

## **9 Aralık 2022 tarihli Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Türkiye Barolar Birliği Görüşü**

9 Aralık 2022 tarihinde TBMM Meclis Başkanlığına sunulan ve 19 Ocak 2023 tarihi itibarıyla TBMM Anayasa Komisyonunda görüşülmeye başlanan Anayasa Değişikliği Teklifi ile Anayasa'nın 24. ve 41. maddelerine yeni fıkralar eklenmesi öngörülmekte, ayrıca 41. madde başlığında değişiklik düşünülmektedir.

### **24. madde Değişiklik Teklifi Bakımından Değerlendirmeler:**

**1) Anayasa'nın ilgili maddeleri, temel hak ve özgürlüklerin herkes için geçerli olmasını ve ayrımcılığa maruz kalmadan işletilmesini sağladığından; Teklif'e sosyal anlamda ihtiyaç bulunmamaktadır:**

Teklif edilen düzenlemeyle amaçlanan korumayı -temel hak ve özgürlükleri ayrımcılık yaratmaksızın- sağlamak bakımından Anayasa'da çok sayıda düzenleme bulunmaktadır. Ayrıca sosyal anlamda da değişikliğe ihtiyaç bulunmamaktadır.

Kişilerin din ve vicdan özgürlükleri, buna veya başka bir sebebe dayalı kıyafet tercihleri, Anayasa'nın 2. maddesinde sayılan laiklik ilkesi, 24. maddesinde düzenlenen "din ve vicdan hürriyeti" ile koruma altındadır.

Ayrıca kadınların statülerine ilişkin olarak 10. maddede "kanun önünde eşitlik" başlığı altında yer alan eşitlik ve pozitif ayrımcılık düzenlemesi ve herhangi bir gerekçeyle eğitim hakkının engellenemeyeceğine ilişkin Anayasa'nın 42. maddesinin birinci fıkrası, teklif edilen değişiklikle amaçlanan korumaların hepsini, eşit, Anayasa düzenleme mantığına uygun bir şekilde sağlamaktadır.

Ayrıca Teklif'in Genel Gerekçesinde de vurgulandığı üzere, Türkiye'de kamu hizmetlerine girme, bu hizmetlerden yararlanma bakımından başta baş örtüsü olmak üzere, kılık kıyafet tercihlerinden dolayı uygulanmakta olan ayrımcılık bulunmamaktadır.

**2) Anayasal netlikten uzak Teklif, belirsiz düzenleme içeriği ile hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olduğu gibi; anayasaların "genellik" kuralını da karşılamamaktadır:**

Teklif, Anayasa'nın genel yapısına ve bütünlüğüne uygun olmayacak bir şekilde hazırlanmış olup hem kişiler hem idare yönünden açık, anlaşılır, uygulanabilir ve öngörülebilir değildir.

Düzenleme teklifi, Anayasa gibi temel metinlerde olmaması gereken çok sayıda ifade bozukluğu içermektedir. Bazı ifade tercihleri ise düzenlemenin anlamını değiştirebilecek niteliktedir. Teklifin amacının dinî inancı sebebiyle baş örtüsü takanlar ile farklı kıyafet tercihlerinin korunması olduğu ifade edilmekteyse de kullanılan dil nedeniyle, düzenleme dinî inancı sebebiyle başını örten veya başka herhangi bir nedenle farklı kıyafetleri tercih eden kadınları güvence altına almamaktadır.

Zira kullanılan ifade şu şekildedir: "... dinî inancı sebebiyle başını örtmesi **ve** tercih ettiği kıyafetinden...". Bu cümle dinî inanç sebebiyle başın örtülmesini **ve** dinî inanç sebebiyle kıyafet tercihini birlikte şart koşturmaktadır. Aradaki "ve" bağlacı dolayısıyla farklı kıyafet tercihleri de ancak dini inanca dayandığında bu kapsamda güvence altına alınacaktır. Dini inanca dayanmayan kıyafet tercihleri açıkça madde kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu hususun eşitlik ilkesine aykırılığı aşağıda ayrıca değerlendirilmiştir.

**3) Teklif, Anayasa'nın "genellik" niteliğine aykırıdır.** Anayasalar, bir hak ve özgürlük alanını belirlerken "**herkes**" veya "**hiç kimse**" şeklinde ifade olunabilecek bir genellik unsuruna sahip olmayı gözetir. Bazı hak ve özgürlükler dışında "yurttaşlar" bile değil çok daha evrensel bir küme olarak "herkes" veya "hiç kimse" ibaresi tercih edilir. Hukukun evrensel ilkeleri de bunu gerektirir.

#### **4) Anayasacılıkta mutlak hak kavramı çok dar kapsamlıdır.**

İnsan hakları düzenlemelerinde "hiçbir surette yoksun kılınamayacağı" ifade edilen, bu mutlaklığa sahip çok az sayıda hak söz konusudur; bunlara örnek olarak işkence ve kötü muamele yasağı verilebilir. Bu şekilde birkaç örnek dışında yaşam hakkı da dahil olmak üzere, bir sınırlama ve istisna rejimi söz konusudur.

Hakları dengelemek meselesi Anayasa Hukukunun ana meselelerinden biri olup düzenleme içeriğinin mutlak hak olarak görülmesi, diğer çatışan anayasal ilke, değer ve başkalarının çatışan hakları karşısında dengelemeye mani bir durum yaratmaktadır. Mutlak yasak nedeniyle çatışan veya yarışan menfaat veya haklar ve özgürlükleri dengeleme olanağı ortadan kalkacaktır.

Teklif maddesi, "**Hiçbir kadın**" diye başlamakta "**hiçbir surette**" şeklinde sonuçlanmaktadır. Gereksiz ve anlamsız bir vurgu tekrarı ile mutlak hak kavramı oluşturulmaya çalışılması Anayasacılık ilkelerine uygun bulunmamaktadır.

#### **5) Din ve vicdan özgürlüğünün gerçek koruyucusu, laiklik ilkesidir.**

Düzenleme teklifi, Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri başlığı altında bulunan "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” şeklindeki düzenlemede sayılan “**laiklik**” ilkesine aykırıdır.

Düzenlemenin Genel Gerekçesinde laiklik ilkesi “her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dinî inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tâbi kılınmaması anlamına gelir” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tespite rağmen aşağıda da açıklandığı üzere düzenleme teklifinde “dinî inançlarından dolayı” bazı kadınlar bakımından farklı bir muamele, bir istisna öngörülmektedir. Bu istisna devletin inançlar arasında ayırım yapmama yükümünü düzenleyen laiklik ilkesinin ve eşitlik ilkesinin ihlaline yol açacaktır.

#### **6) Teklif’te eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırılıklar bulunmaktadır.**

Her şeyden evvel Teklif, başı örtülü ve açık kadınların hepsini kapsıyormuş gibi görünse de, aslında bütün bir kadın kimliği “başı örtülü ve açık” olmak şeklinde iki alt kümeye indirgenmek ve ayrılmak suretiyle düzenlenmektedir. Bu hüküm başka nedenlerle kıyafet seçimini güvence altına almamaktadır.

Ayrıca, başı örtülü kadınlar söz konusu olduğunda da “dinî inancı sebebiyle” başını örten kadınlar ile diğer herhangi bir sebebe dayalı olarak başını örten kadınlar arasında bir ayırım yapılmaktadır.

Teklifteki düzenleme dinî inancı sebebiyle başını örten kadınları, dinî inancı sebebiyle başını örtmeyen kadınlardan da ayırmaktadır.

Nihayet düzenleme dinî inancı sebebiyle bir başka sembolü tercih eden kadınlar ile dinî inancı sebebiyle başını örten kadınlar arasında da açıkça ayrımcı bir durum yaratmakta ve tüm bu hususlar nedeniyle düzenleme eşitlik unsuru bakımından da sorun içermektedir.

#### **7) Teklif, birbiriyle çatışan veya yarışan haklar konusunda çok sayıda uyumsuzluk çıkarma potansiyeline sahiptir.**

Söz gelimi, kişilerin düşünce ve ifade özgürlüğü hakları, başka kişilerin din ve vicdan özgürlüğü hakları ile çok sık “yarıştırılmaktadır”.

Teklif edilen düzenlemeyle, herhangi başka bir nedenle eğitim ve öğrenim, çalışma, seçme, seçilme, siyasî faaliyette bulunma, kamu hizmetlerine girme ile diğer herhangi bir temel hak ve hürriyeti kullanmaktan ya da kamu veya özel kesim tarafından sunulan mal ve hizmetlerden yararlanmaktan yoksun bırakılan; herhangi bir başka nedenle kınanan veya suçlanan başı örtülü bir kadın, kendisine yönelik tavrın “dinî inancı sebebiyle başını örtmesi ve tercih ettiği kıyafetinden dolayı” olduğunu ileri sürmesi halinde, uygulama sorunları yaşanacak, yargı

bağımsızlığının tam olarak sağlanamaması nedeniyle, başta ifade özgürlüğü olmak üzere diğer hak ve özgürlükler aleyhine yorumlar ortaya çıkabilecektir.

#### **41. madde Değişiklik Teklifi Bakımından Değerlendirmeler:**

Anayasa 41.maddesi ile ailenin korunması için yeterli açıklıkta pozitif yükümlülüğü devlete vermiştir. Yürürlükteki mevzuat evliliğin kadın ve erkek arasında yapılacağını öngörmektedir. Teklif ile getirilen vurguya ihtiyaç bulunmamaktadır

Mevcut haliyle Medeni Kanun'un evlenme konusundaki düzenlemeleri, evliliğin kadın ile erkek arasında gerçekleşeceği esas alınmak suretiyle formüle edilmiştir. Aksi hâl ayrıca ifade edilmemişse de, düzenlemeler okunduğunda, sistematığın kadın ile erkek arasındaki evliliğe dair olduğu görülmektedir.

Örneğin Medeni Kanun'un 134. maddesinde "**Birbiriyle evlenecek erkek ve kadın**, içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte başvururlar" hükmü; 136. maddesinde "**Erkek ve kadından her biri**, nüfus cüzdanı ve nüfus kayıt örneğini, önceki evliliği sona ermiş ise buna ilişkin belgeyi, küçük veya kısıtlı ise ayrıca yasal temsilcisinin imzası onaylanmış yazılı izin belgesini ve evlenmeye engel hastalığının bulunmadığını gösteren sağlık raporunu evlendirme memurluğuna vermek zorundadır" hükmü yer almaktadır.

Ayrıca Teklifin gerekçesinde kullanılan ifadeler ayrımcılığı ve şiddeti artıracak niteliktedir. Teklifin tümü üzerinde değerlendirme yapıldığında; İstanbul Sözleşmesi'nden çıkılmasından sonra bu düzenlemenin Avrupa Konseyi sisteminden biraz daha uzaklaşma sonucu yaratacağı, Teklif edildiği şekliyle bir Anayasa değişikliğine ayrıca ihtiyaç bulunmadığı gibi, teklifin Anayasa tarafından koruma altına alınan eşitlik, laiklik, din ve vicdan özgürlüğü ilkelerine, insan hakları anlayışına, aykırı olduğu değerlendirilmektedir.

Kamuoyunun bilgisine sunarız.

**Türkiye Barolar Birliği**