

Türban ve Anayasa*

Fazıl SAĞLAM**

I. Türban

Başörtüsü ya da türban taşımayı özgürlük sanan kimi aydınlarımız ancak Şerif Mardin tarafından “mahalle baskısı” söylemi dile getirildikten sonra biraz ayılmış gözüküyor. AKP – MHP ittifakının hazırladığı Anayasa ve yasa değişikliğine karşı Özbudun komisyonundan yükselen itirazlar da bunun bir parçası. Doğrusu şaşırıyorum. Bu hazırlığın ilk aşamada varacağı noktayı yeni mi fark etmişler? Daha sonra gelecek olanlardan hiç mi haberleri yok? Siz AKP’ye dikensiz gül bahçesi sağlayacak bir Anayasa’yı teknik hizmet olarak sunacaksınız. Ama AKP’nin nihai amacının ne olduğunu bilmez görüneceksiniz ve bunda da hiçbir sorumluluğunuz olmayacak. İsmet Paşa’nın unutulmaz sözüyle “Hadi canım sen de !!” Türkiye ne çektiyse bu tür aydınlardan çekmiştir. Bu aydınların gözlerini kapadıkları gerçek şudur: Türkiye’de türban ya da başörtüsü bir özgürlük sorunu değil, özünde bir baskı sorunudur. Çünkü örtünme, örtünenler açısından bir özgürlük değil, onların inancına göre dinsel bir buyruktur. Başka bir deyişle dinsel açıdan örtünmek, dinin cevaz verdiği bir özgürlüğün kullanımı değil, dinsel bir buyruğun yerine getirilmesidir. Gerçi dinsel buyruklara uyma da ilke olarak din ve vicdan özgürlüğünün kapsamı içinde yer alır. Ancak bu özgürlük, dinin değil, laik düzenin tanıdığı bir özgürlüktür ve bu özelliği ile dinsel gereklerden bağımsız bir yapıya sahiptir. İçeriği ve sınırları laik düzenin gerekleriyle belirlenir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun 03.05.1993 tarihli kararı da bu noktanın altını çizmektedir:

* 02.02.2008 tarihli Cumhuriyet Gazetesi’nde çıkan aynı başlıklı yazının düzeltilmiş ve bazı eklemelerle genişletilmiş metnidir.

** Prof. Dr.

“Özellikle nüfusun büyük çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu ülkelerde, bu dinin tören ve simgelerinin herhangi bir yer ve biçim sınırlaması olmaksızın sergilenmesi, bu dini uygulamayan veya başka bir dine mensup olan öğrenciler üzerinde baskı oluşturabilir.”

Aynı görüş Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve AİHM kararlarında da vurgulanmıştır. Bütün bu kararların arkasında yatan temel gerekçe, bu baskının giderek artan bir biçimde güncelleşmesidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye açısından başörtüsü konusundaki nihai görüşünü 10.11.2005 tarihli Büyük Daire kararıyla sonuçlandırmıştır. Ancak bu içtihat, konuyu yakından izleyenler için bir sürpriz oluşturmamıştır. Çünkü başörtüsü ile doğrudan ilgili davalar henüz karara bağlanmadan önce Refah Partisi ile ilgili 13 Şubat 2003 tarihli Büyük Daire kararında (Applications no: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98) başörtüsü sorunu ile ilgili olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:

“Mahkeme demokratik bir toplumda devletin, ... dini inancını başörtüsü takarak sergileme özgürlüğünü, eğer bu özgürlüğün uygulaması başkalarının hak ve özgürlüklerini, kamu düzeni ve güvenliğini koruma amacıyla çatıştıyorsa, sınırlayabileceğini düşünmektedir.”¹ ...

“... Türkiye gibi büyük çoğunluğu belli bir dine mensup bir ülkede, ... laik üniversiteler, çeşitli inançlara mensup öğrencilerin barış içinde bir arada yaşamalarını ve dolayısıyla da kamu düzeni ve başkalarının inançlarının korunmasını teminen söz konusu dine ilişkin ritüel ve simgelerin sergilenmesini, bu tür bir sergilemenin yeri ve şeklini belirleme hususunda sınırlamalar getirerek düzenleyebilir.”²

¹ “92. The Court’s established case-law confirms this function of the State. It has held that in a democratic society the State may limit the freedom to manifest a religion, for example by wearing an Islamic headscarf, if the exercise of that freedom clashes with the aim of protecting the rights and freedoms of others, public order and public safety (see Dahlab v. Switzerland (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V).

