

GÖREVİYLE İLGİLİ OLMAYAN KİŞİSEL SUÇLARINDAN DOLAYI CUMHURBAŞKANININ SORUMLULUĞU VE YARGILANMASI

Ali Rıza ÇOBAN*
Ali İhsan ERDAĞ **

*Cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili olmayan kişisel suçlarından sorumludur.
Ancak yasama dokunulmazlığından yararlanmalıdır.
Yargılanabilmesi için bu dokunulmazlığının TBMM’ce kaldırılması gerekir.
Aksi halde görev süresinin dolması beklenmelidir.
Yargılanması her hangi bir özel muhakeme usulüne tabi değildir.*

1. Giriş

Bu çalışma, ülkemizde yapılan son Cumhurbaşkanı seçimi sürecinde, diğer bazı başka meselelerin yanında, bir kimsenin milletvekili olduğu dönemde soruşturulmasına veya kovuşturulmasına¹ başlanulmuş olmakla birlikte, yararlandığı yasama dokunulmazlığı nedeniyle yargılanamamış olduğu suçlamalar dolayısıyla, Cumhurbaşkanı seçildikten sonra TBMM üyeliği sona ereceğinden² ve böylelikle de yasama dokunulmazlığından artık istifade edemeyeceğinden bahisle yargılanmasına devam edilebilmesinin önünde bir engel kalmayacağı yönünde bazı görüşler ileri sürülerek kamuoyunda bir hukuki tartışma başlatılması üzerine Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu ve yargılanması sorununun incelenmesi amacıyla hazırlanmıştır.³

* Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Anayasa Hukuku öğretim üyesi.

** Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku öğretim üyesi.

¹ Ceza muhakemesinde soruşturma ve kovuşturma evrelerinin anlamları için bkz. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “tanımlar” başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının e ve f bentleri.

² Anayasa m. 101/3.

³ Üzerinde durulan sorun, konuya ilişkin düzenlemeleri içeren Anayasa Hukuku ka-

Cumhurbaşkanı vatana ihanet halleri⁴ dışında görevi nedeniyle yaptığı işlemlerden dolayı suçlanamaz (AY m.105).⁵

Ancak bilindiği ve üzerinde aşağıda da ayrıntılı olarak durulacağı gibi 1982 Anayasası aynen 1961 Anayasası'nda olduğu gibi meseleyi açık olarak düzenleyen 1924 Anayasası'ndan farklı olarak Cumhurbaşkanının göreviyle ilgisi olmayan kişisel suçlarından dolayı sorumluluğuna ilişkin her hangi bir düzenleme içermemektedir. Durum böyle olunca da bu husus sürekli tartışılmaktadır.⁶ Bu konuda ileri sürülen değişik görüşleri dört grup altında toplamak mümkündür:

Hakim olan görüşe göre; TBMM üyeleri yanında milletvekili olmayan bakanlar ile Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyelerine de tanınmış bulunan yasama dokunulmazlığına ilişkin düzenlemeler Cumhurbaşkanı hakkında da uygulanabilmelidir.⁷

dar ceza muhakemesi şartlarıyla da ilgili olduğu için bir Anayasa hukukçusuyla bir Ceza hukukçusu tarafından birlikte ele alınmıştır.

⁴ Anayasa, hangi hallerin vatana ihanet sayılacağını kendisi belirlememiş, bunun takdirini bu konudaki suçlamayı yapacak olan TBMM'ye bırakmıştır, bu konuda bkz. Demirbaş, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2007, 142; Öztürk, B./Özbek, V. Ö. / Erdem, M. R., *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2001, s. 93 vd.; Soyaslan, D., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2007, s. 120 vd. Bununla birlikte vatana ihanet suçları doktrinde Türk vatanının bütünlüğüne, devletin Anayasa ile kurulu rejimine karşı işlenen suçlar olarak tanımlanmaktadır, bkz. Dönmezer, S. / Erman, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I*, 12. Baskı, İstanbul 1997, s. 259; Hakeri, H., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2007, s. 84.

⁵ Cumhurbaşkanı görevi gereği yaptığı bu işlemlerden dolayı sadece cezai değil aynı zamanda hukuki anlamda da sorumsuzdur, bu konuda bkz. Soyaslan, s. 124.

⁶ Hemen belirtmek gerekir ki Cumhurbaşkanının göreviyle ilgisi olmayan kişisel suçlarından dolayı hukuki sorumluluğu meselesi tartışmasız olup bu sorumluluğun yerine getirilmesi için de her hangi bir şartın gerçekleşmesinin, örneğin görev süresinin dolmasının beklenmesine gerek yoktur. Bu çalışmada, örneğin trafik kazası yapan Cumhurbaşkanının bu eyleminden ötürü cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığı ve eğer bu sorumluluğunun bulunduğu burada yapıldığı gibi kabul edilirse bunun gereğinin hangi esaslara göre yerine getirilmesi gerektiği sorunu üzerinde durulmaktadır. Örneğimizdeki gibi araç kullanan Cumhurbaşkanının trafik kazası yapması halinde tazminat sorumluluğunun, üstelik bunun hukuki gereğinin derhal yerine getirilebilir şekilde bulunduğu kuşkusuzdur, bkz. Soyaslan, s. 170.

⁷ Atar, Y., *Türk Anayasa Hukuku*, Konya, 2005, s. 265; Demirbaş, s. 143; Gören, Z., *Anayasa Hukuku*, Ankara 2006, s. 233; Özbudun, E., *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 2005, s. 317; Özden, Y.G., *Cumhurbaşkanı Yargılanamaz*, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sayı 13, Eylül 2007; Öztürk/Özbek/Erdem, s. 96; Tanör, B./Yüzbaşıoğlu, N., *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 2004, s. 312.

İkinci bir görüşe göre; bu husustaki anayasal düzenleme boşluğunu istisnai bir durum olan yasama dokunulmazlığının uygulama alanını genişleterek doldurma olanağı bulunmadığından ve Cumhurbaşkanı'nın da görevi devam ederken sıradan bir birey gibi her hangi bir yargı mercii önüne çıkarılması düşünülemeyeceğinden görevle ilgisi olmayan kişisel suçlarından dolayı yargılanması görev süresinin bitimine bırakılmalıdır.⁸

Üçüncü görüşü savunanlarsa ikinci görüş sahipleriyle benzer şekilde yasama dokunulmazlığının istisnai ve bu nedenle de genişletilemez oluşundan hareket etmekte ancak onlardan farklı olarak Cumhurbaşkanı'nın normal bir vatandaş⁹ veya dokunulmazlığı kaldırılmış bir milletvekili gibi yargılanabileceğini ifade etmektedirler.¹⁰

Nihayet dördüncü görüşe göre ise; Anayasanın 105. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüyle vatana ihanet suçları bakımından benimsemiş olduğu usul bu suçlar bakımından da uygulanabilmelidir.¹¹

Hemen başlıkta da vurguladığımız gibi, Cumhurbaşkanı kişisel suçlarından sorumlu tutulmalıdır¹². Bu sadece hukuk devleti olmanın değil aynı zamanda ceza normlarının eşitliği ve mecburiliği ilkesinin de gereğidir. Ancak dokunulmazlık sorumsuzluk değildir. Her ne kadar istisnai karakterde de olsalar fail lehine kıyas mümkün olduğundan¹³ TBMM üyeleri için öngörülmüş bulunan geçici yasama dokunulmazlığına ilişkin anayasal düzenlemeler, zaten çoğu zaman bir (eski) parlamenter olan Cumhurbaşkanı için de uygulanmalıdır. Ancak yargılanması genel yetki kuralları çerçevesinde ve normal usulle yapılmalıdır.

