

“TÜRBAN SORUNU”NUN HUKUKSAL BOYUTU ANAYASAL DEĞİŞİKLİK ÇÖZÜM OLUR MU?

S. Alp LİMONCUOĞLU*

Türkiye’nin son 25 yılına damgasını vuran tartışmalardan biri “*türban sorunu*”dur. Çözümün yasama organına odaklanmış olması ve yasama organını siyasi partilerin oluşturması sebebi ile dini bir konu olan türbanın siyasete bulaşması ve laiklik tartışmaları peşpeşe gelmektedir. Bu tartışmaların odağında, son günlerde önerilen ve muhtemel bu makale yayınlanıncaya kadar kabul edileceği söylenen anayasa değişikliklerinin çözüm olup olamayacağını ise gelecek günlerde göreceğiz.

Bu makale ile amaçlanan iki unsur bulunmaktadır. İlki, daha uzunca bir süre gündemdeki yerini koruyacak “*türban sorunu*”nun, tarihsel gelişimi bilmeyenler için “*hukuk*” ne zaman ve nasıl ortaya çıktığı olup, ikinci unsur ise, üzerinde uzlaşıldığı söylenen Anayasa’daki iki madde değişikliğinin ve YÖK Kanunu’ndaki değişikliğin “*sorunu*” hukukena sona erdirebilir nitelikte olup olmadığıdır.

1. “Türban Sorununun” Hukuksal Boyutu

“*Türban sorunu*” kavramını tırnak içinde belirtmemin sebebi, konunun aslen bir sorun olarak yansıtılmış olmasından rahatsız olmam ve kanımca ortada bir sorun olmadığına inandığımdandır. Cumhuriyetin kurulmasından bu yana 60 senelik bir süre ortada olmayan bir konunun, son çeyrek yüzyılda ortaya çıkması ve bu konunun, kanım-

* Yrd. Doç. Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi öğretim üyesi.

ca kasıtlı olarak siyasilerce gündemde tutulması, ne yazık ki oy kaygısı ile dinin siyasete konu yapılması sonucunu doğurmuş ve Türkiye Cumhuriyeti'nin en önemli temellerinden biri olan laiklik ilkesini zedelemiştir. Dini inanç dolayısı ile başörtüsü kullanımının Türkiye'nin bir gerçeği olduğu yadsınamaz. Muhtemelen, farklı bir dinden olan vatandaşlarımız dışında, Müslüman tüm vatandaşlarımızın ailesinde başörtüsü takan biri vardır veya olmuştur. Özellikle gençlerimizin çoğu bu konuda aile büyüklerini örnek vermektedirler. Aile büyüklerinin kiminin yaşı, Cumhuriyet'in yaşı ile bir olup, büyük bir çoğunluğu ise XX. yüzyılın son yarısını görmüşlerdir. Bu zaman zarfında, eğitimde ve kamusal alan diye tabir edilen diğer alanlarda başörtüsü kullanımı olmadığından, hukuken bu hususta bir düzenleme yapılması ihtiyacı bile hissedilmemiştir.¹ Bu noktadan değerlendirildiğinde, Cumhuriyet'in başından beri vatandaşlarımızın kullandığı başörtüsü, hangi eylem ile bir sorun haline almıştır?

Tartışmaların odağında, 12 Eylül darbesinin Türkiye'nin sosyal yapısını değiştirmeye yönelik etkileri olmakla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri'nin "*ılımlı İslam projesi*"nin de rol oynadığı birçok yazarlar tarafından iddia edilmekte, televizyon programlarında dile getirilmektedir. Buna 1979 İran Devrimi'nin etkileri ile türbanın ülkemizde algılanmasındaki değişiklik de eklenebilir.² Bununla birlikte, kanımca imam hatip okullarına alınan kız öğrencilerin başlarını örtmelerine ilişkin verilen iznin, sorunun başlangıcı ile ilgili önemli bir dönüm noktası olduğudur. Bir başka yönden bakıldığında, imam hatip okullarının eğitim sisteminin veya daha doğru bir deyişle eğitim sistemimizin sorunun ana kaynağı olduğu gözükmemektedir.

İmam hatip okullarına kız öğrenci alınmasına 1960'lı yılların sonunda başlanmış olup, 1972 yılında yürürlüğe konan İmam Hatip Okulu İdare Yönetmeliği'nin 117. maddesi ile kız öğrencilerin kayıt yaptırmaları yasaklanmış, Danıştay 11. Dairesi'nin 14 Aralık 1976 yılında 1976/4374 sayılı kararı ile yönetmeliğin ilgili maddesi iptal edilerek kız öğrenciler için imam hatip okullarına kayıt olma imkanı sağlanmıştır. Bu gelişmeyi, erkek öğrenciler ile birlikte okula giden kızların dini inanç gereği başlarının örtülerek okutulması izlemiştir.

¹ Özlem Doğan, *The Turban Issue*, s. 54 vd., Boğaziçi Üniversitesi, 1994.

² Funda Gençoğlu, *National Identity, Citizenship And Pluralism in Turkey: The Turban Question*, s. 58, Bilkent Üniversitesi, 1997.

Bu gelişmeler yaşanırken, eğitimin gücünün yadsınması veya görmezden gelinmesi, gerektiğinde alınması gereken önlemlerin alınmaması, bugün yaşadığımız sorunun kaynağını teşkil etmektedir.

İmam hatip okullarından yetişen öğrencilerin düşünce yapısı ile ilgili bir anketi aktarmadan evvel, bir ülkede laik yönetim ve hukuk sisteminin devamı için, ülke vatandaşlarının bu laiklik ilkesine inanması gerektiğinin önemine dikkat çekmek isterim. Laiklik, aslen dini devlet olgusunun karşısında yer alan bir ilkedir. Laiklik, ortaçağ karanlığında, dinin egemen olduğu devletlerin yarattığı özgürlüksüz ve haklardan bahsedilmeyecek düzenin Rönesans ile birlikte yıkılması ile bir daha eski devlet düzenine dönüşmemesi için yaratılan bir müessesedir. En kısa tabiri ile, din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılmasını, dinin devlet yönetiminin hiçbir aşamasında belirleyici kriter olarak kullanılmamasını ifade etmektedir. Bu açıdan bakıldığında, laiklik, devlet yönetiminde dinin değil, akıl ve bilimin ön planda olması sonucunu doğurur.³ İşte bu olgu ise, laikliği, dini kuralların karşısına bir rakip olarak çıkarır. Çünkü koyu bir dini inanış, akıllı değil dini ve dinin kurallarını ön plana çıkardıktan sonra, aklın dine hizmetini esas alır. Bir başka deyişle, dünya üzerinde genel anlamı ile iki ayrı devlet düzeni var ise, biri dini devlet düzeni, ikincisi ise laik devlet düzenidir. Ne yazık ki, tarihsel gelişim içinde dini devlet düzenleri, modern ve çağdaş yaşamın olmazsa olmazı olarak gördüğümüz insan haklarının vatandaşlarına temini konusunda sınırlayıcı olmuşlar ve bu sınırlamaların insan faktörü ile birleşmesi ile oldukça baskıcı bir devlet düzeni ortaya çıkmıştır. Laiklik ise, bunun karşısında özgürlüklerin esas alındığı ve korunabildiği en iyi sistem olarak yerini almıştır.

Aynen cumhuriyet rejiminde olduğu üzere, nasıl ki tüm eksikliklerine rağmen Cumhuriyet diğer yönetim biçimlerine nazaran en iyi yönetim biçimi kabul edilmişse, laiklik de tarihsel süreçte eksikliklerine rağmen dini devlet düzenine nazaran daha iyi bir devlet düzeni olarak modern ve çağdaş dünya tarafından kabul edilmiştir.

Yüzyıllar süren acı tecrübeler sonrası ortaya konan laiklik ilkesi ve laik devlet düzeni, demokrasi kavramı ile birlikte özgürlüklere azami saygı prensibini benimsemekle birlikte, tüm rejimlerde olduğu gibi, kendine karşı olan, kendi etkisini azaltacak veya değiştirecek düzen-

³ Serhat Güven, *Laiklik ve Anayasa Mahkemesi*, s. 3 vd., Başkent Üniversitesi, 2006.

lemelere ve gelişimlere karşı kısıtlayıcı olmak zorundadır. Aksi halde, ortaya çıkan sonuç, en iyi şekilde İran ve Malezya örneğinde görülmektedir.

