

ANAYASA MAHKEMESİ: “RESMİ NİKÂH OLMAKSIZIN DİNİ NİKÂH CAİZDİR” THE CONSTITUTIONAL COURT: “A RELIGIOUS MARRIAGE WITHOUT OFFICIAL MARRIAGE IS PERMISSIBLE”

Coşkun ÖZBUDAK*

Özet: Makalede, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK), *evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yapan ve yaptırımlara ceza öngören hükümlerinin Anayasa’ya aykırı olduğu* yönündeki Anayasa Mahkemesi kararı incelenmiştir.

Abstract: In this article is reviewed the decision of the Constitutional Court which stated that the provisions of the Turkish Penal Code Law No. 5237 which stipulate punishment for those who carry out the religious ceremony of marriage prior to official procedures and also for those who cause it to be held are conflicting with the Constitution.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Resmi Nikâh, Dinsel Tören, Laiklik İlkesi, Din ve Vicdan Özgürlüğü, Özel Hayatın Gizliliği, Ölçülülük

Keywords: Constitution, Turkish Penal Code, Turkish Civil Code, Constitutional Court, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Official Marriage, Religious Ceremony, The Principle of Secularism, Freedom of Religion and Conscience, Right to Privacy, Proportionality

1. Giriş

Evlilik kurumu, birçok özellikleri ve mahremiyetleri bulunan, özellikle başlangıç itibarıyla kadın ve erkeğin ortak yaşam kurma iradesini yansıtan, özel ve ikili ilişkinin ağır bastığı bir birlikteliği ifade eder. Bundan dolayı da kuruma, sadece yasal bir temele oturma ve salt kural-yaptırım ikilemi çerçevesinde bakmanın yetersizliği herhalde tartışmasıdır.¹

* Avukat, Ankara Barosu

¹ Işıl Saygın, “Resmi Nikah Neden Gereklidir?”, <http://www.isilaysaygin.com/tr/index.php?pg=kadinstatusu&sayfano=19>, (İnd.T.: 02.06.2015)

Bu nedenle, başta sosyal, kültürel ve hukuksal olmak üzere birçok bileşeni olan evlilik kurumunun; oluşumunu, sürdürülmesini, sonlandırılmasını ve bu kuruma bağlı ilişkilerin düzenlenmesini konu alan hukuksal kurallar kamu düzeninden kabul edilmektedir.

Öyle ki, evlilik kurumunun da içinde yar aldığı kurallar, yalnızca kanunla düzenlenmemiş, aynı zamanda Anayasa tarafından da güvence altına alınmıştır.

Bu kapsamda, gerek mülga 743, gerekse halen yürürlükte bulunan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda (TMK) resmi nikâh olmadan dini tören yapılması yasaklanmıştır.

TMK'daki bu yasağa aykırı eylemler, mülga 765 ve halen yürürlükte bulunan 4721 sayılı TCK'da da suç sayılıp cezaya bağlanarak teminat altına alınmıştır.

Son olarak, Anayasa'nın 174. maddesinde de, *evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esası ile TMK'nın resmi nikâh olmadan dini tören yapılmasını yasaklayan hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı belirtilmiştir.*

Ancak Anayasa Mahkemesi (AYM) itiraz yoluyla önüne gelen ve TCK'nın, *evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yapan ve yaptıranlara ceza öngören hükümlerinin iptali talep edilen bir davada, dava konusu hükümleri Anayasa'ya aykırı bularak (oy çokluğuyla) iptaline karar vermiştir.*²

Bu çalışmada AYM'nin anılan kararı, öğretisi, yargı kararları, yargılama pratikleri ve Anayasa'ya uygunluk/aykırılık ölçütleri bağlamında irdelenecektir.

2. İnceleme

TMK, TCK ve Anayasa'nın İlgili Hükümleri ve "Kamu Düzeni" Kavramı

TMK'nın "Aile cüzdanı ve dini tören" başlıklı 143. maddesi uyarınca: "Evlenme töreni biter bitmez evlendirme memuru eşlere bir aile cüzdanı verir.

² AYM, 27.5.2015, E: 2014/36, K: 2015/51

Aile cüzdanı gösterilmeden evlenmenin dini töreni yapılamaz. Evlenmenin geçerli olması dini törenin yapılmasına bağlı değildir.”

TCK'nın “Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören” başlıklı 230. maddesinin 5 ve 6. fıkralarına göre: “Aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Ancak, medeni nikâh yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.” (f. 5), “Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.” (f. 6).

Anayasa'nın “İnkılap kanunlarının korunması” başlıklı 174. maddesinin 4. bendi uyarınca: “17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikah esası ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü” Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz.

Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 21. maddesine göre “Bu Kanunun ve Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılmış veya değiştirilmiş bulunan kanunların maddelerine, diğer mevzuat tarafından yapılan yollamalar, o maddeleri karşılayan yeni hükümlere yapılmış sayılır.”

Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, resmi nikâh olmadan dini tören yapılmasını yasaklayan kanun hükmünün kamu düzeninden olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Türk Hukuk Lügatı'nda “kamu düzeni” kavramı: *Bir ülkede kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve bireyler arasındaki ilişkilerde huzuru ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan, taraflar arasındaki sözleşmelerle ortadan kaldırılamayan kurum ve kuralların hepsi*” şeklinde tanımlanmıştır.³

AYM'ye göre kamu düzeni deyimi; *toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tu-*

³ Türk Hukuk Kurumu, <http://www.turkhukukkurumu.org.tr/thl/metin/A.pdf>, (İnd.T.: 02.06.2015)

*tan her şeyi ifade eder, bir başka deyimle toplumun her alandaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsar.*⁴

Kamu düzeni kavramı öğretilerde de; *toplumun önemli ve doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan, uyulmasında ve uygulanmasında kamunun kesin yararı olan kurallar* olarak kabul edilmiştir.⁵

Bununla birlikte, kamu düzeninin içeriği, kamu düzeninin kapsamını oluşturduğu kabul edilen temel hukuk ilkeleri, temel hak ve özgürlükler ve temel ahlak kurallarının içeriği zaman içinde ve toplumdan topluma değişir. Bunun nedeni toplumun sosyal, siyasal, ekonomik, kültürel ve ahlaki yapısında zaman içinde gerçekleşen değişimlerdir. Dolayısıyla kamu düzeni içeriği zamana ve mekâna göre değişen bir kavramdır.

b. Anayasa Mahkemesine (İtiraz Yoluyla) Başvuru Gerekçesi

1982 Anayasası'nın 5, 10, 17, 20, 24. maddeleri ve bütünü 5237 sayılı TCK'nın 5 ve 6. fıkralarındaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, resmi evlenme olmadan evlenmenin dinsel törenini yaptırınlar ve yapanlar hakkında ceza müeyyidesi uygulanmasının Anayasa'ya aykırı olduğu, ayrıca bu kanun hükümlerinin mahkemelerce uygulanmasında aksaklıklar olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki; sanıklar "biz hep beraber oturduk birlikteliğimiz için dua ettik" dedikleri takdirde delil yetersizliğinden beraat kararı vermek gerekirken, sanıkların "evet dini nikâhumuz kıyıldı" dediklerinde cezai müeyyide uygulanması aynı suçu işleyen sanıklar arasında eşitsizliğe sebep olacağı gibi, bu suçun oluştuğunun ispatının zor olduğu aşikardır.

