

**ANAYASA MAHKEMESİ'NİN
E. 2012/65, K. 2012/128 SAYI VE 20.09.2012 TARİHLİ KARARI
(R.G. TARİH-SAYI: 18.04.2013-28622) ÜZERİNE KISA BİR NOT/
ANAYASA MAHKEMESİ'NİN PEYGAMBERİ VE AYRIMCILIK
HUSUSUNDA YENİ BİR ADIM**

*(A BRIEF NOTE ON THE CONSTITUTIONAL COURT'S JUDGMENT NUMBERED:
E. 2012/65, K. 2012/128, DATED: 20.09.2012/THE PROPHET OF THE
CONSTITUTIONAL COURT AND A NEW STEP ABOUT DISCRIMINATION)*

O. Serkan Gülfidan *

ÖZET

30 Mart 2012 tarihli bir kanun değişikliği ile, iki seçmeli dersin ortaokul ve liselerin müfredatına eklenmeleri kanuni bir zaruret olarak düzenlendi: “Kur’an-ı Kerim” ve “Hz. Peygamberimizin hayatı”. Anayasa Mahkemesi, 18 Nisan 2013 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 20 Eylül 2012 tarihli kararıyla bu kanuni düzenlemeyi Anayasa’ya uygun buldu.

Anılan kararında, Anayasa Mahkemesi, “Hz. Peygamberimiz” ifadesinin anlamını belirledi; Mahkeme, “peygamberimiz”in İslam dininin peygamberi olduğunu vazetti. Ayrıca, Mahkeme, Türkiye’de İslam’ın çoğunluk dini olması dayanak noktasıyla, mevzubahis dersler lehine yaratılan kanuni zorunluluğun/teminatın diğer dinlere mensup olanlar bakımından bir eşitsizliğe yol açmadığını belirtti.

Laiklik ilkesi ve ayrımcılık yasağı karşısında söz konusu karar eleştiriye açıktır. İşbu kısa not, bahsi geçen kararın bu çerçevede değerlendirilmesini ve eleştirilmesini amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, laiklik, din ve vicdan özgürlüğü, ayrımcılık, eşitlik

ABSTRACT

On 30 March 2012, by a legal amendment, two elective courses have been added to the curriculums of junior high schools and high

* Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD Araştırma Görevlisi/Research Assistant, Doğu University, Faculty of Law, Department of Constitutional Law/Assistant de Recherche, Université de Doğu, Faculté de Droit, Département de Droit Constitutionnel

schools as a legal obligation: “The Holy Koran” and “the life of our Holy Prophet”. In a judgment of 20 September 2012, published in the Official Gazette of 18 April 2013, the Constitutional Court held that this legal provision was compatible with the Constitution.

In its judgment, the Constitutional Court explained the meaning of the words “our Holy Prophet”; according to the Court “our Prophet” was the Prophet of the religion of Islam. Moreover, the Court noted that the legal obligation/guaranty granted for those courses did not constitute an inequality for the members of other religions, having regard to the fact that Islam is the majority religion practiced in Turkey.

Considering the principle of secularism and the prohibition of discrimination, the judgment in question is open to criticism. The purpose of this brief note is to analyse and criticise the said judgment in this context.

Keywords: *Constitutional Court, secularism, freedom of religion and conscience, discrimination, equality*

GİRİŞ

14.06.1973 tarih ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 25. maddesinin ilk fıkrası, 30.03.2012 tarih ve 6287 sayılı Kanun'un 9. maddesi mucibince değişmekle aşağıdaki ilgili hali almıştır:

“...Ortaokul ve liselerde, Kur'an-ı Kerim ve Hz. Peygamberimizin hayatı, isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulur...”

Yasama Organı, anılan metinde “Hz. Peygamberimiz” ifadesini kullanmakla bir peygamberi benimsemekte olduğunu açıklamış bulunmaktadır. Dahası, Yasama Organı bu irade açıklamasını kanun biçiminde yapmış olduğuna ve mahiyeti gereği kanun ile genel ve uyulması zorunlu kurallar ihdas edildiğine göre, “Hz. Peygamberimiz” ifadesi, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yasama erkinin muhatabı olan herkes için bağlayıcıdır.

Anılan düzenleme üzerine, laiklik ilkesi karşısında yasama organının bir peygamberinin olmasının ve bu kişinin herkesin peygamberi sayılmasının nasıl mümkün olabildiği ve -kanun metninden anlaşılabilmesi dolayısıyla- Yasama Organı'nın peygamber addettiği bu kişinin kim olduğu 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu çerçevesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sorulmuş ise de, bahsi geçen sorular

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Basın, Yayın ve Halkla İlişkiler Başkanlığı¹ ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Dilekçe Komisyonu Başkanlığı² tarafından 4982 sayılı Kanun kapsamında görülmemele yanıtızsız kalmıştır. T. C. Başbakanlık Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nca da 4982 sayılı Kanun çerçevesinde bilgi talebi sayılmamaları dolayısıyla³, anılan suallerin yanıtlarına bilgi edinme hakkının kullanılması suretiyle ulaşmak mümkün olmamıştır.

Ne var ki, mevzubahis sorulardan biri, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından cevaplandırılmıştır. Gerçekten de, Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı'nın kararıyla kabul olunan⁴ ve Milli Eğitim Bakanlığı'nca 12 yıllık kademeli eğitim sistemi hakkında açıklamalar getirmek amacıyla yayımlanan “12 Yıl Zorunlu Eğitim Sorular - Cevaplar” isimli kılavuzun sonunda ekli bulunan⁵ “İlkokullar ve Ortaokullar Haftalık Ders Çizelgesi”nde “Hz. Peygamberimizin hayatı” dersi, “Hz. Muhammed'in Hayatı” olarak anılmaktadır.

Nihayet, “Kur'an-ı Kerim” ve “Hz. Peygamberimizin Hayatı” derslerinin, ortaokul ve liselerde isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulmasını öngören hükmün, İslam dini ile devlet arasında aidiyet ilişkisi kurduğu, devletin tüm dinler karşısında eşit mesafede durmasını engelleyeceği ve ayrıca bu dersleri seçmeyecek öğrencileri dolaylı da olsa inançlarını açıklamaya zorlayacağı, dolayısıyla kuralla, Anayasa'da korunan laiklik ve eşitlik ilkeleri ile din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği belirtilerek hükmün, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 10., 14., 17., 24., 27., 41., 42., 65., 90., 153., 163., 166. ve 174. maddelerine aykırı olduğunun ileri sürülmesi üzerine, Anayasa Mahkemesi (AYM), yukarıdaki sorulara yanıt teşkil etmesi beklenen kararını vermiştir (AYM'nin E. 2012/65, K. 2012/128 sayı ve 20.09.2012 tarihli kararı, (R.G. tarih-sayı: 18.04.2013-28622)). AYM'nin kararının bahsi geçen sorulara yanıt teşkil etmesi lazım gelir, zira normun Anayasa'ya uygun olup olmadığını

¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Basın, Yayın ve Halkla İlişkiler Başkanlığı'nın A.01.0.BHB.0.63.00.00-622.03[DOĞ-1356] sayı ve 25.05.2012 tarihli yazısı.

² Türkiye Büyük Millet Meclisi Dilekçe Komisyonu Başkanlığı'nın A.01.1.DİK.0.00.00.00/7802 sayılı yazısı; 3381 sayı ve 21.12.2012 tarihli kararı.

³ T. C. Başbakanlık Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun B.02.0.BHİ.0.02-622.01-990 sayılı yazısı; 2012/1004 sayı ve 05.07.2012 tarihli kararı.

⁴ Bkz. T.C. Milli Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı'nın 69 sayı ve 25.06.2012 tarihli kararı ve eki, <http://ttkb.meb.gov.tr/www/ilkogretim-kurumlari-ilkokul-ve-ortaokul-haftalik-ders-cizelgesi-ve-kurul-karari/icerik/76> (22.04.2013).

⁵ Bkz. T.C. Milli Eğitim Bakanlığı, **12 Yıl Zorunlu Eğitim Sorular - Cevaplar**, Ankara, 2012, s. 39, http://www.meb.gov.tr/duyurular/duyurular2012/12Yil_Soru_Cevaplar.pdf (22.04.2013).

tespit edecek olan AYM, bir yargı organı olması hasebiyle, hükmünü gerekçelendirmek ve normun anlamını açıklamak zorundadır.

