
Türkiye’de Bir Tuhafılık: “Başörtüsü Yasağı”

Adnan Küçük

Memur olanlara ilişkin türban yasağı, kaynağını 657 Sayılı Kanundan (md. 125/A-g) almaktadır. Bu hükme göre, Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak memurlar için uyarma cezasını gerektirir. Burada kanunla açıkça yasaklanan bir kılık kıyafet öngörülmemekte, ne tür kılık ve kıyafetin uyarma cezasını gerektirdiğinin belirlenmesi idari organların takdirine bırakılmış olmaktadır. Yüksek öğretim öğrencilerinin ise eğitim-öğretim hakkını engelleyen hiçbir kanuni ya da idari düzenleme yoktur. Bu konuda iki kez kanuni düzenleme yapılmış; bunlardan birincisi iptal edilmiş, diğeri hakkında da “yorumlu ret” kararı verilmiştir. AYM, Danıştay ve AİHM’nin konuya ilişkin vermiş oldukları kararlara istinaden, bu yasağın tartışılmaz bir şekilde hukuki olduğu; bunun aksinin Anayasal düzenleme yoluyla bile düzenlenemeyeceği ileri sürülerek, her türlü hukuki çözüm yollarının önü kesilmeye çalışılmaktadır. Nitekim 2008 yılında yapılan Anayasa değişikliği de, açıkça başörtüsü serbestisi getirmese de, AYM, bu ihtimale binaen, Anayasa değişikliğini, Anayasadaki yetkilerini de taşarak, “şekilden dolanarak esasa ilişkin denetim” yoluyla iptal etmiştir.

Bu yasağı ihlal edenler, sınavlara girmişlerse sınavları geçersiz sayılmakta; memurlar yönünden bu yasağın ihlalinin kanuni yaptırımını uyarma cezası iken uygulamada memurluktan çıkarma yaptırımını uygulanmakta; ihlal eden öğrencilerin, yüksek öğretim kurumundan kaydı silinmektedir. Bu yasağı çeşitli argümanlar ekseninde değerlendirelim:

Adnan Küçük Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesidir.

Yaz-Sonbahar 2008, Sayı: 51-52, s. 91-97.

Bu yasaklamaya esas alınan birinci argüman kamusal alandır. Bu yasağı savunanlar, türban takmanın kamusal alanda yasaklanması gerektiğini ileri sürmektedirler. Gerekçe olarak da, “dini bir simge” kabul edilen türbanı takan memurların, kamu hizmeti alan kişilere karşı ayırım yapabileceği belirtilmektedir. Peki, bu yasağın kaynağını, kamusal alan kavramı oluşturabilir mi? Bu sorunun cevabının evet şeklinde olması, iki yönden sakattır.

Birincisi, “kamusal alan”, hukuki değil; siyaset bilimine mahsus bir kavramdır. Diğer yandan bu kavramın, ait olduğu siyaset bilimi içinde de ne olduğu konusunda tam bir mutabakat bulunmamaktadır; tamamen belirsizdir. Diğer yandan bu kavram, siyaset bilimi alanında da, mahiyet ve içeriğine ilişkin bu belirsizlik yanında, ağırlıklı olarak, devlete ait resmi alanı değil, tamamen toplumda müşterek olarak kullanılan kamuya açık sivil alanı ifade etmek üzere kullanılmaktadır. AYM’ne göre, hak ve hürriyetler belirsiz kavramlara istinaden kısıtlanamaz (E. 2003/30, K. 2003/38, KT: 29.04.2003). Dolayısıyla türbana ilişkin yasaklamada kamusal alanın ölçüt alınması, AYM’nin söz konusu içtihadı ile çelişmektedir.

