

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ÜNİVERSİTELERDE TÜRBAN YASAĞINA İLİŞKİN KARARLARI ÜZERİNE NOTLAR

*Doç. Dr. Ali ULUSOY**

Türkiye’de üniversite idarelerinin idari kararlarla üniversitelerde türban yasağı öngörmeleri ve türbanlı öğrencilere çeşitli idari cezalar uygulamaları ve bu işlemlerin de Türk yargı organları tarafından hukuka uygun bulunması üzerine, bu uygulamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) aykırılığı iddiasıyla, sorun birkaç kez Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) taşınmıştır.

1) 1993 yılındaki “Karaduman ve Bulut” kararı

Bunlardan ilkinde dava konusu, türbanlı olarak üniversite eğitimine izin verilmemesine ilişkin olmayıp, türbanlı fotoğraf verilmesi nedeniyle mezuniyet diploması verilmemesine ilişkindir. Bu davada¹, AİHM’nin o zamanki yapılanması gereği, *Avrupa İnsan Hakları Komisyonu* sözkonusu uygulamayı AİHS’nin ifade ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesine aykırı bulmamıştır.

Adıgeçen kararda geçen “*laik üniversitede okumayı seçen öğrencinin konulan kılık kıyafet kurallarına da uymak zorunda olduğuna*” dair ifadeden, Komisyon üyelerinin Türkiye’de diğer Avrupa ülkelerinde görüldüğü gibi dinsel cemaatlerce yönetilen ve işletilen özerk özel üniversitelerin bulunmadığı ve tüm üniversitelerin zorunlu olarak laik olduğu konusunda aydınlatılmamış olduğu izlenimi doğmaktadır. Böylece dava eğitim-öğretim hakkı yönünden incelenememiştir. Zira Türkiye’de tüm

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ 3 Mayıs 1993, *Karaduman ve Bulut*.

üniversiteler hukuken laik olmak zorunda olduğundan, bu durumda türban takan öğrenci Türkiye’de yüksek öğrenim hakkını kullanamamaktadır.

Diğer yandan Komisyon aynı kararında, sözkonusu öğrenciye diploma verilmemesine karşın çıkış belgesi verildiğini ve öğrencinin bu belgeyle mezuniyete ilişkin her türlü haktan yararlanabildiğini de tespit etmiştir.

2) 2004 yılındaki “Leyla Şahin” kararı

AİHM, 29 Haziran 2004 tarihli *Leyla Şahin* kararında² üniversitelerde türban yasağına ilişkin nihai yaklaşımını ortaya koymuş ve Türkiye gibi radikal dinci tehlikenin potansiyel olarak mevcut olduğu ülkelerde üniversite idarelerinin öğrencilere türban yasağı getirmelerinin AİHS’yi ihlal etmeyeceğine karar vermiştir.

a) Karar gerekçeleri

Dava, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü’nün üniversiteye türbanla girişi yasaklayan 23.02.1998 tarihli idari düzenlemesinin AİHS’nin özellikle ifade ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesini ihlal ettiği iddiasıyla bir İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi öğrencisi tarafından açılmıştır.

AİHM, karar gerekçesinde öncelikle, Türk Anayasa Mahkemesi’nin üniversitelerde türban takılmasının türban takmayan kız öğrenciler üzerinde baskı aracı ve ayrımcılık yaratacağına ve Anayasanın laiklik ilkesine aykırılık teşkil edeceğine ilişkin değerlendirmesine dikkat çekmiştir.

Mahkeme, sözkonusu türban yasağının AİHS’yi ihlal edip etmediğini incelerken, üç nokta açısından değerlendirme yapılması gerektiğini öngörmüştür :

- bu yasağın Türk Hukukunda yasal dayanağının bulunup bulunmadığı,
- bu yasağın konulmasında meşru bir amacın bulunup bulunmadığı,
- bu yasağın demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığı.

Yasal dayanak sorunu : Davacı, İstanbul Üniversitesinin türbanı yasaklayan idari düzenlemesinin 2547 sayılı Kanunun “yüksek öğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir” hükmünü içeren Ek 17. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

AİHM ise öncelikle yasal dayanağa ilişkin “yasa” kavramını “şekli” değil “maddi” anlamda algılamış ve her türlü hukuk kuralını, hatta “yazılı olmayan hukuk” yani içtihat hukukunu da yasa kavramına dahil saymıştır.