Hukuki vecheden, mesele, AYM'nin kararında varlık nedeninin özüne riayet edip etmemesi noktasında düğümlenmektedir. İsabetle belirtildiği gibi, AYM varlık nedeninin özgürlükleri korumak olduğunu göz ardı ettiği takdirde, karar, devletin temel yapısının/anayasal nizamının dönüşümüne isaret edebilir⁶. Gerçekten de, Anayasa'nın otantik yorumcusu olmasından ötürü, AYM'nin kararı bu hususta yasama ve yürütme organlarının işlemlerinden farklılık arz etmektedir.

İşbu kısa notta, AYM'nin E. 2012/65, K. 2012/128 sayı ve 20.09.2012 tarihli kararı (R.G. tarih-sayı: 18.04.2013-28622) anılan bölümü itibarıyla incelenmeye gayret edilecektir.

I. AYM'NİN PEYGAMBERİ

A. İki Laiklik Yorumu ve AYM

AYM, kararının ilgili bölümünün gerekçelendirilmesine laiklik tanımını ile başlamakta ve bu vesileyle ilkin laiklik mefhumuna değgin iki farklı yorumdan söz etmektedir. Kaynağını sekülerizm-laisizm ikiliğinde⁷ bulan doktriner “pasif laiklik-dayatmacı laiklik”⁸ tefrikine tekabül eder görünen bu ayırım çerçevesinde AYM'ye göre;

“... katı laiklik anlayışına göre din, bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgudur.

Laikliğin daha esnek ya da özgürlükçü yorumu ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu tespitinden yola çıkmaktadır. Bu laiklik anlayışı, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsetmemekte, onu bireysel ve kollektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır. Laik bir siyasal sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altındadır.”

⁶ İbrahim Özden Kaboğlu, “İHL / “PEYGAMBERİMİZ” / AYM”, **BirGün**, 20.09.2012,

http://www.birgun.net/writer_index.php?category_code=1187091898&news_code=1348130849&year=2012&month=09&day=20 (22.04.2013).

⁷ Sekülerizm-laisizm hususunda bkz. Abdullah Sezer, “Türkiye’de Din-Vicdan Özgürlüğü ve Din-Devlet İlişkisi”, Öget Öktem Tanör (hızl.), **Bülent Tanör Armağanı** içinde (561-609), İstanbul: Legal, 2004, s. 564-568.

⁸ Bkz. Ergun Özbudun, “Laiklik ve Din Hürriyeti”, Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (hızl.), **Demokratik Anayasa** içinde (169-227), İstanbul: Metis, 2012, s. 170 vd.

Karar, bu kısmıyla, laikliğin “esnek” yorumundan taraf olduğunu belirten AYM’nin önceki dönemlerde rastlanan ve “dayatmacı laiklik” anlayışının tezahürü addedilen içtihadını terk etmiş olduğu izlenimini yaratmaktadır⁹. Örnek olsun, bu kısımda, AYM, önceki tarihli kararlarında tesadüf edilen, laik devleti “*dinsel inancı kişilerin vicdanlarına bırakan*”¹⁰ devlet olarak kabul eden anlayıştan ayrıldığını düşündürmektedir. Bu durumda, AYM’nin “esnek” laiklik ile pasif laikliği kastediyor olması gerekir.

Ne var ki, takiben, laikliğin “esnek” yorumunun din ve vicdan hürriyetinin güvencesini oluşturduğunu ifade eden AYM, bu bağlantıyla ilkenin devlet bakımından pozitif yükümlülükler (sağlama yükümlülüğü) doğurduğunu ifade etmekte ve anılan mülahaza kararın temel dayanağını oluşturmaktadır.

Belirtelim ki, AYM’nin mevzubahis belirlemesi laiklik mefhumu açısından tartışmaya açıktır. Zira laiklik, esas itibarıyla, kamu gücünün kullanımını nelerin belirlememesi gerektiğini ifade eden negatif bir kavramdır¹¹ ve pasif laiklik anlayışı çerçevesinde de devletin dinin kamusal görünürlüğüne müdahale etmemesi ile tanımlanır¹². AYM ise laiklik ilkesinin devlete pozitif yükümlülükler (dolayısıyla hizmet sağlama veya müdahalede bulunma zorunluluğu) atfettiğini belirtmekte ve din derslerini de bu yükümlülükler arasında kabul etmektedir¹³.

AYM, din eğitimi ve öğretiminin devlet tekelinde olmasının laikliğin devlete yüklediği pozitif yükümlülüğü “*daha anlaşılır ve önemli*” hale getirdiği kanaatindedir. Ne var ki, pasif laiklik açısından bakıldığında, AYM’nin devlet müdahalesini “*daha anlaşılır*” kılmak için öne sürmekte olduğu hususun dayatmacı laiklik anlayışına dayanmakta olduğu aşıkardır¹⁴. Devletin müdahalede bulunma zorunluluğunu zaten var

⁹ AYM’nin “dayatmacı laiklik” anlayışı ile ilişkilendirilen kararlarından bazı örnekler için bkz. Ibid., s. 188 vd.; Yusuf Şevki Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara: Yetkin, 2009, s. 243-257.

¹⁰ AYM’nin E. 1989/1, K. 1989/12 sayı ve 07.03.1989 tarihli kararı, (R.G. Tarih-Sayı : 05.07.1989-20216).

¹¹ Bu hususta bkz. İoanna Kuçuradi, “Laiklik ve İnsan Hakları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 52, 2004, ss. 89-95, s. 91 vd.

¹² Özbudun, a.g.m., s. 172.

¹³ Bu noktada, incelenmekte olan kararı çerçevesinde, AYM’nin devletin pozitif yükümlülüğünden “dine göre siyasal düzen”i anladığı ve bunun laiklikle bağdaşmadığı yönündeki bir belirlemenin aktarılmasında fayda vardır; anılan tespit için bkz. İbrahim Özden Kaboğlu, “4+4+4 = 12 Çelişki”, **BirGün**, 25.04.2013, http://www.birgun.net/writer_index.php?category_code=1187091898&news_code=1366877989&year=2013&month=04&day=25 (26.04.2013).

¹⁴ Bkz. Özbudun, a.g.m., s. 186, 215-216.

olan bir müdahale ile açıklayan bir yaklaşımı pasif laiklik ile bağdaştırmak güçtür. Burada, gerekçenin ilerleyen bölümlerinde ısrarla üzerinde duracağı “toplumu oluşturan bireylerin ... yaygın ve müşterek ihtiyaçlarının karşılanması” vurgusu çerçevesinde, AYM'nin pozitif yükümlüğe ilişkin bu mülahazasının “çoğunluk” ile çevreleneceği de dikkate alınmalıdır. Bu halde, bir dinin bir yorumuna dair eğitime/öğretime ağırlık veren zorunlu bir din kültürü ve ahlak bilgisi dersi, AYM'nin “esnek” yorumu çerçevesinde laiklik ilkesine uygun düşer görünmektedir. Oysa, devlet eliyle zorunlu olarak verilen bir din eğitimi “laiklik ilkesinin en esnek yorumuyla dahi bağdaşmamaktadır”¹⁵.

Dolayısıyla, kararda dolaylı olarak dayatmacı laikliği kabul etmediğini ifade eden AYM'nin benimsemekte olduğunu beyan ettiği “esnek” laiklik de pasif laiklikle imtizaç etmemekte ve laiklik mefhumuna dair muhtelif tasniflere oturtulamamaktadır. Anılan hal dolayısıyla, laiklik ilkesi karşısında tartışılır olmaktan başka, bu yaklaşım, kararda AYM'nin varacağı sonuçların yine kararda AYM tarafından verilmiş bulunan laiklik tanımı ile çelişmelerine de yol açmaktadır.