² “95. In a country like Turkey, where the great majority of the population belong to a particular religion, measures taken in universities to prevent certain fundamentalist religious movements from exerting pressure on students who do not practise that religion or on those who belong to another religion may be justified under Article 9 § 2 of the Convention. In that context, secular universities may regulate manifestation of the rites and symbols of the said religion by imposing restrictions as to the place and manner of such manifestation with the aim of ensuring peaceful co-existence between students of various faiths and thus protecting public order and the beliefs of others (see, Karaduman v. Turkey, no. 16278/90, Commission decision of 3 May 1993, DR 74, p. 93).”

AIHM 4. Daire'nin 2004 yılı içinde verdiği L. Şahin kararının³ 98. ve 99. paragraflarında yukardaki düşüncelere gönderme yapılmakta, ayrıca Büyük Daire'nin Refah Partisi ile ilgili kararında yer alan aşağıdaki düşünceler de yeniden vurgulanmaktadır (Paragraf 99).

"Mahkeme Osmanlı yönetiminde bir İslami teokratik rejimin mevcut olduğunu da gözlemlemektedir. Önceki teokratik rejim yıkılarak cumhuriyet rejimi kurulduğunda Türkiye, İslami ve diğer dinleri özel dini uygulama alanıyla sınırlandıran laiklik tipini seçmiştir. ..."⁴ ... Mahkeme din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili olarak benimsediği "ilkeleri Türkiye'ye uygularken, laiklik ilkesinin, hukukun üstünlüğü ve insan hakları ve demokrasiye saygı ilkeleriyle uyum içinde bulunan Devletin temel ilkelerinden biri olduğu görüşünü ifade etmiştir. Bu ilkeye saygı gösterilmemesi şeklindeki bir tutum, kişinin dini inancını açıklama özgürlüğünü kapsayan ve Sözleşmenin 9. maddesindeki korumadan yararlanacak bir davranış olarak kabul edilmeyecektir."⁵

AIHM 4. Daire kararında yukarıdaki göndermelerden sonra türban yasağının birbirlerini tamamlayan ve güçlendiren laiklik ve eşitlik ilkelerine dayandığı belirtilmektedir⁶. Hemen arkasından Anayasa Mahkemesi'nin 7. Mart 1989 tarihli kararında yer alan laiklik anlayışı özetlenmekte (Paragraf 105), bu anlayışın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AIHS) temelini oluşturan değerlerle de uyum içinde olduğu vurgulanarak laiklik ilkesinin, Türkiye'deki demokratik sistemin korunması için gerekli olduğu belirtilmektedir.⁷ Eşitlik

³ AIHM 4. Daire, 29.06.2004 (330) , Application No. 44774/98, Bu kararın analizi için bkz. Katarina PABEL, "Islamisches Kopftuch und Prinzip des Laizismus": EuGRZ 2005, s. 12-17; kararın aynı yazara yapılmış Almanca çevirisi için bkz. EuGRZ 2005, s.31-40.

⁴ 13.02.2003 tarihli Büyük Daire kararı: "125. The Court further observes that there was already an Islamic theocratic regime under Ottoman law. When the former theocratic regime was dismantled and the republican regime was being set up, Turkey opted for a form of secularism which confined Islam and other religions to the sphere of private religious practice..."

⁵ 13.02.2003 tarihli Büyük Daire kararı: "93. In applying the above principles to Turkey the Convention institutions have expressed the view that the principle of secularism is certainly one of the fundamental principles of the State which are in harmony with the rule of law and respect for human rights and democracy. An attitude which fails to respect that principle will not necessarily be accepted as being covered by the freedom to manifest one's religion and will not enjoy the protection of Article 9 of the Convention"

⁶ : "As to the necessity of interference, the Court observed that it was based on two principles -secularism and equality- which reinforced and complemented each other. (104) ...

