

TÜRBANLI YARGIÇ OLUR MU?

Başar YALTI*

Yargıtay'da bir tetkik hakimi, başında türban olduğu halde görev yaptığı için Yargıtay Başkanlığı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulundan (HSYK) görüş istemiş, Kurul, yargıçların türban takmasında sakınca bulunmadığı yönünde görüş bildirmiştir.

Bu yazıda, bir yargıcın türban ya da dinsel / siyasi bir simge taşıyıp taşıyamayacağını tartışacağız.

Türkiye Cumhuriyeti; Anayasasının 2. Maddesine göre demokratik, **laik** ve sosyal bir hukuk devletidir.

Anayasanın 14. Maddesinde; Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirinin, ... insan haklarına dayanan demokratik ve **laik** Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamayacağı, temel bir ilke olarak yer almıştır.

Anayasanın 24. Maddesinde ise, kimsenin, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma ... amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemeyeceği ve kötüye kullanamayacağı, açıkça belirtilmiştir.

Anayasanın her üç maddesinde yer alan laiklik ilkesi, Cumhuriyetin üzerinde kurulu olduğu temel niteliğini oluşturmaktadır.

Laiklik, devletin bütün inanç sistemlerine hukuken eşit davranacağına ilişkin bir taahhüt ilkesidir. Laiklik bu yönüyle demokrasinin, düşünce ve ifade özgürlüğünün ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir.

* Avukat, Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı

Laik bir hukuk düzeninde devlet ve yurttaşlar, (toplumsal / dinsel) değerlere göre değil, anayasal kurallara göre hareket etmek zorundadırlar. Bunun nedeni, belli bir inanca sahip olanların devleti / iktidarı ele geçirerek diğer inanç sahipleri veya inançsızlar üzerinde baskı yapmalarının önüne geçilmesi arzusudur. Bu bakımdan inançlar karşısında sadece tarafsız kalmak, laik bir devlet için yeterli değildir. Devlet aynı zamanda, yurttaşların temel hak ve özgürlüklerden tam olarak yararlanmalarını, hak ve özgürlüklerini kullanmalarını, inanç farklılıkları arasında eşitsizlik yaratılmamasını garanti etmelidir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin değiştirilemez niteliklerinden olan laiklik, demokratiklik ve hukuk devleti olma özellikleri ile birlikte değerlendirildiğinde, **Türkiye'nin anayasal düzenin, seküler bir toplum yapısı öngörülerek kurgulandığını kabul etmek gerekir. Seküler toplum yaratma düşüncesi Cumhuriyetin kurucu ideolojisidir.** Zaten çağdaş demokrasilerde toplumsal yapının başka türlü düşünülmesi mümkün değildir. Kaldı ki sekülerliğin kimi öğelerinin Osmanlı devlet geleneğinde de bulunduğu bilinmektedir.

Toplumun seküler bir anlayışla biçimlendirilmesi, batı uygarlığının bir ürünüdür. Seküler toplum dinden arındırılmış bir toplumsal yapıyı değil, ilişkilerini rasyoneliteye göre düzenleyen bir toplumsal düzeni anlatır. Hristiyanlık; Reform, Rönesans ve genel olarak 'aydınlanma' olarak nitelenen süreç sonunda seküler toplum anlayışıyla uyum sağlamıştır. İslam dini açısından böyle bir sürecin yaşanmadığı bilinmektedir.

Cumhuriyetin kuruluş döneminde laik devlet / seküler toplum tercihi belirginleşip Fransız laisizmi örnek alınınca, bir İslam toplumu olan ülkemizde birtakım çevrelerin itirazıyla karşılaştı. Cumhuriyetin seküler toplum tasarımı ile İslam dini arasında; devlet yapılanması, kamu alanının düzenlenmesi ve kişilerin özel yaşantıları bakımından birtakım sürüşmeler yaşanmaya başladı. Demokrasiye geçişle birlikte, siyasal alanın başlıca malzemesi din ve dinden kaynaklı politikalar olunca ortaya çıkan huzursuzluklar kaçınmaya başladı. Kişilerin özel alanlarının düzenlenmesiyle ilgili olarak çok yaşanmasa da, kamusal alanın düzenlenmesi, özellikle de devlete ait resmi alandaki işlemler-

rin yürütülmesi bakımından ağırlığı gittikçe artan sorunlar varlığını gösterdi. 2002 yılında iktidarın İslamcı karakteri belirgin bir partinin eline geçmesinden sonra, din / devlet çatışısındaki sorunlar şiddetlendi.