İkincisi, burada varsayım ve ihtimale dayalı bir yasaklama söz konusudur. Bu yasaklama mantığı yüksek öğretim öğrencileri için de ileri sürülmektedir. AYM’ne göre: “Şimdiye kadar başörtüsü kullanmadan yükseköğretim kurumlarını bitirmiş bayanlarla şimdi yükseköğretim kurumlarında bulunan bayanları ‘dine karşı ya da dinsiz göstermek için kullanılma olasılığı’ da kaçınılmazdır” (E. 1989/1, K. 1989/12, KT: 07.03.1989). Buradaki, “ihtimal ve varsayım dayalı sınırlandırma”, hem AYM’nin bazı kararları ile çelişmekte, hem de hukuk mantığını alt üst etmektedir. AYM, bazı kararlarında, hak ve hürriyetlerin varsayım dayalı olarak yasaklanamayacağını; bu tür bir yasaklamanın, ilgili hak ve hürriyetin özüne dokunmuş olacağını belirterek, bu sınırlamayı Anayasanın 13. maddesine aykırı bulmuştur (E. 1976/27, K. 1976/51, KT: 18- 22.11.1976; E. 1989/6, K. 1989/42, KT: 07.11.1989). Diğer yandan demokratik hukuk devleti, olabileceklere istinaden yasaklamaların öngörülmesi yerine, kamu düzenini, kamu güvenliğini, genel sağlığı, genel ahlakı ihlal edici ya da başkalarına zarar verici somut davranışların yasaklanmasını öngörür. Şayet ihtimal üzerinden yasaklama esasını benimsenirse, hak ve hürriyetlerinden mahrum kılınmayacak hiçbir kimse kalmaz. Çünkü muhtemeldir ki, herkes suç işleyebilir; başkalarına zarar verebilir; daha somut ifadeyle, rüşvet, irtikap, zimmet, hırsızlık vb. suçları işleyebilir. Bu mantığa göre, o zaman herkesin, verebileceği zararlara, işleyebileceği suçlara mahal vermemek için, hürriyet ve haklarından mahrum kılınmaları gerekir. Dahası, şayet bu mantık yürütümü doğru ise, o zaman, 12 Eylül öncesi dönemde, yaklaşık 6000 kişinin ölümüne; takriben 18000 kişinin yaralanmasına sebep olanların ait oldukları siyasi-ideolojik-dini akımlara mensup olan/olduğu düşünülen bütün kişilerin, günümüzde de, eskiden olduğu gibi bu tür suçları işleyebilecekleri dikkate alınarak; “geçmişte bunları yapanlar, bu gün de daha beterini yapabilirler” diyerek, başta memuriyet ve eğitim-öğretim hakkı olmak üzere bazı haklardan mahrum kılınmaları gerekir. Oysa bunların hiç birisi yapılmamakta; yapılmamakla da iyi edilmektedir. Burada “varsayım ve ihtimale dayalı

yasaklama” mantığı, hukuk devleti ve insan haklarının özünü yok edecek şekilde, sadece türbanlı memur ve öğrencilere yönelik olarak uygulanmaktadır.

Yüksek yargı organları, türban ile laiklik karşıtlığını özdeş hale getirmekle birlikte, bunun niçin böyle olduğunun somut delillerine yer vermemektedirler. Sadece bir itham ve yakıştıma söz konusudur. AYM’ne göre: “Derslere çağdaş görünümüne aykırı giysi ve örtülerle girmenin özgürlük ve özerklikle ilgisi olmadığı gibi, devletin düzen sağlayacak kurallar getirmesi de özgürlük ve özerkliğe aykırı değildir. Kaldı ki giyim özgürlüğü ve özerklik, lâiklik üstün tutularak, lâiklikle birlikte gözetilir. Lâikliğı ortadan kaldıran ya da zedeleyen bir özgürlük ya da özerklik geçerlik kazanamaz” (E. 1989/1, K. 1989/12, KT: 07.03.1989). Bu yaklaşımda türban takmanın neden laikliği ortadan kaldıran ya da zedeleyen bir durum olduğu belirtilmemekte; sadece bu kişilerin giyim kuşamlarının, bazı kesimlerin hoşuna gitmemesi ya da bu giyim tarzının çağdışı olarak telakki edilmesi, hak mahrumiyeti için yeterli görülmemekte; bu yasaklama için de laikliğin ortadan kaldırılması ya da zedelenmesi “bahane” olarak gösterilmektedir. Ortadan kaldırmaya ya da zedelemeye ilişkin hiçbir somut bulguya yer verilmiş değildir. Fiili olarak zedeleme ya da ortadan kaldırmanın olup olmadığına bakılmaksızın, sadece zedelendiğinden ya da ortadan kaldırıldığından söz etmek, kısıtlama için yeterli görülmüştür. Bu, yoldan giden birisinin, fiili duruma bakılmaksızın, belli davranışları gerçekte hiçbir tehlike ya da zarar doğurmadığı halde, “bu kişinin davranışı kamu güvenliğini bozmuştur” denilerek tutuklanmasına benzemektedir. Bu, insan haklarının temel felsefesi yok edilerek her türlü teminattan yoksun kılınması, bu şekilde demokratik hukuk devletinin rafa kalkması anlamına gelmektedir.