Kaldı ki, laik düzenin kendini korumaya yönelik kısıtlayıcı olabilme özelliği tabi ki soyut bir ifade olup, bunu hayata geçirecek olan kurum ve kuruluşlar kişiler tarafından yönetilmekte olduğundan ve yine laikliğin korunmasında kişilerin çıkarı bulunduğundan, laik düzenin korunması aslen laik düzene inanan kişilerin yetiştirilmesi anlamına da gelir. Bu tespit bizi, laiklik ilkesinin laik bir eğitim sisteminin varlığını zorunlu kıldığı gerçeğine götürür. İşte bu inançla, “*türban sorununun*” asıl kaynağını, eğitim sistemimiz ve buna bağlı olarak imam hatip okullarının eğitim sistemi olarak gördüğümü yukarıda söylemişim.

Belki de bu argümana en iyi desteği, PİAR-GALLUP’un Adana, İçel, Erzurum, İstanbul, Bursa, Trabzon, Konya, Ankara, Gaziantep illerindeki 1085 imam hatip okulu öğrenci arasında yaptığı 1997 tarihli araştırma vermektedir.⁴ Bu araştırma uyarınca ortaya çıkan bulgular aşağıda verilmektedir.

PİAR-GALLUP Araştırma Sonuçları

	İHL öğrencileri
Hukuk sisteminde islami hükümlerin yer almasını destekleyenler	%80
Demokratik kurallarla birlikte İslami kurallara uyulabilirini benimseyenler	%77
İsteyen çarşaf giymelidir	%83
Kadın ve erkekler ayrı ayrı eğitim almalıdır diyenler	%65
Toplu taşıma araçlarında kadın, erkek ayrı oturmalıdır	% 59
Alkollü içecekler yasaklanmalıdır	% 86

⁴ Gülden Aydın, *Hürriyet*, 09 Ağustos 1997.

Buna ilave olarak, Mustafa Kemal Coşkun'un 1999 yılında yapmış olduğu yüksek lisans çalışmasında saha çalışması ile bulduğu sonuçları da belirtmekte fayda bulunmaktadır. 19 okulda toplam 1600 öğrenci üzerinde yapılan araştırmada kadınların sosyal yaşam içindeki konumu ile ilgili çıkan yüzdesel sonuçlar aşağıda verilmiştir.⁵

Rakamların detaylı incelemeleri adı geçen eserlerde yapılmıştır. Çalışmaların burada belirtilmesindeki amaç, özellikle imam hatip okullarında okuyan öğrencilerin, eğitim sistemi sonucu, düşünce yapılarının belirtilmesidir. Bu noktada, çıkan sonuçların sadece imam hatip okullarındaki eğitim sistemine bağlanmasının hata yaratacağı, çocukların eğitiminde ailelerin de önemli bir rolünün bulunduğunu belirtmekte fayda vardır. Rakamların kısaca değerlendirmesi ile imam hatipte okuyan öğrencilerin kadın-erkek eşitliği ve laik düzene ilişkin düşüncelerinin (kanunlarda İslami kuralların bulunmasına ilişkin % 80 oranında bir yanıt da göz önünde bulundurulduğunda) diğer liselerde okuyan öğrencilere nazaran daha olumsuz olduğu ortaya çıkmaktadır.

Sosyal Yaşam ve Kadın (%)										
	Anadolu Liseleri		Normal Liseler		Meslek Liseleri		Özel Liseler		İmam Hatip Liseleri	
	K	E	K	E	K	E	K	E	K	E
Kadınlar yalnız seyahat edebilirler	98	79,7	80,4	58,1	67,6	44,2	95,5	85	57,7	16,1
Kadın sadece kocası ile konuşabilir	4	6,2	8,8	32,2	13	43,1	1,5	16,7	15,1	59,9
Kadın diğer erkeklerle konuşabilir	96	85,9	79,4	61,4	46,6	46,9	96,9	82,5	66,5	24,9

⁵ Mustafa Kemal Coşkun, Comparative Study of Secondary Schools in Turkey, example of imam-hatip schools [Türkiye'de orta dereceli okulların karşılaştırmalı bir çalışması: İmam-hatip okulları örneği], Yüksek Lisans Tezi, Orta Doğu Teknik Üniversitesi, 1999.

Bu sonuçlar karşısında varmaya çalıştığım iki nokta vardır:

- Şayet laik bir devlet düzeni içinde, laik devlet düzenine ihtiyaç olmadığına inanan bireyler yetişirse, toplumda bu yönde bir çoğunluk sağlandığında, laik düzen yerini dini düzene bırakacaktır. Bu değişim ya bir halk hareketi ile aniden ya da kuralların teker teker değiştirilmesi yavaş gerçekleşecektir.

- Şayet çocuklar, kadın erkek eşitsizliği gibi günümüz insan hakları anlayışına ters veya hukuk düzeninin dini kurallara dayanmasına ilişkin laik dışı inançlara yönelik değerler ile eğitilirler ise, yetişkin bir birey olduklarında bu inanışları değiştirmek mümkün olamaz. Bu değerler ile yetiştirilen kişiler, toplumda, hukuk düzeninde ve devlet düzeninde, kendi değerleri doğrultusunda değişim yaratmak için çalışacaklardır.

Bu noktada, imam hatip okullarından yetişen herkesin Türkiye Cumhuriyeti'nin temel ilkelerinden biri olan laiklik ilkesi karşısı olduğu gibi bir sonuç çıkarmadığıma veya çıkarmak istemediğime dikkat çekmek istiyorum. Neticede, yukarıda vermiş olduğum araştırma sonuçları dikkatle incelendiğinde, özellikle imam hatip okullarında okuyan kız öğrencilerin, kadın-erkek eşitliğine ilişkin cevaplarının, diğer okullarda okuyan erkek öğrencilere nazaran daha olumlu olduğu görülecektir. Yine, imam hatip okulları dışında, diğer okullarda okuyan öğrencilerden ne kadarlık bir oranın, hukuk sisteminde dini kuralların bulunmasına ilişkin istekleri olduğuna ilişkin bir araştırma da yoktur.

"*Türban sorununun*" kronolojik gelişimine dönersek, 1976 yılında kız öğrencilerin imam hatip okullarına kabulü ve arkasından başörtüsü takma izninin verilmesi ile birlikte, yıllar geçip de, bu öğrencilerin okul sonrası hayata atılmaları ile bugün yaşadığımız toplumsal sıkıntının da belirtileri başlamıştır. 11 yaşından itibaren başörtüsü bağlayan bir kimsenin, üniversiteye gelince başörtüsünü çıkarmak baskısı ile karşı karşıya kalması veya 11 yaşından bu yana kız-erkek ayrı sınıflarda okumuş erkek öğrencilerin üniversitelerde daha farklı bir sosyal çevrede öğretim görmeleri, o yaş grubunun psikolojik deneyimiyle de birleşince, sorun da ortaya çıkmaya başlamıştır. Buna, kimi zaman toplumsal bir sıkıntıyı çözmeye çalışan kimi zaman da oy kaygısı ile davranan siyasi eylemler de katılınca, karşımızda "*türban sorunu*" belirmiştir.

**a. Anayasa Mahkemesi'nin 07 Mart 1989 Tarihli
1989 / 1 Esas 1989 / 2 Karar Sayılı İlamı**

"Türban sorununun" anayasal bir sorun haline gelmesi ise 1989 yılına dayanır. 1988 yılında, 3511 sayılı yasa ile 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kurumu Kanunu'na ek 16. madde eklenerek, "*Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdas kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.*" hükmü getirilmiştir. İlgili madde, Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa'ya aykırılık savı ile Anayasa Mahkemesi'ne gönderilerek, iptali için dava açılmıştır. Anayasa Mahkemesi özetle aşağıda satır başları ile belirtilen tespitleri yapmıştır:

- Temelde sosyal, kültürel ve estetik nedenlere dayalı bir toplumsal olgu niteliğini taşıyan giyim, çevre koşulları, kişisel görüşler, kültür ve gelenekle biçimlenir. Değişip gelişmesi de bu nedenlere bağlıdır. Bunların dışında dinsel inanç ya da dinsel kurallarla doğrudan ilişki ve bağlantı kurularak yapılan düzenleme, hem devrim yasalarını hem de lâiklik ilkesini ilgilendirir. Türkiye için lâiklik anlayışı, tarihsel gelişim nedeniyle özellik taşımakta, Anayasa ile benimsenen yapısıyla, batıdan ayrı biçimde ele alınsa da, özenle korunması zorunlu bir ilke olarak yaşıatılmaktadır.

- Lâiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz... Lâik düzende özgün bir sosyal kurum olan din, devlet kuruluşuna ve yönetimine egemen olamaz. Devlete egemen ve etkin güç, dinsel kurallar ve gerekler değil, akıl ve bilimdir. Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı-insan arasındaki inanış olgusudur. Kişinin iç-inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde söz sahibi ve çağdaş değerlerle, hukukun yerine geçerek yasal düzenlemelerin kaynağı olması düşünülemez.

- Din hürriyetinin kullanılmasının bir sonucu olarak bayanların saç ve boyunlarını örtmeleri, '*bireysel hayatta dinin tezahür biçimi olduğu için,*' '*özgür düşünce gereklerine,*' '*akıl ve bilimin gerekleri*'ne ters düşmektedir.

- İncelenen kural, kamu kuruluşlarından sayılan yükseköğretim kurumlarındaki bayanların giyimlerini düzenlerken, dinsel gereklere uygunluğu nasıl olursa olsun, başörtüsü kullanımına dinsel inanç ne-

deniyle geçerlik tanımakla kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmak suretiyle lâik ilkesine aykırılık oluşturmuştur.

- Lâik eğitimde dinsel inançlara göre hiçbir ayırım gözetilemez. Anayasa'nın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamaz." denildikten sonra dördüncü fıkrasında "Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz." kuralıyla "Başlangıç"taki ilkelere bağlılık pekiştirilmiştir. Yükseköğretim kurumları, bu yükümlülükler dışında tutulmamışlardır.

- Yasalar ilkelerini çağdaş yaşamdan ve hukuktan almayıp, din-den alırlarsa hukuk devleti niteliği zedelenir... Böyle düzenlemeler din kurallarını benimsemeyenler için baskı aracı sayılabileceği gibi ayrı dinler için de ayrılık aracı olur.

- Anayasa, 174. maddesinde sayılan yasaların "Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden devrim yasaları olduğunu" Anayasa'ya aykırı olduğu biçiminde anlaşılamayacağını ve yorumlanamayacağını öngörmüştür.

- Siyasal alanda dinsel çabalar, dinsel geleneklere uygunluğu aranan düzenlemeler, eylem ve işlemler ne kadar geçersizse, öğretim ve eğitim alanında da din buyruklarıyla ilişki kurulamaz.

- Anayasa'daki laiklik ilkesine ... karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi, demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu temel ilke ele alınarak değerlendirilmesi zorunludur... Laiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşı, laiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kısıdırılmasına olanak tanımamıştır.

- Giysi, salt bir biçimsel görünüm konusu değil, kişiliği yansıtan bir araçtır... Çağa, güne, ortama, koşula, duruma uygun olarak herkes istediği biçimde giyinebilmektedir... Giyim konusu Türk Devrimi ve Atatürk ilkeleriyle sınırlı olduğu gibi vicdan özgürlüğü konusu da değildir.

- Anayasa'daki laiklik ilkesine ve laik eğitim kurallarına aykırı olan türbanın takılmasının “*demokratik bir hak*” olduğunu savunmak mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin, bu ifadelerle “*dinin vicdanlara itilmesi*” şeklinde özetlenebilecek bir laiklik anlayışı bulunduğunu ve bunu açık bir şekilde ortaya koyduğu da belirtilmektedir.⁶ Bu tespitler doğrultusunda, Anayasa Mahkemesi 07 Mart 1989 tarihli 1989/1 esas 1989/2 karar sayılı ilamı ile, YÖK Kanunu'ndaki değişikliği Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararında yer alan özgürlükler, laiklik ve türban ile ilgili değerlendirmeler, Anayasa Mahkemesi'nin konuya bakış açısını daha detaylı açıklamakla, bugünkü Anayasal değişiklik önerilerinin incelenmesinde yol göstericidir.

b. Anayasa Mahkemesi'nin 09 Nisan 1991 Tarihli ve 1990/36 Esas 1991/8 Karar Sayılı İlamı

“*Türban sorununu*” daha da karışık bir Anayasal sorun haline getiren bir başka olay ise, 1988 tarihli Kanun değişikliğinin iptalinden sonra, 1990 yılında yeni bir düzenleme yapılarak, 25.10.1990 tarihli ve 3670 sayılı yasa ile YÖK Kanunu'na yeni bir madde eklenmesi ve bu düzenlemenin de Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile dava açılmasıdır. Anılan değişiklik ile YÖK Kanunu'na eklenen madde “*Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir.*” şeklindedir.

Anayasa Mahkemesi, bu madde ile ilgili yaptığı incelemede, hemen yukarıda belirtilen 1989 tarihli kararına atıf yaptıktan sonra, “*Anayasa'nın Başlangıç'ında, Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda; Türkiye Cumhuriyeti'nin çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde; hiçbir düşünce ve görüşün Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâplarıyla medeniyetçiliği karşısına korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesi gereği kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı; ... Önyargılardan arındırılmış, araştırmacı, akla ve bilime bağlı, bağnazlığa karşı, ulusal değerlere saygılı, özgür dü-*

⁶ İlkey Okdemir, *Din ve Vicdan Özgürlüğü ve Laiklik Bağlamında Üniversitelerde Türban Sorunu*, Yüksek Lisans Tezi, s. 122, Akdeniz Üniversitesi, 2005.

şünceli, özgür vicdanlı, çağdaş görüşlü insan yetiştirme ereği Anayasa'nın 42. ve 130. maddeleriyle de doğrulanmakta" olduğunu vurgulamıştır. Sonra, yine 1989 tarihli kararındaki "... dinsel inanç ya da dinsel kurullarla doğrudan ilişki ve bağlantı kurularak yapılan düzenleme, hem devrim yasalarını, hem de laiklik ilkesini ilgilendirir ... incelenen kural, kamu kuruluşlarından sayılan Yükseköğretim Kurumlarındaki bayanların giyimlerini düzenlerken, ... başörtüsü kullanımına dinsel inanç nedeniyle geçerlik tanımakla, kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmak suretiyle lâiklik ilkesine aykırılık oluşturmuştur... Dersliklerde ve ilgili yerlerde dinsel inançları simgeleyen belirtilerden uzak kalınması zorunluluğu nedeniyle yükseköğretim kurumlarında dinsel gereğe bağlanan başörtüleri lâik bilim ortamıyla bağdaştırılamaz... Derslere çağdaş görünüme aykırı giysi ve örtülerle girmenin özgürlük ve özerklikle ilgisi olmadığı gibi devletin düzen sağlayacak kurullar getirmesi de, özgürlük ve özerkliğe aykırı değildir ..." yorumunun üzerinde durmuştur.

Bu kapsam dahilinde, kanun metnindeki "yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile" ibaresinin, en üst düzeydeki Kanun olan Anayasa'ya da aykırı olmamak kaydı ile algılayan mahkeme 09.04.1991 gün ve 1990/36 E. 1991/8 karar sayılı ilamı ile, kanun değişikliği metninin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

Bunu yaparken de;

"Dava konusu "ek Madde 17" ise, "Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir" kuralını öngörmüştür. Bu maddeyle getirilen düzenlemenin, dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması serbestisini de içerdiği söylenebilirse, kuşkusuz, "Anayasa'nın 153. maddesine açık bir aykırılık vardır" denebilecektir. Ancak, bundan önceki bölümde ayrıntılı biçimde belirtildiği gibi, maddenin getirdiği serbesti, yürürlükteki yasalara (Anayasa da bir yasa olduğuna göre aynı kapsam içindedir) aykırı olmamak koşuluyla sınırlıdır. "Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması serbestisi"nin Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla Anayasa'ya aykırılığı belirlendiğinden, "yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak" koşulunun araştırılmasında, Anayasa'ya aykırılığın var olup olmadığının öncelikle saptanması gerekir. Dava konusu maddeyle getirilen serbestinin, "Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılmasını" içermediği kabul edilmelidir."

gerekçesi ile, dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türban-

la kapatılmasının, Anayasa'ya aykırı olduğunu özellikle belirterek, madde metnindeki yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak ibaresinin buna göre yorumlanacağını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, hukuk mevzuatımızda "yorumlu ret" olarak bilinen tartışmaların da başlangıcı olmuştur. Tartışmanın bir yanında, Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin ve bu gerekçelerde yapılan yorumların bağlayıcı olmadığı savı yer almaktadır.⁷ Bu görüşe göre, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı, sadece, bir yasanın veya yasa hükmünün hukuken geçerli olup olmadığını tespitle sınırlıdır. Bu nedenle, Mahkeme kararında bir kanun hükmünün iptali açısından doğrudan gerekçe niteliği taşımayan, hukuki dayanaklardan yoksun, siyasi ve ideolojik saiklerle açıklanan görüşlerin bağlayıcılığı söz konusu değildir.⁸ Karşıt görüş ise, Anayasa Mahkemesi kararlarının bir bütünlük taşıdığı ve bu sebeple gerekçeli karardaki açıklamalarında bağlayıcılığının bulunduğu yönündedir. Ne var ki, hukuk literatürümüzde, yorumlu ret kararının tartışması türban tartışmaları ile gündeme gelmekte, tartışmalar gündemden kalkınca bu konu da unutulmaktadır.

