

YANLIŞ TARTIŞILAN ve YANLIŞ YAKLAŞILAN “TÜRBAN”

Av. Özdemir ÖZOK*

Başbakan Recep Tayyip Erdoğan’ın İspanya’da dillendirdiği “türban” konusu ülkemizin tüm öncelikli sorunlarını sollayarak bütün ağırlığıyla ülke gündemine yerleşmiş ve ciddi tartışmaların yanı sıra tehlikeli ayrışmalara neden olacak boyutlara ulaşmıştır. Öyle ki, bugüne kadar on dördüncüsü yapılan, on beşincisini de 9 Şubat 2008 günü yaptığımız Baro Başkanları Toplantısı’nda hiç yaşamadığımız tablolar ve provokasyon girişimleriyle karşı karşıya kaldık. Kitap haline getireceğimiz 15. Baro Başkanları Toplantısı’ndaki konuşmaları çok kısa zamanda bilgilerinize sunacağız.

TBB olarak kurulduğumuz 1969 yılından bu yana bize emanet edilen güzel yurdumuz ve “demokratik, laik, sosyal, hukuk” devletimize sahip çıkmaktan başka hiçbir amacımız ve gizli ajandamız olmamıştır. Her söylemimiz ve eylemimiz açık ve somuttur. Tek dileğimiz ülkemizde eksiksiz demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğünün yaşama geçmesi yanı sıra, tüm kurum ve kurallarıyla işleyen bir hukuk devletinin oluşmasıdır. Oysa tüm ulusumuz tarafından bilinen bir gerçekte “demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü” referans alan kimi marjinal gruplar ülke insanının ortak amacı olan barış, huzur ve kardeşlik gibi değerler yanında aydınlık geleceğimizi de tehdit etmektedirler. Bu nedenle gün ayrılık, ayrışma ve öteleme günü değil aksine her dönemden daha fazla birlikteliklerin yaşanması gereken bir dönemdir. Tüm tartışmalarımızı ve eleştirilerimizi bu anlayış içinde yapmak hiçbir biçimde aidiyet anlayışını düşüncelerimizin önüne koymamamız gerekmektedir.

*Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

Maalesef acı, ama gerçek bir durumu sizlerle bir kez daha paylaşmak istiyorum. Bir kısım meslektaşımız, ülke bütünlüğü, üniter yapı, laik hukuk - laik devlet, demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti gibi asırlar süren insanlık mücadeleleri ve ödenen bedellerle elde edilmiş kimi evrensel kurum, kavram ve ilkeleri ait oldukları topluluk, grup veya cemaat kültürüne göre yorumlamakta ve algılamaktadır. Halbuki hepimiz biliyoruz ki bu kavram, ilke ve kurumların kişiye, gruba ve cemaate göre farklı ve değişik anlamı yoktur.

Siyasal iktidarın, dolayısıyla TBMM'nin gündeminde "*Sivil Anayasa*" başta olmak üzere "*Ticaret Kanunu*", "*Borçlar Kanunu*" "*Sosyal Güvenlik Kanunu*", "*İcra ve İflas Kanunu*" çalışmaları gibi çok önemli yasa çalışmaları yanında son derece önemli siyasi ve toplumsal sorunlar varken üniversitelerde "*İslami başörtü*", "*türban*" serbestliği yönünde girilen Anayasa değişikliği öncelikle "*Anayasa'mızın 2. maddesinde belirtilen değiştirilemez ve değiştirilmesi dahi teklif edilemez olan "laiklik ilkesine"* aykırıdır.

Geçmişte olduğu gibi, bugün de olaya belirli bir sorunu çözmek için değil de, tamamen siyasi rant ve popülist bir amaçla yaklaşıldığı için, sorun çözülmemiş, aksine yapılan değişiklik amaç, kapsam ve özgürlükler rejimi bakımından mevcut Anayasa'ya aykırı bir düzenleme getirmiştir.