Anayasanın ve demokratik hukuk devletinin bir gereği de, hak ve hürriyetlerin ancak kamu düzeni ve güvenliği, genel ahlak, genel sağlık, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması vb meşru sebeplerden bir veya birkaçının varlığı hallerinde sınırlandırılabilmesidir. Bu meşru sebeplerden birisi bulunmaksızın, hak ve hürriyetler sınırlandırılmaz. Söz konusu yargı kararlarında, meşru sebeplerden birisinin gerçekleştiğini gösteren hiçbir emareye yer verilmemekte; sırf türbanlı olmak yasaklama için yeterli görülmektedir. Bunun da, insan haklarının maddi özünü oluşturduğu hukuk devleti ilkesi ile bağdaşırılığı bulunmamaktadır.

Bu yasağa gerekçe gösterilen bir diğer husus da, türbanın “siyasi simge” olduğudur. Türbanın siyasi simge olduğunun ölçütü ne? Bu sorunun mantıki bir cevabı bulunmamaktadır. Bunun bir “siyasi simge” olduğu hususu, tamamen türbana karşı olanların yoğun yayınları ve kamuoyu oluşturmaları neticesinde tescillenmiştir. Bin küsur yıldır var olan bir giyim tarzı, son 20-25 yıl içinde yapılan yoğun yayınlar neticesinde, bir anda siyasi simgeye dönüşmüştür. Ayrıca yasakçılar, “her ne kadar annelerimizin, ninelerimizin başörtüleri ile türban farklıdır; bizim için sorun teşkil eden türbandır” deseler de, uygulamada, sorun teşkil etmediği söylenen başörtüsüne de izin verilmemektedir. Simge, belli bir kimliği sembolize ederek, birini diğerinden ayırt etmeye yarar. Oysa örtünme sadece Müslümanlara özgü değildir; Hıristiyan rahibeler de örtünmektedirler.

Hatta Prof. Dr. Yaşar Nuri Öztürk, türbanın bir rahibe giysisi olduğunu iddia ettiği gibi, Müslüman olup da başlarını örtmeyenler de bulunmaktadır. Bütün bu karmaşaya rağmen, türbanın “siyasi simge” olduğunu iddia etmek, bu maddi olgu ile çelişmektedir. Diğer yandan, bazıları belli bir giyim tarzına simge dediği için, bu simgeden dolayı bazı kişilerin bir takım haklardan yoksun kılınmaları, yarın daha başka hakların da aynı gerekçe ile kısıtlanmasını mümkün ve muhtemel hale getirebilecektir. Bu ise, tamamen teminatsız bir hak ve hürriyetler rejimi anlamına gelmektedir. Bunun, demokratik hukuk devleti ilkesi ile bağdaşırılığı bulunmamaktadır.

