

ÜNİVERSİTE GİRİŞ SINAVLARINDA MUHTEMEL ENGELLEMELERE KARŞI HUKUK RAPORU

13 Nisan 1999

Sunan: Av. Muharrem BALCI

Öncelikle, tüm hukuk dışı uygulamalara rağmen hukuk mücadelesinin verilebilmesi anlamında düzenlenen panel ve seminer türündeki toplantılara katılımların yoğunluğu, her türlü takdirin üzerindedir. Hukuk dışı uygulamaların kesintisiz bir şekilde yürütüldüğü Türkiye’de, evvelce bu tür programlara az rastlanırdı veya katılım oldukça düşük olurdu. Bu gelişmede en büyük pay, üniversite gençliğinin, hukuk toplumunun gerçekleşmesinde önemli bir aşama olan **“bilgi toplumu”** aşamasına geçişin öncülüğünü yapması ve bu doğrultuda bir avuç hukukçunun da bu mücadeleye verdiği anlamlı destektir. Bu öncülük ve destek, ortaöğrenim gençliğinin de, haklarının neler olduğu hakkında bilgi sahibi olmasına, elinden alınmaya çalışılan haklarının yeniden kazanılması için verdiği hukuk mücadelesinde bilinçlenmesine dayanak olmaktadır.

İnsanın doğuştan getirdiği temel hak ve özgürlüklerin bir bölümü sayılan eğitim-öğrenim özgürlüğünün, hukuk dışı uygulamalarla yasaklanmaya çalışılması boş bir çabadır. Bunun en güzel göstergesi, bir elin parmaklarını geçmeyecek sayıdaki örgütlenmeler ve bu örgütlenmelerin sağladığı katılımlardır.

Kılık-Kıyafetin Yasaklanmasına İlişkin Hüküm Var mı?

İnsanların eğitim-öğrenim özgürlüklerinin kısıtlanamayacağı evrensel bir kural olmakla birlikte, aynı zamanda bu özgürlükler, yetersiz de olsa Türk hukuk mevzuatında yer almaktadır. Bu günlerde herkesin öğrendiği gibi, Yükseköğretim Kanununda kılık kıyafeti, dolayısıyla başörtüsü ile öğrenim görmeyi engelleyen bir hüküm yoktur. **Yükseköğretim Kanununun EK-17. Maddesi**, “yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla kılık kıyafeti serbest bırakmaktadır”. Yürürlükteki diğer kanunlarda da öğrencilerin kılık kıyafetini düzenleyen herhangi bir hüküm de yoktur.

Ayrıca Üniversite öğrencilerinin kılık-kıyafetini düzenleyen herhangi bir Yönetmelik de yoktur. Zira Yükseköğretim Kanununun “Yönetmelikler”

başlıklı 65. maddesinde hangi konularda yönetmelik yapılabileceği sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Bu sayılanlar içinde öğrencilerin kılık-kıyafetlerinin düzenlenmesine ilişkin bir belirleme yoktur. Bu nedendir ki Yükseköğretim Kanununda 31 Mayıs 1998 tarihinde yapılan değişikliklerde dahi kılık-kıyafete ilişkin bir düzenlemeye gidilememiştir. Kılık-kıyafeti yasaklayan idari işlemler, dikkat edilirse, Yönetmeliklerle değil, genelge veya talimatlarla yapılmaktadır. Aslında kanuni mevzuatta kısıtlanmayan, aksine anayasa ve kanunlarla teminat altına alınan eğitim-öğrenim özgürlüğü ile kılık-kıyafet serbestisi, ancak genelgelerle yasaklanmaya çalışılmaktadır.