⁷ The notion of secularism was consistent with the values underpinning the Convention and upholding that principle could be regarded as necessary for the protection of the democratic system in Turkey. (106)

ilkesi açısından ise kadın-erkek eşitliğinin gerçekleşmesine verilen özel önem üzerinde durulmaktadır⁸.

Leyla Şahin'in başvurusu 4. Daire tarafından reddedildikten sonra, karar temyiz edilmişse de temyiz başvurusu da Büyük Daire'nin 10.11.2005 tarihli kararıyla (Application no. 44774/98) reddedilmiştir. AİHM'nin başörtüsü ile ilgili kararlarının ayrıntılı analizi ayrı bir makalenin konusudur. Ancak bu bağlamda iki noktanın altını çizmek yerinde olur:

-- Birkere Büyük Daire'ye yapılan bir temyiz başvurusunun görüşülebilmesi için, davada "*Sözleşmenin ... yorumlanmasını veya uygulanmasını etkileyen ciddi bir sorunun ... varlığı*" gereklidir. Bu nedenle Büyük Daire'nin gerek Refah Partisi ve gerekse başörtüsü ile ilgili kararları, din ve vicdan özgürlüğünün ve laiklik ilkesinin yorumu açısından **sonraki gelişmeleri de belirleyici bir içtihat özelliği taşımaktadır.**

-- Öte yandan AİHM bu kararlarıyla laiklik ilkesinin Türkiye açısından içerdiği farklılığı ve Türkiye demokrasisi için taşıdığı yaşamsal önemi birçok aydınımızdan çok daha iyi kavramış ve laiklik ilkesinin Türkiye'de benimsenmiş modelini kendi tarihsel, siyasal ve toplumsal koşulları içinde haklı bulmuştur. Daha da önemlisi bu modelin Avrupa Demokrasisi ile uyumlu bulunması ve Türkiye'de demokratik düzenin korunması için zorunlu görülmesidir. AİHM, bu bağlamda Batı ülkelerinde tek tip laikliğin söz konusu olamayacağını da belirlemiş bulunmaktadır. Tabii siyasi islami harekete mensup olanların bu kararlara sıcak bakması beklenemez. Hatta bir bakıma onları, bağlı oldukları dini inanç ve ideoloji açısından anlamak da mümkündür. Ancak bu konumda olmayan aydınların soyut ve içeriksiz bir demokrasi ve özgürlük anlayışına saplanarak bu kararların genel espirisini gözden kaçırmalarını anlamakta doğrusu güçlük çekiyorum. Oysa ortada çok açık bir gerçek var: AİHM'nin Refah Partisi ile ilgili kararları, İslam fundamentalizminin, demokratik hak ve özgürlüklerden yararlanarak şeriatı getirmeye yönelik eylem ve söylemlere girişmesine set çekmiş, ama aynı

⁸ "The Court... notes the emphasis placed in the Turkish constitutional system on the protection of the rights of women... Gender equality, recognised by the European Court as one of the key principle underlying the Convention and a goal to be achieved by member states, was also regarded by the Turkish Constitutional Court as a principle implicit in the values underlying the Constitution. (107)" "The Court does not lose sight of the fact that there are extremist political movements in Turkey which seek to impose on society as a whole their religious symbols and conception of a society founded on religious precepts... It has previously said that each Contracting State may, in accordance with the Convention provisions, take a stance against such political movements, based on its historical experience ... The regulations concerned have to be viewed in that context and constitute a measure intended to achieve the legitimate aims referred to above and thereby to preserve pluralism in the university." (109)

zamanda siyasal İslam'ın laik bir zemin üzerinde demokratikleşmesine ve sistemle bütünleşmesine de yardımcı olmuştur. Aynı şekilde başörtüsü sorununun Türkiye'de barışçı bir çözüme kavuşturulması da, ancak bu kararlar çerçevesinde gerçekleşebilecek bir olgudur. Bu ise, "türbanda ısrar etmeyip başörtüsüne geçelim" gibi biçimci ya da "AİHM türban yasağını Sözleşmeye aykırı bulmamıştır; ancak yasağın kaldırılması bu içdihada ters düşmez" gibi yüzeysel yaklaşımlarla çözülecek bir sorun değildir. Burada yapılması gereken şey, bu yasağın Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve AİHM'nin birbirini doğrulayan kararları çerçevesinde hangi koşullarda yumuşatılabileceğini dürüstçe aramaya ve bunun zamanlamasını da bu koşulların olgunlaşmasına göre ayarlamaya çalışmaktır. Bunun için de AİHM'nin çizdiği bu çerçeveyi önce doğru kavramak, içine sindirmek ve bu çerçeveyi dolanmaktan ya da zorlamaktan özenle kaçınmak gerekir.