⁸ Donay, S., *Ceza Normunun Yer, Kişi ve Zaman Yönünden Uygulanması*, (Ceza Hukuku Günleri), İstanbul, 1998, s. 16; İçel, K./Donay, S., *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap, 3. Baskı*, İstanbul, 1999, s. 137; Soyaslan, s. 124.

⁹ Gözler, K., *Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, 11. Baskı, Bursa 2007, s. 289, yazar bunu ifade etmekle birlikte Cumhurbaşkanlığı gibi önemli bir makamda bulunan kişi hakkında da milletvekillerine tanınan dokunulmazlık benzeri bir dokunulmazlık tanınmasında yarar olacağını vurgulamaktadır.

¹⁰ Gözübüyük, Ş., *Anayasa Hukuku*, Ankara 2004, s. 244.

¹¹ Aldıkaçtı, O., *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 4. Bası, İstanbul 1982, s. 335; Toroslu, N., *Ceza Hukuku, Genel Kısım, 8. Bası*, Ankara 2005, s. 78.

¹² Zaten doktrin, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı sorumlu olması gerektiği ve fakat bunun gereğinin hemen de hakkında kamu davası açılarak, yargılama yapılması şeklinde yerine getirilmemesi hususunda müttefiktir, bkz. Hakeri, s. 84.

¹³ Aynı yönde Öztürk/Özbek/Erdem, s. 96.

Sorun, bu sorunun çözümü için önerilenler ve kanaatimiz böylece ortaya konduktan sonra artık konu incelenebilir.

Öncelikle Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu ve sorumluluk halleri birbirinden ayrılarak ortaya konulacak, ardından da Cumhurbaşkanının yargılanması ve bunun sonuçları ele alınacaktır.

2. Cumhurbaşkanının Kişisel Suçlarından Sorumluluğu

Günümüzde “Devlet Başkanları” cezai sorumluluk bakımından sıradan bireylere ve diğer kamu görevlilerine göre ayrıcalıklı hale getirilmiş olup kendilerine bazı önemli sorumsuzluklar tanınmıştır. Devlet başkanlarının bu sorumsuzluğu monarşilerdeki, asil ve yüksek terbiyeli bir insan olan “kralın hata yapmayacağı” ilkesinden doğmuştur. Kökünün dayandığı monarşilerde halen mutlak olarak kabul edilen devlet başkanının sorumsuzluğu ilkesinin,¹⁴ hükümet sistemleri ne olursa olsun demokratik cumhuriyet rejimlerinde de¹⁵ biraz sınırlandırılmış

¹⁴ İngiltere’de “Tac’ın hata yapmayacağı kuralı” anayasal bir ilke olarak kamu hukukunu derinden etkilemiştir. Kralın mutlak sorumsuzluğunu ifade etmek için “Kral bir bakanı öldürürse bundan başbakan sorumludur, eğer başbakanı öldürürse kimse sorumlu olmaz” denilir. İngiliz hukukunda Royal Prerogatives bünyesinde bağışıklıklar ve imtiyazlar da yer almakta ve 1947 tarihli Crown Proceeding Act ile hukuk davalarına karşı Tac’ın bağışıklıkları önemli ölçüde ortadan kaldırılmış olsa da bu yasa Egemenin şahsını davalara karşı halen korumaktadır (Ch 32 C). Bkz. Bradley, A. W., and Ewing K. D., *Constitutional and Administrative Law*, London 2003, s. 251.

¹⁵ Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın 2/4 maddesi “Birleşik Devletler Başkanı, başkan yardımcısı ve memurları vatana ihanet, rüşvet ve ağır cürüm ve kabahatler nedeniyle impeachment yoluyla görevlerinden alınabilirler” hükmünü içermektedir. Anayasa’nın 1/3 maddesi ise impeachment yargılamasının yalnızca Senato tarafından yapılabileceğini, mahkumiyet kararının ancak Senato’nun 2/3 çoğunluğu ile verilebileceğini ve görevden alma dışında bir yaptırımın uygulanamayacağını düzenlemektedir. Ancak aynı madde hükmüne göre görevden alınan bir kimse olağan mahkemeler tarafından yargılanabilmektedir.

Milletvekili dokunulmazlığını (Art. 46 II GG) bizdekine benzer şekilde bir yargılama engeli olarak düzenleyen (bu arada Alman ceza muhakemesi hukukundaki yargılama şartları - Strafverfolgungsvoraussetzungen ve yargılama engelleri - Strafverfolgungshindernisse kavramları için bkz. Erdağ, A.İ., *Der rechtliche Einfluss des privaten Verletzten auf den Beginn des Strafverfahrens*, Heidelberg, 2001; Wessels, J.,/Beulke, W., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 34. Auflage, Heidelberg, 2007, Rn. 497) Almanya Anayasası’nın 61. maddesi hükmüne göre Federal Cumhurbaşkanı, ancak anayasayı ya da başka bir federal yasayı kasten ihlal etmesi halinde Bundestag veya Bundesrat tarafından Yüce Divan’da yargılanmak üzere Anayasa Mahkemesi’ne sevk edilebilmektedir. Yüce Divana sevk önergesi meclislerden birisinin üyelerinin 1/4 çoğunluğuyla verilebilmekte ve meclislerden herhangi birisinin 2/3 çoğun-

olmakla birlikte çeşitli ölçülerde varlığını günümüzde de sürdürdüğü görülmektedir.¹⁶

Bizde de “*monarşi dönemi Anayasaları*” devlet başkanı olan Padişahın şahsının “mukaddes ve gayri mesul” olduğunu düzenlemekteydi.¹⁷ Üstelik bu sorumsuzluk sadece görev suçlarını değil aynı zamanda kişisel suçları da kapsamakta idi.

Cumhuriyet rejimine geçmemizle birlikte devlet başkanının sorumsuzluğu yalnızca vatan hainliği dışındaki görev suçlarına indirgenmiştir.

Nitekim 1924 Anayasası 41. maddesi hükmüyle Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğunu ve sorumluluk halini açıkça birbirinden ayırarak düzenlemiş idi. Buna göre Cumhurbaşkanı görevi ile ilgili fiilleri nedeniyle vatan hainliği dışında sorumlu değil idi. Bu işlemlerden doğan sorumluluk söz konusu işleme imza atan bakana ya da başbakana ait idi. Kişisel suçlarından dolayı sorumluluğunun yerine getirilmesi esası, anılan maddenin ikinci fıkrası hükmü gereği milletvekili dokunulmazlığına ilişkin 17. madde hükümlerine tabi tutulmuştu. Yani Cumhurbaşkanı kişisel suçları nedeniyle sorumluydu, fakat bu suçlarından yargılanması, parlamento tarafından dokunulmazlığı kaldırılmadıkça görevi sona erdikten sonra mümkün olabilecekti. Bu anayasanın uygulandığı dönemde bu hususta herhangi bir yargılama yapılmamış, ancak 27 Mayıs 1960 askeri müdahalesinden sonra görevden alınan Cumhurbaşkanı, 1924 Anayasası'nın bazı hükümlerinin yürürlüğü 1 nolu yasa ile askıya alındıktan sonra Yüksek Adalet Divanı'nda yargılanmıştır.