Oysa Cumhuriyet döneminin tüm anayasaları, bu arada 1982 Anayasası, laik bir devlet yapısı öngördüğünden, resmi alana dinsel etkilerin yansıtılması hukuken mümkün olmadığı gibi haklılık da taşıyor. Dolayısıyla, Türk toplumunun çok büyük bir çoğunluğunun Müslüman inancına sahip bulunmasının, İslam dininin aynı zamanda bir devlet sistemi öngörmüş olmasının ya da bazı dünyevi düzenlemeleri kapsıyor olmasının, mevcut Anayasal ilkeler karşısında bir önemi yoktur. Anayasal düzenimiz, kamusal alanın, özellikle de devletin yapısı ile ilgili resmi alanın dinsel gereklere göre düzenlenmesine, din kurallarına dayandırılmasına olanak tanımamaktadır.

Elbette, din ve inanç özgürlüğü çerçevesinde, yurttaşların inancına göre ibadet etme haklarının bulunduğu tartışma dışıdır. Yurttaşlar bu haklarını inançlarının gereklerine göre kullanabilirler. Ama bu durum, din ve inanç özgürlüğünün bütün hakların önünde olacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. **Laik bir devlet düzeninde din özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerden ayrı, onların üzerinde özel bir özgürlük olarak görülemez.** Din ve inanç özgürlüğü, hukuksal açıdan, düşünce özgürlüğüyle aynı nitelikte kabul edilir.

Kaldı ki, hiçbir hak sınırsız değildir. Her hakkın aslında kendisinde içkin olan bir sınırı bulunmaktadır. Örneğin, toplantı ve gösteri yapma özgürlüğü silahsız, saldırsız ve barışçı olmak zorundadır. Hukukun temelini oluşturan, kötüye kullanmama ilkesi de haklar için doğal bir sınırlama nedenidir. Ayrıca bir hakkın kullanılması başka bir hakkın kullanılmasına engel oluyorsa, doğal olarak diğer hakkın sınırlandırılması gerekecektir. Çünkü demokrasilerde hiç kimse, kendi doğrularında ısrar etme ve dayatma hakkına sahip değildir. Belirtmeliyiz ki, hakların kullanılması konusunda açık bir düzenleme yapılmamış olması, özgürlüğün kullanılmasında bir sınırlama olmadığını göstermez. Dolayısıyla laiklikle bağdaşmadığı yönünde bir mevzuat hükmü olmadığı için o konuda serbestlik bulunduğu şeklindeki kazuistik yorum, doğru bir bakış açısı olarak değerlendirilemez.

Anayasamızın 138. Maddesine göre ‘Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.’ Md. 140/2 gereğince de ‘Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.’

Anayasal lçler dikkate alındığında, mahkemeler ve yargıçlar için temel nitelik, bağımsız olma ve tarafsız davranma ilkeleridir. Bu ilkeler, bütün demokrasilerde ve hukuk devletlerinde kabul edilmiş, hatta dikta yönetimlerinde dahi göstermelik olarak varlığına itiraz edilemeyen ilkelerdir.

Bir yargıcın tarafsız ve bağımsız olmasının amacı, yargıladığı kişilerde tarafsız davranacağı yönünde bir kanaat oluşmasını sağlamaktır. Çünkü mahkeme kararına, yargılananların rıza göstermelerini sağlayan husus, kararın tarafsız bir kişi tarafından verildiğı yönündeki inançtır. Mahkeme kararlarına uyulmasında ikna edici temel unsur yargıcın tarafsız davranacak üçüncü kişi olmasıdır. Bu nedenle, mahkemelerin ya da bir yargıcın sadece içsel olarak bağımsızlık yaşaması ve duyumsaması yetmemekte, aynı zamanda görünür olarak da tarafsız ve bağımsız olduklarını ortaya koymaları gerekmektedir. Tarafsızlığın görünürde sağlanması için yargıçların, yargıladıkları kişilerde ve onları temsil eden avukatlarda, tarafsız olamayacağı kanısını uyandıran görsel simgeler taşımamaları gerekir. Yargıçların cübbe giymelerinin, peruk takmalarının bir amacı da budur. Herkes için ‘aynı’ olan nesnel, objektif bir yargıç görüntüsünün verilebilmesidir. **Bu görüntüyü bozacak her simge, ister türban gibi dinsel bir simge olsun, ister siyasal bir simge olsun, yargılanan kişinin zihinsel dünyasında, objektif olunamayacağına ilişkin bir algı yaratıyorsa, tarafsızlığı bozacak o simgenin kullanılmaması gerekir.**