Öncelikle yapılması gereken "*türban*", "*İslami Başörtü*" takma dinsel bir emir mi? Yoksa bireysel bir tercih mi? bu sorulara verilecek yanıtlara göre sorunu çözmek gerekmektedir. Çünkü eğer bu bir dinsel emir gereği yapılıyorsa artık konunun özgürlükler düzleminde değil, siyasi rejim ve laiklik ekseninde ele alınması gerekmektedir. Yok hayır bu eylem dinsel bir emir gereği değil, bireysel bir tercih olarak yapılıyorsa, o vakit diğer temel hak ve özgürlükler gibi kayıtlama ilkesine tabi olabilecek demektir. Konunun bu çok önemli yönleri hiç tartışılmadan yapılan Anayasa değişikliği yeni hukuki, siyasi ve toplumsal sorunları beraberinde getirecektir.

9.2.2008 günü kabul edilen, "*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi*"nin genel gerekçesinde, "*...Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılması öngörülen değişiklikler, yükseköğretim hizmetlerinden kişilerin kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak, herhangi bir nedenle ayrımcılığa tabi tutulmadan ya-*

rarlanmasının önündeki engelleri kaldırmayı amaçlamaktadır. Devletin temel amaç ve görevlerinden biri de kişinin temel hak ve hürriyetlerini, hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaktır.

Yükseköğrenim kurumlarında kılık ve kıyafetlerinden dolayı bazı öğrencilerin eğitim ve öğrenim hakkının engellenmesi kronik bir sorun haline gelmiştir. Kurucusu ve üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin hiç birinde üniversite düzeyinde böyle bir sorun mevcut bulunmamaktadır. Buna rağmen, ülkemizde uzun bir süredir üniversitelerde bazı kız öğrencilerin başlarını örtmede kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğrenim hakkını kullanamadıkları bilinmektedir. Atatürk'ün hedef gösterdiği çağdaş uygarlık düzeyinde 'fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür' nesillerin yetiştirilmesi, kişilerin yükseköğrenim hakkından kanun önünde eşitlik ilkesi gereği hiçbir nedenle ayrımcılığa tutulmadan yararlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenlerle, Anayasa'nın 10. ve 42. maddesinde işbu değişikliklerin yapılması gereği doğmuştur..." denildikten sonra; madde 1- 7.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" ibaresi eklenmiştir. Madde 2- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 42. maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir. "Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yüksek öğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanılmasının sınırları kanunla belirlenir" hükmü getirilmiştir. Böylece genel gerekçede "Anayasa'nın Laiklik" ilkesine takılmamak ve yakalanmamak için "türban" başka bir anlatımıyla adı üstünde "İslami başörtüsü" nün dinsel bir emir nedeniyle bazı kız öğrenciler tarafından takıldığı gerçeği yerine "laiklik" ilkesinin arkasından dolanmak için yüce önder Atatürk'ün "...fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür" nesiller yetiştirme özlemine de referans yapılmak suretiyle "...bazı kız öğrencilerin başlarını örtmede kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğretim haklarını kullanamadıklarına..." vurgu yapılmıştır.

Böylece "...eğitim ve öğretim haklarının..." kullanılamadığından söz edilmek suretiyle "Anayasa değişikliğiyle 'türban' takan bayan yurttaşlarımızın temel hak ve özgürlüklerinin önündeki engellerin kaldırılması" amaçlanmaktadır. Oysa yukarda da bildirdiğim gibi "temel hak ve özgürlükler"

belirli nedenlerle sınırlanabilir, kayıt altına alınabilir. Nitekim, anayasalar ve uluslararası belgelerde bu yönde hukuki düzenleme yanında yasal dayanak ve hükümler vardır. Bu nedenle sorun hak ve özgürlüklerin kullanılamaması sorunu değildir. Sorun, kimi bayan yurttaşlarımızın dini inançları gereği örtünme sorunudur. Nitekim örtünmenin yüksek öğretimde ve yaşamın her alanında serbest olmasını isteyen bayan yurttaşlarımızın örtünme istemlerindeki ısrarları tamamen “*dinsel bir emri*” yerine getirme amacını taşımakta ve böylece kendilerinin de açıkça ifade ettikleri gibi “*Türban Müslüman kadının kimliğidir*” tanımlamasını yapmaktadırlar. Böylece temel neden olan dinsel emir kavramı sırf anayasadaki “*Laiklik*” ilkesini aşabilmek, dolanabilmek için “*eğitim ve öğretim hakkı*” biçiminde “*temel hak ve özgürlükler*” bağlamında tanımlanmaktadır.