Bu yasaklamada, türban takan kişiler, sırf din ve vicdan hürriyetinin kullanımı kapsamında, dini inançlarının bir gereğini yerine getirmeleri sebebiyle yasaklanmaktadır. Sınırlama için daha başka bir sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmamaktadır. Bu ise, türbanlı kişilerin sırf dini inançlarından dolayı hak mahrumiyetine uğramaları anlamına gelmektedir. Laik düşünceye mensup bir kişinin, kendi hayat felsefesine uygun bir giyim tarzından dolayı yasaklanmasının makul ve hukuk devleti ile bağdaşırılığını ileri sürebilmek ne kadar mümkünse, türban yasağını savunmak da o oranda mümkündür. Oysa her iki halin de savunulur bir yanı bulunmamaktadır. Her ikisinde de kişilerin düşünce ya da inançlarından dolayı haklarından mahrum edilmeleri söz konusudur. Nasıl bir kişinin siyasi düşüncesinden dolayı kısıtlanması “düşünce suçu”nu oluşturursa; aynı şekilde bir diğer kişinin inancından dolayı kısıtlanması da inanç temelli düşüncesinden dolayı cezalandırılması anlamına gelir. Düşünce suçunun, demokratik hukuk devleti ilkesi ile hiçbir şekilde bağdaşırılığı bulunmadığı gibi, bunu savunan hiçbir çağdaş demokratik devlet de bulunmamaktadır.

Burada, “kamu kurumlarında kamu hizmeti verenlerin türban takmak suretiyle dini eğilimlerini sergileyerek kamu hizmet alanları üzerinde ayırım yapabilecekleri”, ya da “eğitim ve öğretim kurumlarında, özellikle küçük çocuklar üzerinde inanç temelli yönlendirmede bulunacakları” yönündeki argümanın da hukuk devleti ile bağdaşırılığı bulunmamaktadır. Çünkü hemen her insanın belli bir siyasi ya da felsefi düşüncesi veya dini/mezhebi inancı bulunmaktadır. Bunlardan dini inançlı olanların ayırım yapmak suretiyle zararlı etkileyici olarak kabul edilip, diğer düşünce ve siyasi akıma mensup kişilerin mutlak anlamda ayırım yapmayacağı peşine olarak kabul edilerek zararsız etkileyici kabul edilmeleri, bu zeminde bazı kişilere haklar tanınırken, bazılarının tanınmaması, Anayasal hukuk sisteminin alt-üst olması anlamına gelir. İnsan haklarının sınırlandırılmasını meşru kılan sebeplerden birisinin varlığını gösteren hiçbir emare ya da olgu mevcut olmadığı halde, sırf Aynasal teminat altında olan bir dini inancın (AY. md. 24) zararlı etkilerinden korunmadan söz edilerek yasaklama öngörülmesi, Anayasa tarafından sağlanan “din ve vicdan hürriyetine ilişkin teminat”ın tamamen ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Bu, kendi içinde çelişki oluşturmaktadır. Bir yandan din ve vicdan hürriyeti öngörülürken, diğer yandan bu hürriyetin kullanılması, hiçbir meşru sebep olmaksızın sınırlandırılmaktadır. Bu durumda, “Anayasal teminatın bir icabı olarak din ve vicdan hürriyetinin gereklerini yerine getirebilirsin; yani bu konuda hürsün; ama bu hürriyeti kullanamazsın” demek gibi çelişik bir durum ortaya çıkmaktadır.

Diğeryandan, sürekli, türbanlıların yüksek öğretim kurumlarında okumalarına müsaade edilmesi halinde türbanlılarla-türbansızlar arasında bir çatışmanın çıkabileceğinden, ya da türbanlıların türbansızlar üzerinde baskı kuracaklarından söz edilmekte; bu konuda yoğun bir şekilde “mahalle baskısı”ndan söz edilmekte; Türkiye’nin Malezya’ya dönebileceği yönünde yoğun yayınlar yapılmaktadır. Oysa bu mantık yürütümünün Ülkemizdeki gerçeklerle hiçbir bağdaşırılığı bulunmamaktadır. Çünkü fiili hayatta türbanlı olsun türbansız olsun, her iki kesimde yer alan kişiler, yıllardır bir arada yaşamakta; arkadaş ve dost-ahbab olmakta; aynı mekânları paylaşmakta; sokakta, parkta kol-kola dolaşmakta, Üniversitenin kapısına gelinceye değin aynı araçta birlikte gelmekte; sırf bu sebepten dolayı hiçbir çatışma ortaya çıkmış bulunmamaktadır. Bütün bu fiili olguları göz ardı edip, sırf “acaba bir çatışma olabilir mi” varsayımına ya da “mutlaka çatışma çıkar” öngörüsüne dayanmanın, maddi olgularla hiçbir bağdaşırılığı bulunmamaktadır. Bir kişinin dış görünüşüne bakılarak “bu adam hırsızlık yapar veya adam öldürür” diye tutuklayıp hürriyetinden alıkonulması ile, “türbanlı olanlar diğerleri üzerinde baskı kurarlar” denilerek bazı haklardan yoksun kılınmaları arsında hiçbir fark bulunmamaktadır.