B. AYM'ye göre “Hz. Peygamberimiz”

E. 2012/65, K. 2012/128 sayı ve 20.09.2012 tarihli kararı çerçevesinde, AYM'ye göre;

“... bireyin ya da toplumun değil, devletin bir niteliği” olan laiklik, “...devletin din ve inançlar karşısında tarafsızlığını sağlayan, devletin din ve inançlar karşısındaki hukuki konumunu, görev ve yetkileri ile sınırlarını belirleyen anayasal bir ilkedir. Laik devlet, resmî bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dini inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir. Devletle dinin ayrılığı, din ve vicdan hürriyetinin bir gereği olmanın yanında, dinin siyasi müdahalelerden korunması ve bağımsızlığını sürdürmesi için de gereklidir” ve “**Farklı** dini inançlara sahip olanlar ya da herhangi bir inanca sahip olmayanlar laik devletin korunması altında”¹⁶ olup, “Devlet, din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleştirileceği ortamı hazırlamak için gerekli önlemleri almak zorundadır”.

Laikliği bu biçimde tanımlayan AYM, laiklik ilkesi dolayısıyla devletin negatif (karışmama) ve pozitif (sağlama) sorumlulukları bulunduğunu ifade etmiş ise de, iptal istemiyle değerlendirmekte olduğu ka-

¹⁵ Sezer, a.g.m., s. 591-592; aynı yönde ayrıca bkz. Özbudun, a.g.m., s. 186.

¹⁶ Vurgu tarafımıza aittir.

nun hükmünü sadece devletin pozitif yükümlülükleri boyutuyla ele almış ve nihayet dava konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vererek iptal istemini reddetmiştir.

Burada tekrarlamak iktiza eder ki, yasama organının iradesini açıklamasının bir vasıtası olan kanun, genel ve uyulması zorunlu kurallar ihdas eden bir düzenleyici işlem olup, ilgili devletin yasama erkinin muhatabı olan herkes için bağlayıcıdır. Türkçenin dil bilgisi kaideleri mucibince, “Hz. Peygamberimiz” ifadesi ise, tamlayanı gizli zamir (“biz”) olan bir isim tamlamasıdır (“bizim Hz. Peygamberimiz”) ve yasama organı kanun marifetiyle “biz” dediğinde, bu, yasama erkinin muhatabı olan herkesi kapsar. Şu halde, içerdiği iyelik eki (-(i)miz) dolayısıyla, ifade yalnızca (ifadeyi kullanan) Yasama Organı'nın bir peygamberi benimsemekte olduğu anlamına gelmemekte, fakat ayrıca yasama erkinin muhatabı olan herkesin de bu kişiyi peygamber olarak benimsemesi gerektiğini belirtmektedir.

Adım adım değerlendirmek gerekirse, ifade evvela, Yasama Organı'nın bir peygamberi olduğu anlamına gelmektedir. Bu keyfiyetin ise, devletin laik olduğunu belirten Anayasa'nın 2. maddesiyle bağdaşır yönünün bulunmadığı açıktır. Dahası, AYM'nin kararda vermiş olduğu laiklik tanımı da ifadenin ilkeyle uyuşmasını sağlamamaktadır. Zira devletin egemenliğine dayanan üç hukuki yetkiden biri olan yasama erkinin kullanan organın bir peygamberinin olduğu bir durumda devletin “*resmî bir dine sahip olma*”dığı, din ve inançlar karşısında “*tarafsız*” olduğu ve bunlara “*eşit mesafede*” durduğu söylenemez. Haliyle, kararda kendi vermiş olduğu laiklik tanımına rağmen “Hz. Peygamberimiz” ibaresini Anayasa'ya aykırı bulmayan AYM'nin bu tavrı anlaşılabilir değildir.

Üstelik, -gerekçede kendi kurmuş bulunduğu mülahazanın da gereği olarak- AYM'nin ilgili hükmü ayrıca din ve vicdan hürriyetine müdahale teşkil edip etmemesi açısından da değerlendirmesi lazım gelmektedir. Halbuki, belirtilmiş olduğu üzere, AYM, kanun hükmünü sadece devletin pozitif yükümlülükleri boyutuyla değerlendirmiş ve normun din ve vicdan hürriyetini sınırlandırıp sınırlandırmadığını incelememiştir. Mahkeme'nin tahlilini bu biçimde tahdid etmesine yol açan, mevzubahis kanun hükmüyle din ve vicdan hürriyetinin sınırlanmıyor olduğu sonucuna varmış olması olsa gerektir. Oysa, değinilmiş bulunduğu gibi, kanun koyucu tarafından ve kanun vasıtasıyla kullanılmış olması dolayısıyla, ifade yalnızca ifade edeni değil devletin yasama erkinin muhatabı olan herkesi bağlamaktadır. Başka bir deyişle, başlı başına “Hz. Peygamberimiz” ifadesi din ve vicdan hürriyetini bir peygamberle sınırlamakta, kastettiği peygamber dışında kalanları peygamber olarak benimseme ihtimalini ve herhangi bir peygamberi benimsememe olasılığını dışlamaktadır. Şu halde, AYM'nin düzenlemeyi sınırlama olarak kabul etmemesi, 1982 Anayasası'nın 13. maddesi çerçevesinde

bir değerlendirmeye tabi tutmaması ve mesela Anayasa'nın 13. maddesi icabınca temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlandırılabilir olduklarından, ilgili metnin kanun vasfını taşımak için gerekli özellikleri (peygamberin kimliğini belirlemek ayrıntı telakki edilemeyeceğine veya idare tekniğine dair sayılamayacağına göre bilhassa "açıklık") ihtiva edip etmediğini tetkik etmemesi isabetli değildir.

AYM'yi yukarıdaki sonuçlara ulaştıran, (ifadenin laikliğe aykırı olmadığı ve düzenlemenin sınırlama oluşturmayıp devletin pozitif yükümlülüğünün gereği olduğu) esas olarak "Hz. Peygamberimiz" ifadesine yüklediği anlamdır. AYM'ye göre; "kanun koyucunun "Hz. Peygamberimizin Hayatı" ismini tercih etmesi zorunlu olarak İslam dini ile devlet arasında bir aidiyet ilişkisinin kurulması sonucunu doğurmaz". Burada belirtmek gerekir ki, AYM, anayasaya uygun yorum yöntemiyle, kanun metninde yer alan "Hz. Peygamberimiz" ibaresinin belli bir peygamberi kastetmekte olmadığı kanaatine vararak bu neticeye ulaşmış ve ifadenin herkes için kendi benimsemekte olduğu peygamberi işaret ettiğini vazetmiş olabilirdi. Bu halde, AYM'nin ifadenin laikliğe aykırı olmadığı ve düzenlemenin sınırlama oluşturmayıp devletin pozitif yükümlülüğünün gereği olduğu yönündeki belirlemeleri, bir ölçüde -dine karşı diğer konumlanmalar, mesela deizm, ateizm, agnostisizm dışarıda bırakılabildiği ölçüde- kararın laiklik tanımı ve negatif yükümlülük vurgusu ile ilgili kısımlarına karşı barındırdıkları uyumsuzlıklardan arınarak açıklanabilir hale gelirlerdi. Oysa AYM, "Hz. Peygamberimiz" ifadesinin din ile devlet arasında zorunlu bir bağ kurmadığını ifade ederken dersin seçmeli olmasına dayanmakta ve ifadenin aidiyeti değil "o dinin" mensuplarının kutsallarına saygıyı içerdiğini belirtmektedir.

Ne ki, iyelik eki, "isim soylu kelimeleri şahıs kavramına bağlamak için kullanılan ek, mülkiyet eki"¹⁷ olarak tanımlandığına göre, "Hz. Peygamberimiz" ibaresinin barındırdığı iyelik eki (-i)miz dolayısıyla bir sahiplik, aidiyet anlamı taşıdığı ve "peygamber" kelimesini "biz" gizli zamiri dolayısıyla Yasama Organı'na ve yasama erkinin muhatabı olan herkese bağladığı açıktır. AYM'nin belirtmiş olduğunun aksine, "Hz. Peygamberimiz" isimli dersin seçimlik oluşu, Yasama Organı'nın kullandığı ifadenin anlamının tespit edilmesi bakımından açıklayıcı bir mahiyet arzetmez. Yasama Organı bir peygamberi(miz) olduğunu belirtmekte ve bu kişinin hayatı ile ilgili dersin seçmeli olmasını öngörmektedir. İbarenin aidiyet anlamı ihtiva etmediğinin, "o dinin" mensuplarının kutsallarına yönelen bir saygı ifadesi olduğunun ileri sürülmesi de imkan

¹⁷ İlhan Ayverdi, **Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, Cilt: 2, 2. Baskı, İstanbul: Kubbealtı Neşriyatı, 2006, s. 1479.

dahilinde değildir. Zira kanun metninde yer bulan ifade “Hz. Peygamber” değil “Hz. Peygamberimiz” ifadesidir. Belirtilmiş olduğu gibi, iyelik ekleri, saygı ifadesi olarak değil, tamlanan ve tamlayan arasında aidiyet bağı kurmak maksadıyla kullanılırlar. Dahası, kanun metni Mahkeme’nin bahsettiği saygıyı ifade etmek için zaten bir saygı sözcüğü olan “hazret” kelimesinin kısaltmasını (“Hz.”) ihtiva etmektedir.