Kanımca, yorumlu ret kararı üzerine yapılan bu tartışmalar daha çok siyasi görüşleri destekleme amaçlıdır. Yorumlu ret kararlarının geçerliliği üzerine kanımca en iyi hukuki kaynak, yine bir başka Anayasa Mahkemesi kararıdır. Anayasa Mahkemesi, 13.01.1987 tarihli ve 1985/22 esas 1987/2 karar sayılı ilamında "Anayasa Mahkemesi, gerek iptal davası, gerekse itiraz yoluyla açılan davalarda bir yasa hükmünün anlamını kendi hukuki görüş ve anlayışına göre yorumlayarak bir sonuca varmaktadır ve bu sonuç bilindiği üzere Anayasa'nın 153. maddesi gereğince yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlamaktadır. Ancak, az da olsa, kimi yargı yerleri bu yorumla kendilerini bağlı saymamakta ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı yorumların sürüp gitmesine ve değişik uygulamalara neden olmaktadır..." diyerek, aslen Mahkeme gerekçeli kararlarının ve bu kararlardaki hukuki yorumların bağlayıcılığının altını dikkatle çizmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu da, türbanlı bir öğrencinin disiplin cezası ile ilgili bir davada, 17.06.1994 tarihli 1993/61 E. 1994/327 karar sayılı ilamı ile Anayasa Mahkemesi kararının yorumlayıcı ret kararı yönünde gerekçelendirme yapmıştır.

⁷ M. Erdoğan, *Dersimiz Özgürlük*, Pınar Yay., İstanbul 2001

⁸ İlkey Okdemir, *a.g.e.*, s. 127.

Uygulamada da, Anayasa Mahkemesi kararının, gerekçeleri ile birlikte bağlayıcılığını kabul eden Rektörler tarafından, üniversitelere türbanla girişin yasaklandığını görüyoruz.

Bu itibarla, yorumlu ret kararlarının geçerliliğinin sorgulanması yerine, pozitif hukuk-ideal hukuk ekseninde tartışılmasının, hukuk dünyamıza daha verimli sonuçlar getireceğine inanıyorum.

1991 tarihli, bu karar sonrası, konuyu Anayasa Mahkemesi'ne taşıyacak bir değişiklik veya girişim olmamıştır. Buna rağmen, *“türban sorunu”* düzenli olarak ülke gündemindeki tartışma konularından biri olmuştur. Bu tartışmaların belki de en önemlisi, konunun bu süreç zarfında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınmasıdır.

c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türban Kararı

İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi'nde okuyan Leyla Şahin isimli bir öğrencinin, türban takması sebebi ile derslere ve sınavlara alınmaması, kayıt işleminin yapılmaması üzerine, açtığı davalar ülkemizde sonuçsuz kalmıştır. Öğrenci, konuyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) intikal ettirmiş ve uygulamanın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin *“özel hayatın ve aile hayatının korunmasını”* düzenleyen 8. maddesine, *“düşünce - vicdan ve din özgürlüğünü”* düzenleyen 9. maddesine, *“ifade özgürlüğünü”* düzenleyen 10. maddesine, *“ayırımcılık yasağını”* düzenleyen 14. maddesine ve *“eğitim hakkını”* düzenleyen 1. Ek Protokol'ün 2. maddesine aykırılık taşıdığını iddia etmiştir.

AİHM, inceleme esnasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde korunan bir hakka yasayla öngörülmüş bir müdahalenin varlığına işaret ederek, müdahalenin başkalarının hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin korunmasına yönelik meşru amaçlar taşıdığını kabul etmiş ve yasağın demokratik bir toplumda gerekli olduğunu belirtmiştir. Karardaki *“Çok sayıda dinin tek ve aynı nüfus içerisinde bir arada bulunduğu demokratik toplumlarda, çeşitli grupların çıkarlarını uzlaştırmak ve herkesin inançlarına saygı gösterilmesini sağlamak için kişinin dinini veya inancını gösterme özgürlüğüne sınırlamalar getirmek gerekli olabilir.”* gerekçesi önemlidir.⁹ Kadın haklarının korunması, kadın - erkek eşitliği, kamu

⁹ Serrhat Güven, a.g.e., s. 77 vd.

düzeninin korunması, eğitim hakkı ve laiklik gibi hususları özellikle değerlendiren AİHM, “Türkiye’de kendi dini sembollerini ve dini dogmalar üzerine kurulmuş bir toplum kavramını toplumun tümüne empoze etmeye çalışan aşırı siyasi hareketlerin olduğunu gözden kaçırmamıştır... Mahkeme, daha önce taraf devletlerin sözleşme hükümlerine uygun olarak bu tür siyasi hareketlere karşı tarihsel deneyimleri dikkate alarak tutum alabileceğini belirtmiştir...” değerlendirmesi ile bu yönde bir kısıtlamanın demokratik bir toplumda haklılığını vurgulayarak, uygulamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

Benzer konularda, Avrupa’da ortaya çıkan diğer olaylar incelendiğinde de, bu ülke hukuklarının aynı sınırlamayı kabul ettikleri görülür.¹⁰

Yazının buraya kadar ki bölümünde, hukuksal açıdan “türban sorununun” nasıl ortaya çıktığı ve ne aşamada olduğu üzerinde durulmuş, gerek bizim anayasal sistemimizin gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “türban sorununa” bakış açısı aktarılmıştır. Buraya kadar ki bölümden kısaca çıkartılan sonuç, Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa’ımızda var olan laiklik ilkesini, “türbanın” kullanımında doğal sınırlandırma kabul etmesidir. Bu itibarla, tartışmaların ışığında, laiklik ilkesi ile birlikte türban kullanımının nasıl sağlanacağı olmakta, konu yine siyasi partiler tarafından ele alınmakta, devlet yönetiminde din konusunun öncelik olması sonucu meydana gelmektedir.

2. Anayasa Değişiklikleri Çözüm Olur mu?

Sorunun yapısını ortaya koyduktan sonra, güncel olarak açıklanan ve iki siyasi partinin fikir birliğine vardığını söylediği anayasal değişikliklerin, “türban sorununun” hukuksal çözümüne yardımcı olup olamayacağının incelenmesi faydalı olacaktır. Yazının başında belirttiğim gibi, bu makale yayınlandığında önerilerin kabul edilmiş olması ihtimali yüksektir.

Bu noktada, çözümden neyin anlaşılması gerektiği de ayrı bir tartışma konusudur. Üniversitelerde ve kamusal alanlarda türban kullanımının anayasal sistemimize tamamı ile aykırı olduğunun kabulü ile bu konunun siyasal kullanımının veya istismarının sona erdirilmesi de bir

¹⁰ İlkay Okdemir, a.g.e., s. 110 vd.

çözümdür. Ancak son günlerde medyada çözüm kelimesinin anlamının, Anayasa’da yapılacak hangi değişikliğin türban kullanımına yasal dayanak sağlayacağı ile eşdeğer olduğu görülmektedir. Bu itibarla, aşağıdaki açıklamalar yapılırken inceleme, değişikliklerin türban kullanımına Anayasal meşruluk getirip getirmeyeceği üzerinde olacaktır.

Siyasi partiler tarafından uzlaşıldığı söylenen metinler, Anayasa’nın iki maddesi ve YÖK Kanunu’nun Ek 17. maddesi üzerindedir.¹¹ Bunlardan ilki, *“Kanun Önünde Eşitlik”* başlıklı 10. maddedir. Maddenin 4. fıkrasındaki *“Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır”* ifadesine ek olarak (bütün işlemlerinden) sonra gelmek üzere *“ve her türlü kamu hizmetlerinin yararlanılmasında”* cümlesinin eklenmesi tartışılmaktadır. Böylelikle maddenin nihai metninin;

“Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.”