2547 Sayılı Kanununun Ek 17. maddesinde, “Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; yüksek öğretim kurumlarında kılık kıyafet serbesttir” hükmü yer almaktadır. Yüksek öğretim kurumlarında başörtüsü ile okumayı yasaklayan hiçbir kanuni düzenleme olmadığı için bu yasak, Ek 17. madde çerçevesinde kanuni dayanaktan yoksun bulunmaktadır. Yasaklamanın kaynağını, AYM ve Danıştay’ın vermiş oldukları yargısal kararlar ve yorumlar oluşturmaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Abdurrahman Yalçınkaya “Yargı organlarınca ve AİHM’nce Anayasa ve yasaların verdiği görev ve yetki çerçevesinde yasak getirilen fiiller, yasalarda, hele hele Anayasada değişiklikler yapılarak yasal hale getirilmemelidir” ifadesini kullanmıştır (Zaman Gzt., 20.09.2007). Oysa hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlama yapma yetkisi, Anayasanın 13. maddesine göre sadece TBMM’ne aittir. Yargı organlarının hak ve hürriyetleri sınırlandırma/yasaklama yönünde karar verme yetkileri bulunmamaktadır. Onların bu tür bir yetkiyi kullanması, hem Anayasanın 13. maddesinde yer alan “temel hak ve hürriyetler, ancak kanunla sınırlanabilir” hükmü, hem de “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanmaz” hükmü (md. 6/3) ile çelişmektedir. Bu uygulama, TBMM tarafından kanun yoluyla yapılabilecek bir yasağın, yargı organları tarafından konulması olgusunu ortaya çıkaracağı için, Anayasanın “Yasama yetkisi Türk Milleti adına TBMM’nindir. Bu yetki devredilemez (md. 7)” hükmü (yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi) ile de çelişmektedir.

Bütün bu anayasal hükümlere (md. 6., 7. ve 13.) rağmen, yüksek öğretim kurumlarında türbanlı olarak okumanın yüksek yargı organlarının kararlarıyla yasaklanmış olduğunu (eğitim ve öğretim hürriyetinin mahkeme kararıyla sınırlandırıldığını) ileri sürerek, bu konunun hukuki yönden nihai olarak kesin bir şekilde çözüldüğü konusunda ısrarlı olmak; kayalıkların başındaki karartının “oğlak mı, yoksa kartal mı olduğuna ilişkin tartışma” neticesinde, kartalın uçması üzerine, diğer tarafın: “o uça dahi, yine de oğlaktır” şeklinde, uçanın kartal olduğunu bile bile ona oğlak demesine benzer.