Yapılması düşünülen Anayasa ve yasa değişikliğinde böyle bir özen ve çaba görmek mümkün değildir. Aksine bu değişiklikle türban kullanımı resmen tanınarak **dinsel bir buyruğun yaygınlaşması** teşvik edilmektedir. Bu girişimin sağlayacağı yaygınlık başını örtmek istemeyenler üzerindeki baskıyı laik düzenle bağdaşmayacak ölçüde artıracaktır. Laik bir özgürlük düzeni için asıl sorun, başın örtülmesinin din ve vicdan özgürlüğü kapsamına alınması değil, böyle bir girişimin, başını örtmek istemeyenler üzerinde yaratacağı baskının önlenmesidir. Böyle bir ortamın sağlanamadığı yerde türban ya da başörtüsü konusunda özgürlükten söz etmek tam bir aldatmacadır. AKP'nin sözde "laik" akıl hocaları, bu gerçeğin üstünü örtmeye çalışarak AİHM kararlarının yanlış okunmasına da neden oluyorlar. Oysa AKP, kuruluş aşamasında türbanın öncelikli bir konu olmadığını, toplum içinde uzlaşma ile çözüleceğini söylüyordu. Bu doğru bir yaklaşımdı. Ancak AKP, özellikle seçimlerden sonraki yaklaşımı ile bu söyleminde samimi olmadığını gösterdi. MHP ile vardığı uzlaşma ise sorunun baskı boyutunu önleyecek bir içerikte olmadığı gibi, ileride türbanın uygulama alanının genişlemesine ve dolayısıyla bu baskının daha da artmasına ve laiklik ilkesinin içinin boşaltılmasına yol açacak bir nitelik taşımaktadır.

II. Anayasa

Türban tartışmalarıyla kamuoyunun dikkatinden kaçırılan asıl tehlike, Özbudun Komisyonunca hazırlanan yeni Anayasa Taslağı'nın getirdiği düzenlemelerdir. Bu Taslak, AKP için biçilmiş bir elbisedir. Taslak bir bütün olarak AKP iktidarının dikensiz gül bahçesi özlemini dile getiriyor. 1960 Arifesindeki "çoğunlukçu" demokrasi anlayışına kararlı ve bilinçli bir dönüş yapıyor. Dolayısıyla çoğulcu demokrasiden uzaklaşıyor. "Yasama

gücünün devredilmezliği” ilkesini delerek kanun hükmünde kararnamelere adeta sınırsız bir uygulama alanı açıyor ve Anayasa Mahkemesi’nin bu alandaki denetim yetkisini biçimsel bir denetime indiriyor. Anayasa Mahkemesi’nin Meclis İçtüzükleri üzerindeki sonradan denetim yetkisini kaldırarak Meclis çoğunluğunun parlamento içi egemenliğini sağlamak üzere 1960 öncesinin acı deneyimlerine dönüşün kapısını aralıyor.

Siyasal iktidarı frenleyecek mekanizmaları ya kaldırıyor ya da zayıflatıyor. Yargıyı geriletıyor ve siyasallaştırıyor. Özellikle Anayasa Mahkemesi’ne ilk aşamada AKP tarafından belirlenecek dört yeni üyenin eklenmesini sağlıyor ve salt bu amaçla Anayasa Mahkemesi üye sayısını on yediye çıkarıyor. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin koruma düzenini zayıflatıyor. Temel haklara ilişkin spesifik koruma alanları, genel nitelikteki özgürlük alanı altına toplanarak çok daha geri ve eskimiş bir temel hak anlayışına dönüş yapıyor. Kadın haklarını geriletirken onlara, *“çocuklar, yaşlılar ve engelliler gibi özel surette korunmayı gerektirenler”* arasında yer veriyor. Sanatın ve sanatçının korunmasına ilişkin maddeyi kaldırdığı yetmiyormuş gibi, sanat özgürlüğünü *“genel ahlak”* ile sınırlayan ilk taslak olma özelliğini taşıyor. Taslakta temel hak ve özgürlüklerin korunması alanında yapılacak gerçek bir reformun anahtarı olan *“anayasa şikayeti”* nin sözü bile geçmiyor.