² No. 44774/98 (<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewTitl.asp?Item=Html&X=630134650...>)

Diğer yandan AİHM, AİHS'ye taraf devletlerin iç hukuklarının yorumlanması ve uygulanması yetkisinin ulusal makamlara ait olduğunu vurgulamış ve bu bağlamda Türk İç Hukukunda idari düzenlemelerle üniversitelerde türban yasağı konulmasının Türk Kanunlarına ve dolayısıyla Türk Hukukuna uygun olup olmadığını belirleme yetkisinin Türk mahkemelerine ait olduğunu, Türk Anayasa Mahkemesi ve Danıştayının üniversitelerde türban yasağı konulmasını hukuka uygun bulduklarını, bu mahkemelerin bu yönde yerleşmiş içtihatları bulunduğunu, bu durumda AİHM'nin Türkiye'de idari düzenlemelerle türban yasağı konulmasının Türk kanunlarına aykırı olup olmadığını değerlendiremeyeceğini, bu konudaki Türk yüksek yargı organlarının değerlendirmeleriyle kendisini bağlı kabul ettiğini, zira Türk Anayasa Mahkemesinin 2547 sayılı Kanunun Ek 17. maddesini üniversitelerde türbanın serbest olmadığı şeklinde yorumladığını ifade etmiştir.

Bu nedenlerle AİHM, dava konusu türban yasağında yasal dayanak sorununun bulunmadığına hükmetmiştir.

Meşru Amaç Sorunu : AİHM, özellikle Türk Anayasa Mahkemesi ve Danıştayının türban konusundaki kararlarına dikkat çekerek, İstanbul Üniversitesinin dava konusu işleminin başkalarının hak ve özgürlüklerinin ve kamu düzeninin korunması açısından meşru amaçlar taşıdığını ve dolayısıyla bu konuda da sözkonusu yasak açısından herhangi bir sorun bulunmadığını vurgulamıştır.

Demokratik bir Toplum İçin Gereklik Sorunu : AİHM, AİHS'ye taraf devletlerin kamu düzenini ve başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için türban takılmasına sınırlamalar getirebileceklerini ve “*Türkiye gibi nüfusunun çok büyük çoğunluğunun belli bir dine mensup olduğu bir ülkede üniversite yönetimlerinin köktendinci grupların bu dinin ibadet gereklerini yerine getirmeyen veya başka dini inanca mensup öğrenciler üzerinde baskı kurmalarını engellemek için çeşitli önlemler alabileceklerini*” ve bu amaçla “*laik üniversitelerin bir dinin ibadet ve usullerinin yerine getirilmesini kısıtlayan düzenlemeler öngörebileceklerini*” belirlemektedir.

AİHM ayrıca, bu konudaki her bir ülkeye özgü ihtiyaçları ulusal mahkemelerin yargıçlarının uluslararası mahkemelerin yargıçlarına göre daha iyi değerlendireceklerini de ifade etmektedir.

Öte yandan AİHM, eğitim-öğretim kurumlarında dinsel sembollerin taşınması konusunda Avrupa'da yeknesak bir uygulamanın bulunmadığını ve konunun ülkeden ülkeye değişiklik arzettiğini, fakat üye devletlerin bu konudaki düzenleme ve uygulamalarının,

- “*çoğulculuk ilkesine zarar vermemesi*”
- “*AİHS ile güvence altına alınmış olan diğer hakları ihlal etmemesi*”

- “inanç ve ibadet özgürlüğünü ortadan kaldıracak boyuta varmaması”

gerektiğini de özenle vurgulamaktadır.

Somut olayda ise AİHM, Türkiye’de son yıllarda türbanın siyasi bir kimliğe büründüğü, halkın büyük çoğunluğu müslüman olduğundan türban takılmasının takmayanlar üzerinde baskı oluşturabildiği ve türban yasağının başkalarının haklarını ve kamu düzenini korumak için “zorunlu bir sosyal ihtiyaç” olduğu yönündeki Türk yüksek yargı organlarının düşüncelerini aynen benimsediğini ifade etmiştir.

Bu nedenlerle AİHM, dava konusu türban yasağının Türkiye açısından demokratik gerekler yönünden sorun teşkil etmediğine karar vermiştir.