şeklini alması düşünülmektedir.

İkinci değişikliğin ise *“Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi”* başlıklı 42. maddede yapılması düşünülmüştür. Burada da maddenin *“Kimse eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz”* olan lafzının,

“Kimse, kanunda açıkça yazılı olmayan hiçbir sebeple eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı ve kullanılması sınırları kanunla tespit edilir ve düzenlenir.”

şeklinde yeniden yazılması önerilmektedir.

Son olarak, Yüksek Öğretim Kanunu’nun ek 17. maddesinin *“Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir.”* şeklindeki mevcut hali için,

“Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir. Hiç kimse başının örtülü olması sebebiyle yükseköğrenim hakkından yoksun bırakılamaz ve bu yönde uygulama ve düzenleme yapılamaz. Ancak başın örtülmesi, kişinin yüzü açık ve kimliğinin tanınmasına imkan verecek ve çene altından bağlanacak şekilde olması gerekir.”

¹¹ 29 Ocak 2007 tarihli gazete ve televizyon haberleri esas alınmıştır.

düzenlemesi önerilmektedir.

Bu değişiklikler ile iki hedefe varılmasının amaçlandığı söylenmektedir. Bunlardan ilkinin, üniversitelerde öğrencilerin türbanla (veya başörtüsü ile) eğitimlerinin önünün açılmasıdır. İkincisi ise, sağlık, eğitim, hukuk vb. kamu hizmetlerinin alınmasında kişinin kıyafet tercihinin engel teşkil etmemesini sağlamaktır.

Önerilen bu değişikliklerin hukuksal açıdan “türban sorununu” çözüme kavuşturup kavuşturmayacağı anayasal bir konudur. Neticede, üniversitelerde türbanla eğitim yasağı bulunduğuna ilişkin uygulama dayanağını Anayasa’dan ve Anayasa Mahkemesi kararlarından almaktadır. Bu itibarla, Anayasa’da ve YÖK Kanunu’nda yapılacak değişiklik sonrası, türbanla eğitimin serbest olup olamayacağının hukuki değerlendirmesinde, Anayasa Mahkemesi’nin önceki incelediğimiz 1989 ve 1991 tarihli kararlarının yapmış olduğu tespitler üzerinde durulması gerekmektedir.

- Laiklik İlkesi İncelemesi

Yukarıda, kararları incelerken yaptığımız tespitler doğrultusunda, yürürlükteki Anayasa uyarınca, Anayasa Mahkemesi’nin türbanla eğitimi düzenleyen kuralların, laiklik ilkesine aykırı olduğu kararına vardığını biliyoruz. Burada, Anayasa Mahkemesi’nin laiklik ile ilgili tespitleri ve bu doğrultuda yaptığı tanımları ön plana çıkmaktadır. Mahkeme, “*din hürriyetinin kullanılmasının bir sonucu olarak bayanların saç ve boyunlarını örtmeleri, bireysel hayatta dinin tezahür biçimi olduğu için, özgür düşünce gereklerine, aklın ve bilimin gereklerine ters düşmektedir*” yorumunu getirdikten sonra, devlette egemen gücün dinsel kurallar ve gerekler değil, akıl ve bilim olduğunu belirtmiştir. Bunun sonucu olarak, Mahkemenin, gelecekte de, dinsel kuralların devlet yönetiminde akıl ve bilimin yerini aldığına ilişkin yorumlayacağı her olayda, laiklik ilkesi gereğince Anayasaya aykırılık kararı vereceği söylenebilir.

Yukarıdaki paragraftan da anlaşılacağı üzere, Anayasa Mahkemesi’nin laiklik ile ilgili tanımı, çoğumuzun bildiği ve basit hali ile bizlere öğretilen “*din ve devlet işlerinin birbirinden*” ayrılması ifadesinden geniştir. Bu tanımın sınırlarının tespiti için yine Anayasa Mahkemesi’nin kendi uygulamasına bakmakta fayda vardır.

Anayasa Mahkemesi, tarihi içinde laiklik ile ilgili bir sürü değerlendirmeye yapmış olup, sonraki kararlarında atıf yaparak kullandığı 21.10.1971 günlü, E. 1970/53, K. 1971/76 sayılı kararı, laikliğin tanımını yapmakta, ayrıca batı ülkelerindeki lâiklik ile ülkemizdeki lâiklik anlayışı arasındaki farklara da değinmektedir. Buna göre, laiklik, din ile devlet işlerinin birbirinden ayrılması anlamına gelmekle birlikte, İslam'da, Hristiyanlıkta olduğu gibi bir ruhban sınıfının bulunmadığı, mabetlerde görevli kimselerin kutsal nitelikte olmadıkları, her iki dinin koşullarının farklı olduğu, din işleri ile uğraşan kimselerin bağımsızlığının veya özerkliğinin, gerek ülkemizde ve gerekse batı devletlerinde farklı sonuçlar doğuracağı, bu nedenle her iki dine mensup milletlerin kurdukları devletlerdeki laiklik anlayışında farklılık olmasının zorunlu olduğu, din işleri ile uğraşanların devletten bağımsız olmalarının ancak, Hristiyan dininin kabul edildiği devletlerde laikliğe ilişkin bir ilke olarak kabul edilebileceği, ülkemizde bu esasın uygulanmasının sakıncalı olduğu belirtilmiştir.¹²

Buna ilave olarak, laiklik ilkesi üzerinde açılımı yapan mahkeme, a) dinin, devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını benimseme; b) dinin, bireyin manevi hayatına ilişkin olan dini inanç bölümünde, aralarında ayırım gözetilmeksizin sınırsız bir hürriyet tanımak suretiyle dini, Anayasa güvencesi altına alma; c) dinin, bireyin Manevi hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama; d) devlete, kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla dini hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma; esaslarını ön plana çıkarmıştır.

Mahkeme, 1961 Anayasası kapsamında yaptığı bu laiklik açılımını ve laikliğe ilişkin esasları, 1982 Anayasası'nın kabulünden sonra da korumuştur.¹³ 04.11.1986 günlü, Esas 1986/11, Karar 1986/26 sayılı

¹² Zafer Kanbur, *Anayasa Mahkemesi'ne Göre Laiklik*, s. 80, Hacettepe Üniversitesi, 2003.

¹³ 1982 Anayasası sonrası, laiklik ile ilgili kararlar için, Anayasa Mahkemesi'nin, 25.10.1983 gün 1983/2 E. 1983/2 karar sayılı; 04.11.1986 gün ve 1986/11 E. 1986/26 karar sayılı; 11.02.1987 gün ve 1986/12 E. 1987/4 karar sayılı; 21.06.1995 gün ve 1995/17 E. 1995/16 karar sayılı; 02.02.1996 gün ve 1995/25 E. 1996/6 karar sayılı; 22.05.1997 gün ve 1996/3 E. 1997/3 karar sayılı; 16.01.1998 gün ve 1997/1 E. 1998/1 karar sayılı; 22.06.2001 gün ve 1999/2 E. 2001/2 karar sayılı ilamları incelenebilir.

kararda, laiklik ilkesi ile ilgili yukarıdaki esasların üzerinde yeniden duran Mahkeme, laiklik ile din özgürlüğü arasındaki ilişkiyi de tanımlamıştır. Buna göre, “*Modern devlette din, kimi haklara sahip olmanın bir şartı değildir. Günümüzde devlet, vicdan hürriyetine olabildiğince saygılı, bünyesinde çeşitli din ve mezheplere inananlara ve bunlara ait teşekküllere yer veren bir kurumdur. Lâik devlette herkes dinini seçmekte ve inançlarını açığa vurabilmekte, tanınmış olan din ve vicdan özgürlüğünün sınırları içerisinde serbesttir. Hiçbir dine itikadı olmayanlar için de durum aynıdır. Lâik bir toplumda herkes istediği dine ya da inanca sahip olabilir. Bu husus yasa koyucunun her türlü etki ve müdahalesinin dışındadır. Gerçek vicdan hürriyetinden ancak lâik olan ülkelerde sözedilebilir. Dinlerden birini devlet olarak tercih fikri ayrı dinlere mensup vatandaşların kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşer. Lâik devlet, din konusunda, inancına bakmaksızın, yurttaşlara eşit davranan, yan tutmayan devlettir*”.