Temel amaç ve gerekçe “*dinsel bir emir*” olarak örtünme biçiminde karşımıza çıkınca sorunu hak ve özgürlükler bağlamında değil, siyasal rejim ve laiklik ekseninde ele almak ve getirilen çözümleri bu noktadan değerlendirmek gerekmektedir.

Kuşkusuz anayasalar ve uluslararası belgelerin güvence altına aldığı en temel insan haklarından olan “*Din ve Vicdan Hürriyeti*” ve buna bağlı olarak kişinin kendi dini inanç ve itikatlarını özgürce yaşama hakkı “*Laik Hukuk*” ve “*Laik Devlet*” düzeninde tamamen bireysel özgürlük alanında kalmaktadır. Bu hak ve özgürlük bir biçimde kamuya, kurumsal yaşama taşınırsa o vakit “*Laiklik*” ilkesi yara almakta ve zedelenmektedir. Konu ülkemizde uzun bir süreden beri siyasetin, medyanın ve toplumun sürekli gündeminde yer almış ve bu konuda söylenmedik, yazılmadık hiçbir şey kalmamıştır. Geline bu noktada özel ve kişisel yaşam alanlarında bayan yurttaşlarımız dilediği biçimde giyinme özgürlüğünü kullanmaktadırlar. Bu konuda hiç kimsenin bir itirazı yoktur, olamazda. Ama konu yukarıda da belirttiğim gibi kamu ve kurumsal yaşam alanlarına gelince devletin temel niteliklerinden olan ve anayasanın başlangıç hükümleri yanında, 2. maddesinde sayılan “*Laiklik*” ilkesine ve onun hiçbir biçimde değiştirilemez ve değiştirilmesi dahi teklif edilemez 4. maddesindeki düzenlemelere açıkça aykırı olmaktadır. Bu görüş anayasa hukukçularının tamamı tarafından benimsendiği gibi, 1984 yılında Danıştay’ın aynı konuda verdiği karardan itibaren, 25 yıldır iki Anayasa Mahkemesi, birden çok Danıştay kararı ve AİHM’nin en çok atıf yapılan

1993 ve 2004 yıllarında verdiği kararlarla artık kesinlik kazanmıştır. Bu kararların tümünde “türban”ın bir “simge” olduğu tartışmasız bir biçimde kabul edilmiştir. Anayasa’nın temel tercihini, temel mantığını, temel ruhunu ve devletin temel niteliklerini tanımlayan başlangıç hükümleri ve 2. maddesi ile 4. maddesi yürürlükte bulunduğu süre içinde ve yine anılan yüksek yargı kararları yanı sıra AİHM’nin konuya ilişkin yerleşik kararları karşısında yapılan yasal düzenlemelerin tamamı aynı hukuki sonuçla karşı karşıya kalacaktır.

Kabul edilen yasanın genel gerekçesinde vurgulanan “...Kurucusu ve üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyi’ne üye ülkelerin hiç birinde üniversite düzeyinde böyle bir sorun mevcut bulunmamaktadır...” açılımı da kanımca eksik bir değerlendirmeyi içirmektedir. Şöyle ki; bireysel tercihlerin, dini simgeler başta olmak üzere, tüm özgürlüklerin sınırsız olmadığı, sınırlanabileceği evrensel hukuk kuralları tarafından belirtilmesi yanında, çağdaş ülkelerde özellikle dinsel simgelerin kullanılamayacağına ilişkin yargı kararları da bu görüş ve düşünceyi doğrulamaktadır. ABD Federal Yüksek Mahkemesi Goldman V. Weinberger davasında dinsel kıyafet-kamu düzeni çatışmasında kamu düzenine ağırlık verilmesi gerektiği ve “dinsel simgelerin” bu alanlarda giyilemeyeceğini karara bağlamıştır. Aynı şekilde Fransız Danıştay’ı (Konseyi) “Conseil d’Etat” de 27 Kasım 1989 günlü istişari görüşünde, “dinsel simgelerin” eğitim kurumları içinde taşınamayacağını, böylesi bir eylemin yani dinsel simge taşınmasının kurumun düzenini ya da kamu hizmetinin normal işleyişini bozabileceğini işaret etmiştir. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi’nin 12.11.1997 gün ve E No.2P.419/1996 sayılı kararında da kuvvetli “dinsel simge” olan giysilerin belli koşullarda yasaklanmasında “inanç özgürlüğünün” özüne tecavüz olmadığı kararlaştırılırken idari mercilere yapılan bu tür düzenlemelerde önemli ölçüde kamu yararının varlığından söz edilmiştir.