Bu yasaklama, Anayasanın 13. maddesinde yer alan “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın, ...ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ...ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” şeklindeki Anayasal hüküm ile de çelişmektedir. AYM’ne göre, “Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz” (E. 1985/8, K. 1986/27, KT: 26.11.1986). Hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamaları hukuk devleti için meşru kılan kamu yararı mevcut ise de, öze dokunma halinde, artık kamu yararının varlığı, Anayasaya uygunluk açısından yeterli olmaz (E. 1999/33, K. 1999/52, KT: 29.12.1999). Kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir. Adaletli ve eylemle orantılı olmayan ölçsüz bir yükümlülüğü öngören yasa kuralının hukuk devleti ilkesine uygun olduğu söylenemez (E. 2001/119, K. 2004/37, KT: 23.03.2004). Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir denge bulunması gerekir. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmış görülen sınırlama, ilgili hakkının özüne zarar verir (E. 1986/17, K. 1987/11, KT: 22.05.1987). Buna göre, sırf din ve vicdan hürriyetinin bir gereğini yerine getirme kapsamında davranışta bulunan (türban takan) bir kişinin, Anayasal bir hakkı kullanma kapsamında, ilgili hakkın sınırlandırılmasını meşru kılan hiçbir sebep bulunmadığı halde, söz konusu hakların kullanılmasından tamamen yoksun kılınmasının, “ölçülülük” ve “öze dokunma yasağı” ile bağdaşırılığını ileri sürmek mümkün değildir. Üniversitede okuyan ve orada fiili olarak hiçbir kimseye zarar vermeyen bir kişinin, sırf başı açık diye yasaklanması ile, başı kapalı diye yasaklanmasının, ilgili hakkın özünün zedelenmesi ve ölçsüz kısıtlama yönünden hiç bir farkı bulunmamaktadır.

Bu yasaklama neticesinde bazı kişiler, sırf türban taktıkları için, eşitlik ilkesi zedelenerek şekilde, farklı muameleye tabi tutulmaktadır. Oysa AYM’ne göre eşitlik ilkesi, “birbirleriyle aynı durumda olanlara, haklı bir nedene dayanmayan ayrı kuralların uygulanmasını, ayırıcı ve açıkça ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi men edilmiştir. Anayasanın amaçladığı eşitlik, eylemli ve mutlak eşitlik değil, hukuki eşitliktir. Aynı hukuki durumlar aynı, ayrı hukuki durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa, Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz” (E. 2001/323, K. 2005/31, KT: 01.06.2005). Benzer nitelik ve durumda olanlar ya da kişisel nitelik ve durumları özdeş olanlar arasında, kanuni kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz (E. 2001/282, K. 2004/34, KT: 17.03.2004). Kimi yurttaşların değişik kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise eşitliğe aykırılıktan söz edilemez (E. 2001/4, K. 2001/332, KT: 18.07.2001). Kamu yararı veya haklı nedenle getirilen farklı düzenlemelerin; anlaşılabilir, amaçla ilgili, âdil ve makul olması gerekir (E. 1993/29, K. 1994/1, KT: 11.01.1994). Kimilerinin Anayasanın 13. maddesinde öngörülen nedenlerle değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz (E. 1999/39, K. 2000/23, KT: 19.09.2000).

Bazı kişilerin sadece türbanlı olmaları, onların farklı muameleye tabi tutulmalarını haklı kılan makul bir sebep oluşturamaz. Birisinin başı açık olması onun eğitim-öğretim ve memuriyete girme haklarını kullanmasına mani teşkil etmediği halde, bazı kişilerin sadece başlarını örtmeleri, Anayasada sınırlamayı haklı kılan, amaçla ilgili, adil ve makul bir neden olmadığı halde sınırlama nedeni kabul edilmesi, eşitlik ilkesi ile çelişmektedir. Çünkü burada aynı durumda bulunan, sadece farklı giyim kuşama sahip kişiler vardır ve bu farklılık da ayrı kuralların uygulanmasını haklı kılacak bir farklılık değildir. Diğer yandan, bu yasaklamayla, türbanlı olmayanlara, haklı ve makul bir neden olmaksızın bir takım haklardan yararlanma konusunda imtiyaz sağlanarak, Anayasanın 10/3. fıkrada yer alan “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz” hükmü de ihlal olunmuş olmaktadır. Bir kesim, Anayasa tarafından teminat altına alınan din ve vicdan hürriyetini kullandığı, bu kullanma sebebiyle sınırlamayı haklı kılacak hiçbir Anayasal meşru sebep bulunmadığı halde belli haklardan mahrum kılınmalarına karşın, bazılarının, türban takmadıkları için diğer kesimlerin yoksun kıldıkları haklara sahip olmaları, onlar lehine bir imtiyaz sağlamaktadır.