Son olarak AİHM, yukarıdaki gerekçelerden farklı sonuçlar ortaya çıkmayacağı için, davanın AİHS’nin inanç ve ibadet özgürlüğüne ilişkin 9. maddesi dışındaki ihlal iddiaları (türban yasağının öğrencileri eğitimi ile dini ibadeti arasında seçim yapmaya zorladığı, dini ibadetini yerine getirenler ile yerine getirmeyenler arasında ayırıcılık anlamına geldiği gibi iddialar) yönünden ayrıca incelenmesine gerek görmemiş ve sonuç olarak, dava konusu türban yasağının AİHS’ye aykırı olmadığına oybirliği ile karar vermiştir.

b. Kararın Eleştirisi

AİHM’nin üniversitelerdeki türban yasağına ilişkin yukarıda özeti verilen kararı bazı noktalardan tartışmaya açık görünmektedir:

ba. AİHM, taraf devletlerin iç hukuktaki uygulamalarının AİHS’ye uygunluğunu denetlemek görevinden kaçınmamalıdır

AİHM, sözü edilen kararda özetle, üniversitelerde türban yasağı konulmasının Türkiye’nin iç hukukuna uygun olup olmadığı (yasal dayanağının bulunup bulunmadığı) konusunda kendisini ayrıca değerlendirme yapmaya yetkili görmediğini, bu konudaki Türk mahkemelerinin değerlendirmeleriyle bağlı olduğunu öngörmektedir. Ancak AİHM, bu yasağın Türk iç hukukuna uygun olup olmadığını değil, bu yasağın Türk iç hukuku tarafından AİHS’ye uygun olarak değerlendirilip değerlendirilmediğini denetlemekle görevlidir. Aksi halde AİHM, AİHS’nin öngördüğü insan haklarını koruma sistemini etkin biçimde devreye sokamayacaktır.

Nitekim, somut olaydaki sorunu kısaca özetlersek, Türk Hukukunda üniversitelerde “kılık ve kıyafet” açıkça serbest bırakan bir kanun hükmü bulunmakta (2547 sayılı Kanun, Ek m.17), ancak Türk Anayasa Mahkemesi bu kanun hükmünün türban serbestisini içermediğine hükmetmekte ve Türk

Danıştay'ı da üniversite idarelerinin idari düzenlemelerle türban yasağı koymalarını hukuka uygun bulmaktadır.

O halde AİHM'nin bu noktada tartışması gereken hukuk problemi şu olmalıdır : AİHS'ye taraf bir devlette bir yargı organı bir kanun hükmünü hatalı yorumlayarak AİHS ile güvence altına alınan bir temel hak ve özgürlüğün kısıtlanmasına neden olursa, AİHM'nin ulusal mahkemenin bu "açık ve bariz yorumlama hatasını" tartışmaya açma ve değerlendirme yetkisi var mıdır?

Kanımızca bu soruya olumlu yanıt vermek gerekmektedir ve AİHM'nin prensip olarak, Sözleşmeye taraf devletlerin idari makamlarının olsun, yargı mercilerinin olsun ve hatta yasama organlarının olsun, her türlü işlem ve uygulamalarının AİHS'ne uygunluğunu değerlendirme yetkisi bulunmaktadır. Bu özellik esasen AİHM'nin "ulusalüstü" veya "uluslarüstü" niteliğinin de bir gereğidir.

bb. AİHM, AİHS'yi her ülke için farklı ölçütler ve "standartlar" kullanarak uygularsa ortak ve objektif bir Avrupa İnsan Hakları Koruma Sistemi oluşturmak güçleşecektir

AİHM, sözkonusu kararda üniversitelerde türban yasağı konulmasının AİHS'ye uygunluğu konusunun her ülkenin özel koşullarına göre farklılık arzedebileceğini öngörmektedir. Buna göre Türkiye gibi köktendinci İslam tehlikesinin bulunduğu bir ülkede üniversitelerin türban yasağı koyması AİHS'yi ihlal etmezken, bu türden bir tehdidin bulunmadığı bir ülkede aynı yasağın konulması AİHS'nin ihlali anlamına gelebilecektir.