Adayların Statüsü

Burada çok önemli bir konuya dikkat gereklidir: Üniversite sınavlarına girecek adayların, sınav sırasındaki statülerini çok iyi kavramaları gereklidir. Her ne kadar, büyük bir kısmı Ortaöğrenim kurumlarında öğrenci olsalar dahi, üniversite giriş sınavlarında ortaöğrenim kurumlarına ilişkin kanuni düzenlemelerin muhatabı değildirler. Aynı zamanda üniversite öğrencisi olmadıklarından da üniversitelere ilişkin düzenlemelerin de muhatabı değildirler. Girecekleri sınav sonucunda kazanacakları statünün gerekleri sayılabilecek kısıtlamalara muhatap olmaları düşünülemez. İçinde buldukları statünün adı, “**ADAY**”dır. Adaylık için aranan asgari ve gerekli şartları taşıdıkları için kendilerine sınava giriş kartı verilmiş ve sınava kabul edilmişlerdir. Adayların ellerindeki ÖSS Kılavuzunda, “şu şekilde gelerseniz sınava girersiniz, şu şekilde gelerseniz giremezsiniz” şeklinde bir hüküm yoktur.

Kaldı ki, ortaöğrenime ilişkin disiplin hükümlerine tabi tutulabilseler dahi, başörtüsü ile sınavlara girmelerinden dolayı haklarında sadece disiplin soruşturması açılabilir. Dolayısıyla adayların sınavlara istedikleri kıyafette girebilmesinde herhangi bir hukuki engel yoktur.

Burada bir şeye daha dikkat çekmek gereklidir. Hiç bir engelin olmaması, adayların hiç bir engelle karşılaşmayacakları anlamına da gelmemektedir. Kanunsuz emirleri uygulama konusunda gönüllü davranacaklarla birlikte, sırf korkularından dolayı kanunsuz emri uygulayacak görevlilerin engellemeleri ile karşılaşabilirler. Üniversite adaylarının sınavlar hakkında bilgilendirilmesi için yapılan çalışmaların amacı da, muhtemel engellemelere karşı adayların haklarını nasıl kullanabilecekleri hakkında bilgi vermektir.

Türk hukuk sistemi içinde yer alan üç önemli husus, bu bilgilendirmenin eksenini oluşturmaktadır: Bunlardan biri “**suçların belirlenmesi**”, diğeri “**kanunsuz emir**”, bir diğeri de “**ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri**” dir.

Suç ve Ceza Belirleme Tekeli TBMM’nindir

Hiç kimse veya hiç bir organ, kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz. Suçların ve cezaların tarifi ve belirlenmesi, diğeri bir ifade ile suç ve ceza yaratma bir devlet yetkisidir. Bu yetki de TBMM tarafından kullanılabilir. **Anayasanın 38/3. maddesi** “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceğini” emretmektedir. İdarenin suç ve ceza yaratma yetkisini kullanabilmesi için kendisine Anayasa tarafından açıkça yetki verilmesi gerekir. Kaldı ki Anayasa bu yolu kapatmış, suç ve cezaları belirlemenin tamamen TBMM’nin tekelinde olduğunu emretmiştir. Buradan, idarenin, yönetmeliklerle herhangi bir suç ve ceza belirleme yetkisinin olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Hatta idare kendi başına **disiplin suçu dahi belirleyemez**. Disiplin suçu da olsa, suçların ve cezaların Türk Ceza Kanununda veya diğeri Kanunlarda belirlenmiş olması, onları suç ve ceza olmaktan çıkarmaz. Diğeri bir deyişle kim düzenlerse düzenlesin suç suçtur, karşılığında verilen ceza da cezadır. Fakat suçların düzenleme yetkisi TBMM’nindir. İdarenin İdari Düzenleyici İşlemlerle (Yönetmelik veya Genelgelerle) suç belirlemesi Anayasaya, kanuna ve hukuka aykırıdır. O halde adaylar çok iyi bilmelidirler ki, herhangi bir idari işlemlerle, başörtüsü veya herhangi bir kıyafetin yasaklanması suretiyle sınava girme hakları, Anayasaya ve kanuna rağmen suç ve ceza ihdas edilerek ellerinden alınamaz. Anayasa ve kanunlarda başörtüsü veya bir başka şekilde kılık kıyafetin yasaklanması ve bunun karşılığında belirlenmiş bir ceza yoktur.

Anayasanın 174. maddesi ile teminat altına alınan İnkılap Kanunları arasındaki “**Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun**”, ruhanilerin ruhani kisveleri ile dini mekanlar dışında dolaşamayacaklarına, izcilerin ve sporcuların kendilerine müsaade edilen kıyafetleri giyebileceklerine ve yabancı misyon görevlilerinin giysilerinin başkaları tarafından giyilemeyeceğine dair hükümler getirmektedir. Bu Kanunun, memurların ve öğrencilerin kılık-kıyafetlerinin yasaklanması ile ilgisi yoktur. Dolayısıyla kılık-kıyafet yasaklamalarının gerekçesi yapılamaz. Bu Kanunu gerekçe gösteren idari işlemler hukuki dayanaktan yoksun olup, iptali gerekir.