Laiklikle alakalı önceki içtihatlarının üyelerinin mefhumla ilgili algılamalarıyla şekillenmiş bulunduğu yönünde eleştirilmiş olduğu vaki olan AYM¹⁸, anlaşılan bu kez metnin yorumu esas ve sınır teşkil ettiğini görmezden gelirken, sadece mefhumları değil, bilinen kurallarına rağmen Türkçeyi de kendi algılamasına göre yorumlamaktadır.

Bu noktada vurgulayalım ki, AYM’nin ifade ettiği gibi, “Hz. Peygamberimiz” ifadesi sahiden de zorunlu olarak devlet ile İslam dini arasında bir bağ kurulmasını sonuçlamaz. Zira ifadenin kastettiği peygamberin kim olduğu sarih değildir (kanun metninde kullanılan, “İslam dininin peygamberi” veya “Hz. Muhammed” ibareleri değil “Hz. Peygamberimiz” ifadesidir). İfade, bu haliyle ancak hangisi olduğu meçhul olan herhangi belli bir peygamber (ve haliyle din) ile devlet arasında zorunlu bir bağ kurmaktadır. Bu sebeple, dava dilekçesinin gerekçe bölümünde İslam-devlet bağına dayanılmış ise de, AYM’nin bu sava karşı çıkarken –yukarıda anılan gerekçelerle doğru olamayacak olsa da- ibarenin herhangi bir din ile devlet arasında zorunlu bir irtibat kurmadığını belirtmesi gerekirdi. AYM’nin İslam dininden hususi olarak bahsetmesinin sebebi, işbu din ile devlet arasında gerekçenin ilerleyen bölümlerinde kuracak olduğu bağlantı olsa gerektir.

Gerçekten de, AYM, “Hz. Peygamberimiz” ifadesinin İslam dini ile devlet arasında bir aidiyet ilişkisi kurulmasını zorunlu kılmadığı belirlemesinde bulunduktan hemen sonra, Türkiye’de baştan beri devlet ile çoğunluk dini olan İslam arasında kurumsal bir ilişkinin bulunduğunu ve laiklik ilkesinin buna engel oluşturmadığını ifade etmektedir. AYM burada, 1965 tarihli 633 sayılı Kanun’un 1. maddesi uyarınca “*İslam Dini’nin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek*” amaçlarını taşıyan Diyanet İşleri Başkanlığı’nın Anayasa’nın 136. maddesi mucibince genel idare içinde yer alan anayasal bir kurum olmasını örnek göstermektedir. Bundan sonra, AYM, “Hz. Peygamberimiz” ifadesinin anlamını da açıklamaktadır. AYM’ye göre, “*Dava konusu kuralla, toplumun çoğunluğunun mensubu olduğu İslam dininin kutsal kitabı olan Kur’an-ı Kerim ve Peygamberinin hayatıyla ilgili bilgileri içeren derslerin isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulması*” öngörülmektedir. Böy-

¹⁸ Bu yönde bkz. Hakyemez, a.g.e., s. 257.

lelikle, AYM, “Hz. Peygamberimiz”in İslam dininin peygamberi olduğunu açıkça ifade etmektedir.

Belirtmek gerekir ki, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Anayasa hükmü mucibince genel idare içinde yer alması öteden beri laiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bir defa, laiklik basitçe “din ve devlet işlerinin ayrılığı” şeklinde anlaşıldıkta veya “devlet aygıtının ve kamu makamlarının tümünün bütün inançlara/inançsızlıklara eşit yakınlıkta veya eşit uzaklıkta oldukları bir nizam” yahut “bir devlet dininin olmadığı ve devletin bir dininin bulunmadığı bir rejim” olarak tanımlandıkta bile anılan durum laiklik ilkesiyle çelişmektedir¹⁹. Kaldı ki, “Devletle dinin ayrılığı, din ve vicdan hürriyetinin bir gereği olmanın yanında, dinin siyasi müdahalelerden korunması ve bağımsızlığını sürdürmesi için de gerekli” olduğuna göre, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın anılan statüsü AYM'nin kararda vermiş olduğu laiklik tanımı ile de bağdaşmamaktadır. Bu durumda, AYM, anayasal konumu ve uygulamaları itibarıyla laiklik ilkesine uygunluğu tartışmalı olan bir kurumun varlığını “Hz. Peygamberimiz” ifadesinin laiklik ilkesine aykırı olmadığını gerekçesi olarak ileri sürmektedir. Bahsi geçen gerekçelendirme, AYM'nin Diyanet İşleri Başkanlığı-laiklik münasebeti hakkında daha evvel vermiş olduğu karar²⁰ çerçevesinde tutarlı olmakla birlikte, bu insicam kararın kendi içerisinde tutarsızlığı veya laiklik ilkesi karşısında barındırmakta olduğu uyumsuzluğu gidermeye yetmemektedir.

Hülasa, AYM'nin “Hz. Peygamberimiz” ibaresinin anayasaya uygunluğunu değerlendirirken izlemiş olduğu mülahaza ve başvurmuş bulunduğu gerekçeler, normun Anayasa'ya aykırı olmadığı hükmüne varılmasını sonuçlama kabiliyetini haiz değildir. Her şeyden evvel, hüküm, kararda Mahkeme'nin yapmış olduğu laiklik tanımıyla bağdaşmamaktadır. Hal böyle olunca, “Hz. Peygamberimiz” ifadesinin değerlendirilmesinin –Mahkeme'nin isimlendirmesiyle- “katı” veya “esnek” laiklik anlayışlarından birinin benimsenmesi ile herhangi bir bağlantısının kurulmadığı da vurgulanmalıdır.

AYM kararında gerekçe olarak zikredilenlerin hükme temel oluşturmalarının mümkün bulunmadığı, gerekçenin kararın dayandığı hukuki nedenleri izah edemediği ve hükümle gerekçe arasında bağ tesis edilemediği dikkate alındığında, -AYM'nin yargı organı olma niteliğini sor-

¹⁹ Diyanet İşleri Başkanlığı'nın anayasal konumunun ve bu konumun meşrulaştırılmasına yönelik görüş ve içtihadın eleştiriler için bkz. Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa: Ekin, 2000, s. 146-148; Sezer, a.g.m., s. 576-579.

²⁰ Anayasa Mahkemesi'nin E. 1970/53, K. 1971/76 sayı ve 21.10.1971 tarihli kararı (Resmi Gazete tarih/sayı:15.6.1972/14216).

gulanır kılıyor olmasından gayri- kararın bu bölümünden çıkartılabilecek yegane sonuç aşağıdaki gibidir:

AYM'nin bu kararı ile her üç erk de (yasama, yürütme, yargı) bir peygamberi sahiplenmiş bulunmaktadır. Milli Eğitim Bakanlığı gibi²¹ anayasanın otantik yorumcusuna göre de “peygamberimiz” İslam dininin peygamberidir. Anayasa Mahkemesi'nin karar gerekçeleri bağlayıcı kabul edilmediği takdirde, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bir peygamberinin (ve haliyle bir dininin) olduğu, ama bu peygamberin (ve haliyle dinin) hangi peygamber (din) olduğunun bilinmediği, Yürütme Organı'nın müştereken sorumlu kanadınca İslam dininin peygamberi olarak anlaşıldığı ve uygulamaya geçirildiği söylenmelidir. Karar gerekçeleri bağlayıcı kabul edildiğinde ise, AYM Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin “peygamberini” ve haliyle “dinini” belirlemiş olmaktadır. Dolayısıyla AYM, bu kararıyla her halükarda devletin laik nizamının değişmesini tasdik etmiş bulunmaktadır.