Anayasa Mahkemesi tarihinde, laiklik ile ilgili bir diğer önemli karar, 25.10.1983 gün 1983/2 E. 1983/2 K. sayılı Huzur Partisi’nin kapatılmasına ilişkin verilen karardır. Bu kararda da laiklik ile ilgili yukarıda belirttiğimiz açıklamalar paralelinde değerlendirme yapan mahkeme, Atatürk devrimlerinin hareket noktasında laiklik ilkesinin yattığını ve devrimlerin temel taşı bu ilkenin oluşturduğunu, laiklik ilkesi açısından verilecek en küçük bir ödünün, Atatürk devrimlerini yörüngesinden sapıtıracak yok olması sonucunu doğurabileceğini, bu nedenle hiçbir düşünce ve mülahazanın Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğin karşısında koruma göremeyeceğini ve laiklik ilkesi gereği kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağını beyan ederek, Atatürk devrimleri ile laikliğin birbirinden ayrı düşünülmemeyeceğini vurgulamıştır.¹⁴

Buraya kadar yapılan açıklamalardan çıkan sonuç şudur: Din hürriyetinin kullanılmasının bir sonucu olarak bayanların saç ve boyunlarını örtmeleri, özgür düşünce gereklerine, aklın ve bilimin gereklerine, Atatürk devrimlerine ve laiklik ilkesine ters düşmektedir; bu sebeple eğitimde (ve diğer kamusal alanlarda) kullanımı Anayasa’ya aykırılık teşkil etmektedir.

Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi, bu zamana kadar yaptığı değerlendirmeler ve verdiği kararlar sonucunda, türbanın kamusal

¹⁴ Zafer Kanbur, a.g.e, s. 90.

kapsamda kullanımının Anayasa'nın özüne aykırı olduğunu belirtmektedir. Bunu yaparken de, Anayasa'nın başlangıç hükümlerini ve laiklik ilkesini ön plana çıkartarak, temel hak ve hürriyetlerin, bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini anlatmaktadır.

Bu halde, türbanla eğitim her şeyden önce Anayasa'nın başlangıç hükümlerine ve 2. maddesine açık aykırılık teşkil etmektedir.

- Meşruluk İncelemesi

Bu yönde bir karar var iken, gündemdeki hukuki soru aslen, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılacak bir değişiklik ile türban ile eğitim Anayasa'ya uygun hale getirilebilinip getirilemeyeceğidir.

Yapılmak istenen maddeler incelendiğinde, değişikliğin, a) YÖK Kanunu'nda ve kamusal hizmetlerin alınmasında yapılacak düzenlemeye anayasal dayanak yaratılması ve b) Laiklik ilkesinin Anayasal yorumunda esnekliğe gidilmesi amaçlı olduğu anlaşılmaktadır.

Burada, dikkat edilmesi gereken nokta, yukarıda Anayasa Mahkemesi'nin laiklik ile ilgili değerlendirmesi ve görüşü anlatılırken, soyut noktaların tarihsel ve evrensel değerlendirme yolu ile somutlaştırıldığıdır. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi, laiklik ilkesinin yorumunda, aslen Anayasa'nın diğer maddelerine göre bir yorum yapmamakta, laiklik ilkesini sadece Atatürk devrimleri ile ilişkilendirip, tarihsel gelişim süreci ve İslam'daki anlamı üzerinde durmaktadır. Yapmış olduğu bu tanımlamayı da, Anayasa'nın diğer maddelerinin yorum ve uygulamasında dayanak almaktadır.

Bu tespiti yapmamın sebebi, Anayasa'nın 10. ve 42. maddesinde yapılacak herhangi bir değişikliğin, Anayasa Mahkemesi'nin laiklik ilkesini yorumlamasında bir farklılık yaratmayacağını belirtmek istememdir. Çünkü bu tespit yapıldıktan sonra, Anayasa ve YÖK Kanunu'nda önerilen değişikliğin yapılması, hukuken sadece iki sonuç çıkarabilir:

1. YÖK Kanunu'nda, üniversitelerde başörtüsünün serbest bırakılmasına ilişkin yapılacak bir madde değişikliği için anayasal dayanak sağlanacak olup, bu halde YÖK Kanunu'nun Ek 17. maddesi düzenlemesi, Anayasa'nın 10 ve 42. maddeleri uyarınca geçerli olacak, ancak Anayasa'nın başlangıç hükümleri ve 2. maddesine aykırılığı devam edeceğinden, konunun Anayasa Mahkemesi'ne intikali halinde iptali

mümkün olabilecektir. Buna kamusal hizmetlerin alınmasında başörtüsünün kullanılmasının da dahil edilmesi mümkündür.

2. Anayasa'ya konacak maddelerin azcık daha keskinleştirilmesi ile başörtüsünün, kamusal hizmetlerden yararlanmada ve eğitimde kullanımına ilişkin Anayasa'da birbirleri ile çelişen karşıt hükümlerin varlığı yaratılacaktır.

Bu kapsamda, öncelikle 42. maddede yapılmak istenen değişikliği dikkate almakta fayda vardır. Değişiklik için önerilen madde metni *"Kimse, kanunda açıkça yazılı olmayan hiçbir sebeple eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı ve kullanılmasının sınırları kanunla tespit edilir ve düzenlenir"* şeklindedir.

Eğitim ve öğrenim hakkı, temel hak ve hürriyetlerdendir. Bu yönü ile *"Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması"* başlıklı Anayasa'nın 13. maddesinde, bu hakkın nasıl sınırlandırılabilceği zaten düzenlenmiş durumdadır. İlgili 13. madde de sınırlamanın "ancak kanunla yapılabileceği" belirtilmiştir. Bu bağlamda, istenen değişikliğin neden 13. madde içine alınmadığı sorusu akla gelebileceği gibi, iki madde arasındaki genel anlamda tek farkın "yazılı olma" kriteri olduğunu da belirtmekte fayda var. Bu hali ile *"eğitim ve öğrenim hakkı"* kanunda açıkça yazılı olarak sınırlandırılabilcek, *"diğer temel haklar ve hürriyetler"* ise ancak kanunla sınırlandırılabilceklerdir. Siyasi partilerin burada niye bir ayırım yapmaya çalıştıkları anlaşılamamaktadır.

Önerilen madde metninden anlaşılabileceği üzere, değişiklik ile yapılmak istenen, eğitim hakkının düzenlenmesinde getirilecek sınırlamaların, sadece kanunlarla, yazılı ve açıkça yapılmasını sağlamaktır. Bu halde, mevzuattaki düzenlemede türban ile eğitimin sınırlandırılması konusunda açıkça yazılı bir düzenleme olmadıkça, türbanın okullarda serbest kalacağı söylenebilir. Bu düşünce, hali hazırdaki mevzuatımızda, Anayasa hariç kanun seviyesinde açıkça yazılı şekilde türbanı veya başörtüsünü yasaklayan bir hüküm bulunmadığı tespitine (veya bir görüşe göre inanişe) dayanmaktadır. Buna ek olarak, YÖK Kanunu'nun ek 17. maddesinde başörtüsünün tanımı yapılarak, üniversite eğitiminde başörtüsü kullanımının yasal dayanağı kuvvetlendirilmeye çalışılmaktadır.

Dışarıdan bir bakış ile buradaki düzenlemeler arasında bir çelişkinin mevcut olduğu söylenebilir. Her şeyden önce, anayasal değişikli-

ğin lafzı dikkate alındığında, türbanı açıkça yazılı olarak yasaklayan bir madde bulunmadığı takdirde, türbanın eğitimde serbest kalacağı anlamı çıkmaktadır. YÖK Kanunu'ndaki madde düzenlemesi dikkate alındığında ise, ek 17. madde ile başörtüsüne açıkça yazılı olarak izin verilmeye çalışıldığı görünmektedir. YÖK Kanunu'nda veya herhangi bir başka kanunda başörtüsünü yasaklayan açıkça yazılı bir hüküm bulunmadığından, ek 17. maddedeki *"Hiç kimse başının örtülü olması sebebiyle yükseköğrenim hakkından yoksun bırakılamaz ve bu yönde uygulama ve düzenleme yapılamaz."* hükmünün getirilmesinin hukuki bir yararı olmadığı söylenebilir.