Yargıçlar da her yurttaş gibi din ve inanç özgürlüğüne sahiptir. Ama yargıçlar aynı zamanda devletin asli  görevinden birisi olan yargılama görevini yerine getiren kişilerdir. Bu nedenle yargıçların, kişisel hak ve özgürlükleriyle, yaptıkları kamusal görevin gerekleri arasında bir denge tutturmaları, tutum ve davranışlarını buna göre düzenlemeleri gerekmektedir. **Bu ervede bir yargıç, eğer inancına göre yaşamak istiyorsa, görevini yaparken hakların yarışması olgu-**

suyla kaçınılmaz olarak karşılaşır. Yargıç bir yandan, bireysel bir hak olan inanç özgürlüğünün gereklerine göre davranmak isterken, diğer yandan yürüttüğü görevin sonucu olan kamusal bir hakkın, yurttaşlar için tanınan, ‘tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanma hakkı’ nın çatışkısını yaşar. Bu durumda haklardan birisine üstünlük tanınacağı tabiidir. Yargıçlık mesleğini tercih eden birisinin, laik bir devlet düzeninin yargıcı olarak görev yaptığının bilincinde olduğu, görevin kamusal / resmi bir nitelik taşıdığını bildiği kuşkusuzdur. Eğer böyle ise, yukarıda açıklamaya çalıştığımız laik anayasal düzende, bireysel bir hak olan inanç özgürlüğü ile kamusal bir hak olan ‘tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanma hakkı’ çatıştığında (böyle bir çatışmanın olmadığı iddia edilemez), öncelikle **yargıcın kendisinin, yarışan bu haklardan hangisinin üstün olduğuna karar vermesi gerekecektir.** Bir yargıç, ‘ben görevimi yaparken ‘vicdani kanaatime’ göre karar veriyor ve tarafsız davrandığıma inanıyorum’, diyerek, belki kendisini tatmin eden bir argümantasyon üretebilir. Ancak soruna objektif yaklaşıldığında, görünürde tarafsızlığın sağlanabilmesi açısından bu argümanın tatmin edici olmadığı ortadadır. Çünkü yargılamada dikkate alınacak şey, sadece yargıcın kendi duygu ve düşünce dünyası değil, yargıladıklarının düşünce dünyalarında neler yaşandığıdır. **Yargıç, yargılama sırasında kendi ‘ben’i olmaktan çıkar, kamusal bir ‘ben’liğe bürünür.** Ayrıca yargıcın, ‘vicdani kanaatine’ göre karar verirken dayandığı vicdan, kendi vicdanı değil, kamusal vicdandır.

Kaldı ki tarafsızlık, davada nesnel değerlendirme yapılmasını, yargılama sürecinde nesnel davranmayı gerektiren bir özellik taşıır. Nesnellik, kişilerin düşünce dünyalarıyla ilgili olup, bir kişinin olay ve olgular karşısında kendi inanç ve ideolojisine göre tutum takınmaması demektir. Yargıç böyle bir kişidir. Yargıç, **n e s n e l** davranmak zorunda olduğundan yargılananlarda kuşku üretecek bir tutum içinde olamaz. İnancına ve ideolojisine göre davranamaz.