Ayrıca, Anayasa'nın kişilere tanımış olduğu özel hayatın gizliliği ve din ve vicdan hürriyeti hükümleri dikkate alındığında, bir kadın ve erkeğin **birlikte gayrimeşru yaşamaları** suç değilken, dini nikâh kıyarak birlikte yaşamalarının suç teşkil etmesi, kişilerin dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve suçlanamaması kuralını ihlal etmektedir.

Yine Türkiye Cumhuriyeti'nde zina suç olmaktan çıkmış iken resmi nikâh olmadan şahısların dini nikâh kıymalarının suç teşkil etmesi Anayasa'nın ilgili hükümlerine aykırıdır.

⁴ AYM, 28.1.1964, E: 1963/128, K: 1964/8

⁵ Arda Atakan, "Kamu Düzeni Kavramı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 13, C. 1-2, İstanbul, 2007, s. 60

c. Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya Uygunluk Gerekçesi

İtiraz konusu kurallarda, aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar ile evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapan kimsenin iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı; ancak, resmi nikâh yapılması halinde dinsel törenle evlilik yaptıranlar aleyhine açılan kamu davasının ve hükmedilen cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılacağı düzenlenmektedir.

Anayasa'nın 20. maddesindeki düzenlemeyle özel hayat ve aile hayatı, Anayasa'da belirtilen istisnalar haricinde Devlete, topluma ve diğer kişilere karşı koruma altına alınmıştır.

Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre, din ve vicdan özgürlüğü "demokratik toplumun temel taşlarından biri" ve "insanların kimliklerini ve yaşam biçimlerini oluşturmalarını sağlayan" bir temel hak olarak, tıpkı özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı gibi kural olarak devletin ve diğer kişilerin müdahale edemeyeceği bir alan oluşturmaktadır.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği üzere, temel hak ve özgürlüklerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve özgürlüklerin sınırını oluşturur. Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının Anayasa'nın bütününe dikkate alınarak belirlenmesi gerekir.

İtiraz konusu kurallarda, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar ile evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapanların cezalandırılması öngörülerek, kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne bir sınırlama getirildiği açıktır. Zira kişiler arasında evlilik bağının nasıl kurulacağına ilişkin tercihte bulunulmasının ve bu bağın dinsel ritüel ve uygulamalara göre yapılabilmesinin kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında kaldığı tartışmasızdır. Din ve vicdan özgürlüğü yönünden de uluslararası alanda genel kabul görmüş normlar uyarınca, bu özgürlüğün özel bir görünümü olan "dini veya inancı dışı vurma özgürlüğü"; ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulamalar ve öğretme gibi çok çeşitli dav-

ranışları kapsamaktadır. Dolayısıyla, evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın da anılan özgürlük kapsamında kaldığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

İtiraz konusu kurallara ilişkin suçlarla korunmak istenen hukuki menfaat dikkate alındığında, anılan **sınırlamanın amacının, evlilikle kurulan aile düzenini korumak olduğu anlaşılmaktadır**. Gerçekten de söz konusu suçlarla, resmî niteliği bulunmayan dolayısıyla da hukuki himaye sağlamayan evlenmenin dinsel törenini yapmak ve yaptırmak yasaklanarak, evlilik kurumunun bahsettiği haklardan eşlerin mahrum kalmamalarının sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir.

Aile düzeninin korunması ve evlilik kurumunun sağladığı haklardan kişilerin yararlanabilmesi, aile bireylerinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesine, dolayısıyla kamu yararının gerçekleşmesine hizmet edeceğinden, anılan amaçla özel hayatın korunması hakkı ile ve din ve vicdan özgürlüğüne sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin birçok kararında vurgulandığı üzere kanun koyucunun benimsediği ceza siyasetine göre hangi fiillerin suç olarak nitelendirileceğine karar verilmesi hususunda takdir yetkisi bulunduğundan, bu sınırlamayı suç ve ceza ihdas etmek suretiyle gerçekleştirilmesi de mümkün bulunmaktadır. Ancak getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen güvencelere bağlı kalınarak yapılması gerekmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan özgürlüğü yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde, hakkın özüne dokunmadan, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olarak sınırlanabilir.

Ölçülülük ilkesi uyarınca, özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne müdahale edilebilmesi için demokratik toplum düzeni bakımından bir zorunluluğun bulunması, itiraz konusu sınırlama bakımından, aile kurumunun sağladığı hukuki himayenin, bir başka ifadeyle kişilerin evlilik bağının kurulmasından kaynaklanan haklarının, bu sınırlama olmaksızın korunamaması gerekir. Oysa **hukuk düzeninde, kişilerin evlilik bağının kurulmasından kaynaklanan haklarını koruyacak hukuki müesseselere yer verilmiş bulunmaktadır**. Gerçekten de Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca, eşlerin evlilik bağından kaynaklanan haklarını ileri sürebilmeleri için kanunda belirtilen memur

önünde resmi nikâh yaptırmaları zorunlu olup, aksi takdirde evlilik bağından kaynaklanan birçok hakka sahip olmaları mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, kişilerin resmî evlilik yaptırmamaları hâlinde maruz kalabilecekleri hukuki yaptırımlar mevcut olup bunlar, kişilerin resmî evlilik yaptırmalarını sağlayabilecek elverişliliktedir. Dolayısıyla kişilerin dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerini cezalandırmayı gerektirecek bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Sadece evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın suç olarak düzenlenmemesi, bu birlikteliği hukuk düzenince geçerli olarak kabul edilen bir niteliğe kavuşturmamakta ve evlenmenin dinsel töreninin yapılması evlilik birliğinin kurulmasını ve birlikten kaynaklanan hakların kullanılmasını sağlamamaktadır.

İtiraz konusu kurallarla getirilen sınırlamanın amacı olan aile düzeninin korunması yönünden gerekli olmadığı hâlde, itiraz konusu kurallarla kişilerin özel hayatları ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan özgürlükleri kapsamında kalan evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerinin suç olarak düzenlenip bunlara cezai yaptırım bağlanması, anılan haklara orantısız bir müdahalede bulunulması sonucunu doğurmakta ve ölçülülük ilkesine aykırı düşmektedir.

İtiraz konusu kurallar bağlamında özel hayatın korunması hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne daha hafif bir sınırlama aracıyla müdahalede bulunularak, sınırlama amacı olan "aile düzenini korumak" mümkünken bundan daha ağır bir müdahale aracı kullanılması, ölçülülük ilkesine uygun düşmez. Hukuk düzenince resmî evlilik dışındaki hiçbir evlilik türüne hukuki sonuç bağlanmamak suretiyle, bir başka ifadeyle, "hukuki müeyyide aracı" kullanılarak itiraz konusu kurallarla amaçlanan aile düzeninin korunmasına yönelik önlem alınmış bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuk düzenince bu önlem alınmışken "hukuki müeyyide" aracından daha ağır bir müeyyide öngören "suç ve ceza aracı"na başvurulması, itiraz konusu kurallarla yapılan sınırlamanın ölçüsüzlüğüni gösteren diğer bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.

Esasen, kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip

cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırımlarının suç olarak düzenlenmesi, anılan ölçüsüzlüğü açıkça ortaya koymaktadır.