Taslak, sosyal devlet ilkesinin Anayasa’da somutlaşmış olan kurallarının önemli bir bölümünü kaldırıyor, geride bıraktıklarını da başkalaştırarak tanınmaz hale getiriyor. Kimilerini hak alanı olmaktan çıkarıyor. Örneğin 1982 Anayasası’nda sübjektif bir hak olarak güvence altına alınmış bulunan çevre hakkının bu niteliğini kaldırıyor. Çevreye ilişkin devlet ödevleri de haklar bölümünden çıkarılarak *“Ekonomik ve Mali Hükümler”* başlığı altına taşıyor. **Amaç apaçık ortada: Devletin mali kaynaklarını yürürlükteki 65. maddenin öngördüğü önceliklere tâbi olmaktan kurtarmak.** Aynı Taslak, yürürlükteki Anayasa’nın konut hakkı ile ilgili 57. maddesini Anayasa’dan çıkararak, devleti, yurttaşların konut gereksinmelerini *“şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde”* yerine getirme yükümlülüğünden kurtarıyor ve serbest rant paylaşımına kapı aralıyor.

Ancak bir marifetleri var ki, özel olarak zikre değer: Özbudun Komisyonu 2b uygulamasını bir anayasa kuralı olarak öneren ve bu uygulamaya konu olan orman alanlarını ilk kez özel mülkiyete açan bir bilim kurulu olarak tarihe geçecek.

Bütün bu marifetlerin (!) yanı sıra, Taslak, yürürlükteki Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin koruma alanını daraltan kimi hükümleri de aynen

korumaya devam ediyor: Örneğin olağanüstü yönetim usullerinde temel hak ve özgürlükler için “Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir” gibi Anayasa içinde ikinci bir Anayasa yaratan ve öz güvencesini nisbiştiren bir kuralı Anayasada bırakıyor; Avrupa Anayasalarında yer almayan “lokavt”ı bir anayasal hak olarak tanımaya devam ederken, sendika ve toplu iş sözleşmesi haklarının “suç işlenmesinin önlenmesi” nedeniyle sınırlanabileceğini belirtmek suretiyle sendikaları potansiyel suç örgütü olarak gören bir ideolojik yaklaşım sergiliyor. (Buna karşılık “suç işlenmesini teşvik” yasağını parti kapatma nedenleri arasından çıkarıyor.) Oysa bunlara ne TÜSİAD’ın Anayasa Önerisi’nde, ne Özbudun’un da katıldığı TOBB Anayasa Önerisi’nde ve ne de TBB 2001 ve 2007 Anayasa Önerileri’nde yer verilmiştir.⁹

Bu özellikleriyle **Özbudun Taslağı, çoğulcu demokrasiden çoğunlukçu demokrasiye geri dönüşü** hedef alan, başka bir deyişle çoğunluk diktatörlüğüne heveslenen bir hazırlığa sunulmuş teknik bir hizmettir. Bu yönüyle sivil anayasa olmaktan çok, **bir partinin düşündeki sivil darbenin anayasal çerçevesini çizmektedir. Bunun ayırında olmayan sözde aydınlar ise, tarih önünde en az bu düşün peşinde gidenler kadar sorumlu olacaklardır.**

⁹ Bu yazı çerçevesinde Özbudun Taslağı’nı ancak belli başlıklar halinde örneklere çalıştık. Bu başlıkların ayrıntılı bir analizi İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi’nce düzenlenen ve “1982 Anayasası’nın 25 Yılı: Bir Geçici Bilanço ve Perspektifler” başlığını taşıyan Sempozyumda tarafımdan “Sonuç Bildirisi” olarak sunulmuş olup, sempozyum bildirileri yakında yayımlanacaktır. Ayrıca bu sempozyumda sunduğum bildiriye İÜ SBF’nin web sayfasından da ulaşılabilir: www.istanbul.edu.tr/siyasal/duyurular/anayasa.htm