Aynı şekilde son dönemde Anayasa Mahkemesi kararlarının da İdari İşlemlerde gerekçe olarak gösterildiği görülmektedir ki, bu da hukuka, Anayasaya ve kanunlara aykırıdır:

Anayasanın 153/2. maddesi, “Anayasa Mahkemesi, bir kanun veya Kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez” hükmünü getirmektedir. Bu hükme göre, **“herhangi eylemin Anayasa Mahkemesinin herhangi bir kararıyla yasaklandığı”** şeklindeki bir görüş veya **“Anayasa Mahkemesinin herhangi bir kararında konu ile ilgili gerekçesinin idari işlemin dayanağı yapılması”**, Anayasanın bu hükmüne aykırıdır.

Yine, Anayasanın 13. maddesi, tüm yasaklama ve düzenlemelerin KANUNLA YAPILABİLECEĞİNİ emretmektedir.

Danıştay 8. Dairesi, E. 1986/402, K. 1988/192 sayılı kararında bu konuya açıklık getirmiştir:

“Anayasanın 153. Maddesine göre Anayasa Mahkemesi kararlarının tüm yasama, yürütme ve yargı yerlerini bağlayacağı kuşkusuzdur. Aynı maddenin ikinci fıkrasında Anayasa Mahkemesinin yasa koyucu gibi hareket ederek yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde karar veremeyeceği belirtilmiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesince iptal edilmeyip yürürlükte bırakılan bir yasa kuralını görülmekte olan bir davada uygulayan yargı yerlerinin bu **yasa kuralının yorumunda Anayasa Mahkemesinin yorumuyla bağlı olmadığı**, başka bir anlatımla **yürürlükteki bir yasanın yorumunun ancak o yasayı uygulayan yargı yerinin yetkisinde bulunduğu ve birbirinden ayrı yargı yerlerinin aynı yasayı birbirinden ayrı yorumlayabileceği duraksamaya yer vermeyecek ölçüde açıktır**. Bu nedenle 442 sayılı Yasanın 33. Maddesi yürürlükte bulunduğu ve görülmekte olan bu davada uygulanması gerektiğine göre, bu maddedeki kuralların Anayasa Mahkemesi kararında yer alan gerekçelerle bağlı olmaksızın Dairemizce yorumlanması gerekmektedir.”

Danıştay’ın bu kararına rağmen, Yükseköğretim Kanununun Ek-17. Maddesi ile ilgili olarak, İstanbul Üniversitesi Rektör Yardımcısı Nur SERTEL’in verdiği:

“Şu andaki madde ‘Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak şartıyla, yükseköğrenim kurumlarında kıyafet serbesttir’ diyor. Buna da iptal davası açıldı ama, Anayasa Mahkemesi bunu iptal etmedi. Sadece Anayasaya uygun yo-

rum yöntemiyle bunu sonuçlandırdı ve 'Kılık kıyafet serbestisi, dini inanç nedeniyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılmasını ve dinsel nitelikteki giysileri kapsamaz' dedi. Yani kılık kıyafet serbestisinin sınırlarını açıkladı. Bu gün türban kılık kıyafet serbestisi içinde değildir."

şeklindeki mütalaa, tamamen hukuki dayanaktan yoksundur.

Ceza Yerine Geçen Güvenlik Tedbirleri Ancak Kanunla Konulabilir

Güvenlik tedbirleri, kamu düzeni, genel ahlak ve genel sağlık gibi, yine Anayasada belirlenen kriterlerle alınabilecek önlemlerdir. Bu önlemlerin engellemek istediği husus, kanunlarda açıkça suç sayılan eylemlerin, kamu düzeni, genel ahlak ve genel sağlığı tehdit edecek boyuta varmadan önlenmesidir. Fakat bu tedbirler hiç bir zaman, bir ceza tayini şeklinde alınamaz.