1961 Anayasası ise Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğuna ilişkin olarak iki hüküm içermekte ve bunlardan ilkiyle de 98. maddesinde Cumhurbaşkanı'nın “*sorumsuzluğu*”nu düzenlemekteydi. Buna göre:

luğuyla da Cumhurbaşkanı Yüce Divan'a sevk edilebilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin anayasanın ya da federal yasanın kasten ihlal edildiğine hükmetmesi halindeyse Cumhurbaşkanı'nın görevine son verebilmektedir.

¹⁶ Krallıklardan gelen bu geleneksel sorumsuzluğun krallık ve sultanlıkların yıkılmasından sonra kurulan parlamenter rejimlerde de korunmasının sebebi biraz da devlet başkanının hükümet ile parlamento arasında bir denge unsuru olmasında, bir hakem rolü üstlenmesindedir, bkz. Artuk, M.E., *Ceza Hukuku El Kitabı*, İstanbul, 1989, s. 151; Soyaslan, 165.

¹⁷ Bu husus 1876 tarihli Kanun-u Esasi'nin 5. maddesi hükmünde „*Zat-ı Hazret-i Padişahinin nefs-i hümayunu mukaddes ve gayri mesuldür*” şeklinde ifade edilmiştir.

“Cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili işlemlerinden sorumlu değildir. Cumhurbaşkanının bütün kararları Başbakan ve ilgili Bakanlarca imzalanır. Bu kararlardan Başbakan ve ilgili Bakan sorumludur”. Görüldüğü gibi bu hüküm de Cumhurbaşkanının sorumsuzluk halini açıkça ve sadece görevi ile ilgili işlemlerle sınırlandırmaktaydı. 99. madde hükmünde ise Cumhurbaşkanının vatan hainliğinden sorumluluğu düzenlemekteydi. Demek oluyor ki bu anayasada Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olup olmayacağına ve dokunulmazlıktan yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu dönemde, doktrinde ağırlıklı olarak Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olması gerektiği ancak milletvekili dokunulmazlığından yararlanabileceği görüşü benimsenmişti.¹⁸ Bu görüş de Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili suçlarından sorumlu olmadığını açıkça düzenleyen 98. maddesi hükmünden destek bulmakta idi. Çünkü düzenlemenin mefhum-u muhalifinden olmayana ergi yöntemiyle Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olduğu sonucuna ulaşmak mümkündü.

1982 Anayasası’nın Cumhurbaşkanının sorumluluğunu düzenleyen 105. maddesi hükmü 1961 Anayasasının konuya ilişkin düzenlemelerine nazaran daha muğlak ifadeler içermektedir. Kenar başlığı “sorumluluk ve sorumsuzluk hali” olan madde hükmüne göre;

“Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.

Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz.

Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır.”

Görüldüğü gibi bu hükümde, Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu ile ilgili olarak sadece vatana ihanet hali düzenleme konusu yapılmıştır. Bunun dışında ve özellikle kişisel suçlarından sorumlu olup olmadığı konusunda her hangi bir ibare bulunmamaktadır. **Birinci fıkra** hükmünden vatana ihanet dışında kalan diğer görev suçlarından

¹⁸ Önder, S., *Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü*, Ankara 2007, s. 48.

sorumlu olmadığı anlaşılmaktadır. Zira bu fıkra hükmüne göre Cumhurbaşkanı'nın işlemleri “karşı imza” kuralına tabidir ve bu işlemlerden doğan sorumluluk da Başbakan ve ilgili bakana aittir. Dolayısıyla görev suçlarından Cumhurbaşkanı'nın sorumsuz olduğu hususunda kuşkuya yer yoktur. Ancak kişisel suçlarından dolayı Cumhurbaşkanı'nın sorumlu olup olmadığı ve eğer sorumlu ise yargılamanın nasıl ve ne zaman yapılacağı konusunda belirsizlik vardır. Bu belirsizlik de ancak yorum yoluyla giderilebilir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, doktrinde Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından sorumlu olması gerektiği fikri ağırlıklı olarak savunulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar hukuk devleti ilkesine dayanmakta ve amaçsal yorum yöntemini kullanarak bu sonuca ulaşmaktadırlar. Bu yazarlara göre, bir hukuk devletinde konumu ne olursa olsun kimse hukukun üstünde değildir ve suç işlediklerinde de sorumlu olmamak gibi bir ayrıcalıkları yoktur. Görev suçlarındaki cezai sorumsuzluk karşı imza kuralına dayanarak getirilmiştir. Anayasanın susması Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından sorumlu olmadığı anlamına gelmez.¹⁹ Aksine, herkesin kanunlar önünde eşitliği ve ceza normlarının mecburiliği ilkeleri gereği bir kanun hükmünden istisna tutulmadıkça genel kural gereği tüm bireyler gibi Cumhurbaşkanı da kişisel suçlarından dolayı sorumludur.²⁰

Bizim de katıldığımız ve “*olması gereken hukuk*” bakımından yerinde bir görüş olan bu yaklaşımın, 1982 Anayasası düzenlemeleri sistematik bir bütünlük içerisinde ele alındığında “*olan hukuk*”un isabetli bir yorumu olduğundan kuşku duymak gerekir. Zira yargılama sürecinde dokunulmazlık tanınmaması halinde bu görüş, Cumhurbaşkanı'nı göreviyle ilgisi olmayan kişisel suçlamalar karşısında tamamen korumasız bırakmaktadır. Bu nedenle Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından sorumluluğu ile bu suçlardan yargılanması meselelerinin bir bütün olarak değerlendirilip yorumlanması kaçınılmazdır.

Tarihsel ve lafzi yorum yöntemlerine birlikte başvurulduğunda, anayasa koyucunun iradesinin Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı sorumlu olmadığı yönünde olduğu sonucu çıkmaktadır. Zira Anayasa'nın 105. maddesi Cumhurbaşkanı'nın sorumluluk ve sorum-

¹⁹ Bkz. Demirbaş, 143.