Anayasa Mahkemesi, 2010 referandumuyla yeniden yapılandırılmasından sonraki kararlarında, ‘katı laiklik’ olarak nitelendirdiği, yaklaşık elli yıllık anlayışı terk ederek, daha ‘esnek ve özgürlükçü’ bir laiklik tanımına yönelmiştir. Buna bağlı olarak Anayasa Mahkemesi, yaşam tarzının devletin müdahalesi dışında olacağı ve kimliklerin toplumsal görünürlüğüne imkan tanınması şeklinde yeni bir anlayışı be-

nimsemıştır. Bu anlayışa bağlı olarak Anayasa Mahkemesi, bir kararında, avukatın başörtülü olarak duruşmaya katılmasının engellenmesine yönelik uygulamanın din ve vicdan özgürlüğü ile ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. **‘Hak eksenli’ olarak nitelenen bu yaklaşımın eleştirilecek birçok yönü bulunduğu kuşkusuzdur.** Biz, avukatların duruşmalara başörtülü olarak girmelerinin de adil yargılama ilkelerine ve tarafsız yargılama sürecine aykırı olduğu görüşündeyiz. Ancak, **Anayasa Mahkemesinin eleştirilen bu yeni yaklaşımı dahi, ‘özel statüye’ sahip olarak ‘yargılama’ görevini yerine getiren bir ‘yargıç’ için ‘esneklik’ sağlayacağı şeklinde değerlendirilemez.** Çünkü **Anayasanın 24. Maddesinde belirtilen yasakları istismar edemeyecek ‘kimse’ler arasında hiç kuşkusuz yargıçlar önde gelmektedir.**

Yargıçların, görevlerini mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre yerine getirecekleri bir anayasal kural olarak belirlendiğinden, hakim tarafsızlığının ön koşulu olan bağımsızlığın sağlanabilmesi için yargıcın görevini yaparken, kendisini, inancına (dini esaslara) göre davranmaktan alıkoyması gerekmektedir. **Yargıç, inancının değerlerine göre değil, anayasal düzen kurallarına göre davranacağını bilen / bilmesi gereken birisidir.**

Bilindiği üzere, hukuk kurallarını yorumlama imkanına herkes sahip olmakla birlikte, geçerli yorumun mahkemelerce yapılacağı hukuk devletinin bir gereğidir. Aynı şekilde mahkeme kararlarının devleti ve herkesi bağlayacağı bir Anayasa kuralıdır (m.138/son). Ancak son yıllarda, özellikle 2010 Anayasa referandumuna bağlı olarak, yargı sisteminin tümüyle yeniden yapılandırılarak siyasal iktidara bağlanmasından sonra, yüksek mahkemeler, mevcut siyasal iktidarın dinsel ve siyasal görüşlerine ‘paralel’ karar ve içtihatlar üretmeye başlamıştır. Türban yasağı ile ilgili Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları da bu süreç sonucunda değişmiştir. **Laiklik ilkesi, özgürlük adına, yargısal yorum yoluyla oldukça törpülenmiştir. Ancak, yargı yetkisinin kabul ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Türkiye ile ilgili olarak laiklik konusunda verdiği kararlarında herhangi bir değişiklik olmamıştır.** AİHM kararlarında; laiklik ilkesinin, kamu hizmetinin tarafsızlığını sağlama ve kamu düzenini koruma amaçlı olduğu belirtilmekte, türbanın, eşitlik ve ayrımcılık yapmama davranışıyla kolayca bağdaştırılamayacak bir simge olduğu vurgulanmaktadır.

Bu nedenle; geçerliğini korumakta olan 13.02.2013 tarihli AHİM Büyük Daire kararında belirtilen, devletin, 'dini inancını başörtüsü takarak sergileme özgürlüğünü, eğer bu özgürlüğün uygulaması, başkalarının hak ve özgürlüklerini, kamu düzeni ve güvenliğini koruma amacıyla çatışıyor ise sınırlayabileceği' görüşünün dikkate alınması Anayasa m.90/son gereğince zorunludur. **Bu durumda, yukarıda sözü edilen çatışan iki haktan, kamusal karaktere tartışmasız şekilde sahip olan, 'tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı' na öncelik verilmesi gerekeceğinden, bir yargıcın türban takması görmezden gelinecek, hoş görülecek bir davranış olarak kabul edilemez.**

Sorun yargı etiği açısından değerlendirildiğinde de benzer sonuca ulaşılması kaçınılmazdır. 2003/43 Sayılı Birleşmiş Milletler BANGALOR YARGI ETİĞİ İLKELERİ (BYEİ), yargıçların uyması gereken ana kuralları; tarafsızlık, doğruluk ve dürüstlük ilkeleri olarak belirlemiştir. **Birleşmiş Milletler BANGALOR YARGI ETİĞİ İLKELERİ'ne göre (Değer 2) tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin temelidir ve tarafsızlık ilkesi, sadece karar için değil, aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da gerekli görülmektedir.** BYEİ gereğince, yargıçların makul şekilde düşünen bir kişide tarafsız olarak karar veremeyeceği izlenimi bırakmaması gerekmektedir. Dolayısıyla üzerinde taşıdığı simgeler bir yargıcın tarafsızlığı konusunda kuşku yaratıyor ise o yargıcın simgeleri taşımaya hakkı bulunmamaktadır.