Anayasanın 38. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesi, "ceza veya ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceğini" emretmektedir. İdarenin, Kanunun yetki vermemesine rağmen, ilgisine ceza verilmesi tarzında alacağı güvenlik tedbirleri, Anayasanın 38/3-son. fıkrası hükmüne girer. Örneğin: Öğrencilerin Üniversite kampüsüne sokulmamaları, girenlerin çıkarılması, sınıflara alınmamaları, sınıflardan atılmaları, şeklindeki tedbirler, ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri anlamındadır. Çünkü bu tedbirler, kanunda sayılmamış, mahiyetleri hakkında kanunda herhangi bir belirleme yapılmamış, aksine bir tedbir olmaktan öte, öğrencilere ceza verilmesi şekline dönüştürülmüş, bir ceza verme tasarrufu olmaktadır.

Kanunsuz Emir

Üniversite sınavlarına girecek adayların, kanunda ve yönetmeliklerde belirlenen görevlerini yerine getirebilmesi, aynı zamanda idarenin de kanuna ve hukuka uygun davranması ile mümkündür. Taraflardan birinin hukuka ve kanuna aykırı davranması halinde diğer tarafın kanuna uygun davranması beklenemez. Aksine, hukuka ve kanuna aykırı davranan kimse, karşı tarafı suç işlemeye tahrik ve teşvik etmiş olur ki, bu da ayrı bir suç işlemek demektir. Bu bakımdan kanunsuz emri veren ve uygulayanlar, hem anayasal hem de kanuni suç işlemiş olurlar.

Anayasanın 137. maddesinde "kanunsuz emir" tanımı yapılmaktadır:

"Konusu suç teşkil eden emir, hiç bir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse suç işlemekten kurtulamaz."

Aynı şekilde Devlet Memurları Kanununun 11. maddesinde de “kanunsuz emir” aynı ifadelerle tanımlanmıştır.

Öğrencilerin bilmesi gereken önemli bir nokta şudur:

Bir emrin hukuka uygun olabilmesi için aşağıdaki şartlar aranır:

1. Emri veren, emri vermeye yetkili olmalıdır.
2. Verilen emir, memurun görev ve yetki alanı içinde olmalıdır.
3. Emir, önceden konulmuş usul ve şartlara uygun verilmiş olmalıdır.
4. Emrin konusu hukuka uygun olmalıdır.

Bu şartlardan birini taşımayan emir, kanunsuz emirdir. Kanunsuz emir, idari bakımdan emri vereni sorumluluk altına koysa da, ceza sorumluluğu açısından emri verenle birlikte emri uygulayan da sorumlu olur.

İdari İşlem ve Eylemin Hukuka Uygunluğunun Denetimi

İdarenin işlem ve eylemlerinin hukuka ve kanuna uygun olması Anayasanın 125. Maddesi emridir. Bu uygunluk, İdarenin, eylem ve işlemlerinde Kanunlara, Tüzüklere ve Yönetmeliklere uygun tasarruflarda bulunması, aksi halde hukuka aykırılığı nedeniyle yapılan işlemin iptal edilebileceği anlamındadır.

İdarenin haksız eylem ve işlemine muhatap olan Aday,

– Öncelikle muhatap olduğu işlemin dayanağı olan tüzük, yönetmelik veya genelgenin **kanuna dayalı** ve **kanunun lafzına ve ruhuna uygun** düzenlenip düzenlenmediğini,

– İkinci olarak da, bu düzenlemelere dayanılarak yapılan işlem ve eylemin hukuka ve kanuna uygunluğunu, dolayısıyla hukuka ve kanuna aykırı işlem ve eylem nedeniyle uğranılacak zararın telafisi yollarını, araştırması gereklidir.

Sınava alınmama şeklinde bir engellemeyle karşılaşan aday, engellemeyi yapanın mutlaka, hüviyetini, varsa yaka veya sicil numarasını ve görevini, mümkünse yazılı olarak öğrenmesi ve kendisi hakkında yapılan işlemin yazılı ve tasdikli bir örneğini istemesi gerekir. Bu mümkün olmadığında mevcut durumu bir Noter aracılığı ile veya olay yerinde hazır bulunan birden fazla kişinin tanıklığını içeren bir **TUTANAKLA** tespit etmesi gerekir. Tanzim edilecek bu tutanaklar ileride, yasaklamaya muhatap olan Adayın, idari yargı

veya genel yargıda hakkını araması sırasında her türlü hukuki ve cezai takibat için önemli bir ispat belgesi olacaktır.