Diğer yandan, evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapan kimseler de sonuç itibarıyla özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırımlara yardım etmek amacıyla hareket ettiklerinden, bu kişilerin fiillerinin cezalandırılmasını öngören kural da yukarıda belirtilen aynı gerekçelerle ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir.

d. Karşı Oy Gerekçeleri

"...Kanun koyucu kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak şartıyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı veya sayılmayacağı ve suç sayılan eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Medeni Kanun, Türkiye Cumhuriyeti'nin modern, çağdaş ve laik hukuk sistemine geçişinin temel yapı taşlarından birini oluşturmaktadır. Medeni Kanun'un özellikle resmi nikâh akdine ilişkin hükümlerinin gerektiği şekilde uygulanmasının Türk toplum ve aile hayatı açısından taşıdığı önem ve bu hükümlere uyulmadan dini nikâha dayalı olarak oluşturulan birlikteliklerin özellikle kadın ve çocuklar yönünden doğuracağı olumsuzluklar dikkate alınarak Anayasa'nın 174. maddesiyle resmi nikâh kurumu özel olarak korumaya alınmıştır.

Devletin, aileyi ve özellikle anayı ve çocukları koruma görevi gözetildiğinde, dini nikâha dayalı fiili birleşmelerin aile, toplum ve kamu düzenini bozucu sonuçlarını ortadan kaldırabilmek için resmi nikâhtan önce dini nikâh kıydırılmasının suç sayılıp cezalandırılmasında, hukuk devleti ilkesine ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırılık bulunmamaktadır.

*Anayasa'nın ilgili kurallarında belirtilen laiklik, inanç özgürlüğüne saygıdan kaynaklanan ve dini bu özgürlüğün enginliğine bırakan bir kavram olduğundan, din düşmanlığı, dinsizlik ya da din karşıtlığı olarak algılanamaz. Devletin farklı inançlardaki kişilere aynı yakınlıkta ya da uzaklıkta olması, bunlar arasında hiçbir ayırım yapmaması laiklik ilkesinin gereğidir. **Dini nikâhın Medeni Kanun'da öngörülen evlenme akdinden önce yapıl-***

masının yasaklanması, bu akiddeden sonra yapılmasını engellemediğinden laiklik ilkesine aykırı değildir.

İptali istenen kuralların gerekçesinde, düzenlemenin, Anayasa'nın 174/4. bendi gereğince yapıldığına açıkça işaret edilmiştir.

Anayasa'nın 174. maddesiyle ilgili bir Anayasa Mahkemesinin 7.3.1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12 sayılı kararında, madde ile korunan değer konusunun açıklığa kavuşturulduğu görülmektedir:

Anayasa Mahkemesi'nin 13.6.1985 tarih ve E.1984/14, K.1985/7 sayılı kararında da işaret edildiği üzere: "... Anayasa'nın 176 ncı maddesinde, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil olduğu açıklanmış, anılan maddenin gerekçesinde de Başlangıç kısmının, Anayasa'nın diğer hükümleriyle eşdeğer olduğu vurgulanmıştır. Cumhuriyet'in niteliklerini belirleyen 2. maddesinde ise "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayalı, demokratik, laik ve sosyal hukuk devletidir" kuralı ile Başlangıçta belirtilen temel ilkeler Cumhuriyetin nitelikleriyle özdeşleştirilmiştir..."

Anayasa'nın 174. maddesinin gerekçesinde de "Atatürk inkılâplarının Atatürk'ün amaç olarak gösterdiği Batı uygarlık düzeyine varıştaki önemleri tartışılmayacak kadar açıktır. Türk Milleti bu inkılâpların bilincine varmış ve onlarla ilgili değerlendirmelerini etrafında toplandığı fikirler nüvesine katmıştır. Ancak zaman zaman Atatürk inkılâplarının anlamını kavrayamayanların belirledikleri görüldüğünden, inkılâpları Anayasanın himayesine alan 1961 Anayasasındaki hükmün yeni Anayasada korunması yerinde görülmüştür..." şeklinde bir belirlemede bulunduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 41. maddesi ise aileyi Türk toplumunun temeli kabul etmiş; Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alması gerektiğine işaret etmiştir.

Anayasa'nın "Din ve Vicdan Hürriyeti" başlıklı 24. maddesinin son fıkrası: "Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi 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." kuralını taşımaktadır.

765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun, laikliğe aykırı olarak devletin içtimai veya iktisadi veya siyasi veya hukuki temel nizamlarını kısmen de olsa dini esas ve inançlarına uydurmak amacıyla propaganda yapmak veya telkinde bulunmak suçunu düzenleyen 163. maddesinin iptali istemiyle yapılan itiraz başvurusunda Anayasa Mahkemesi iptal istemini reddederken, 3.7.1980 tarih ve E.1980/19, K.1980/48 sayılı kararında şu gerekçeye dayanmıştır: "... Laiklik ilkesini benimseyen Cumhuriyet, hukukun laikliğini sağlamış, böylece Devlet bağımsız ve yansız bir hukuk kurumu olarak çağdaş ve uygar yapısını bulmuştur. Böylece laikliğin Anayasa'nın 2. maddesiyle, temel kural durumunda siyasal ve hukuksal yaşamda geçerli bulunması, laikliği koruyan Türk Ceza Yasasının 163. maddesini Anayasamızın 2. maddesinin doğal ve zorunlu bir sonucu durumuna getirmektedir... Laiklik ilkesini koruyan Türk Ceza Yasasının 163. maddesinin 4. fıkrasının, Anayasanın anılan ilkeye saygınlık sağlayan 12. maddesine aykırı bir yönü yoktur... Türk Ceza Kanununun 163. maddesinin 4. fıkrasında tanımlanan suçun maddi ve manevi öğeleri Anayasanın 19. maddesinin 5. fıkrasındakilerin koşutu olup, Anayasanın 19. maddesinde de geçen 'istismar, kötüye kullanma, yasak dışına çıkma ve kışkırtma' sözcükleri, Türk ceza Kanununun 163. maddesinin 4. fıkrasındaki 'propaganda ve telkini' kapsamaktadır. Anılan Anayasa hükmünde yasaklanan eylemlerin yaptırımının yasa da gösterileceği de açıkça belirtilmiştir. Bu bakımdan itiraz konusu kural Anayasanın 19. ve ayrıca 12., 20. ve 33. maddelerine aykırı değildir...".

İtiraz konusu kuralların Anayasa'nın 174. maddesinde sayılan sekiz inkılâp kanunundan birinin (medeni nikâh esasının) ceza hukuku alanında korunmasına yönelik olması karşısında; "Atatürk inkılâpları - laiklik - Anayasal Koruma" konusundaki 25.10.1983 tarih ve E.1983/2, K.1983/2 sayılı Anayasa Mahkemesi kararındaki gerekçeye yer vermek yerinde olacaktır: "... Atatürk devrimlerinin hareket noktasında laiklik ilkesi yatar ve devrimlerin temel taşı bu ilke oluşturur. Başka bir anlatımla, laiklik ilkesi açısından verilecek en küçük bir ödün Atatürk devrimlerini yörüngesinden saptırarak yok olması sonucunu doğurabilir. Bu nedenden ki Anayasamız 'Hiçbir düşünce ve mülahazanın... Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı' yolunda kesin bir buyruğa 'Başlangıç'ta yer vermek zorunluluğunu duymuş bulunmaktadır... Türk devrimi, Atatürk'ün önderliğinde gerçekleştirilen ulusal bağımsızlığın ve çağdaşlaşma hareketinin adıdır ve bu düşünce

sistemi 1982 Anayasası'nın temel dayanağını ve felsefesinin oluşturmuştur... Bu nedenledir ki Anayasamızın 24. maddesinin 4. fıkrası hükmüne başka manalar izafe etmek, Atatürkçü düşünceye ve Türk devrimine ters düştüğü kadar, bizatihi hükmün açık olan ve yoruma elverişli bulunmayan beyanına ... aykırı olur...".

Benzer değerlendirmelerin yapıldığı 7.3.1989 tarih ve E.1999/1, K.1989/12 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının gerekçesine göz atmak yararlı olacaktır: "... İnkilâp kanunlarının korunması başlığını taşıyan Anayasanın 174. maddesi, kimi sözcük ve değişiklikleriyle 1961 Anayasasının 153. maddesinin yinelenmesi biçimindedir. Maddede sıralanan sekiz Yasa'nın Anayasaya aykırı olduğu biçimde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı öngörüülürken, bu yasaların Türk toplumunu çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik niteliğini koruma amacını güden devrim yasaları olduğu belirtilmiştir... 174. maddenin içeriğinde sıralanan yasaların adları, Türkiye Cumhuriyeti için önemlerini açıklamaktadır. Çağdaş uygarlık düzeyini aşmak ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laik niteliğini korumak amacını taşıdıkları Anayasa'da kabul edilip 'inkilâp kanunları' olarak anılmaları, Türk Devrimi ve Atatürk ilkelerinin gerçekleştirme amacı olduklarını göstermektedir... 174. maddenin bağımsız olarak ayrıca Başlangıç bölümü, 2. ve 24. maddelerle birlikte değerlendirilmesi Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik anlayışını açık biçimde ortaya koyar... 174. maddede belirtilen Devrim Yasaları birbiriyle sıkı ilişki içindedir. Hepsi laiklik konusunda ayrı bir alanı düzenleyerek ülkenin çağdaş yapısını kurmuşlardır. Her biri başlı başına büyük önem taşıyan ve birer devrim anıtı olan bu Yasalar, Türkiye Cumhuriyeti'ni sonsuza dek yaşatacak değerdedir..."

Yukarıda kapsamlı olarak metinlerine yer verilen Anayasa hükümleri ile Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararları birlikte değerlendirildiğinde; Anayasanın 174. maddesinin 4. fıkrası ile koruma altına alınan inkilâp kanunlarından "17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esası ile aynı Kanununun 110. maddesi hükmü" (743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile yürürlükten kaldırılmakla beraber, Anayasanın 174/4. maddesinde sözü edilen düzenlemeler 4721 sayılı Kanunun 141., 142. ve 143. maddelerinde aynı muhafaza edilmiştir.) Ceza hukuku alanında 1936 yılından bu yana koruma altına alınmış (765 sayılı TCK.nun 237/3-4 Md; 5237 sayılı TCK.nun 230/5-6 Md) olup; Anayasanın 174/4. md.nin "Başlangıç"taki değinilen ilkeler, 2.,

14., 24/son ve 41. maddeleriyle birlikte yorumlanması gerekliliği karşısında, "din ve vicdan hürriyeti"nin bu inkılâp kanununun önüne geçirilebilmesine imkân bulunmamaktadır. Türk kadınının çağdaş uygarlık düzeyine ulaştırılması, kadının ve ailenin korunması amacına yönelik olan "medeni nikâh" esasını benimsemesi ve ülkenin

laik düzeninin korumayı hedefleyen bu inkılâp kanununun aksine tutum ve davranışları engellemeye matuf dava konusu kurallar, gerçekte bu Anayasal ilkenin korunmasına yönelik bir ceza yaptırımından ibarettir. Esasen yasa koyucu dahi bu kurallara ilişkin gerekçede, düzenlemeyle Anayasa'nın 174. maddesinin (4) numaralı bendinin vurgulanmakta olduğunu ifade etmiştir. Keza önceki (mülga) Türk Ceza Kanunu'ndaki aynı düzenleme, Anayasa Mahkemesince Anayasa'ya aykırı görülüyerek iptal istemi reddedilmiştir. Anılan İnkılâp Kanununu dolaylı yoldan zayıflatabilecek bir yorum biçimiyle, düzenlemenin vicdan ve din hürriyeti ile bağdaşmadığının öne sürülmesi, yorumda Anayasa'nın işaret edilen diğer hükümlerinin birlikte ele alınması gerekliliği karşısında kabul edilemez. Ayrıca işaret edilen Anayasa Mahkemesi kararları da bunu desteklemediği gibi, bilakis aksini ortaya koymaktadır. Kaldı ki, iptali istenen kuralın (5) numaralı fıkrasının 2. cümlesinde yer alan, "Ancak, medeni nikâh yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar" hükmü de dikkate alındığında aile hukukunu, özel hayatı, din ve vicdan hürriyetini ve medeni nikâh esasını koruyan bu kuralın ölçülü olmadığı da söylenemez. Dolayısıyla kurallar Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı düşmemekte olup, iptal isteminin reddi gerekir.

* * *

Ulusal Kurtuluş Savaşı ile elde edilen bağımsızlık ve milli hâkimiyet temelinde ve devrimle kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nin medeni milletler camiasına kendini kabul ettirmesinin başlıca dayanaklarından biri de kadın-erkek eşitliğini esas alan Türk Kanunu Medenisi olmuştur. Medeni Kanun'la çok eşliliğe son verilerek resmi nikâh esasının kabul edilmesinden sonra da yeni hukuki kurumların ayakta tutulabilmesi için, bazı önlemler öngörülmüştür. Medeni nikâh yapılmadan dini nikâh yapılmasının bazı yaptırımlara tabi tutulması da bu kapsamdadır. Konuya salt hukuki ve Anayasal açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesinin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun bu iptal davasındaki kurallarla aynı düzenlemeyi içeren 237. maddesinin dördüncü fıkrasının iptali istemini reddeden, 2.5.2002 tarihli ve 24743 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, Esas.1999/27, Karar:1999/42 sayılı ve OYBİRLİĞİYLE alınmış kararındaki gerekçeler, bu iptal istemi yönünden de aynen geçerli olup, iptal

isteminin reddi gerekmektedir. Ancak bu kere konuya insan hakları ekseninde bir gerekçeyle yaklaşarak farklı bir sonuca varıldığından, iptal istemine konu olan kuralların koruduğu hukuksal değerler ile ihlal edildiği sonucuna varılan Anayasa hükümlerinin yeniden karşılaştırılması yararlı olacaktır.

Modern laik yaşamın ve buna bağlı toplum düzeninin gereklerini yüce dinimizin emirleri ile en güzel şekilde bağdaştırmasını bilen halkımızın büyük bir çoğunluğu, evlilik akdini icra ederken hem hukuki hem de dini ve sosyal vecibeleri yerine getirmeyi usul edinmiş, buna göre öncelikle remi nikahın yapılması, sonra da dini tören ve düğün yapılması şeklindeki uygulama bir örf ve adet haline gelmiştir.