Bir uygulamanın AİHS'yi ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesinde o ülkedeki somut gelişmelerin de dikkate alınması doğal karşılanabilirse de, aynı fiilin bir ülkede AİHS'yi ihlal ettiğine, bir başka ülkede ise ihlal etmediğine karar verilmesi olağan ve yerleşik bir "içtihat" haline gelirse, "çifte standart" iddialarına ve objektif ve ortak bir Avrupa İnsan Hakları Koruma Sisteminin devreye sokulmasının güçleşeceğine ilişkin eleştirilere yanıt vermek iyice zorlaşacaktır.

bc. AİHM'nin dinsel özgürlüklerin sınırına ilişkin öngördüğü "prensip" doğru olmakla birlikte, bu prensibin somut olaya uygulanmasında sorunlar bulunmaktadır

AİHM, kararda öncelikle, dinsel özgürlüklerin sınırına ilişkin olarak, "Bir ülkede radikal dinci baskı ve tehdit varsa dinsel özgürlükler sınırlandırılabilir" şeklinde özetlenebilecek bir temel prensip öngörmektedir.

Sonrasında ise bu "prensibi" somut olaya uygulamakta ve bu bağlamda bir somut durum tespiti yapmaktadır, daha doğrusu bu noktadaki Türk

Anayasa Mahkemesinin somut durum tespitini aynen doğru varsaymaktadır : Bu tespit/varsayıma göre, *Türkiyede radikal islamcılar kız öğrencilere türban takma konusunda baskı uygulamaktalar ve ayrıca, türban takmayan kız öğrenciler türbanlı öğrencileri görünce kendilerini baskı altında hissedebilmektedirler.*

AİHM, bu tespitten yola çıkarak, Türk üniversite idarelerinin türbanı yasaklamasını AİHS'nin din ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesine aykırı görmemektedir.

AİHM'nin bu konuda öngördüğü prensip uygun ve kabul edilebilir olmakla birlikte, bu prensibin uygulanmasına ilişkin somut durum tespitinin doğruluğu oldukça tartışmaya açıktır.

Nitekim bildiğimiz kadarıyla Türkiyede radikal islamcılar zaman zaman çeşitli eylemler ve terörist faaliyetler gerçekleştirmişlerdir, ancak hiçbir zaman üniversitelerde başını örtmeyen kız öğrencileri hedef alan kaydadeğer bir baskı eyleminde bulunmamışlardır. Tersine, asıl inancı gereği başını örten öğrencilerin üniversitelere alınmamaları aşırı dinci çevreleri eylemler yapmaya itebilecektir.

Üniversitelerde bazı öğrencilerin türban takmasının türban takmayan müslüman öğrenciler için psikolojik baskı oluşturacağı düşüncesi ise bazı durumlarda doğru olabilmekle beraber, bu olguya hukuksal bir sonuç bağlamak olanaksızdır ve bu olasılığı tüm türbanlı öğrencilere üniversiteye girmeyi yasaklamak gibi ağır bir sonuca bağlamak hukuksal temelden yoksundur.

Örneğin ezan okunması ve hatta camilerin varlığı bile namaz kılmayan müslümanlar üzerinde psikolojik baskı oluşturabilir. O halde namaz kılmayan müslümanları bu "psikolojik baskıdan" korumak için ezan okunmasını ve hatta camileri de mi yasaklamak gerekir?

Aynı mantığa göre üniversiteye lüks arabayla gelen öğrenciler de fakir öğrenciler üzerinde psikolojik baskı oluşturabilir. O halde üniversiteye lüks arabayla gelmenin de yasaklanması gerekmez mi?

Ayrıca eğer türban takmak, türban takmayan müslümanlar üzerinde baskı unsuru ise, bu durum sadece üniversitede değil sokakta da geçerlidir. O halde sokakta türban takmanın yasaklanması da AİHS'ye aykırı olmayacaktır.

Görüldüğü üzere AİHM'nin bu konudaki somut tespiti ve değerlendirmeleri tartışmaya son derece açıktır ve bilimsel temelden yoksun görünmektedir.

bd. AİHM'nin somut uyuşmazlığı eğitim-öğrenim hakkı boyutundan irdelememesi önemli bir eksiklik olarak görünmektedir

AİHM, anılan kararında önündeki uyuşmazlığı bütünüyle AİHS'nin inanç ve ibadet özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi yönünden ele almış, uyuşmazlığı bu madde dışındaki hak ve özgürlükler yönünden (örneğin eğitim hakkı) irdelenmemiştir. Yalnızca karar gerekçesinin son bölümünde uyuşmazlığın AİHS'nin güvence altına aldığı diğer hak ve özgürlükler yönünden ayrıca değerlendirilmesine gerek duyulmadığı, çünkü inanç özgürlüğü (m.9) yönünden yapılan değerlendirmelerden farklı bir durumun bulunmadığı belirtilmekle yetinilmiştir.