Halbuki kararda AYM'nin de belirtmiş olduğu gibi, “laiklik ilkesi din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir”.

II. AYRIMCILIK HUSUSUNDA YENİ BİR ADIM

A. AYM'nin Dine Dayalı Ayrımcılığı

Kaboğlu'nun isabetle belirttiği gibi, laik bir nizamda din olgusuna karşı muhtelif konumlanmalara sahip insanlar (herhangi bir dini benimseyenlerle birlikte ilgisizler, ateistler, agnostikler vs.) eşit koşullarda aynı kurallara uymak durumundadırlar, hiç kimseye dine dayalı bir ayrıcalık ve üstünlük tanınmaz²².

AYM'nin, inceleme konusu yapılan E. 2012/65, K. 2012/128 sayı ve 20.09.2012 tarihli kararının ilgili bölümünde ise “çoğunluk” vurgusunun ağırlıklı bir yer işgal etmekte olduğunu kaydetmek gerekir. Ezcümle AYM'ye göre;

“Dava konusu kuralla, toplumun çoğunluğunun mensubu olduğu İslam dininin kutsal kitabı olan Kur'an-ı Kerim ve Peygamberinin hayatıyla ilgili bilgileri içeren derslerin isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulmasının doğrudan kanunla öngörülmüş olması, diğer ilahi kitaplar ve peygamberlerin hayatının seçmeli ders olarak okutulamayacağı anlamına gelmemektedir. 1739 sayılı Kanun'un 25. maddesinin dava konusu kuralı da içeren birinci fıkrasının son cümlesiyle, Bakanlığa, ortaokul ve liselerde okutulacak diğer seçimlik dersleri belirleme yetkisi verilmektedir. Bu yönde toplumsal bir ihtiyacın doğması halinde, Ba-

²¹ Supra dip not: 4 ve 5.

²² İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 8. Bası, İstanbul: Legal, 2012, s. 306-307.

kanlıkça diğer dinlerin ilahi kitapları ile peygamberlerinin hayatının seçmeli ders olarak okutulmasının önünde herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.”

Görüldüğü üzere, AYM, “Hz. Peygamberimiz” ifadesinin İslam dininin peygamberi anlamına geldiğini belirtmekte, çoğunluk dini olması hasebiyle bu dine değgin derslerin seçmeli ders olarak okutulmalarının kanuni güvenceye bağlanmış olmasını devletin din ve vicdan hürriyeti sahasındaki pozitif yükümlülükleri ile ilişkilendirmekte ve “diğer dinler”e dair seçmeli derslerin müfredata eklenmesinin Bakanlık ihtiyarına bırakılmış olmasını da bir eşitsizlik olarak yorumlamamaktadır.

Belirlemede ilk göze çarpan husus, herhangi bir dini benimsemek dışında kalan diğer konumlanmaların dışlanmış olduğudur. AYM, dine karşı diğer konumlanmalara dair bu dışlayıcı tavrını gerekçe metninin ilerleyen bölümlerinde de sürdürmüş ve gayri müslim azınlıkların hakları hususunda Lozan Antlaşması'na göndermelerde bulunduktan sonra, dava konusu kuralla “*diğer dinlerin mensuplarına ayrımcılık yapılmadığı*”²³ sonucuna varmıştır. Özellikle laikliği tanımlarken “*herhangi bir inanca sahip olmayanlar*”dan bahsetmiş bulunan Mahkeme'nin burada din olgusu karşısındaki diğer konumlanmalar açısından bir belirlemede bulunmaması ilginçtir. Mahkeme, kararda dinle ilgili derslerin konu edildiğini ve din mefhumuna dair bazı felsefi konumlanmaların “din dersi” kategorisi altında değerlendirilemeyeceklerini düşünmüş olabilir. Ne var ki, din ve vicdan özgürlüğüne dair evrensel kabuller dahilinde “eşitlik ilkesi” ile “ayrımcılık yasağı”nın çerçevesini çizmek ve vermiş olduğu laiklik tanımıyla uyum sağlamak bakımlarından AYM'nin bu konumlanmalara hassaten değinmesi lazım gelirdi.

İlaveten, belirtilmiş olduğu gibi, AYM, dava konusu kuralla “*diğer dinlerin mensuplarına ayrımcılık yapılmadığı*” neticesine varırken Lozan Antlaşması'nın hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Bu durumda, açıkça belirtmiş değilse de, Mahkeme'nin değerlendirmesi, azınlık okullarının mevcudiyeti ve bu okullarda ilgili azınlığın dini inançlarına dair derslerin zaten okutulmakta oluşu ile temelleniyor olsa gerektir²⁴. Evvela

²³ Vurgu tarafımıza aittir.

²⁴ Mahkeme bundan başka Lozan Antlaşması'nın ilke hükümlerine dayanıyor da olabilir. Bu ihtimalde Mahkeme şunu demektedir: “Dava konusu kuralla diğer dinlerin mensuplarına ayrımcılık yapılmamaktadır, zira Lozan Antlaşması böyle bir ayrımcılığın yapılmasına engeldir”. Bir yargı kararında ilkenin çiğnenip çiğnenmediği ilkenin varlığı ile gerekçelendirilemeyeceğinden (mesela “dava konusu kuralla laiklik ilkesi çiğnenmemektedir/çiğnenmektedir, çünkü Anayasa Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin laik olduğunu belirtmiştir” denemeyeceğinden), Mahkeme'nin mülhazası bu biçimde şekillenmiyor olsa gerektir. Bir üçüncü seçenek olarak, Mahkeme,

belirtmek lazım gelir ki, Lozan Antlaşması, uygulama itibarıyla, bütün dini azınlıkları kapsamamaktadır. Dolayısıyla Mahkeme'nin muhtemel mülahazası daha ilk adımda geçerliliğini yitirmektedir. Dahası, anılan keyfiyetten Mahkeme'nin vardığı sonuca ulaşabilmek için bütün eğitim kurumlarının eğitim kalitelerinin ve (mesela toplumsal algılanmaları mucibince) mezunlarına sundukları fırsatların birbirine denk olması lazım gelir. Bu durumun pratik olarak imkan dahilinde olmaması karşısında, AYM'nin içtihadı, bireylerin eğitim görecekları kurumlar üzerindeki tercihlerini din olgusu karşısındaki konumlanmaları ile kayıtlamaktadır.

AYM, normu Anayasa'ya uygun bulmuş olduğuna ve toplumsal ihtiyacın hasıl olması halinde "diğer dinlere" dair seçmeli dersler konulmasının da mümkün olduğunu belirtmiş bulunduğu göre, burada sorulması lazım gelen soru, "diğer dinler"e dair seçmeli bir ders konulmaması meselesinin bireysel başvuru usulü ile önüne gelmesi halinde Mahkeme'nin nasıl bir tutum takınacağıdır. Örneğin, Milli Eğitim Bakanlığı'nın 12 yıllık kademeli eğitim sistemi hakkında açıklamalar getirmek amacıyla yayımlanmış olduğu "12 Yıl Zorunlu Eğitim Sorular - Cevaplar" isimli kılavuzda yer alan 39 numaralı soru ve yanıt aynen şöyledir:

"SORU 39: Alevilik, Hıristiyanlık ve diğer farklı inançlar ve dinler seçimlik ders olacak mı?"

*CEVAP 39: Farklı inançlar "Temel Dini Bilgiler" seçimlik dersinde okutulabilecektir."*²⁵

azınlık okullarının mevcudiyetini ve bu okullarda ilgili azınlığın dini inançlarına dair derslerin okutulmakta oluşunu ("nasıl ki bu ilk durum eşitlik ilkesine halel getiriyor idiyse, dava konusu kural da getirmez" biçiminde bir mülahaza ile), "*İslam dininin kutsal kitabı olan Kur'an-ı Kerim ve Peygamberinin hayatıyla ilgili bilgileri içeren derslerin*" seçmeli statü ile müfredata eklenmesini haklılaştıran bir gerekçe olarak görüyor olabilir. Ne var ki, kararın bu kısmında tartışma konusu edilen husus ilgili derslerin müfredata eklenmiş olmaları değil, diğer seçmeleri derslerin aksine "Kur'an-ı Kerim" ve "Hz. Peygamberimizin Hayatı" derslerinin kanuni teminata sahip kılınmalarının din temelli bir ayrımcılığa ve eşitsizliğe yol açıp açmadığıdır. Halile Mahkeme'nin mülahazasının bu muhtemel seçeneğe dayanıyor olması da beklenebilir. Dolayısıyla, Mahkeme'nin mülahazası metinde belirtilene dayanıyor olmalıdır.

²⁵ T.C. Milli Eğitim Bakanlığı, **12 Yıl Zorunlu Eğitim Sorular - Cevaplar**, Ankara, 2012, s. 24. Bu noktada ilgili kılavuzda geçen seçmeli derslerle ilgili soru ve yanıtlarda Milli Eğitim Bakanlığı'nın defaatle "farklı din", "farklı mezhep", "kendi dinleri" ifadelerini kullanmış olduğu da not edilmelidir (bkz. 35., 36. ve 39. sualler ve yanıtları). Bakanlık "Hz. Peygamberimiz" ifadesinden İslam dininin peygamberini anlamakta ve İslam dininin belli bir yorumu dışında kalan bütün inanç biçimlerini "farklı" adetmektedir.

Şu halde, Milli Eğitim Bakanlığı'nın tavrının değişmediği ve "farklı inançlar" bakımından seçmeli ders açılmayıp bunlara değgin bilgilerin Milli Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı'nın internet adresi üzerinden yayında bulunan "İlkokullar ve Ortaokullar Haftalık Ders Çizelgesi"²⁶ uyarınca ("Kur'an-ı Kerim" ve "Hz. Muhammed'in Hayatı" dersleri haftada ikişer saatten dört yılda da alınabiliyor-ken) haftada iki saatten ve sadece iki yıl seçilebilen "Temel Dini Bilgiler" dersi çerçevesinde verildiği bir durumda, normu Anayasa'ya uygun bulmuş olan AYM, uygulamayı Anayasa'ya aykırı bulacak mıdır?

Belirtmek gerekir ki, teorik olarak mümkün olsa da, AYM'nin incelenmekte olan içtihadı karşısında bireysel başvuru yolunun bu şekilde neticelenmesini beklemek oldukça güç görünmektedir. Öncelikle, AYM, dava konusu kuralın içerdiği "Hz. Peygamberimiz" ibaresini iptal etmediği gibi, anayasaya uygun yorum yöntemiyle²⁷ "herkes için kendi benimsemekte olduğu peygamber" şeklinde anlamlandırabilecekken bunu da yapmamış ve kanun metninde geçen ifade ile İslam dininin peygamberinin kastedildiği sonucuna ulaşmıştır. "Peygamberimiz" in İslam dininin peygamberi olduğunu açıklamış bulunan ve "İslam dininin kutsal kitabı olan Kur'an-ı Kerim ve Peygamberinin hayatıyla ilgili bilgileri içeren derslerin isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulmasının doğrudan kanunla" düzenlenmesi karşısında "diğer dinlerin ilahi kitapları ile peygamberlerinin hayatının seçmeli ders olarak okutulmasının" bu husustaki toplumsal ihtiyacı değerlendirecek olan Milli Eğitim Bakanlığı'nın takdirine bırakılmasında eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulmamış olan Mahkeme'nin, Bakanlık'ın bahis konusu takdir yetkisini kullanımını değerlendirecek olan olası yargı kararlarını tetkik ederken hak temelli bir bakış açısıyla hareket etmesi uzak bir ihtimaldir.

Bu olasılık değerlendirmesinde, sayılanlardan başka, AYM'yi bahsi geçen hükme ulaştıran ana dayanağı da hesaba katmak lazım gelir. AYM "İslam dininin kutsal kitabı ve peygamberi" ile alakalı derslerin Bakanlık takdirine bırakılmaksızın kanuni güvenceye kavuşturulmuş olmaları karşısında, "diğer dinler" ile ilgili derslerin verilmesinin Ba-

²⁶ Bkz. <http://ttkb.meb.gov.tr/www/ilkogretim-kurumlari-ilkokul-ve-ortaokul-haftalik-ders-cizelgesi-ve-kurul-karari/icerik/76> (22.04.2013).

²⁷ AYM'nin gerekçenin Lozan Antlaşması'na atıfta bulunan bölümüne sistematik yorum yapılması gereğini ifade ederek başladığının da altını çizerek belirtelim ki, anayasanın üstünlüğü ilkesine dayanan anayasaya uygun yorum yöntemi sistematik yorumun özel bir türü olarak kabul edilir. Bu yönde bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku**, 12. Bası, İstanbul: Beta, 2012, s. 540-541.

kanlık'ın takdirine bırakılmış bulunulmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmazken, ilkeyi maddi hukuki eşitlik²⁸ olarak ele almıştır;

“Anayasa’da korunan eşitlik ilkesi, aynı durumda olanlara aynı, farklı konumda olanlara da farklı kuralların uygulanmasını gerektirmektedir.”

Burada ifade etmek gerekir ki, dava konusu kuralla yaratılan eşitsizliği (maddi hukuki veçhesi çerçevesinde) eşitlik ilkesine uygun bulurken AYM'nin eşit olmayan bir konumdan/durumdan bahsetmesi ve/veya -mesela- kamu yararı ölçütüne dayanması kafi gelmez; Mahkeme, kişilerin hangi sebeplerle ve hangi yönlerden farklı **hukuki durumlarda** bulduklarını izah etmek mecburiyetindedir. Gerekçesinde ağırlıklı bir “çoğunluk” vurgusuna yer vermiş olan AYM'yi eşitlik ilkesinin ihlal olunmadığı sonucuna ulaştıran ise İslam dininin çoğunluk dini olmasıdır. Haliyle Mahkeme, haklardan ve özgürlüklerden yararlanmak bakımından, toplumun çoğunluğunu oluşturup oluşturmama noktası çerçevesinde ayırım yapılabileceğini vazetmektedir.

AYM'nin önceki içtihadı çerçevesinde; *“eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmaktaysa ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden sözedilemez”*²⁹ ise de, anılan haklı neden veya kamu yararı kümülatif olarak şu üç özelliği barındırmalıdır: amaçla ilgililik, makullük ve adillik, anlaşılabilirlik. AYM'ye göre, *“Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir. Çünkü eşitliği bozduğu öne sürülen kural haklı bir nedene dayanmamakta ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış olmaktadır”*³⁰.

Çoğulcu bir demokratik rejimde, hak ve özgürlüklerden yararlanmak bakımından yaratılacak eşitsizliğin “çoğunluk” gerekçesi çerçevesinde haklılaştırılması olası değildir. İnceleme konusu yapılan karara katılmayan yargıçlardan Fulya Kantarcıoğlu'nun karşı oy yazısında belirtmiş olduğu gibi;

“Toplumun büyük çoğunluğunun İslâm dinine mensup olması ... yapılan ayırıcılığın nedeni olarak kabul edilemez. Çağdaş demokrasiler çoğunlukçu değil çoğulcu rejimlerdir. Anayasa'nın tanıdığı haklar-

²⁸ Şekli hukuki eşitlik-maddi hukuki eşitlik hususunda bkz. Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 13. Baskı, Ankara: Yetkin, 2012, s. 152-155; Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Ankara: Yetkin, 2003, s. 162-200.

²⁹ Anayasa Mahkemesi'nin E. 1991/13, K. 1992/10 sayı ve 19.02.1992 tarihli kararı (Resmi Gazete tarih/sayı: 17.11.1994-22114).

³⁰ Ibid.

dan yararlanmada vatandaşlar arasında çoğunluğu oluşturup, oluşturmamalarına göre ayırım yapılamaz.”