Ayrıca, yargılama süreci aynı zamanda bir iletişim ortamıdır. Bu ortamın davranış kodları yasalarla ve evrensel kabullerle, tarafsızlık ve bağımsızlık olarak belirlenmiştir. Yargılama mizanseninde, özellikle yargılamayı görünür kılan duruşmalarda, temel kodun dışına taşacak, simgesel uyarıcıların bulunması kabul edilemez. Örneğin yargılama sırasında taraflardan birisinin yargıçı etkileyebilecek özel bir yöntem kullanması nasıl mümkün değilse, yargıcın da taraflarda böyle bir izlenim yaratması kabul edilemez. Çünkü yargıcın kullanacağı simgeler, iletişim tekniği bakımından **'belirtken uyarı'** ya dönüşür ve o simgenin taraflarda bırakacağı izlenim ve algı ister istemez öne çıkar. Bu bakımdan, yargıcın kullanacağı simgelere dikkat etmesi, taraflarda tarafsız olmadığı algısını uyandıracak simgeleri kullanmaktan kaçınması gerekir. Adaletin sembolü olan Themis'in gözlerinin bağlı olarak resmedilmesi de bundandır.

Yargıcın tarafsız olması ve tarafsız bir görüntü vermesi, adil yargılanma ilkesinin de (Sözleşme m.6/1) zorunlu bir sonucudur. AİHM kararlarında sıklıkla vurgulanan, mahkemenin / yargıcın tarafsızlığı olgusu, yargıcın, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı taşımaması gerektiği anlamındadır. AİHM kararlarında, mahkemenin hem objektif, hem sübjektif açıdan tarafsızlık koşullarını sağlaması gerektiği vurgulanır. Yargıcın tutumu ve görünüşüyle, taraflı davranacağından kuşku duyulmasını haklı gösterecek şekilde bir izlenim yaratması, adil yargılanma ilkesinin açık ihlalidir. Bu açıdan da yargıçların dinsel ve siyasal simge taşımaları mümkün gözükmemektedir.

Sonuç olarak, laiklik ilkesi gereğince, dinin veya din duygularının yahut dince kutsal sayılan şeylerin istismar edilemeyeceği ve kötüye kullanamayacağının kabulü gerekmektedir. Özgürlükler adına da böyle bir savunu ileri sürülmesi mümkün değildir.

Yargıçlık, özelliği olan, devletin temel işlevlerinden yargılama yetkisinin kullanıldığı bir meslek olarak tarafsızlık ve bağımsızlık gerektirmektedir.

Tarafsızlık; yargıcın, sadece karar verirken tarafsız olmasını değil, yargılama sürecinde ve hatta özel yaşantısındaki davranış ve görünüşüyle de, biçim ve öz olarak, kuşku yaratmayacak bir tutum içinde olmasını zorunlu kılmaktadır.

Yargıç, herhangi bir kamu görevlisi değildir. Yargıç, Anayasa Mahkemesinin / Danıştay'ın değişen yeni içtihatları dikkate alınsa dahi, inancına göre giyinme veya dinsel simgeler taşıma hak ve yetkisini kendisinde göremez.

Yukarıdaki açıklamalar, bir yargıcın görevini yaparken inancına göre giyinmesine ve davranmasına haklılık tanımamaktadır. Bir yargıç eğer inancına göre yaşamak istiyorsa, tarafsız olamayacağından, etik olarak ve dürüstlük kuralı gereği, öncelikle kendiliğinden yaptığı görevden çekilmelidir. Eğer bunu yapmıyorsa, HSYK'nın, görevini anayasal ve evrensel ilkelerle bağdaşmayacak şekilde sürdüren türbanlı bir yargıca izin vermemesi gerekmektedir. Aksi taktirde HSYK'nın bu duruma göz yuman, destekleyen tutumu görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır.