynı olan vatandaşlar arasında hizmetten yararlanma bakımından herhangi bir ayırım da yapamaz.

Sonuç

Hasılı, hangi açıdan bakarsak bakalım, Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararı -ne yazık ki- dayanaksız, keyfi ve önyargılı bir karardır. Bu karara, sadece bir üyenin muhalefet şerhi koymuş olması da üzücüdür. Demek ki, yüksek mahkemenin üyelerinden sadece biri doğru hukuki değerlendirmeyi yapabilmıştır. Bu muhalefet şerhi, sadece, özgürlükçü-çoğulcu bir düzen anlayışını yansıtmakla kalmıyor; onun hukukî argümantasyonu da, karar metnindekinden daha sağlam görüyor.

Sözü bağlamadan önce, birkaç noktaya daha dokunmalıyız.

Anayasa Mahkemesinin, özgürlüklerin anayasal sınırlarına dikkat çekerken açıkladığı bazı görüşler kaygı uyandırıcıdır. Bunların başında; Yüksek Mahkemenin, çoğulculuğu ve toplumsal çeşitliliği milli birliği tehdit eden bir unsur olarak görmesi gelmektedir. Bu dayanışmacı ve monolitik toplum görüşü, demokratik bir rejime temel olamaz. Bireysel tercihleri ve toplumsal çeşitliliği içine sindiremeyen aşırı konsensüs’cü bir tutum (buna “consensus efsanesi” demek yerinde olur), bizi demokrasiye değil de, ona karşıt başka hedeflere götürebilir. Hakların yegane süjesi olan bireyleri “devlet”in lüfuflarına mahkum zavallı yaratıklar olarak görmek, belki kamu idaresi bürokratlarının “işine gelir”. Ama yüksek hakimler; devletin temel direklerinden biri sıfatıyla, vatandaşların lütuf ve hak fermanlarını (yahut fetvalarını) elinde tutan “zat-ı şahane”ler konu-

munda oldukları zehabına kapılmamalıdır. Türkiye’de demokrasinin yerleşmesini gerçekten istiyorsak, önce bu zihniyeti değiştirmeliyiz. Bu da en çok yüksek hakimlere yaraşır.

Bir başka nokta, Anayasa Mahkemesinin yeni kavramlar yaratayım derken tehlikeli yanlışlıklar yapmasıyla ilgilidir. Mesela, iptal kararının bir yerinde (s.34) devletin “doğal hakkı”ndan söz edilmektedir ki; bu, zararlı bir bilgiçlik örneğidir. Eğer siyasi bilimler literatürüne, öznesi devlet olan yeni bir “doğal haklar doktrini” katılacaksa, bırakalım da bunu başkaları (mesela faşizmin teorisyenleri) yapsınlar. Çünkü, bu, demokratik bir yönetimin yüksek hakimlerine hiç yakışmaz.

Bu iptal kararına hakim olan temel bir perspektif hatası da dikkat çekiyor. Şöyle ki: Yüksek Mahkeme, temel hakların güvencesi olmak yerine, kısıyıcı olmayı tercih etmiş gibidir. Nitekim, Mahkeme; yüksek öğretim öğrencisinin kıyafet özgürlüğü olamayacağına, bunun için gerekirse din ve vicdan özgürlüğünün bile tanınmayabileceğine, bazı vatandaşların “kanun önünde eşit” olmadıklarına bizi i-nandırmak için o kadar kendini zorlamış ki, doğrusu katlanılan zahmete yazık!.. Çünkü, demokratik hukuk devletinde bir yüksek mahkemenin işlevi bu değildir; aksine, bunun tam tersidir. Nitekim, bizzat Anayasa Mahkemesi Sosyalist Parti hakkında açılan kapatma davasında, özgürlükleri genişletici bir yorumu tercih ederek, örnek bir tutum sergilemişti. Bir yüksek mahkemenin, çok kısa aralıklarla, birbirine bu kadar zıt yaklaşımları yansıtan iki ayrı kararı vermiş olmasının gariplik, incelenmeye değer bir konudur.

Son olarak, bir noktada Mahkemenin hakkını teslim etmeliyiz. İptal kararında, lâiklik sadece Türkiye Cumhuriyeti için değil, genel olarak geçerli (yani evrensel) bir değer olarak teşhis edilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin bu değerlerin korunması kaygısını taşıması yerindedir. Bunun gibi, lâiklikle bağlantılı başka bazı değerlerin önceliğinin vurgulanması da

doğrudur. Ne yazık ki, yüksek mahkeme bu konuda fazla evhamlı davrandığı için, kendi endişesinin ciddiyetini de zedelemiştir. Şunu hatırd tutmak gerekir ki; bazı temel insanî değer tercihlerine sahip kişiler olarak bunların toplumsal düzeyde kabul görmesini arzu etmek ve aykırı eğilimlere sempati duymamak hakkına hepimiz sahip olmakla beraber; eğer insanın değerini kabul ediyorsak, başka insanların inanış ve eğilimlerini devlet zoruyla değiştirmeye çalışmanın yanlış olduğunu da kabul etmeliyiz. Bundan dolayı, hukuka, tâkâtinden fazla yük yüklemekten kaçınmamız gerekiyor. Üniversite veya sokakta başlarını sıkı sıkıya örten bazı insanlarımızın görüntüsü, çeşitli sebeplerle bizi rahatsız ediyor olabilir. Böyle giyinmemelerini temenni edebilir, bu görünümün arkasında yatan insan görüşünü yadırgıyor olabiliriz. Ama onları, bizim tercihlerimiz doğrultusunda giyinmeye zorlama hakkımız yoktur. Nasıl ki, onların da, kendi tercihlerini bize empoze edemeyeceklerini kabul ediyoruz...

* *Yayın Kurulu üyemiz ve anayasa hukuku profesörü Mustafa Erdoğan'ın bu yazısı daha önce Türkiye Günlüğü Dergisinde yayınlanmış ve sonra yazarın Liberal Toplum Liberal Siyaset adlı kitabına alınmıştır.*

NOTLAR

1. Bu makalede, konu sadece hukuk disiplini açısından incelendiği için, "çağdaşlık"ın insanın değerleri açısından ne anlama geldiği hakkında herhangi bir yargı belirtilmemektedir. Bu satırların yazarının değer tercihleri ile "çağdaş" değerler arasında paralellikler bulunmakla beraber, çıkış noktası ondan tamamen bağımsızdır. Temel insani değerler zaman ve mekânla kayıtlı değildir.

2. Anayasa Mahkemesinin E. 1989/1. K. 1989/12 sayılı ve 7.3.1989 tarihli gerekçeli kararı hakkında bkz. *Resmi Gazete*, Sayı: 20216 (5.7.1989), s. 15-41.