²⁰ Atar, s. 265; Demirbaş, s. 143; Gören, s. 233; Gözler, K., *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa 2007, s. 394; Özbudun, s. 317; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 315.

suzluk hallerini tek bir hükümde düzenlemekte ve 1961 Anayasası'ndan farklı olarak vatana ihanetten sorumsuzluğunu hükme bağlarken görev suçlarına ilişkin her hangi bir ibareye ise yer vermemektedir. Yani 1961 Anayasası'nın "sorumsuzluk" başlıklı 98. maddesinin açıkça "Cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili işlemlerinden sorumlu değildir" hükmünü içermesine karşılık 1982 Anayasası'nın "sorumluluk ve sorumsuzluk" başlıklı 105. maddesi hükmü yalnızca vatana ihanetten sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu nedenle 1961 Anayasası düzenlemesinden "eğer sorumsuzluk yalnızca göreve ilişkin suçlarda söz konusuysa kişisel suçlardan sorumluluk esastır" çıkarımı yapılabilmektedir. Oysa 1982 Anayasası'nın düzenlemesi tam aksi yönde bir çıkarım yapmaya daha elverişli görünmektedir. Çünkü görev suçu-kişisel suç ayrımı yapılmaksızın, sorumluluk halinin yalnızca vatana ihanetle sınırlandırılmış olması karşısında, Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olmadığı rahatlıkla ileri sürülebilecektir. 105. madde hükmündeki bu yaklaşım Anayasanın diğer hükümleriyle birlikte ele alındığında en azından Anayasa koyucunun iradesinin bu yönde olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasayı yapan kurucu meclisin hakim kanadını oluşturan Milli Güvenlik Konseyi'nin bu fikirde olduğunu gösteren en önemli kanıt Anayasa'nın geçici 2. maddesi hükmüdür. Bilindiği gibi bu madde hükmü, Anayasa'nın halk oylamasında kabul edilmesi halinde yapılacak ilk genel seçimlerden sonra TBMM'nin toplanarak göreve başlamasıyla Milli Güvenlik Konseyi'nin Cumhurbaşkanlığı Konseyi'ne dönüşeceğini ve Konsey üyelerinin de milletvekili dokunulmazlığından yararlanacağını öngörmektedir.

Geçici 1. madde hükmü de Milli Güvenlik Konseyi Başkanı'nın Anayasa'nın kabulüyle birlikte Cumhurbaşkanı olacağını öngörmektedir.

Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyeleri için milletvekili dokunulmazlığı öngören bir iradenin, Cumhurbaşkanına ilişkin her hangi bir dokunulmazlık öngörmemiş olması ancak bu iki hükmün birlikte değerlendirilmesiyle açıklanabilmektedir.

Bu tezi destekleyen başka bir husus da Anayasa'nın hiç bir yerinde kişisel suçlardan mahkumiyetin Cumhurbaşkanının durumunu nasıl etkileyeceğine ilişkin bir düzenlemenin yer almamasıdır.

Milletvekilleri ve bakanların cezai sorumluluklarını, yargılanma-

larını ve mahkumiyetlerinin sonuçlarını ayrıntılı olarak düzenleyen Anayasa'nın, Cumhurbaşkanı söz konusu olunca tam bir suskunluğa bürünmesinin nedeni bizce, Anayasa koyucunun Cumhurbaşkanlığı makamına duyulan saygının sonucu nezaketen düzenleme yapmaktan kaçınması²¹ değil, Cumhurbaşkanının kişisel suçları nedeniyle de sorumsuz olduğunu düşünmesi ve bunu kabul etmiş olmasıdır.

Ancak bu yorum yöntemi her ne kadar Anayasa koyucunun iradesinin Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından da sorumsuzluğu yönünde olduğunu gösterse de; bizce de amaçsal yorum yöntemine dayanılarak doktrindeki hakim görüşe uygun olarak Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı cezai sorumluluğunun kabulü gerekmektedir.

Bu kabulden sonra Cumhurbaşkanının kişisel suçları dolayısıyla ne zaman ve nasıl yargılanacağı sorusunun cevabını bulmak, yani Cumhurbaşkanının milletvekili dokunulmazlığından yararlanıp yararlanamayacağı meselesini değerlendirmek gerekmektedir.

3. Cumhurbaşkanının Kişisel Suçlarından Yargılanması

Yukarıda da değinildiği gibi, bu konu 1924 Anayasası'nda açıkça düzenlenmiş ve Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı doğrudan yargılanamayacağı, dokunulmazlıktan yararlanacağı hükme bağlanmış idi. Ancak 1961 ve 1982 anayasaları kişisel suçlardan sorumluluk konusunda açık bir düzenleme içermedikleri için bu suçların nasıl kovuşturulacağı konusunda da bir hükme yer vermemişlerdir. Yani bu konuda anayasada bir boşluk ya da en azından bir belirsizlik bulunmaktadır ki bu belirsizliğin de anayasanın bütünü dikkate alınarak yapılan değerlendirmelerle ve anayasal yorum yöntemiyle giderilmesi mümkün görünmektedir.

Bilindiği gibi anayasal yorumda başlıca üç yöntem söz konusudur; tarihsel yorum, amaçsal yorum ve lafzi yorum. Bu yöntemleri ayrı ayrı uygulayarak soruna çözüm aramak isabetli olacaktır.

Öncelikle "*amaçsal*" (ya da teleolojik) yorum ele alındığında, bu yöntemin hukuk metninin amacını esas alarak ve metni sistematik bir şekilde bir bütün olarak değerlendirerek hukuk kuralının ne anlama

²¹ Bu yönde bir görüş için bkz. Demirbaş, s. 143; Gören, s. 233.

geldiğini anlamlandırmaya çalıştığı görülmektedir. Bu yöntemi burada incelediğimiz somut soruna uyguladığımızda, Anayasanın amacının devletin ve yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanının en basit bir suç şüphesiyle ve sıradan bir şekilde soruşturularak kovuşturulması olduğunu söylemek güçtür. Çünkü kendisini vatana ihanet gibi önemli bir suçlamadan yargılayabilmek için bile TBMM üye sayısının $\frac{3}{4}$ çoğunluğunun kararını arayan Anayasa'nın, örneğin basit bir hakaret suçlaması nedeniyle her hangi bir özel yargılama yönteminin uygulanmadığı bir soruşturmayı ve kovuşturmayı amaçladığı düşünülemez.

Ayrıca Anayasa'nın 112. maddesi hükmü milletvekili olmayan bakanların yasama dokunulmazlığına sahip olduklarını düzenlemektedir. Bir bakan için bile tanınan bir ayrıcalığın devlet başkanına tanınmamasının Anayasanın amacı olduğu yine ileri sürülemez. Çünkü kabul etmek gerekir ki; devleti içeride ve dışarıda temsil eden Cumhurbaşkanının yaptığı görev ve işlemler bir bakanın görevinden daha önemsiz değildir. Dolayısıyla amaçsal yorum yöntemi esas alındığında Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili olmayan fiillerinden dolayı doğrudan yargılanamayacağı, yasama dokunulmazlığından yararlanması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür.

Tarihsel yorum yöntemi ise az önce incelenen yöntemden farklı olarak yasanın değil yasa koyucunun iradesinin esas alınarak yasal metnin anlamlandırılmasını öngörmektedir. Buna göre bir yasa metninin anlamı ancak yasa koyucunun o metni yaparken güttüğü amaç tespit edilerek ortaya konulabilir. Bunun için de yasanın hazırlık çalışmaları, meclis tutanakları ve benzeri tarihsel materyaller incelenerek yasa koyucunun amacı tespit edilmeli ve yasa metnine de buna göre bir anlam verilmelidir. Her ne kadar Anayasa'nın, Cumhurbaşkanının sorumluluğunu düzenleyen maddelerinin gerekçelerinde Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumluluğu ve her hangi bir dokunulmazlıktan yararlanıp yararlanmayacağı hususlarına ilişkin bir ifade yer almamaktaysa da yukarıda da belirtildiği gibi anayasa koyucunun iradesinin Cumhurbaşkanının kişisel suçları nedeniyle doğrudan yargılanabileceği yönünde olduğunu kabul etmek zordur. Zira özellikle geçici 2. madde hükmü dikkate alındığında görülmektedir ki; Kuru-cu Meclis'in son sözü söylemeye yetkili kanadı olan Milli Güvenlik Konseyi'nin, Anayasa'nın kabulü ile Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyeliğine geçecek olan üyeleri için dokunulmazlıktan yararlanma imkanı-

nı getirirken, Cumhurbaşkanı olacak olan Başkanının doğrudan yargılanabilmesini amaçladığını söylemeye olanak yoktur. O nedenle, bizce tarihsel yorum yöntemi ile de Cumhurbaşkanının dokunulmazlıktan yararlanması gerektiği sonucuna ulaşmak gerekir.

Son olarak *"lafzi"* yorum yönteminden hareketle de bir değerlendirme yapmak gereklidir. Bu yorum yöntemine göre yasanın anlamı ancak yasa metnine, yani bu yasa metninde kullanılan ifadelerle bakılarak çıkarılabilmektedir. Yasa koyucunun ya da yasanın amacı gibi sübjektif unsurlar, yasanın anlamının tespitinde rol oynamamalıdır. Bu yaklaşımla Cumhurbaşkanının dokunulmazlıktan yararlanıp yararlanmayacağı sorunuyla yaklaşıldığında görülmektedir ki; ne yasama bağışıklıklarını düzenleyen 83. madde ne de Cumhurbaşkanının sorumluluğunu düzenleyen 105. madde hükümlerinde ve ne de başkaca bir madde hükmünde Cumhurbaşkanının dokunulmazlıktan yararlanacağına ilişkin herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Hal böyle olunca bir ayrıcalık olan dokunulmazlık Anayasa'da kendisine açıkça tanınmadıkça Cumhurbaşkanı da olsa bir kimsenin bundan yararlan-dırılmaması hukuk devletinin bir gereğidir. Sonuç olarak Anayasa kendisine her hangi bir dokunulmazlık tanımadığına göre Cumhurbaşkanı'nın bu imtiyazdan yararlanamayacağı söylenebilir.

Doktrinde, azınlıkta da olsalar, bu yaklaşımı benimseyen yazarlar bulunmaktadır.²² Ancak daha önce de belirtildiği gibi hakim olan görüş Cumhurbaşkanının dokunulmazlıktan yararlanması gerektiği yönündedir.²³ Bazı yazarlar bu konudaki boşluğun anayasa koyucu tarafından doldurulması gereğine haklı olarak işaret etmektedirler.²⁴ Ancak bizce de bu konudaki boşluğun bir Anayasa değişikliği yoluyla ortadan kaldırılması tartışmaların sona erdirilmesi açısından son derece yerinde olaksa da, böyle bir değişiklik yapılana kadar ve hatta yapılsa bile yukarıda yapılan değerlendirmeler çerçevesinde Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı sorumluluğunun kabul edilmesine ve yargılanması konusunda da yasama dokunulmazlığından yararlandırılmasına bir engel yoktur.

²² Gözübüyük, s. 244.

²³ Bkz. yukarıda dn. 7.

²⁴ Derdiman, R. C., *Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni*, Bursa, 2006, s. 487; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 394.

Her ne kadar lafzi yorum yöntemiyle Cumhurbaşkanının dokunulmazlıktan yararlanamaması gerektiğini ileri sürmek mümkün görünse de bizce bu sonuca, ancak farklı yorum yöntemleri keyfi ve seçici bir suretle kullanıldığında ulaşılabilmektedir. Yani, önce amaçsal yorum yöntemi kullanılarak Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olduğu sonucuna ulaşıldıktan sonra bu yöntem terk edilip lafzi yorum yöntemine geçilerek dokunulmazlıktan yararlanamayacağı ileri sürülebilmektedir. Oysa unutmamak gerekir ki; yorum sistematik ve tutarlı olmalıdır. Bu nedenle Anayasa'nın bütünü esas alınarak sistematik bir şekilde, hem Anayasanın hem de anayasa koyucunun amacının dikkate alınarak bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Bu takdirde anlamlı ve tutarlı bir yorum mümkün olabilecektir. Bu uygulandığında da görülecektir ki; bizim de yukarıda izah etmeye çalıştığımız şekilde Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olduğu fakat buna rağmen dokunulmazlıktan yararlanması gerektiği esas kabul edilebilecektir. Zira vurgulayarak ifade etmek gerekir ki; sorumluluk başkadır, dokunulmazlık başka.

4. Sonuç

Anayasanın konuya ilişkin düzenlemeleri burada yapıldığı şekliyle yorumlandıktan sonra, bu çalışmanın hazırlanma gerekçesi olan ve giriş kısmında ortaya konulan sorunun uygulamada nasıl çözümlenmesi gerektiğine de kısaca değinmek gerekmektedir.

Bu göreve seçilmesinden ve başlamasından “önce” Cumhurbaşkanının işlemiş olduğu iddia edilen ve soruşturulmasına veya kavuşturulmasına da yine bu andan önce başlanılmış kişisel suçları bakımından bu soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcılarının veya kovuşturma evresine geçilmişse kovuşturmanın huzurlarında yapıldığı mahkemelerin kendiliklerinden veya yapılacak başvuruları dikkate almak suretiyle bu işlemlerine devam etmelerine, seçildikten “sonra” bu görevi devam ederken Cumhurbaşkanının kişisel bir suç işlemiş olduğu iddiası halinde ise Cumhuriyet savcılarının suçu haber alma yollarıyla bunu öğrenmelerinden itibaren soruşturma işlemlerine başlamalarına bir engel yoktur. Ancak kamu davasına geçildikten sonra bu anayasallık sorununun bir bekletici mesele yapılarak konunun itiraz veya def'i yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmesi, Anayasa Mahkemesi'nin de yukarıdaki tartışmaları dikkate alarak Cumhurbaş-

kanının yasama dokunulmazlığından yararlandığı gerekçesiyle hakkındaki tüm soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin, bunlara ya bu dokunulmazlığın anayasada öngörülmüş bulunan usulle kaldırılmasından sonra ya da bu olmuyorsa görev süresi dolduktan sonra devam edilmek üzere geri bırakılmalarına karar vermesi isabetli olacaktır.

Son olarak önemle belirtmek gerekir ki; ülkemizde yeni bir anayasa-salaşma sürecinin yaşandığı şu günlerde diğer birçok mesele gibi tartışmalı olan bu konunun da pozitif bir düzenlemeye kavuşturulması son derece yararlı olacaktır.²⁵

²⁵ Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığındaki bilim komisyonu tarafından isteği üzerine hazırlandığı Adalet ve Kalkınma Partisi yönetimine 29. 08. 2007 tarihinde teslim edilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası önerisinin, Cumhurbaşkanının "sorumluluk ve sorumsuzluk hali"ne ilişkin 83. maddesinin üçüncü fıkrasında bu konunun "*Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından doğan sorumluluğu yasama dokunulmazlığı hükümlerine tabidir*" şeklinde düzenlenmesi öngörülmektedir. Ancak bizce bu düzenleme biçimi de uygulamada sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Öncelikle, bildirildiği gibi ülkemizde yasama dokunulmazlıklarının kapsamı konusunda yoğun bir tartışma yaşanmakta ve bu dokunulmazlıkların sınırlandırılması gerektiği fikri savunulmaktadır. Nitekim aynı taslağın 60. maddesinin üçüncü fıkrasında alternatifli olarak bazı suçların yasama dokunulmazlığı kapsamı dışında bırakılması öngörülmektedir. Benzer şekilde Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan Anayasa Önerisinin 96. maddesinin ikinci fıkrasında dokunulmazlığın kapsamı çok daha fazla daraltılmakta ve dokunulmazlık, yalnızca taksirli suçlar ve milletvekili seçilmeye engel olan suçlar hariç toplam bir yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarla sınırlandırılmaktadır. Bizce Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı sorumluluğu ve yargılanması meselesinin de vatana ihanet suçlamasındaki sisteme benzer şekilde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 3/4 çoğunluğunun oyuyla yargılanmasına izin verilmesi halinde mümkün olacak, aksi takdirde ise yargılanmasının görev süresinin sonuna ertelenmesine olanak sağlayacak bir şekilde düzenlenmesi daha uygun olacaktır.