Kanun'un 230. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, aralarında evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptıranların iki aydan altı aya kadar hapis cezasına çarptırılması öngörülmekle birlikte, ikinci cümlede "Ancak, medeni nikâh yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar" denilmiştir. Bu düzenlemenin, ceza mevzuatında yer alan diğer suçlara ilişkin etkin pişmanlık ve hafifletici sebeplerden farklı, suçu adeta "tazyik hapsi" niteliğinde bir yaptırıma bağlayan bir kural olduğu görülmektedir. Bundan da **amacın, kimseyi dini tören yaptırdığı için cezalandırmak olmayıp, sadece dini törenin nikah akdinden sonra yapılmasını sağlamak, böylece resmi evlenme akdinin ertelenerek, dini esasa göre kurulan aile birlikteliğinin hukuk düzeni dışında kalmasından dolayı kadın ve doğacak çocuklar yönünden muhtemel hak kayıplarını önlemek olduğu** anlaşılmaktadır.

Konuya sosyolojik açıdan bakıldığında, toplumumuzda hem resmi hem de dini nikah ile evlenen çiftlerin oranının Türkiye İstatistik Kurumu'nun verilerine göre 2011 yılında ilk evliliğinde hem resmi hem de dini nikahla evlenenlerin oranı % 93,7 iken sadece resmi nikahla evlenenlerin oranı % 3,3 ve sadece dini nikahla evlenenlerin oranı % 3'tür. Bölgelere göre nikah türleri incelendiğinde, resmi evliliği olmayıp sadece dini nikah yaptıranların oranının en yüksek olduğu bölgenin Güneydoğu Anadolu bölgesi olduğu (% 8,3), en düşük orana sahip bölgenin ise Batı Marmara bölgesi olduğu (% 0,9) görülmektedir (Türkiye İstatistik Kurumu Bülteni, Sayı:13662, 13 Mayıs 2013).

Yine Civelek ve Koç tarafından 2005 yılında yapılmış aile araştırmasında da sadece dini nikahı olanların oranının 1968'de % 15 iken 1978'de % 12, 1988'de % 8, 1998'de %7 ve 2003'te de % 5,8 olduğu görülmektedir. Bu verilere göre 1968'den 2003'e kadar sadece imam nikahlı birlikteliklerde % 61 azalma meydana gelmiştir. Yine aynı araştırmanın bulgularından, Türkiye genelinde

"imam nikahı"nın bölgesel ve sosyo-kültürel faktörlere göre değişiklik arzettiği, bu bağlamda coğrafi olarak Batı'dan Doğu'ya arttığı, eğitim seviyesi yükseldikçe azaldığı, kırsal bölgelerde kentlere daha fazla olduğu, hane refah seviyesiyle de ilgili olduğu, refah seviyesi çok kötü olan ailelerde % 15, orta olan hanelerde % 4, iyi olan hanelerde ise % 1 oranında olduğu görülmüştür. Bu tablodan çıkan sonuç, toplumsal düzenin temel esaslarından biri olarak kabul edilen kadın-erkek eşitliğine dayalı evlilik kurumunun, yani Medeni Kanun'a göre yapılan evlenme akdinin Devletçe bazı yaptırımlarla desteklenmesine ihtiyacın, kalkınmışlık düzeyi arttıkça ters orantılı olarak azaldığı, ancak toplumun bazı kesimleri ve bazı bölgeler itibariyle halen bazı yaptırımlara ihtiyaç bulunduğu ve iptali istenen kuralın bu yönde önemli bir kamu yararına hizmet ettiğiidir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri sayılmış, 10. maddesinde eşitlik ilkesi, 17. maddesinde kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, 41. maddesinde ailenin korunması ve çocuk hakları düzenlenmiştir. Eşitliği güvence altına alan 10. maddeye 2004 yılında eklenen fıkrada "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür" denilmiş; fıkraya 2010 yılında eklenen cümlede de "Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz" hükmü getirilmiştir. ***İptali istenen kuralla herkesten önce kadınları korumakta olduğundan, anayasal denetimde işin bu yönünün gözden kaçırılması hatalı sonuçlara götürecektir.***

Sosyolojik araştırmalara göre ***aralarında herhangi bir şekilde evlenme akdi olmadan aile hayatı yaşayan çiftlerin oranı, sadece dini törenle evlenenlerin oranından daha düşüktür. Öte yandan, bu kategorideki kişilerle dini törenle evlenmiş olduğunu düşünen kişiler arasında eşitlik karşılaştırması yapılması da mümkün değildir.*** Çünkü eğitim ve ekonomik gücü yüksek olan kişilerin kurduğu birlikteliğin her iki taraftan herhangi birinin isteği ile sona erdirilmesi genelde toplumsal barışı bozucu bir etki yaratmazken, inançları gereği kendisini dini nikâhla bağlı sayan taraflar arasında birlikteliğin bozulması çok ciddi sorunlara ve geniş aileleri de karıştıran, toplumsal barışı bozucu ciddi suçlara yol açabilmektedir. Durum ve konumları itibariyle farklı olanlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamayacağı açıktır.

Kuralların öngördüğü cezanın Anayasa'nın 20. ve 24. maddelerindeki temel haklara ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiğinden de söz edilemez. Çünkü

buradaki müdahale, sadece belli bir dini törenin zamanlamasına yönelik, haklı nedenlere dayanan bir müdahaledir. Medeni nikâhın yapılmasıyla suç ve cezanın ortadan kalkacak olması, müdahaleyi daha da hafiflettiğinden, ölçüsüz sayılamaz. Çoğunluk gerekçesinde de belirtildiği gibi, 20. ve 24. maddelerdeki özgürlüklerin, bunların doğasından kaynaklanan bazı sınırları vardır. Dinsel bir törenin yapılmasından önce kişinin bazı koşulları yerine getirmesinde haklı bir neden ve üstün bir kamu yararı varsa, ölçülü olmak şartıyla Devletçe bazı kurallar konabilir. Nitekim 80 yıldır halkımızın büyük çoğunluğu dini vecibelerini de ihmal etmeden bu kurallara uymuş ve bu kuralların kaldırılması yönünde yasa koyucu üzerinde önemli bir toplumsal talep yaşanmamıştır. Kurullarla sıkıntısı olan kişilerin çoğunlukla, evlilik kurumunun kanuni yükümlülüklerinden kurtulmak ve partnerini, özellikle inançlı bir kişi ise, hukuken evli olmaksızın birlikte yaşamaya ikna etmek için dinin manevi gücünden yararlanmak isteyenler olduğu anlaşılmaktadır. Bunların da özgürlükler kapsamında himaye edilecek meşru bir hukuki yararlarının olmadığı açıktır.

Dini töreni yapan kişiler yönünden de kurallara ilişkin iptal isteminin aynı gerekçelerle reddi gerekir. Kaldı ki, başkalarını evlendirmek gibi dini bir zorunluluk da bulunmamaktadır.

3. Değerlendirme

Yukarıda (okuyucuyu sıkma pahasına); itiraz başvurusu, karar ve karşı oy gerekçelerine ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Karşı oy yazılarındaki gerekçeler yeterince açıktır. Bu nedenle, aynı hususlara ilişkin görüşler yinelenmeyecektir.