Hasılı, AYM'nin inceleme konusu yapılan karar gerekçesi, toplumun çoğunluğunun İslam dinini benimsemesine dayanmakla demokratik toplum gerekleri ve çoğulcu demokrasi muvacehesinde “anlaşılabilir” (ve dahi kabul edilebilir) olmadığından, dava konusu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğine gerekçe teşkil eder mahiyette değildir. İlgili kanun hükmü ile yaratılan eşitsizliğin “anlaşılabilir” (ve kabul edilebilir) olmamasından hareketle dava konusu kuralın iptali gerekirken, AYM'nin aksi yönde hüküm kurması isabetsizdir.

İnceleme konusu yapılan karar, bu kısmıyla, Anayasa Mahkemesi'nin son dönemlerde vermiş olduğu ve ayrımcılığa dayanan kararlarını tamamlamaktadır. Mahkeme, cinsiyet ayrımcılığına³¹ ve ırk ayrımcılığına³² dayanan kararlarından sonra, ayrımcılık hususundaki yeni adımını dine değgin ayrımcılık ile atmaktadır.

B. Dine Dayalı Ayrımcılığın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Atıflarla Saklanması Çabası

AYM, hükmünü gerekçelendirmek maksadıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) iki kararına atıfta bulunmaktadır³³.

³¹ Anayasa Mahkemesi'nin E. 2009/85, K. 2011/49 sayı ve 10.03.2011 tarihli kararı (Resmi Gazete tarih/sayı: 21.10.2011-28091). Bu kararında “yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi”ni eşitlik ilkesine aykırı bulmayan AYM, maddi hukuki eşitliği temel alarak kamu yararı ve kamu düzeni ölçütlerine dayanmakta ve fakat eşlerin hangi sebeplerle ve hangi yönlerden farklı hukuki durumlarda olduklarını belirtmemekte ve düzenlemeyi demokratik toplum gerekleri yönünden incelememektedir. Kararın bir eleştirisi için bkz. Sibel İnceoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa”, Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (hızl.), **Demokratik Anayasa** içinde (298-338), İstanbul: Metis, 2012, s. 333.

³² Anayasa Mahkemesi'nin E. 2009/47, K. 2011/51 sayı ve 17.03.2011 tarihli kararı (Resmi Gazete tarih/sayı: 12.07.2011-27992). AYM'nin objektif millet anlayışına dayanan bu kararı hakkında bkz. Ibid. s. 333-334.

³³ AYM kararının AİHM kararlarına atıf içeren kısmı şöyledir: “AİHM'in Büyük Dairesi de, *Lautsi/İTALYA (2011) davasında, Hıristiyanlığın sembollerinden olan çarmıha gerilmiş İsa figürünün sınıflarda asılı olmasının çoğunluk dini olan Hıristiyanlığın okul ortamında baskın bir görünürlüğe sahip olması anlamına geldiğini kabul etmiştir. Ancak, Mahkeme'ye göre, bu durum tek başına çoğulculuk ilkelerinden uzaklaşma ve ideoloji aşılama (indoctrination) anlamına gelmemekte, dolayısıyla din eğitimini güvenceye alan Sözleşme'nin 1 No'lu Protokolününün 2. maddesine aykırılık teşkil etmemektedir (Başvuru No: 30814/06, K.T: 18.03.2011, par. 71).*

AİHM, *Hasan ve Eylem Zengin/TÜRKİYE (2007) kararında da, devletin laik niteliğine karşın İslam'ın Türkiye'de çoğunluk dini olduğu gerçeği karşısında, “Din*

Belirtmek lazım gelir ki, bu durum, değerlendirme konusu yapmış olduğumuz karar hakkında bir üst başlık altında açıklamış bulunduğumuz kanaati değiştirecek bir vasfa sahip değildir.

Bir defa, -AİHM'nin aksine- AYM vaka özelinde bir bağlam incelemesinde bulunmamaktadır. AYM, örneğin, ilgili seçmeli din derslerinin öğrenciler tarafından alınmaya başlanabileceği yaşı değerlendirmemiş ve bunların halihazırda zorunlu olan ve ağırlıklı olarak İslam dininin Sünni yorumuna yer veren bir din kültürü ve ahlak bilgisi dersini ihtiva eden müfredata eklenmelerinin doğurması muhtemel neticeleri tartışmamıştır. Yasama Organı'nın dersin ismine değgin tercihinin dersi seçecekler/seçmeyecekler üzerinde baskı oluşturma potansiyelini tartışmamış olan AYM, kanuni teminat ile müfredatta bulunması zorunlu olan bu seçmeli derslerin seçilmelerine/seçilmemelerine dair usulün dersi seçenler/seçmeyenler bakımından dini konum ifşası biçiminde yorumlanmaya müsait olup olmadığını tetkik etmemiştir³⁴. AYM, içeriği belirsiz bir seçmeli ders havuzunda sadece iki seçmeli dersin müfredatta bulunmak bakımından kanuni bir teminattan/zarurettten faydalanyor oluşlarının bu derslerin “seçmeli” karakterlerine tesir edip etmeyeceği meselesinin üzerinde durmuş da değildir.

Oysa, AİHM, bir hakka yapılan müdahalenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ihlalini oluşturup oluşturmadığını incelerken ilgili vakayı bütün bağlamı çerçevesinde ele almaktadır. AİHM, AYM tarafından atıf yapılan karar paragraflarında ilgili durumların tek başlarına çoğulculuk ve objektiflik ilkelerinden uzaklaşma ve endoktrinasyon anlamına gelmediklerini tespit ederken, “tek başına” ifadesini hususi olarak kullanmakta ve takiben vakayı bütün bağlamı çerçevesinde değerlendirmektedir.

Kültürü ve Ahlak Bilgisi Dersi” müfredatında diğer dinlere kıyasla İslam dinine daha fazla yer ve öncelik verilmesinin, tek başına çoğulculuk ve objektiflik ilkelerinden sapma anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir (par. 63)”.

³⁴ AİHM'nin “Grzelak v. Polonya” vakası kararına göre (“Grzelak v. Polonya”, hudoc, Başvuru No: 7710/02, Karar Tarihi: 15.06.2010); dini inanç, vatandaş olan bireyi devletle olan ilişkileri bakımından ayırmak için kullanılacak bir bilgi olamayacağından (para. 93), bu tür (seçim/muafiyet gibi) düzenlemelerde, öğrencilerin dini inançlarını ya da bir inançlarının olmadığını dolaylı bir şekilde dahi olsa açıklanmaya zorlanmama haklarına riayet edilmelidir (para. 92). Tercih olunan usulün belli çağrışımına yol açmaması ve ilgilileri diğerlerinden farklılaştırılmaması gerekmekte olup, bu tespit nüfusun büyük çoğunluğunun belirli bir dine bağlılık gösterdiği ülkeler bakımından özel bir önem taşır (para. 95). Burada belirtelim ki, AYM'nin tetkik edilmede olan kararına katılmayan yargıçlardan Mehmet Erten, karşı oy yazısında, başlı başına Kur'an-ı Kerim ve Hz. Peygamberimizin hayatının seçmeli ders olarak okutulmasını öngören kuralın sebep olacağı seçme veya seçmeme yönündeki tercihin dini inanç veya kanaatin açıklanması anlamına geleceğini ifade etmektedir.

AYM ise, AİHM kararlarının sadece birer paragrafına atıfta bulunmakla yetinmiştir. AİHM'nin özgül durumlar için vermiş olduğu kararların ancak bazı bölümleri itibarıyla kullanılmalarının AYM'nin kararını temellendirmeye yetmeyeceği açıktır. AYM, anayasallık denetimini bağlam değerlendirmesi üzerine kurmadığı gibi, yollamada bulunduğu AİHM kararlarını da bağlamları dışında kullanmaktadır.

AYM, "Lautsi ve Diğerleri v. İtalya"³⁵ vakası kararının sadece 71. paragrafına atıf yapmaktadır. Halbuki, izleyen paragrafta AİHM, hükümde AİHS'nin ihlal olunmadığı sonucuna varırken temel alacağı bir gerekçesini açıklamaktadır. Burada AİHM, kamu okullarında sınıfların duvarlarında asılı bulunan çarımha gerilmiş İsa figürünün esasen pasif bir sembol niteliğinde olmasının, devletin dinler karşısında tarafsızlığı ilkesi dikkate alındığında kendisi için önem taşımakta olduğunu belirtmektedir³⁶. AYM ise, "Hz. Peygamberimiz" ifadesinin "pasif" olup olmadığını değerlendirmemiş, Yasama Organı'nın kullandığı bu ifadenin devletin dinler karşısındaki tarafsızlığı ilkesi ile uyumunu incelemiştir.