Bu noktada dikkat çeken diğer bir husus, AİHM'nin karar gerekçesinde uyuşmazlığı bizce dava için son derece önemli olan eğitim hakkı yönünden irdelenmemesi bir yana, karar gerekçesinde bu hakkın “adını bile anmamasıdır”. Gerçekten de AİHM karar gerekçesinin ilgili bölümünde “uyuşmazlığın Sözleşmeye Ek 1 nolu Protokolün 2. maddesi yönünden ayrıca değerlendirilmesine gerek duyulmadığını” belirtmekle yetinmiş, bu hükmün düzenlediği temel hakkın (eğitim hakkı) ne olduğunu veya neye ilişkin olduğunu belirtmemiştir. Sanki mahkeme, bu madde tarafından korunan hakkın neye ilişkin olduğunu açıklamaktan özellikle kaçınmıştır.

Oysa AİHS'nin ayrılmaz bir parçası olan ek 1 nolu Protokolün “Eğitim hakkı” başlıklı 2. maddesi açıkça, “*Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz*” hükmünü öngörmektedir.

Somut uyuşmazlıkta Türkiyede türban takan öğrenciler üniversite eğitimi hakkında bütünüyle yoksun bırakıldığına ve ayrıca bu öğrencilerin eğitim haklarını kullanabilecekleri (laik olmayan) üniversiteler de hukuken kurulamayacağına göre, davanın en azından eğitim hakkı yönünden ayrıca bir değerlendirmeye tabi tutulmaması çok önemli bir eksiklik olarak görünmektedir.

Diğer yandan, karar gerekçesinden çıkarabildiğimiz kadarıyla, davacıların dava dilekçelerini büyük ölçüde inanç özgürlüğü (m.9) eksenine oturttukları ve eğitim hakkı (1 nolu Protokol m.2) boyutunu asli değil tali bir argüman olarak ileri sürdükleri anlaşılmaktadır. Oysa kanımızca bu davalarda öne sürülmesi gereken asıl ve temel hukuksal argüman türbanlı öğrencilerin üniversitelere alınmamasının ve ülkede öğrenim görebilecekleri hiçbir üniversitenin kurulamamasının AİHS'ye ek 1 nolu Protokolün 2. maddesiyle güvence altına alınan eğitim hakkının ağır derecede ihlali anlamına geldiği hususudur.

Dava dilekçesi bu ekseninde hazırlansaydı AİHM'nin davayı aynı gerekçelerle reddetmekte oldukça zorlanacak olduğu tahmin edilebilir.

Öte yandan, karar gerekçesindeki, “*laik üniversitelerin bir dinin ibadet ve usullerinin yerine getirilmesini kısıtlayan düzenlemeler öngörebilecekleri*” gibi ifadelerden, AİHM'nin davaya bakan üyelerinin/yargıçlarının (Türk Yargıç hariç) Türkiyede tüm üniversitelerin hukuken “laik üniversite” oldukları ve dolayısıyla çoğu Batı ülkesinde

bulunduğu türden “laik olmayan” üniversiteler bulun(a)madığı ve bu durumda türbanlı öğrencilerin Türkiye’deki hiçbir üniversitede eğitim hakkını kullanmalarının mümkün olmadığı konusunda bilgilendirilmemiş oldukları izlenimi doğmaktadır. Bu olgu da mahkeme yargıçlarının davayı eğitim hakkı boyutundan ele almalarını engellemiş olabilir.

be. Karar gerekçesindeki bazı maddi hatalar

AİHM’nin adıgeçen karar gerekçesindeki Türk Hukukuna ilişkin yapılan açıklamalarda bazı maddi hatalar bulunmaktadır.