Buna karşılık, AYM'nin son dönem kararlarında sıkça başvuru alan "ölçülülük" ilkesi ve inceleme konusu kararda başvurduğu kıyas ve yorum yöntemleri irdelenecektir.⁶

Bu noktada, yapılacak eleştirileri daha anlaşılabilir kılma açısından, Ankara Üniversitesi ve İstanbul Üniversitesi'nde yirmi yıl ders

⁶ Ancak öncelikle Anayasa mahkemesine itiraz başvurusunda bulunulan mahkeme kararında ileri derecede dil ve anlatım bozukluğu bulunduğundan, yapılan alıntıda dil ve anlatım bozukluklarının düzeltilindiğini, ayrıca "gayrimeşru" ve "gayriresmi" kavramları ile "nikâhsız birlikte yaşama" ve "zina" olgularının fena halde birbirlerine karıştırıldığını, ya da bu kavram ve olgulara dayalı kabulün hukuk temelli değil inanç temelli olduğunu düşündüğümü, zira bu mahkemenin, "meşru"luk tanımlamasını ortada dini nikah olup olmadığını dikkate alarak yaptığı kanaatinde olduğumu belirtmeliyim.

vermiş, Türk Hükümetine çeşitli konularda danışmanlıklar yapmış ve bazı kanunların hazırlanmasında öncülük etmiş olan Alman-Türk hukuk profesörü Hirsch’in son derece önemli olan bir görüşüne burada atıf yapmak doğru olacaktır.

Hirsch’e göre: *Hukukçunun görevi kanunu uygulayarak, olguyu kanun gözü ile ölçmektir. Bu bağlamda kanunu yorumlamak demek, kanunun ruhunu ortaya koymak demektir. Her kanun çeşitli etkenlerin ürünü olduğundan, kanunun gerçek anlamı ancak bu etkenlerin anlaşılmasıyla ortaya çıkabilir. Hukuk kuralında ifadesini bulan fikrin ortaya çıkarılmasında; kuralın lâfzî anlamı, tarihçesi, hukuk ve kanun sistemindeki yeri önemlidir. Ayrıca hukuk kuralının kıyasen uygulanması, kıyas edilecek hukuk kuralının niteliğine bağlıdır. Kural genel bir prensibi ifade ediyorsa kıyas mümkündür. Özel bir olgu için konmuşsa kıyas uygun değildir. Ancak bir normun “genel” veya “özel” olduğunu bize bildirecek olan, kuralın hukuk sistemindeki yeridir. Her kanun normu kanun koyucunun çarpışan menfaatlere biçtiği değerlerin bir ifadesidir. Hâkimin kanuna bağlı olduğu ve ancak kanun çerçevesinde hüküm vereceği kuralı hâkimin, kanunun lâfzına bağlı olması demek değildir. Bunun anlamı şudur: Hâkim çarpışan menfaatlerin toplumsal değeri hakkında kanun koyucudan farklı bir hüküm veremez. Hukukçu herhangi bir maddeyi uygularken yorum faaliyetini yukarıdaki kurallar çerçevesinde, bilimsel bir şekilde yapmalı ve bulunduğu yorum normunu mantıkla da kanıtlayabilmelidir.*⁷

AYM, iptal kararına varırken, *nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşayanlarla, dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırınların* durumunu kıyaslamış ve birinciler *cezalandırılmazken*, ikincilerin eyleminin *suç olarak düzenlenmesini*, ölçsüzlüğün kanıtı olarak kabul etmiştir.

Oysa aralarında herhangi bir şekilde evlenme akdi olmadan birlikte yaşayan çiftlerin, dini törenle evlenmiş olduğunu düşünen kişilerle karşılaştırılabilmesi mümkün değildir.

Bu kıyaslama, TMK’daki *“Nişanlanma, evlenme vaadiyle olur”* kuralı kapsamında nişanlı bulunanlar ile hiçbir evlenme iradesi olmaksızın

⁷ E. Hirsch, “Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsîr”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 1943, Cilt 1 Sayı 2, s. 192-199, <http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhfdergisi/yil-1943-cilt-1-sayi-1-4/> (Ind.T.: 30.04.2011)

aileleri tarafından beşik kertmesi yapılmış kişilerin nişanın hükümleri açısından eşdeğer tutulmaları kadar hatalıdır.

Bir kere, fiilen birlikte yaşayan çiftlerin, hukuk düzenimizin belirlemiş olduğu anlamda “evlenme” hususunda bir iradeleri bulunmamaktadır. Bu anlamda, evlilik kurumunu düzenleyen hukuk kuralları ile çatışma halinde olmaları da söz konusu değildir.

İptal edilen kurallar kapsamındakiler ise evlenme iradelerini ortaya koyup uygulamaya geçen, bu sırada da Anayasa ile güvence altına alınmış, kamu düzeninden sayılan bir kuralla çatışan kişilerdir.⁸

Anayasa Mahkemesi verdiği bu kararla, Anayasal güvence altına alınmak suretiyle kamu düzeninden kabul edildiği kuşkusuz olan bir kuralın ihlalini, *kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercih ve dini inanç gereği saymış, ayrıca bu ihlali, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmayan* bir davranışla aynı kefeye koyma hatasına düşmüştür.

Buna karşılık AYM aynı tarihli ve benzer konulu bir başka kararında 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, “İffetsiz bir kimse ile evlenen veya böyle bir kimse ile yaşayanlar” başlıklı 153. maddesinin 1. fıkrasında geçen “...veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta...” ifadesini, “askeri hizmetin niteliğine dikkat çekip, kanun koyucunun bu tür düzenlemeler yapma yetkisi olduğunu” vurgulayarak, (oy çokluğuyla) Anayasa'ya uygun bulmuştur.⁹

Oysa bu ibarede söz konusu olan durum da, *kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihi yansıtmakta ve özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince ayrıca suç olarak nitelendirilip cezalandırılmamaktadır*. Aradaki fark, Askeri Ceza Kanunu'ndaki, eylemin dini inançla bağlantılı olmamasıdır.

Bu hatalar, hâkimin şu ya da bu düşünceye/inanca yakın olmasından çok, içinde yorum ve kıyas kurallarını da barındıran evrensel

⁸ AYM aynı konudaki 24.11.1999 gün ve E: 1999/27, K: 1999/42 sayılı kararında: “Aralarında resmî nikâh bağı olmaksızın bir arada yaşayanlarla evlenme istek ve iradesiyle dini nikâh yaptırılanlar aynı hukuksal konumda değillerdir.” diyerek, bu yanlışlığa işaret etmiştir. Gerek 24.11.1999 tarihli karara konu başvuruda, gerekse inceleme konusu başvuruda her iki itiraz mahkemesi de aynı hatayı yapmış, maalesef son kararında AYM de bu hataya ortak olmuştur.

⁹ http://www.radikal.com.tr/turkiye/nikahsiz_yasayan_askerin_tskdan_ihracina_vize-1369080, (İnd.T.: 02.06.2015)

hukuk ilkelerine uzak olmasıyla, ya da daha kötüsü, taşıdığı düşünceyi/inancı en temel hukuksal ilkelere tercih ederek hüküm kurmakta sakınca görmemesiyle açıklanabilir.¹⁰ Ben bu noktada yanılmış olmayı temenni ediyorum.

AYM inceleme konusu iptal kararının gerekçesinde, Anayasa'nın 13, 20 ve 24. maddeleri bakımından inceleme yapmış, buna karşılık Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan laiklik ilkesine değinme gereği dahi duymamıştır. Tüm kararda laiklik kelimesine (18) defa, karşı oy kullanan üyeler yer vermiştir.

Laiklik ilkesine atıf yapılması için bu kelimenin kullanılması gerekemeyebilir. Ancak iptal gerekçesinde bu ilkeyi çağrıştıran ifadeler de yer verilmemiş olması ve Anayasa'da laiklik ilkesinin somutlaştığı maddelerden bir olan 24. maddenin salt din ve vican özgürlüğü bakımından irdelenmesi de ayrıca dikkat çekicidir.