Bu hali ile değerlendirildiğinde, YÖK Kanunu'ndaki yapılmak istenen değişikliğin iptali için Anayasa Mahkemesi'nde dava açıldığını varsayarsak, konunun incelenmesinde Anayasa Mahkemesi'nin önünde birbiri ile çelişen iki ayrı maddenin bulunacağını söylemek yanlış olmaz. Her şeyden önce, YÖK Kanunu'nun ilgili maddesi, Anayasa'nın 42. maddesine uygunluk teşkil edecektir. Çünkü kanunlar bazında, başörtüsü kullanımını açıkça yazılı olarak yasaklayan bir madde bulunmamaktadır. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin 1991 tarihli kararında *"kanun"* tabirinden Anayasa'nın da anlaşılması gerektiği yönündeki tespitini hatırlatmakta fayda vardır. Gerçekten de, mahkeme, anılan kararda *"Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması serbestisi"*nin Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla Anayasa'ya aykırılığı belirlendiğinden, *"Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak"* koşulunun araştırılmasında, Anayasa'ya aykırılığın var olup olmadığının öncelikle saptanması gerekir." tespiti ile Anayasa'nın hiyerarşik yapıda kanunların üstünde olmasının, kendisinin *"kanun"* niteliğini etkilemeyeceğini vurgulamıştır. Anayasa'mızda türbanla ilgili açıkça yazılı bir sınırlamanın var olup olmadığının incelenmesinde ise, kolaylıkla iki görüşün hakim olacağı söylenebilir.

Anayasa'nın hiçbir maddesinin lafzında eğitim ve öğrenim hakkının başörtüsü kullanımı sebebi ile sınırlanabileceği yazmamaktadır. Bu itibarla, açıkça bir yazılı sınırlama olmadığından, başörtüsünün ve türbanın okullarda serbest olacağı yorumu yapılabilir. Bu noktada, Anayasa'da yapılmak istenen değişikliğin, söylendiği üzere sadece üniversiteler ile ilgili bir sınırlama getirmediğini belirtmekte fayda vardır. Bu halde yukarıdaki şekilde bir yorum halinde, türban veya başörtüsünün her yaşta eğitim ve öğrenim hakkı için serbest olacağı sonucu çıkmaktadır.

Buna karşılık 1991 yılındaki yorumlu ret kararı, gerekçesi, Anayasa Mahkemesi kararları ile yorumlu ret kararlarının bağlayıcılığı dikkate alındığında ise, Anayasa'nın başlangıç hükümleri, 2. maddesi, 24. maddesi ve 174. maddesinin açıkça başörtüsü ile eğitimi yasakladığı sonucu çıkacaktır.

Bununla birlikte, YÖK Kanunu'ndaki yapılmak istenen değişikliğin, Anayasa'nın 42. maddesindeki önerilen düzenlemeden bağımsız denetlenmesi halinde, Anayasa'nın başlangıç hükümleri ve laiklik ile ilgili 2. maddesi kapsamında ve yine 10, 24 ve 174 . maddeler kapsamında, 1989 yılındaki mahkeme kararında açıkça yer alan sebeple ile, düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılabilecektir. Netice itibarı ile bakıldığında, yeni düzenleme ile 1988 tarihli düzenleme arasında hukuksal tek farkın, yeni düzenlemeye Anayasa'nın 42. maddesi ile dayanak yaratılmasıdır.

- Anayasal Normlar Hiyerarşisi

Bu kapsamda değerlendirilmesi gereken bir başka konu da, Anayasa'mızda birbiri ile çelişen iki ayrı madde olması halinde, hangi maddenin uygulanacağı ile ilgilidir. Bu durum hukuk literatüründe anayasal normlar arasındaki hiyerarşi sorunu olarak adlandırılmaktadır.¹⁵ Literatürde bir takım normlara hiyerarşik açıdan öncelik tanıyan görüşler mevcut ise de, konumuz açısından bu tezlerin burada incelenmesi doğru değildir. Anayasa'mızda hiyerarşik yapının var olup olmadığının tespiti için uygulamayı incelemek yerinde olacaktır. Kaldı ki, burada, Anayasa'mızın tüm maddeleri 07 Kasım 1982 tarihinde halkoylaması ile kabul edildiğinden, değiştirilemez hükümlerinin diğer maddelere nazaran hiyerarşik bir üstünlük taşımadığına ilişkin Kemal Gözler görüşünü belirtmekte fayda görüyorum.

Uygulamaya bakıldığında ise, başkaca bir inceleme yapılmadan, türban konusunda yukarıda detaylı olarak belirttiğimiz 1989 ve 1991 tarihli kararlar ve yine yukarıda bahsi geçen 25.10.1983 gün 1983/2 E. 1983/2 karar sayılı incelenerek bu konuda yorum yapmak mümkündür. Tüm kararlarda görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi, *"Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliği ile laiklik ilkelerini"* diğer

¹⁵ Konunun ayrıntıları için Kemal Gözler, *Anayasal Normların Geçerliliği Sorunu*, s. 153 vd., Ekin Kitabevi, 1999 kitabı incelenebilir.

Anayasa maddelerinin üstünde gördüğünü kabul etmektedir. Zaten Anayasamızın lafzına bakıldığında, “*laik Cumhuriyet*” ilkesinin tüm hakların sınırlandırılmasında veya kullanılmasında dikkate alınacağı-
nın yazıldığını görmekteyiz. Bu kapsamda değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesi’nin uygulamada, özellikle laiklik ile ilgili kararlarında, “*Anayasa başlangıç hükümleri*” ve “*laiklik ilkesini*” tüm temel hak ve hürriyetlerin hiyerarşik olarak üstüne çıkardığını söyleyebiliriz. Bu yönde bir görüşün hakimiyeti ise, siyasi partiler tarafından önerilen Anayasa değişikliklerinin, çözülmeye çalışılan “*sorunu*” çözmekten uzak olduğu anlamını taşır.

Anayasa maddelerinin arasında hiçbir hiyerarşik üstünlük bulunmadığı kabul edilse dahi (ki Anayasa Mahkemesi kararları haricinde, Anayasa’nın maddelerine dayanılarak yapılan bir incelemede bu görüş hakim olabilir; Kemal Gözler’in yukarıda belirtilen savı da dikkate alınmalıdır), bu halde de çelişkili ve/veya birbirine zıt iki madde aynı anda yürürlükte bulunacak ve birbirinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Böyle bir durumda, kanunların Anayasa’ya uygunluğu her bir madde için ayrı ayrı denetlenecek olup, türban veya başörtüsü ile eğitim ve öğretim hakkı bir maddeye uygun iken, diğer bir maddeye aykırılık teşkil edeceğinden, iptali gerekecektir.

Bu açıklamayı yaptıktan sonra, Anayasa’nın 10. maddesinde yapılmak istenen değişikliğin değerlendirmesi kapsamında, yukarıda belirttiğimiz hususlardan hiçbir farklılık içermediğini söylemek gerekir. Bu hali ile kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. maddeye “*ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında*” ibaresinin getirilmesi, Anayasa Mahkemesi’nin laiklik ilkesi yorumunu değiştirecek nitelikte olmayıp, kamusal alanda hizmet alımında başörtüsünün kullanımının Anayasa Mahkemesi’ne taşınması halinde, mahkeme uygulamanın yukarıda belirtilen maddelere aykırı olacağına karar verebilecektir.

Bu değerlendirme ışığı altında, siyasi partiler tarafından yapılan, Anayasa’nın 10, 42. ve YÖK Kanunu’nun ek 17. maddelerindeki değişiklik önerilerinin, “*türban sorununun*” hukuki çözümüne yardımcı olmayacağı yani anayasal meşruluk sağlamayacağı ortaya çıkmaktadır.

- Meşruluk Doğurucu Düzenleme Sorunu

Bu noktada, nasıl bir anayasal değişikliğin türbanın ve/veya ba-

şörtlüsünün kullanımına anayasal meşruluk sağlayabileceği sorusu akla gelebilir.