Önemli bir husus da, kanunsuz emri uygulayan görevliye karşı hak arama, kendisi hakkında dayanak olarak alınan idari işlemin bir suretinin istenmesinin hiç bir şekilde suç oluşturmayacağıdır. Bu nedenle, adaylar hukuk dışı bir uygulama ile karşılaştıklarında, yukarıda ifade edilen gereklilikleri yerine getirmelidirler.

Hak Arama Yolları

İdarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerine karşı İdare Mahkemelerinde yürütmenin durdurulması istemli dava açılabilir. Ancak sınava alınmama şeklinde tezahür edecek işlem ve eyleme karşı idari dava açılması, sınav hakkını geri getirmeyecektir. O halde, haksız uygulamaya konu emri veren ve uygulayan görevlilere karşı, Türk Hukukunda düzenlenen "**Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluk ve Tazminat**" hükümleri uyarınca maddi ve manevi tazminat davaları açılabilir.

Ayrıca kanuna aykırı uygulama emrini veren ve uygulayanlara karşı, öğrenimin engellenmesi nedeniyle Türk Ceza Kanununun 188/6. maddesi uyarınca Cumhuriyet Savcılığına şikayette bulunulabilir. Yine Türk Ceza Kanununun 228. maddesi uyarınca da şikayette bulunulabilir.

TCK'nın 188/6. maddesi,

"Gayrimeşru olarak her türlü eğitim ve öğretim kurumlarına veya öğrencilerin toplu olarak oturdukları yurt veya benzeri yerlere veya eklentilerine girilmesine veya orada kalınmasına kişiler veya eşya üzerinde zor kullanarak veya başkalarını tehdit ederek engel olanlara iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası"

öngörmektedir.

TCK'nın 228. maddesinin:

"Devlet memurlarından her kim, bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suiistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse altı aydan üç seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Bu muamelede hususi maksat veya siyasî saik veya sebep mevcut ise cezası üçte birden yarıya kadar arttırılır.

Memuriyetin icrasında lüzumsuz yere sert muamelelerle bir şahsın kanun hükmüne veya hükümetin emirlerine itaat etmemesine sebep olan memur dahi aynı ceza ile cezalandırılır.”

hükmüne göre de, Üniversite sınavlarında aday öğrencilere kanunsuz emir uygulamak veya uygulatmak suretiyle keyfi muamele yapanlar hakkında da Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulabilir.

Kanunsuz emri veren ve uygulayanlar hakkında soruşturma yapmak yetkisi, Yükseköğretim Kanununun 53. maddesi uyarınca Cumhuriyet Savcılarının görevi dâhilindedir. Kanunun 53/C-7. maddesinde bu görev doğrudan Cumhuriyet Savcılarına verilmiştir. İlgili hakkında İdari Soruşturma yapılabilceği gibi, idari soruşturmadan bağımsız olarak Cumhuriyet Savcılığı da kendiliğinden kovuşturma yapar.

Adayların uğradığı haksız bir uygulama üzerine yaptıkları şikayete karşılık, görevini yapmayan Cumhuriyet Savcıları aleyhine de şikayet hakkı saklıdır. Ayrıca yukarıda ifade edildiği gibi, ilgililer hakkında her türlü maddi ve manevi tazminat talep etme hakkı da saklıdır. Şikayet üzerine açılacak davaya bakacak Hâkimlerin sorumluluğu da, Cumhuriyet Savcılarının sorumluluğu gibidir.

Not: İş bu tebliğ, (ÖZGÜR-DER), ÖZGÜR DÜŞÜNCE VE EĞİTİM HAKLARI DERNEĞİ'nin İstanbul, Mecidiyeköy Kültür Merkezi'nde, 13 Nisan 1999 günü düzenlediği, “**Başörtüsü Sorunu ve Hukuki Mücadele**” konulu Panelde sunulmuştur.