Örneğin Karar gerekçesinin 30. paragrafında 3 Mart 1924 tarihli Tevhidi Tedrisat Kanununun Türk Hukukunda “anayasal değere haiz kanun” yani Anayasa hükmü niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Bu tespit Türk Hukuku açısından hatalıdır. Çünkü T.C. Anayasasının 174. maddesi Tevhidi Tedrisat Kanununun da dahil olduğu Devrim Kanunlarına özel bir hukuksal koruma getirmekle birlikte (bunların Anayasaya aykırılığı ileri sürülememektedir), bu kanunlara “anayasa hükmü niteliği” vermemektedir. Örneğin alelaide bir kanunun bu kanunlara aykırılığı nedeniyle iptal edilebilmesi mümkün değildir. Bu kanunların alelaide bir kanunla yürürlükten kaldırılması veya değiştirilmesi de hukuken (siyaseten değil!) olanak dahilindedir.

AİHM’nin karar gerekçesini yazanlar, muhtemelen yanlış bilgilendirme sonucu, Türk Hukukunda Devrim kanunlarının, 1958 Fransız Anayasasında örnekleri bulunan anayasal değere haiz kanunlardan olduğunu düşünmüş olabilirler. Nitekim halen yürürlükteki 1958 Fransız Anayasası, 1946 Anayasasının Başlangıç bölümü ve 1789 İnsan Hakları Evrensel Beyanname’si gibi bazı eski kanun hükümlerinin anayasal değer taşıdığını açıkça belirtmekte ve böylece bu kanunlara aykırı olan alelaide bir kanun hükmü iptal edilebilmektedir. Oysa Türk Hukuku açısından Devrim Kanunları bu nitelikte değildir.

Aynı şekilde karar gerekçesinin Fransızca resmi orijinal metninin birçok yerinde (örneğin 37 numaralı Paragraf) 2547 sayılı Kanunun üniversitelerde kılık ve kıyafeti serbest bırakan “EK 17 nci maddesi” “GEÇİCİ 17 nci madde” olarak belirtilmektedir (“l’article 17 provisoire”). Böylece Türk Hukukunu bilmeyenler (örneğin AİHM’nin Türk Yargıç dışındaki yargıçları) yönünden üniversitelerde her türlü kılık-kıyafeti serbest bırakan bu kanun hükmünün sürekli değil “geçici” yani hukuksal değerinin sınırlı nitelikte olduğu izlenimi doğabilecektir.

Kuşkusuz bu türden maddi hatalar salt basit çeviri hataları olarak düşünülebilir ve herhangi bir “kasıt” aranması gerçekçi olmayabilir. Ancak sözkonusu maddi hataların dolaylı da olsa hepsinin davacılar aleyhine görünmesi bir yana, AİHM gibi son derece önemli ve saygın bir “ulusalüstü”

mahkemenin karar gerekçelerinde bu türden maddi hataların bulunması en hafif deyimle şaşırtıcıdır.

c) Kararın hukuksal sonuçları

AİHM'nin adigeçen Leyla Şahin Kararından sonra bazı çevreler, artık türban sorunu konusunda hukuksal yönden geri dönülemez bir noktaya gelindiğini, bu aşamadan sonra iç hukukta kanun/Anayasa değişikliği dahil herhangi bir yolla üniversitelerde türbanın serbest olmasının hukuken olanaksız olduğunu, zira AİHM kararının herkes için bağlayıcı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Adigeçen AİHM kararının Türk İç Hukukunda üniversitelerde türban takılmasını olanaksız hale getirdiği iddiasına katılmak mümkün görünmemektedir. Zira yukarıda da vurgulandığı üzere, anılan kararın özünde AİHM'nin kendisinin Türk Yüksek Mahkemelerinin (özellikle Anayasa Mahkemesi ve Danıştay) üniversitelerde türban takılmasının laikliğe ve kamu düzenine aykırı olduğu değerlendirmesiyle hukuken bağlı kabul etmesi olgusu bulunmaktadır. O halde eğer Türk Yüksek mahkemeleri bu konuda temel bir içtihat değişikliğine giderlerse, örneğin somut olayda üniversitelerdeki çalışma düzenini ve yüksek öğretim kamu hizmetini aksatmadıkça türbanla yüksek öğretim yapmanın laikliğe ve dolayısıyla hukuka aykırı olmadığı yönünde³ bizce daha rasyonel olacak bir içtihat geliştirirlerse, AİHM'nin bu konudaki içtihadı da bunun paralelinde "otomatik olarak" değişebilecektir. Çünkü AİHM içtihadının bu konudaki temel referansında asli bir dönüşüm gerçekleşmiş olacaktır.