Yukarıda açıklandığı üzere, türbanın kamusal alanlarda ve eğitimde kullanılmasının meşruluğunun önündeki en büyük engelin, Anayasa'nın başlangıç hükümleri ve laiklik ilkesi olduğu, Anayasa Mahkemesi kararlarından açıkça anlaşılmaktadır. Yine açıklandığı gibi, Anayasa Mahkemesi laiklik ilkesini sadece Atatürk devrimleri ile ilişkilendirip, tarihsel gelişim süreci ve İslam'daki anlamı şeklinde yorumlamakta, bu yorumunu yaparken, Anayasa'da başka maddelerin düzenleme usul ve şekillerini hiç dikkate almamaktadır. Anayasa'nın başlangıç hükümleri içinde yorumlama tekniği aynıdır. Bu hali ile Anayasa'da yapılacak hiçbir değişiklik, başlangıç hükümlerinin ve laiklik ilkesinin yorumlanmasına etki etmeyeceğinden, türbanın Anayasal meşruluğunu sağlamanın bir yolunun Anayasa'nın başlangıç hükümlerini ve laiklik ile ilgili hükmünü değiştirmek olduğu ortaya çıkmaktadır. Anayasa'nın 4. maddesinde bu hükümlerin değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin de teklif edilemeyeceği yazılmaktadır. Yine bu yönde bir tutum, demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmaya yönelik bir faaliyet olarak yorumlanacak olup, cezai yaptırımları oldukça ağırdır. Kaldı ki bu yönde bir hareket, türbanın kamusal alanda ve eğitimde kullanılmasına karşı çıkan bazı siyasi partilerin, bu düzenlemeler yapılırken ana amacın laik Cumhuriyete karşı olduğunu iddiasını kanıtlamaktan başka bir işe yaramayacaktır.

Kısaca belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin türban ve laiklik üzerine yaptığı yorumlar aynı kaldığı sürece, herhangi bir anayasal değişikliğin türbana meşruluk kazandırabilme imkanı hukuken gözükmemektedir.

- Mahkemenin Yorum Değişikliği ve Yargı Bağımsızlığı

Bu tespit, bizi, türbanın kamusal alan ve eğitimde kullanılabilmesinin meşruluğu yönündeki tek yolun, Anayasa Mahkemesi'nin türban ve laiklik üzerine yaptığı yorumunu değiştirmesi olduğu sonucuna götürür. Peki bu mümkün müdür? Tüm yargı organlarında olduğu gibi, anayasal yargıda da, mahkemenin daha önce yerleşik olan bir görüşten dönerek yeni bir görüş belirtmesi mümkündür. Birçok hukukçunun, türban konusunda farklı hukuki yorum yaptıkları bilinmekte-

dir. Bu hali ile, Anayasa Mahkemesi'ndeki hakimlerin çoğunluğunun, türbanın laiklik ilkesi ve Anayasa'nın başlangıç hükümlerine aykırılık teşkil etmeyeceği yönünde değerlendirme yapmaları halinde, konu meşruluk kazanmış olacaktır.

Konu burada, Anayasa Mahkemesi'nin oluşumuna; bu oluşumdan Cumhurbaşkanı'nın etkisine; Cumhurbaşkanı'nın her ne kadar tarafsız olması ve siyasi partiye üye olmaması gerekmekte ise de, siyasi geçmişini nedeni ile, Meclis'teki partilerden birine veya bir inanişaya yakın olması sebebi ile Anayasa Mahkemesi'ne yargıç seçerken siyasi düşünceyle hareket edebileceği tartışmasına; Anayasa Mahkemesi hakimlerinin seçiminde siyasi tercihler etkili olabileceğinden bağımsızlığına gelmekte olup, başka bir inceleme konusu oluşturmaktadır.

Ancak, bu konuda özet görüş bildirmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamını (bir kısmını kendisine gösterilen adaylar arasından bir kısmını ise doğrudan) Cumhurbaşkanı seçmektedir.¹⁶ Cumhurbaşkanı, Anayasa'nın 101 ve devamı maddeleri uyarınca bir (en üst) Yürütme organıdır. Yine Anayasa'mızın 9. maddesi uyarınca yargı yetkisinin, bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiş olup, yürütmenin başı olan makamın, bağımsız olması gereken Anayasa Mahkemesi üyelerini seçmesi, bağımsızlığı kökten zedelemektedir ve Türk yargısı ve Anayasal sistemi için ciddi bir tehlike oluşturmaktadır.

3. Sonuç

Sonuç olarak özetlemek gerekirse;

- Türban veya başörtüsünün kamusal alanlarda ve eğitimde kullanımı, bu yönde hukuki düzenleme yapılması ve bu düzenlemelerin 1988 ve 1990 yıllarında Anayasa Mahkemesi'ne taşınması ile birlikte verilen 07 Mart 1989 tarihli, 1989/1 esas 1989/2 karar sayılı ilam ve 09.04.1991 tarihli, 1990/36 esas 1991/8 karar sayılı ilamlar ile bir Anayasal sorun haline gelmiştir.

- Anayasa Mahkemesi, her iki karar ve diğer laiklik ile ilgili kararlarında, türban konusunun Anayasa'nın başlangıç hükümlerine ve

¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin oluşumu ile ilgili olarak Anayasa'nın 146. maddesi incelenebilir.

Atatürk devrimlerinin hareket noktasında var olan laiklik ilkesine aykırı olduğunu, Anayasa'nın diğer normlarından bağımsız olarak değerlendirmiştir.

- Siyasi partiler tarafından yapılan ve Anayasa'nın 10., 42. ve YÖK Kanunu'nun Ek 17. maddelerindeki değişiklik tekliflerinin, eğitim ve diğer kamusal alanlarda türban kullanımına hukuken meşruluk kazandırmayacağı; konunun Anayasa Mahkemesi'ne intikali halinde, uygulamaya ilişkin normların en azından Anayasa'nın başlangıç hükümleri ve 2. maddesindeki laiklik ilkesine aykırılıktan dolayı iptal edilebileceği görüşündeyim.

KAYNAKÇA

- Aldıkaçtı, Orhan, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul, 1982.
- Aliefendioğlu, Yılmaz, "Laiklik ve Laik Devlet" adlı makale; *Laiklik ve Demokrasi*, İmge Kitabevi, 2001, Ankara.
- Ardıçoğlu, Artuk, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yasama, Yargı ve İdare Üzerindeki Etkileri*, Ankara Üniversitesi, Ankara, 1995.
- Başgil, Ali Fuat, *Din ve Laiklik*, Yağmur Yayınları, İstanbul, 1991.
- Bozan, İrfan, *Devlet ile Toplum Arasında – Bir Okul: İmam Hatip Liseleri; Bir Kurum: Diyanet İşleri Başkanlığı*, TESEV Yayınları, İstanbul, 2007.
- Coşkun, Mustafa Kemal, *Comparative Study of Secondary Schools in Turkey, example of imam-hatip schools [Türkiye'de orta dereceli okulların karşılaştırmalı bir çalışması: İmam-hatip okulları örneği]*, Orta Doğu Teknik Üniversitesi, 1999.
- Daver, Bülent, *Türkiye Cumhuriyeti'nde Laiklik*, Ankara, 1955.
- Dinçkol, Bihterin (Vural), *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1990.
- Doğan, Özlem, *The Turban Issue*, Boğaziçi Üniversitesi, İstanbul 1994.
- Erdoğan, Mustafa, M., *Dersimiz Özgürlük*, Pınar Yay., İstanbul, 2001.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınevi, Ankara, 2005.
- Gençoğlu, Funda, *National Identity, Citizenship And Pluralism in Turkey: The Turban Question*, Bilkent Üniversitesi, 1997.
- Gözler, Kemal, *Anayasal Normların Geçerliliği Sorunu*, Ekin Kitabevi, 1999.
- Gözübüyük, Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1986.

- Gözübüyük, Şeref, *Açıklamalı Türk Anayasaları*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2000.
- Güven, Serhat, *Laiklik ve Anayasa Mahkemesi*, Başkent Üniversitesi, 2006
- Kanbur, Zafer, *Anayasa Mahkemesi'ne Göre Laiklik*, Hacettepe Üniversitesi, 2003.
- Kili, Suna, *Türk Devrim Tarihi*, Kültür Yayınları, İstanbul, 2001
- Okdemir, İlkey; Din ve Vicdan Özgürlüğü ve Laiklik Bağlamında Üniversitelerde Türban Sorunu, Yüksek Lisans Tezi, s. 122, Akdeniz Üniversitesi, 2005.
- Ozankaya, Özer, *Atatürk ve Laiklik*, Tekin Yayınevi, Ankara, 1983.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1986.
- Sabuncu, Yavuz, *Anayasa'ya Giriş*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasa'nın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1997.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2006
- Ulusoy, Ali, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004.
- Ünsür, Ahmet, *Kuruluşundan Günümüze İmam Hatip Liseleri*, Önder Yayınları, İstanbul.
- Yıldırım, Turan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, C. 2, S. 1, Ankara 1994.



Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **[0212] 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10