AKP ANAYASA TASLAĞINDA* TÛRBAN

Noyan ÖZKAN*

Başbakan Tayip Erdoğan'ın son İspanya ziyaretinde verdiği bir demeç üzerine çıkan tartışmada yeni hazırlanan Anayasa taslağında üniversitelerde türbanın serbestçe kullanılmasını öngören bir düzenlemenin yer alacağı anlaşılmaktadır. Nitekim bu demecin öncesinde YÖK Başkanı Yusuf Ziya Özcan ve sonrasında AKP Genel Başkan Yrd. Dengir M. Fırat benzeri açıklamalarda bulunmuşlardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi'nin L. Şahin/Türkiye davasında *“üniversitelerde türban kısıtlamasında temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmediğine ilişkin”* kararı üzerine Başbakan Tayyip Erdoğan'ın, *“dini ulemaya sorulmadan karar verilmesini eleştiren”* demeci de henüz unutulmamıştır. Özal-Doğramacı ikilisinin marifeti ile önce Yönetmelik sonra yasaya sokulan türban, Türk siyaset yaşamının vazgeçilmez dinsel simgesidir. 1990'lı yıllardan bu yana verilen Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları son derece açık ve somut hükümler içermesine karşın AKP'nin siparişi üzerine Prof. Dr. Ergun Özbudun ekibi tarafından yeni Anayasa değişikliği taslağına konulan *“türban”* maddesi, *hukuk devletinin temelinde dinamit patlatmaktan* ve toplumu kaosa sürüklemekten başka bir şey değildir.

Anayasa'daki laik düzenlemeler kaldığı sürece, türbanlı kızların yükseköğretim kurumlarına öğrenci sıfatıyla, öğrenimlerinden sonra da resmi dairelere kamu görevlisi olarak girmelerini sağlayacak tüm

* Prof. Dr. Ergun Özbudun'a hükümet veya AKP tarafından hazırlatılan Anayasa Taslağı'na kimse sahip çıkmamaktadır. Yazar AKP'ye aidiyetini tercih ederek bu başlığı kullanmıştır. (ed.)

** Av., İzmir Barosu önceki başkanlarından.

yasal düzenlemeler Anayasa'ya aykırı olacaktır. Hatta bu konuda Anayasa'ya kural konulsa bile bu kez, Anayasa'nın bu yeni kuralı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun olmayacaktır. Anayasa'nın ve İHAS'ın; TBMM, Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık yanı sıra tüm kamu yönetimini bağlayan ancak geçmişte Refah Partisi, Fazilet Partisi ve şimdi AKP yetkilileri tarafından sürekli ve sistematik olarak ihlal edilen kuralları gayet açık ve seçiktir.

Anayasa'nın "başlangıç" ilkelerinde "laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı" belirtilmiştir.

Cumhuriyetin nitelikleri başlıklı 2. maddesine göre "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." (Anayasa'nın 4. maddesine göre 2. madde de belirtilen "cumhuriyetin nitelikleri" değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez)

Yine Anayasa'nın 11. maddesine göre "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve Yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." Ve işte ülkemizde din üzerinden politika yapmayı meslek haline getiren politikacıların en çok ihlal ettikleri 24/4. madde; "Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz."

Bu arada Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve son olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "siyasal İslam"ın simgesi durumuna gelen türbanla ilgili olarak kamu alanlarında ve üniversitelerde almış olduğu kısıtlama kararlarına karşı sistemli propaganda yürüten AKP ve destekçisi şirketler medyası ile sorumsuz aydınlarımızın her nedense görmezden geldikleri Anayasa'nın 138/4 maddesine bir bakalım; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." Yine Anayasa'nın madde 153./son maddesine göre "Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazete'de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve Yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar." Ayrıca, "Memurlar ve diğer kamu görev-

lileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyetinde bulunmakla yükümlüdürler.” (Anayasa m. 129)

Anayasa’nın 90. maddesi, 5170 sayılı yasanın 7. maddesi ile değiştirilmek suretiyle, iç hukukumuzda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar, Anayasa’dan ve kanunlardan üstün bir yere getirilmiştir. Türkiye, 1950 yılından bu yana Avrupa Konseyi-Roma-İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne taraftır. Sözleşmenin 46. maddesine göre:

“Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler.” İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin, türban’la ilgili kararı da adeta ‘anayasa üstü’ bir bağlayıcılık taşımaktadır. Türkiye, Anayasa’yı değiştirirken, bu mahkemenin kararlarını görmezden gelemmez. Ulusal ve ulusal üstü yüksek mahkeme kararlarında açıklanan içerikleriyle gerek Anayasa gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kuralları, Türkiye Cumhuriyeti’nde türban konusunu, geriye dönülemeyecek biçimde hukuk dünyası gündeminden çıkarmıştır.

“Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin başörtüsüne ilişkin istikrar bulmuş kararları varken, kimi yazılı ve görsel yayın organlarınca bu konunun gündemde tutulmaya çalışılması, kimi siyasal partiler yetkililerince de, yasal düzenlemeler yapılarak, türbanla öğrenim yapma olanağının tanınacağı yolunda beyanlarda bulunulması, bu konudaki yargı içtihatlarını bilmemekten kaynaklanmıyorsa, din duygularını kullanarak siyasi avantaj sağlamaya yöneliktir. (...) Bu konuda yapılacak yasal düzenlemenin, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’na eklenen Ek Madde 16’nın iptaline ilişkin 7.3.1989 günlü, Esas: 1989/1; Karar: 1989/12, Refah Partisi’nin temelli kapatılmasına ilişkin 16.1.1998 günlü, Esas: 1997/1; Karar: 1998/1, Fazilet Partisi’nin temelli kapatılmasına ilişkin 22.6.2001 günlü, Esas: 1999/2; Karar: 2001/2 sayılı kararlarla Refah Partisi’nin kapatılmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararına yapılan itiraz sonucu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 3.Dairesince verilen 31.7.2001 günlü ve 41.340/98 sayılı, bu karara yapılan itirazın reddine ilişkin 31.02.2003 günlü ve aynı sayılı Büyük Daire kararlarına aykırı olacağı kuşkusuzdur.” (Mustafa Bumin, Anayasa Mahkemesi 43. Kuruluş Yıldönümü Açılış Konuşması, bkz; www.anayasa.gov.tr)

Anayasa Mahkemesi’nin 7.03.1989 gün ve 1989/1 esas, 1989/12 karar no.’lu karar gerekçesinden önemli bölümleri bir kez daha anımsamakta yarar vardır;

"3511 sayılı yasanın 2. maddesiyle 2547 sayılı YÖK Yasası'na eklenen, dava konusu kural şudur: "Ek Madde 16.- "Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir."

Özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kıları bir uygar yaşam biçimidir. Çağdaş bilim, skolâstik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumlan yapılsa da, gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretide de paylaşılmaktadır. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir.

Onurunu üstün tutarak bireye kişilik ve özgür düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset-vicdan ayırımını gerekli kılarak vicdan ve dinsel inanç özgürlüğünü sağlayan ilkedir. Dinsel düşünce ve değerlendirmelerin geçerli olduğu dine dayalı toplumlarda siyasal örgütlenme ve düzenlemeler dinsel niteliklidir. Lâik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır; yönetim aracı olmaktan çıkarılır; gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece, siyasal yaşamın dayanağı bilim ve hukuk olur. Düşünce ve inanç alanlarının ayrılması dinin kutsallığına en uygun durumdur. Dünya işlerinin hukukla, din işlerinin de kendi kurallarıyla yürütülmesi ilkesi, batı demokrasielerinin dayandığı temellerden birisidir.

Lâiklik, dinsellikle bilimselliği birbirinden ayırmış, özellikle dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır. Gerçekte lâiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir, insanlık idealidir. Lâik düzende özgün bir sosyal kurum olan din, devlet kuruluşuna ve yönetimine egemen olamaz

İncelenen kural, kamu kuruluşlarından sayılan yükseköğretim kurumlarındaki bayanların giyimlerini düzenlerken, dinsel gereklere uygunluğu nasıl olursa olsun, başörtüsü kullanımına dinsel inanç nedeniyle geçerlik tanımakla, kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi

dinsel esaslara dayandırmak suretiyle lâiklik ilkesine aykırılık oluşturmuştur

Siyasal alanda dinsel çabalar, dinsel geleneklere uygunluğu aranan düzenlemeler, eylem ve işlemler ne kadar geçersizse, öğretim ve eğitim alanında da din buyruklarıyla ilişki kurulamaz. Demokrasinin güvencesini ve cumhuriyetin özgün niteliğini oluşturan bu ilkenin büyük bir duyarlık ve özenle korunması Anayasa gereğidir. Dersliklerde ve ilgili yerlerde dinsel inançları simgeleyen belirtilerden uzak kalınması zorunluluğu nedeniyle yükseköğrenim kurumlarında dinsel gereğe bağlanan başörtüleri lâik bilim ortamıyla bağdaştırılamaz.

Lâiklik ilkesi yönünden Başlangıç bölümünde yapılan inceleme, Anayasa'nın 2. maddesi için de geçerlidir. Gerçekten lâiklik, kurtuluş, kuruluş ve yeniden doğuş evrelerini kapsayan, insan haklarına dayalı olarak geleceğe uzanan bağımsızlık, özgürlük, uygarlık ve barış yürüyüşünü, ulusal gücü özetleyen Türk Devrimi'nin kaynağı ve temelidir. Lâiklik, bireysel, toplumsal düzeyde ve devlet işlerinde metafizik dışında özgür düşünce gereklerine bağlanır. Kişisel ve toplumsal yaşamın siyasal yönden düzenlenmesinde aklın ve bilimin gereklerini zorunlu kılar. Herhangi bir dinin teolojik baskısına uyulmasını önler. Bu nedenlerle, incelenen kural, lâiklik ilkesiyle uyuşmamaktadır.

Özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılması da düşünülemez. **Özelde korunması gerekli görülen lâiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunulamaz.**

Bu nedenlerle, dava konusu madde, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunmuştur.

Din konusunda inançlarına, bakmaksızın tüm yurttaşlara eşit davranan lâik devlette, din ve mezhep farklılığı kişiler arasında hiçbir ayrıma neden olamaz. Dava konusu kural ise, giyim konusunda İslâmî olduğu ileri sürülen başörtüsüne ayrıcalık tanımakla eşitlik ilkesine biçimsel yönden ters düşmektedir. Özde başka dinlerin gerektirdiği örtülere olanak tanımak ela lâikliğe aykırılığı ortadan kaldıramaz.

Dinsel nedenle başörtüsü ve türbanla boyun ve saçların örtülmesine serbestlik tanınması, bu tür yönlendirme, bir anlamda zorlamadır. Kişileri şu ya da bu yönde giyinip başını örtmeye zorlamak, ayrı ve hatta aynı dinlerden olanlar bakımından ayrılık yaratacaktır.

Bu nedenle, dava konusu madde Anayasa'nın 10. maddesine de aykırıdır.

İncelenen yasa kuralı ise, yükseköğrenim kurumlarında bayanların giyimlerine ilişkin getirdiği yeni düzenlemeyle dinsel inanca dayalı başörtüsüne olanak tanımıştır. Böylece, İslami esaslara uygun olup olmadığı bir yana, dinsel inanç gereği boyun ve saçların örtülmesine olanak vermekle, devlet kamu hukuku alanında bu hukukun gereklerine göre yapılabilecek giyimi düzenleme yetkisini, dinsel olura bağlamış olmaktadır.

Yükseköğrenim kurumlarında dinsel giyim esaslarını içeren düzenleme, dinsel kurallardan arındırılmış devlet düzenine, giyim nedeniyle dinsel bir el atmada bulunmadır. Bu biçimde de olsa dinin siyasal alana çekilmesi ve siyasal araç durumuna getirilmesi sakıncası yaratılmıştır. Dine dayalı kurallar hukuk kuralı yerine geçirilmekle temelde siyasal ve hukuksal bir kurum olan devletin din özgürlüğü yönünden yansızlığı bozulmaktadır.

İncelenen yasa maddesi, Anayasa'nın 24. maddesine bu nedenlerle aykırıdır.

Çağdaş bir görünüm taşımayan başörtüsü ve onunla birlikte kullanılan belli biçimdeki giysi, bir ayrıcalıktan ötede bir ayırım aracı niteliğindedir. Şimdiye kadar başörtüsü kullanmadan yükseköğretim kurumlarını bitirmiş bayanlarla şimdi yükseköğretim kurumlarında bulunan bayanları dine karşı ya da dinsiz göstermek için kullanılma olasılığı da kaçınılmazdır.

Çağdışı bir görünüm veren bu durumun giderek yaygınlaşması Cumhuriyet, devrim ve lâiklik ilkesi yönünden sakıncalara da açıktır. Demokrasiden yararlanarak lâikliğe karşı çıkışlar din özgürlüğünün kötüye kullanılmasıdır. Dinin birleştiriciliğine, hoşgörüsüne, inandırarak benimsetme özenine aykırı yanlış yorum ve değerlendirmelere dayalı bölücülükler, dinden soğutmaya neden olacak tutumlar din saygısıyla da bağdaşmaz. Türk devrimi temeline oturan ve bu yapıda lâiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşı lâiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kıydırılmasına olanak tanımamıştır. 174. maddede korunan lâiklik ilkesiyle bu madde kapsamındaki devrim yasalarının amaç, erek ve

içeriklerinin öngördüğü nitelikleri göz ardı ederek dinsel inanç gereği-ne dayalı bir düzenleme getiren dava konusu kural, Anayasa'nın 174. maddesine de aykırıdır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi 4. Daire, L. Şahin/Türkiye, 44774/98, nolu ve 29.06.2004 günlü karar oybirliğiyle alınmıştır. Davacının itirazı üzerine olayı yeniden inceleyen AIHM Büyük Dairesi 10.11.2005 gün ve 608 no ile 16'ya karşı 1 oy ile *"itirazın reddine ve 4.Dairenin kararının onanmasına"* karar vermiştir. Bu karar, esas itibarıyla, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda özeti sunulan 7.03.1989 gün ve E.89/1, K. 89/12 nolu kararının gerekçelerine yollama yapmakta ve laiklik ilkesinin önemini vurgulamaktadır:

Aynı şekilde Mahkeme, Türkiye'de laiklik ilkesinin, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygıyla uyumlu olan devletin temel ilke-lerinden biri olduğunu ifade etmiştir. (Refah Partisi ve diğerleri, yu- karıda 93. bölümde zikredilen) halkın büyük bir çoğunluğunun belli bir dinden olduğu Türkiye gibi bir ülkede, bu dini icra etmeyenleri ya da başka bir dinden olanları kökten dinci hareketlerden korumak için üniversitelerde alınan önlemlerin sözleşmenin 9/2 maddesine göre haklı görülebilir. Bu bağlamda, laik üniversiteler, ibadetin tezahürünü ya da belirtilen dinin sembollerini, değişik dinden öğrenciler arasın- da huzurlu ortak yaşamı sağlamak amacıyla böyle bir tezahürün yeri ve adetine göre yasaklamalar uygulayarak, düzenleyebilir ve böylece kamu düzenini ve diğerlerinin inançlarını korur. (Refah Partisi ve di- ğerleri, yukarıda 95. bölümde zikredilen) (Anılan karar; par. 99)

Anayasa Mahkemesi, 7 Mart 1989 tarihli kararında, laiklik ilkesi- nin Türkiye'de, diğerlerinin yanı sıra, yurttaşların yasa önünde eşitliği ilkesinin, din özgürlüğünün ihlal edilemezliği ilkesinin -bireyin vic- danından kaynaklandığı ölçüde- ve demokratik değerlerin garantörü olduğunu ifade etmiştir (bkz. yukarıda 36. paragraf). Laiklik ayrıca, bireyi dış baskıdan da korumuştur. Mahkeme, söz konusu değerleri ve ilkeleri savunmak için kişinin dinini ifade etme özgürlüğüne kısıt- lamalar getirilebileceğini eklemiştir. (Anılan karar, par. 105)

Laikliğin bu nosyonu, mahkemeye, sözleşmenin dayanağını oluş- turan değerlerle uyumlu görünmektedir ve Mahkeme, Türkiye'deki demokratik sistemin korunması zorunluluğunun göz önüne alınmış olması nedeniyle, söz konusu ilkenin desteklendiğini kabul etmekte- dir. (Par. 106)

Buna ek olarak, Anayasa Mahkemesi gibi mahkeme de, türban sorunu Türk toplumunun kendi koşulları içinde ele alınırken, dinin zorunlu bir gereği olarak savunulan veya algılanan bu tür bir sembolün giyilmesinin, bu sembolü giymeyi tercih etmeyenler açısından birtakım etkiler yaratabileceğine dikkat çekmektedir. Yukarıda belirtilen arka planı göz önüne alarak, Anayasa Mahkemesi tarafından da ifade edildiği üzere, üniversitelerde dinî simgelerin giyilmesine getirilen yasaklamanın temelini oluşturan düşünce bir laiklik ilkesidir. Çoğulculuk değerlerinin, diğerlerinin haklarına saygının ve özellikle yasa önünde kadın ve erkeğin eşit olduğunun öğretildiği ve hayata geçirildiği bir konseptte, görülmekte olan davada dahil olmak üzere, kız öğrencilerin üniversitede bulundukları sırada baslarını türbanla örtmelerine ve dini semboller kullanmalarına konuyla ilgili yetkilerce onay verilecek olması halinde, böylesine bir onayın laiklik değerlerine aykırı olarak değerlendirilmesi anlaşılabilir. (Par. 108)

Yukarıda bahsedildiği üzere (bkz. p. 78) su konu oldukça açıktır; Türk mahkemeleri türbanı Anayasa'ya aykırı olarak değerlendirmiş ve ayrıca türban giyimine ilişkin yönetmelik yıllardır yürürlükte (bkz. yukarıda 33., 34. ve 42. paragraflar). Dolayısıyla birtakım üniversitelerin söz konusu kuralları, bireylerin özellikleri ve kendi anlayışları bağlamında uygulamamış olmaları bu kuralların haksız olduğu sonucu doğurmaz. (Par. 112)

Mahkeme, geçmişteki gelişmeler ışığında ve özellikle Sözleşen Devletlere bırakılan takdir yetkisi göz önüne alınarak, İstanbul Üniversitesinin başörtü giymeyi yasaklayan yönetmeliğinin ve uygulanan önlemlerin prensip olarak haklı ve amaçla orantılı olduğunu ve “*demokratik bir toplumda zorunlu*” olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir. (Par.114)

Sonuç olarak, sözleşmenin 9. maddesi ihlal edilmemiştir. (Par. 115)

Mahkeme başvuru tarafından ileri sürülen diğer sözleşme hükümlerine dair, söz konusu koşulların ihlal tespit edilmeyen 9. madde ile bağlantılı olarak incelenen koşullarla aynı olması, ayrı bir sorunun ortaya çıkmadığını mahkeme bu nedenlerle, oybirliğiyle 1. Hükümetin ilk itirazının reddine; 2. Sözleşmenin 9. maddesinin ihlal edilmediğine; 3. Sözleşmenin 8. ve 10. maddeleri ile 9. maddesinin ve 1 nolu Protokolün 2. maddesinin, 14. madde ile bağlantılı olarak ayrı bir meselenin

ortaya çıkmadığına karar verir.

Anılan anayasal ve evrensel ilkeler ve yüksek mahkeme içtihatları ışığı altında Türkiye’de akıl ve izan sahibi tüm politikacıların, şirketler medyasının ve neo-liberal aydınlarımızın yeniden değerlendirme yapmaları ve özellikle türban üzerinden siyaseti öngören yukarıda anılan anayasa değişikliğinden vazgeçmeleri, *laiklik ve hukukun üstünlüğü* ilkelerine saygı göstermeleri umut edilmektedir. Anayasa’ya, kılık kıyafet özgürlüğü kılıfı altında “*turban*” maddesi sokuşturulduğu takdirde çok yakın bir zaman içinde üniversitelerde ve devlet dairelerinde kara çarşaf, sarık, cüppe ve benzeri dinsel simgelerin yaygınlaşması kaçınılmaz olacaktır. Yaşamın her alanında laiklik, özgürlük ve demokrasiye inanmış hukukçuların ve yurttaşlarımızın din üzerinden oynanan bu “*karanlık oyun*”a dur demeleri ve mücadele etmeleri gerekmektedir.