Oysa karşı oy yazarlarının laiklik kelimesini kullanırken atıf yaptığı metinler Anayasa'nın kendisine ve AYM'nin benzer konularda daha önce vermiş olduğu kararlara aittir.

Anayasa'nın Devletin rejimini de düzenleyen, konuyla ilgili hükümlerinde bugüne kadar temel bir değişiklik yaşanmadığı göz önünde bulundurulduğunda, inceleme konusu AYM kararındaki anlayışın önemsiz bir yaklaşım farklılığından kaynaklandığı da söylenememektedir.

AYM'nin son dönem kararlarında haklar ve özgürlükler eksenine ağırlık verdiği ve ölçülülük ilkesine sıklıkla başvurduğu görülmektedir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde ve bireysel başvuru yolunda haklar ve özgürlükler eksenli yaklaşım elbette takdire şayandır. Ancak, denge gözetmeksizin, tek başına haklar ve özgürlükler penceresinden bakılmasının da bir eksen kaymasına yol açması, hakları ve özgürlükleri aslında tümünden yok edecek olan bir gidişin kilometre taşlarını döşemekte olması kaçınılmazdır.¹¹ Çünkü *özgürlüklerin sınırsız olduğu yerde hiç kimse özgür değildir*.

¹⁰ AYM dini inanç söz konusu olduğunda tercihini özgürlükler bağlamında kullanmakta ve tutumuna gerekçe bulmakta da zorluk çekmemektedir. Bkz. AYM'nin 25.06.2014 tarih ve 2014/256 Başvuru Numaralı kararı, Coşkun Özbudak, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara, Aralık 2014

¹¹ Bülent Serim, "Nikah Sadece Nikah Değildir", <http://odatv.com/n.php?n=nikah-sadece-nikah-degildir-0106151200>, (İnd.T.: 01.06.2015)

AYM'nin gerekçesinde, ölçülülük açısından değerlendirme yapılırken, TMK'daki düzenleme bağlamında, *kişilerin evlilik bağının kurulmasından kaynaklanan haklarını koruyacak hukuki müesseselere yer verilmiş bulunduğu, bu kapsamda, kişilerin resmî evlilik yaptırımaları hâlinde maruz kalabilecekleri hukuki yaptırımların, resmî evlilik yaptırımlarını sağlayabilecek elverişlilikte olduğu, dolayısıyla kişilerin dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerini cezalandırmayı gerektirecek bir zorunluluk bulunmadığı* belirtilmiştir.

Oysa Anayasa'da ve yasalarda yer alan birçok yasağın, başkaca yasal önlemler bulunmasına rağmen neden ayrıca ceza yaptırımına bağlanmış olduğu, esasen bu ceza yaptırımlarının ilgili kişilerin en az bir hakkını/özgürlüğünü ihlal ettiği, ancak bu ihlalin Anayasal rejim, kamu düzeni, kamu yararı ve haklar/özgürlükler dengesi uyarınca meşru kabul edilmesi gerektiği herkesten önce AYM'nin malumudur.

Örneğin TCK'da da suç sayılarak cezalandırılan terör eylemleri için, ülkemizde ayrıca bir Terörle Mücadele Kanunu bulunması dikkate alınarak, *hukuk düzenince önlem alınmışken daha ağır bir müeyyide öngören ayrı bir "suç ve ceza aracı"na başvurulması, sınırlamanın ölçüsüzlüğünü gösteren bir unsur olarak değerlendirilebilecek midir?*

Keza TMK düzenlemesi yeterli, TCK hükümleri ölçsüz ise, resmi nikâh yaptırabilmek için yaşı küçük olan çocukların dini nikâhla evlendirilmeleri ya da evli olan bir kişinin dini nikâhla ikinci bir kadın alması hangi cezai yaptırımla engellenecektir?

Bu anlamda, AYM'nin en azından inceleme konusu kararda ölçülülük adına ölçüyü kaçırdığını söylemek herhalde ölçsüzlük olmayacaktır.

Kendisi de bir hâkim olan ŞAKAR, *Cumhuriyet dönemi yargısının Cumhuriyetin müeyyidesi ve inkılâbın koruyucusu olarak inşa edildiğini, dolayısıyla tarihsel misyonu gereği, Cumhuriyet iktidarının talepleri doğrultusunda hareket ettiğini, her iktidar değişikliğinde eskisinin son askeri, yenisinin ilk müntesibi olduğunu, toplumsal talepler ve özgürlüklerin, devrin iktidarının güvenlik anlayışı ve siyasi çıkarıyla örtüştüğü oranda anlamlı olduğunu, bu nedenle de Türkiye'de yargının, temel haklar ve özgürlükleri esas alan, bu dâhilde özgürlükler lehine içtihatlar geliştiren bir yapıda olmadığını, Cumhuriyetten bugüne kadar işleyen adli mekanizmanın bir yargıya dönüşmediği*

gibi, mevcut bütünlüğü de yitirerek **amor**f bir görünüme bürünmekte olduğunu söylemektedir.¹²

Yine hâkim ERTEKİN de, "Mesleki istikbalin iktidar ve güç ile olan meseleye bağlı olduğu bir meslek örgütü içindeki ilişki sisteminin mensuplarına nasıl bir gerilim dayattığı üzerinde düşünmek zorundayız. Bu güne kadar hiç ilgilenilmemiş, belki de fincancı katırlarını ürkütmemek için bir köşede bırakılmış bir sorundur bu. Böyle bir kültürde herhangi bir talebinizi meşrulaştırmanın tek yolu güç ve iktidara yakın olmak, onunla yakınlaşmak, yakınlaşma araçlarını yollarını geliştirmek ise eğer bu durumda meşru ilişkilerden ve davranışlarımızın herkesin ve toplumun önünde haklılaştırması sorunundan uzaklaşmaya başlamışsınız demektir. **Bu aynı zamanda ahlaki sınırlamalardan uzaklaşmak ve bunun yerine güç ve kudret ile ilişki geliştirmeye dayalı kapalı ve el altından yürütülen bir ilişki biçimini kurumsallaştırmak demektir. Bugün yargının içinde olduğu "kültür" tam da böyle bir hiyerarşik kültürdür.** Böyle hiyerarşik ilişki geliştiren bir meslek alanının etik değer ve ahlaki bir olgunlaşma yaratabilmesinin ne kadar zor olduğunu kabul etmek gerekiyor. **Eğer ahlaki ve etik ilkelerimiz iktidar ve güce dönük olarak oluşuyorsa ahlaki davranışlarımız da, yani örneğin kınama ve yerme eğilimlerimiz de kaçınılmaz biçimde iktidar dışındakilerin "yaramazlık"larına, bu yaramazların itiraz ve "isyan"larına yönelebilir.** Buna karşılık, bu ahkaki ölçeğin asıl olarak iktidar ve güç sahiplerinin davranışlarını ölçebilecek bir eğilimi hiçbir biçimde bulunmamaktadır. Böyle bir yargı kültürü kaçınılmaz olarak gücün bizzat kendisini ahlaklaştırırken, zayıfın bizzat kendisini de ahlaki bir zaaf sorgulamasına taşımakta eşsiz bir heyecan duyar. Oysa, **yargının, toplumsal işlevini yerine getirmesini mümkün kılan şey güç ve iktidar merkezinin dışında durabilme kapasitesi ve buna ilişkin dayanıklı pratikler üretebilme yeteneğidir.** Bu nedenle Türkiye'de yargının içinde bulunduğu iktidar, güç, ahlak ve etik ilişkilerini mutlaka toplumsal sorgulamamızın bir konusu haline getirmek zorundayız. Aksi takdirde, toplum, kendi haklarının geliştirilmesi ve derinleştirilmesi konusundaki beklentilerini daha da uzağa ertelemekten başka bir şey yapamayacaktır. Çünkü, **nasıl bir yargıya, nasıl bir yargıca/savcıya, nasıl bir yargı kültürü ve etiğine sahip olduğumuz sorusu gerçekte hangi haklara sahip olduğumuz sorusu ile aynıdır.**"¹³ diyerek, yaşamsal bir başka saptama yapmıştır.

¹² Orhan Gazi Ertekin, Faruk Özsu, Muzaffer Şakar, Yargıda Kumpasın Köşe Taşları AKP ve Cemaat, İstanbul, 2014, s. 234, 235

¹³ Orhan Gazi Ertekin, Yargı Meselesi Hallolundu!, Ankaralı, 2011, s. 142, 143

Bir başka çalışmalarına *“Türkiye’de Yargı Yoktur”*¹⁴ gibi son derece düşündürücü bir isim vermiş olan bu iki yazarın yaptığı saptamalar ve getirdiği eleştiriler, esasen Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana söz konusu olan yargı anlayışına yöneliktir. Ancak geçmişten günümüze *Cumhuriyet dönemi yargısının Cumhuriyet iktidarının talepleri doğrultusunda hareket ettiği, her iktidar değişikliğinde eskisinin son askeri, yenisinin ilk müntesibi olduğu, toplumsal talepler ve özgürlüklerin, devrin iktidarının güvenlik anlayışı ve siyasi çıkarıyla örtüştüğü oranda anlamlı olduğu* yönündeki saptama, güncel bir kararı konu alan bu çalışma bakımından ayrıca önem taşımaktadır.

Zira görünen o ki, Cumhuriyetin müeyyidesi olmakla eleştirilen yargı, günümüzde de muktedirin güdümünden çıkıp *“hukukun müeyyidesi”* haline gelememiştir.

Eğer Anayasa Mahkemesinin güncel sorunu Cumhuriyet yargısı için söylenenler kadar derin ve kronik değilse, inceleme konusu karardaki hukuka aykırı sonucun; yorum ve kıyas ilkelerinin doğru uygulanmamasından ve ilgili hükümler arasındaki sebep sonuç ilişkisinin yer değiştirmesinden kaynaklandığı söylenebilir. Bu durumda, yukarıda atıf yapılan yorum ilkeleri bağlamında; eldeki konuya ilişkin kuralların sözel anlamı, tarihçesi, hukuk ve kanun sistemindeki yeri, kıyas yapılacak kuralların/durumların niteliği ve yasa (mevzuat) yapıcının amacı dikkate alınarak bir hükme ulaşma çabası adil bir sonucu mümkün kılar.

Ama sorun daha derin ve kronik ise yeni mahkeme binaları ve adliye sarayları değil, hukukun müeyyidesi olan bir yargı kurumu, geleneği ve kültürü inşa etmeye başlanmalıdır.

4. Sonuç

Ulusal Kurtuluş Savaşı sonrasında ilan edilen Cumhuriyet, yalnız rejim değişikliğini değil aynı zamanda hukuk ve ahlak temelindeki değişikliği de ifade eder. Bir başka ifadeyle, Cumhuriyet rejimi ile din temelli ahlak anlayışından laik temelli ahlak anlayışına, dinsel-örfi hukuktan laik hukuka geçiş amaçlanmıştır.

Türk yargısına ilişkin yukarıdaki eleştiriler saklı kalmak üzere, bu amaç doğrultusunda bir evrilme de kısmen gerçekleşmiştir. An-

¹⁴ Orhan Gazi Ertekin, Faruk Özsu, Kemal Şahin, Muzaffer Şakar, Uğur Yiğit, *Türkiye’de Yargı Yoktur*, İstanbul, 2014

cak 1950'li yıllarda başlayan yalpalama 80'lerde ivme kazanmış ve son yıllarda eksen kayması düzeyine ulaşmıştır. Bu kayma, günümüzde yeniden din temelli ahlak anlayışına ve dinsel-örfi hukuka dönüşe işaret etmektedir.

İnceleme konusu karara, Mahkemenin hukuk düzenimizdeki yeri, içinde barındırdığı anlayış, önceki içtihattan dönüş, benzer durumlara ilişkin istikrarsızlık gibi ölçütler açısından bakıldığında, sonuç basit bir içtihat değişikliği gibi değil, (kasıt bu olmasa da) laik hukuk temelinden ayrılışın bir başka işareti gibi görünmektedir.

Seçilmiş iktidarların zamana yayarak yaptıkları için ilk bakışta niteliği anlaşılamayan dönüştürme uygulamalarına artık yargının da aynı yönde ve aynı yöntemle katıldığını söylemek bugün itibarıyla artık haddini aşmak olmayacaktır.

Oysa farkında olmasa da *Türk Toplumunun en büyük kazanımlarından biri Cumhuriyetin laik hukukudur, özel hayata ilişkin tercih-lere ve dini inanca feda edilemeyecek kadar da önemlidir.*

Kaynakça

- Atakan Arda, "Kamu Düzeni Kavramı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S. 13, C. 1-2, İstanbul, 2007
- Ertekin Orhan Gazi/Özsu Faruk/Şakar Muzaffer, *Yargıda Kumpasın Köşe Taşları AKP ve Cemaat*, İstanbul, 2014
- Hirsch Ernst E., "Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 1943, Cilt 1 Sayı 2
- Ertekin Orhan Gazi, *Yargı Meselesi Hallolundu!*, Ankara, 2011
- Ertekin Orhan Gazi/Özsu Faruk/Şahin Kemal/Şakar Muzaffer/Yiğit Uğur, *Türkiye'de Yargı Yoktur*, İstanbul, 2014
- Özbudak Coşkun, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara, Aralık 2014
- Saygın İşlay, "Resmi Nikah Neden Gereklidir?", <http://www.isilaysaygin.com/tr/index.php?pg=kadinstatusu&sayfano=19>, (İnd.T.: 02.06.2015)
- Serim Bülent, "Nikah Sadece Nikah Değildir", <http://odatv.com/n.php?n=nikah-sadece-nikah-degildir-0106151200>, (İnd.T.: 01.06.2015)
- AYM'nin 28.1.1964 gün ve E: 1963/128, K: 1964/8 sayılı kararı
- AYM'nin 24.11.1999 gün ve E: 1999/27, K: 1999/42 sayılı kararı
- AYM'nin 25.06.2014 tarih ve 2014/256 Başvuru Numaralı kararı
- AYM'nin 27.5.2015 gün ve E: 2014/36, K: 2015/51 sayılı kararı, (<http://www.anayasa.gov.tr/Haber/detay/305/2015-51.pdf>, İnd.T.: 01.06.2015)
- <http://www.turkhukukkurumu.org.tr/th1/metin/A.pdf>, (İnd.T.: 02.06.2015)
- http://www.radikal.com.tr/turkiye/nikahsiz_yasayan_askerin_tskdan_ihracina_vize-1369080, (İnd.T.: 02.06.2015)