Öte yandan 23 Mayıs 1949 tarihli Almanya Anayasası’nda laiklikten açıkça söz edilmemiş olmasına karşın, Bavyera eyaletinin okul düzenine ilişkin 21.6.1983 günlü yönetmeliğin dini eğitim, din dersi başlığını taşıyan 13/1 maddesine göre resmi okullarda sınıflara çarım çarım asılması zorunluluğu anayasa mahkemesi tarafından, bu kuralın ve kurala bağlı uygulamanın devletin dinsel alanda tarafsızlığını zedeleyeceğine hükmetmiştir. Tüm bu kararlar kabul edilen yasanın genel gerekçesine aykırı

düzenlemeleri içermektedir. Yukarda belirtilen yabancı ülke kararları devletimizin “*laik demokratik sosyal hukuk devleti*” olma niteliğine aykırı eylemlerde verilen ulusal yüksek mahkeme kararlarına örnek teşkil etmişlerdir.

Nitekim, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 15.3.2005 gün ve 2004/8-201 esas ve 2005/30 sayılı kararında da belirtilen kararlara atıf yapılmıştır.

Böylece dinsel bir emir nedeniyle takılan “*Türban*” başka bir ifadeyle “*İslami Başörtüsü*” dini simge olarak kabul edildiği için ulusal ve ulus üstü hukuk tarafından korunmamaktadır. Kuşkusuz bu kayıtlamayı getiren ülkelerde devlet rejimi “*demokratik ve laik hukuk devleti*” niteliğini taşımaktadır. Öyleyse üzerinde durulması ve dikkat edilmesi gereken temel konu “*Laiklik*” ilkesinin korunmasında düğümlenmektedir.

Kuşkusuz, demokrasi, sivil özgürlükler ve hukuk devleti ile bunların omurgasını oluşturan laiklik, cumhuriyetimizin üzerinde yükseldiği en temel ilkelerden birisidir. Laik ilkeler, sadece siyasal düzene ilişkin alanda biçimsel demokrasinin işlemesi ve hukukun şeklen var olması ile sınırlı olmayıp, aksine toplumsal yaşamı bir arada tutan, toplumun demokrasi, hukuk ve özgürlükler temelinde bir arada yaşamasını ve varlığını sağlayan en temel ilkedir.

Bu çerçevede laik devlet; kendini asla dinle temellendirmeyen, hukukunu oluştururken kendini dinin buyrukları ile bağlı saymayan, din ve dindarlar ile dindar olmayanlar üzerinde baskı kurmayan tüm inanç ve kutsal değerlere karşı eşit uzaklıkta olan devlet demektir. Bu özelliği gereği laiklik, din ve mezhepler karşısında tarafsızlık ve toplumsal bir barış ilkesi olduğu kadar, farklı görüş ve inançtaki kişilerin bir arada yaşamasının da temelini oluşturur. Bu nedenle çağdaş olma iddiası; toplum ve devlet yaşamını “*us*”a bilime dayatma ancak ve ancak laiklik ilkesinin eğitimde, siyasette, devlet ve toplum yönetiminde ve örgütlenmelerinde uygulanmasıyla gerçekleşebilecektir.

Biz hukukçular tartışmayı bu boyutlarıyla yapmamız gerekmektedir.