Bu noktada vurgulamak gerekir ki AİHM kararından sonra dahi Türk Yüksek Yargı organlarının, üniversitelerde türban takılmasını önlerine gelen somut davalarda yeniden incelemeye tabi tutarak, kamu düzenini ve laikliği ihlal etmediğini belirlemeleri ve bu belirlemeden hareket ederek üniversitelerde türban takılmasını yasaklayan bir idari veya yasal düzenlemeyi hukuka/Anayasaya aykırı görmeleri olanak dahilindedir ve böyle bir içtihat AİHM kararına uymama anlamına gelmeyecektir. Çünkü AİHM'nin kararında referans olarak aldığı taraf ülke mahkemesi içtihadı, aynı mahkeme tarafından gerektiğinde değiştirilebilecektir. Her ne kadar mahkemelerin çok sık içtihat değiştirmeleri hukuki istikrar açısından sakıncalı ise de, koşulların değişmesi veya önceki içtihadın bazı temel hatalar içerdiğinin sonradan anlaşılması üzerine yargı organlarının içtihat değişikliğine gitmeleri mümkün hatta gereklidir.

Diğer yandan, salt hukuksal bir değerlendirme yapıldığında, anılan AİHM kararı Türkiyede bir yasama işlemiyle, örneğin bir Anayasa

³ Bu konuda Bkz. A. Ulusoy, "Türban Sorunu ve Hukuk", Türkiye Günlüğü, Yaz 1999, s.16 vd.

değişikliği ile üniversitelerde türbanın serbest bırakılmasına engel teşkil etmeyecektir. Çünkü bu durumda AİHM'nin adigeçen kararının konusundan farklı bir hukuksal uyumsuzluk ortaya çıkacaktır. Zira AİHM'nin anılan kararıyla ortaya çıkan somut hukuksal sonuç, *Türkiyede üniversite idarelerinin türbanla üniversiteye girişi yasaklamalarının AİHS'ye aykırı olmadığıdır*. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bir yasama işlemiyle, örneğin Anayasa değişikliği ile, üniversitelerde türbanı serbest bırakmasının AİHS'yi ihlal edeceği olgusu anılan kararın hukuksal sonucu değildir. Kuşkusuz böyle bir Anayasa değişikliği durumunda ortaya çıkacak bir uyumsuzluk AİHM önüne gelirse Mahkeme bu konuyu AİHS yönünden ayrıca değerlendirecektir. Ancak şu aşamada AİHM'nin *Leyla Şahin* kararının Türkiyede bir Anayasa değişikliği ile üniversitelerde türbanın serbest bırakılmasına engel olduğu savı kanımızca hukuken dayanaksızdır.

SONUÇ

Türkiyede, mevcut gelişmeler ve uygulamalar nedeniyle, rasyonel bir tartışma ve uzlaşma “ikliminden” çıkıp gitme noktasında bulunan üniversitelerde türban yasağı sorununa AİHM'nin özellikle son *Leyla Şahin* Kararıyla objektif ve bilimsel açıdan tutarlı bir katkı sağladığını söyleyebilmek oldukça güç görünmektedir.

Bununla birlikte adigeçen içtihadı rağmen bu soruna Türk Yüksek Mahkemelerinin radikal bir içtihat değişikliği ile çözüm bulmaları hala mümkün görünmektedir, zira AİHM anılan içtihadının temel dayanak noktası olarak Türk Anayasa Mahkemesi ve Danıştayının üniversitelerde türban takılmasının laikliğe ve kamu düzenine aykırı olduğuna dair önceki kararlarını göstermiştir.

Öte yandan sözkonusu sorunun siyasi plandaki tek çözüm perspektifinin konuya ilişkin bir Anayasa değişikliği olduğu gözlemlenmektedir. Ancak fırsat buldukça ve bir tür “rövanş alma” içgüdüleriyle, Cumhuriyetin getirdiği laik düzenle “hesaplaşmaya” çalıştığından kuşkulanan bir siyasi iktidarın böyle bir çözüme cesaret edip edemeyeceği konusu hukuki boyutu aşan bir değerlendirme olacaktır.