AYM, "Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye"³⁷ vakası kararının da yalnızca 63. paragrafına atıfta bulunmaktadır. Altını çizelim ki, nihayetinde AİHS'nin ihlal olunmuş bulunduğu sonucuna ulaşacak olan bu kararın ve kararda AİHM'nin izlemiş olduğu mülahazanın, AYM'nin incelenmekte olan karar hükmüne gerekçe teşkil etmesi mümkün değildir. "Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye" vakası kararında AİHM, laiklik ilkesinin devletin belli bir inanca üstünlük tanınmasını engelleyeceğini ifade etmektedir³⁸. AİHM'ye göre, devlet, eğitim ve öğretimle ilgili olarak üzerine düşen görevlerini yerine getirirken bir dini benimsetme uğraşından uzak durmalı ve müfredattaki bilgilerin, öğrencilerin dinle ilgili olarak eleştirel bir düşünce tarzı oluşturmalarını sağlayacak şekilde, nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir biçimde aktarılmasına dikkat etmelidir³⁹. AİHM'nin değerlendirmeleri mucibince, demokratik bir toplumda, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü çerçevesinde öğrencilerin dini konular hakkında eleştirel bir düşünce tarzı geliştirmeleri ise ancak eğitimde çoğulculuk ile sağlanabilir ve düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, dini

³⁵ AİHM'nin "Lautsi ve diğerleri v. İtalya" vakası kararı, hudoc, Başvuru No: 30814/06, Karar Tarihi: 18.03.2011.

³⁶ Ibid. para. 72.

³⁷ AİHM'nin "Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye" vakası kararı, hudoc, Başvuru No: 1448/04, Karar Tarihi: 09.10.2007.

³⁸ Ibid. para. 59.

³⁹ Ibid. para. 52.

boyutuyla sadece inananlar bakımından değil, fakat ateistler, agnostikler, septikler ve ilgisizler için de önemlidir⁴⁰.

AYM kararındaki “çoğunluk” vurgusuna karşın AİHM’nin “çoğulculuk” vurgusu hemen ayırt edilmektedir. Bu yaklaşım tarzı farklılığına AİHM’nin muhakeme sistematığının benimsenmemesinin de eklenmesinin tabii sonucu olarak, AYM, bütün bağlam dikkate alındığında, dava konusu kuralın devletin belli bir inanca üstünlük tanınması veya belirli bir inancı benimsetmeye gayret etmesi anlamına gelip gelmediğini incelememiş, müfredatın bir bütün olarak öğrencilerin dinle ilgili eleştirel bir düşünce tarzı oluşturmalarını sağlayacak şekilde, nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir yapıya sahip olup olmadığını değerlendirmemiş ve hatta, laiklik tanımındaki dolaylaması hariç tutulursa, kararında din mefumu ile alakalı kimi konumlanmalara –mesela, deizme, ateizme, agnostisizme - hiç değinmemiştir.

Görüldüğü üzere, AYM’nin atıf yapmış olduğu kararları ile sınırlı tutulsa dahi, AİHM’nin içtihadı AYM’nin tetkik edilen kararı ile uyumsuzdur. Haliyle yollamada bulunulan AİHM kararlarının AYM’nin hükmüne gerekçe teşkil etmeleri imkan dahilinde değildir⁴¹.

SONUÇ

AYM, “*Kur’an-ı Kerim*” ve “*Hz. Peygamberimizin Hayatı*” derslerinin, ortaokul ve liselerde isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulmasını öngören kanun hükmünün anayasaya uygunluğunu inceleme konusu ettiği E. 2012/65, K. 2012/128 sayı ve 20.09.2012 tarihli kararında (R.G. tarih-sayı: 18.04.2013-28622), hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

AYM, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin laik nizamının değişimine onay verme mahiyeti taşıyan bu kararında ayrıca “Hz. Peygamberimiz”in hangi peygamber olduğunu da açıklamıştır. AYM’ye göre, “peygamberimiz” İslam dininin peygamberidir.

E. 2012/65, K. 2012/128 sayı ve 20.09.2012 tarihli kararın bir diğer özelliği, ayrımcılık yönünden AYM’nin yakın dönem içtihadının tamamlayıcısı olmasıdır. AYM, dava konusu kuralla sadece bir dinin mensuplarına yönelik seçmeli din derslerinin kanuni bir zaruret olarak müfredata eklenmesi karşısında diğer seçmeli derslerin okutulup okutulmaması hususundaki ihtiyarın Milli Eğitim Bakanlığı’na bırakılmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmazken, İslam dininin çoğunluk dini olmasına dayanmıştır. Böylelikle AYM, anayasa ile güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerden yararlanmak bakımından, kişiler arasında çoğunluğu

⁴⁰ Ibid. para. 69.

⁴¹ Aynı yönde bkz. Kaboğlu, “4+4+4 = 12 Çelişki”, a.g.m.

oluşturup oluşturmamalarına göre ayırım yapılabileceğini belirtmiş olmaktadır. Karar çoğunlukçu bir bakış açısının sonucu ve din temelli bir ayrımcılığın tezahürüdür.

Nihayet, karar, dilbilgisine dair, mantıki ve hukuki tutarsızlıklardan başka kendi içinde de insicamsızlıklar barındırmaktadır ve kararda gerekçe olarak zikredilenlerin hükme temel oluşturmaları olasılık dahilinde bulunmamaktadır. Bu durum, AYM'nin yargı organı olma vasfıyla birlikte meşruiyeti açısından da ehemmiyetli bir soruna işaret etmektedir.

KAYNAKÇA

Ayverdi, İlhan. **Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, Cilt: 2. 2. Baskı. İstanbul: Kubbealtı Neşriyatı, 2006

Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**. Bursa: Ekin, 2000

Hakyemez, Yusuf Şevki. **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**. Ankara: Yetkin, 2009

İnceoğlu, Sibel. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa", Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (hızl.). **Demokratik Anayasa** içinde. İstanbul: Metis, 2012, ss. 298-338

Kaboğlu, İbrahim Ö.. **Anayasa Hukuku Dersleri**. 8. Bası. İstanbul: Legal, 2012

Kaboğlu, İbrahim Özden. "İHL / "PEYGAMBERİMİZ" / AYM", **BirGün**. 20.09.2012, http://www.birgun.net/writer_index.php?category_code=1187091898&news_code=1348130849&year=2012&month=09&day=20 (22.04.2013)

Kaboğlu, İbrahim Özden. "4+4+4 = 12 Çelişki", **BirGün**. 25.04.2013, http://www.birgun.net/writer_index.php?category_code=1187091898&news_code=1366877989&year=2013&month=04&day=25 (26.04.2013)

Kuçuradi, İoanna. "Laiklik ve İnsan Hakları". **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**. Sayı: 52, 2004, ss. 89-95

Öden, Merih. **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**. Ankara: Yetkin, 2003

Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**. 13. Baskı. Ankara: Yetkin, 2012

Özbudun, Ergun. "Laiklik ve Din Hürriyeti", Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (hızl.). **Demokratik Anayasa** içinde. İstanbul: Metis, 2012, ss. 169-227

Sezer, Abdullah. “Türkiye’de Din-Vicdan Özgürlüğü ve Din-Devlet İlişkisi”, Öget Öktem Tanör (hızl.). **Bülent Tanör Armağanı** içinde. İstanbul: Legal, 2004, ss. 561-609

Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**. 12. Bası. İstanbul: Beta, 2012

T.C. Milli Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı. İlkokullar ve Ortaokullar Haftalık Ders Çizelgesi. <http://ttkb.meb.gov.tr/www/ilkogretim-kurumlari-ilkokul-ve-ortaokul-haftalik-ders-cizelgesi-ve-kurul-karari/icerik/76> (22.04.2013)

T.C. Milli Eğitim Bakanlığı. **12 Yıl Zorunlu Eğitim Sorular – Cevaplar**. Ankara, 2012, http://www.meb.gov.tr/duyurular/duyurular/2012/12Yil_Soru_Cevaplar.pdf (22.04.2013)