Yüksek Mahkemelerin dayandıkları bir diğer argüman da, “hukuk kurallarının dini esaslara dayanamayacağı” yönündedir. AYM’nin belirttiğine göre: “Kamu yaşamında ve özel yaşamda kadın-erkek giyimleri, dinsel gerekler gözetilerek yasayla düzenlenemeyeceği gibi, özellikle kamu kesiminde giyinmeyi düzenleyen kurallar, ancak hukuksal gereklerle göre düzenlenir” (E. 1989/1, K. 1989/12, KT: 07.03.1989). AYM’nin bu ifadeleri laiklik ilkesinin özü ile çelişmektedir. Bu ilke ile yasaklanan, “belli bir emir ya da yasağı içeren” kuralların dini esaslara dayandırılmasıdır. Buna göre, mesela eğitim ve öğretimde, memuriyete girmede ya da diğer herhangi bir hakkın kullanılmasında mutlaka başörtüsü takılmasının zorunlu kılınması (emir), veya “faiz”in, belli bir din tarafından men edilmiş olduğu için yaptırıma bağlanarak yasaklanması (yasaklama) “emir ya da yasağı” içeren kurallar olduğu ve bunların kaynağını da dini hükümler teşkil ettiği için, laiklik ilkesi ile çelişir. Ama başörtülü kişilerin yüksek öğretim kurumlarında okumalarına izin verilmesi ile onların hürriyet alanı genişletilmektedir. Bu, bir yükümlülük değil, hak ve hürriyet alanının düzenlenmesi ve genişletilmesi anlamına gelmektedir. Nasıl Devletin seyahat hürriyeti ya da mülkiyet hakkının alanını genişletmesi, bir hak ve hürriyetin düzenlenmesi kapsamına giriyorsa, aynı şekilde devletin, din ve vicdan hürriyetinin alanını genişletici şekilde düzenlemesi de, bu hürriyetin alanının düzenlenmesi anlamına geldiği için, laiklik ilkesi ile çelişme arz etmeyecektir.

AYM’nin yararlandığı bir diğer argüman da, türbanın çağdaş giyim tarzı ile çelişme arz etmesidir. AYM’ne göre, “Lâiklik, düşünsel yapının değiştirilmesidir. Çağdaş, sağlıklı toplum oluşturmanın koşuludur. Kişi, iç ve dış dünyasıyla, duygu ve düşünceleriyle, beden ve ruh yapısıyla bir bütündür. Giysi, kişiliği yansıtan bir araçtır. Dinsel olsun olmasın, çağdaşlığa aykırı, devrim yasalarının öngördüğü düzenlemeyle çelişen giysiler uygun karşılanamaz” (E. 1989/1, K. 1989/12, KT: 07.03.1989). Bu düşünce, kişinin kendi iç dünyasını ve hayat tarzını belirleme hakkını elinden alan, ona iç ve dış dünyası ile hükmetmek isteyen otoriter-totaliter bir anlayışı yansıtmaktadır. Devlet, hem çağdaş olanın

ve olmayanın ne olduğunu bizzat kendisi belirlemekte, hem de bu kapsamda çağdaş kabul ettiği belli bir yaşam tarzını kişilere dayatmaktadır. Hem “herkes din ve vicdan hürriyetine sahiptir” diye Anayasaya hüküm koyacaksın, hem de “belli bir dinin çağdaşlığa uygun olan belli bir tipini belirleyerek, bu dine mensup isen böyle olacaksın diye bir zorlama getireceksin”. Bu, çağdaş demokrasi zemininde yer alan laiklik ilkesi ile taban tabana zıt bir uygulamadır.

– İşin en ilginç yönü de, yükseköğretim öğrencilerinin türbanlı olarak okumalarını men eden hiçbir kanuni düzenleme olmadığı halde, türbanlıların okumalarının veya memuriyeti icra etmelerinin en katı bir şekilde yasaklanmasına karşın; memurlara yönelik birçok hukuki yasağın hiç uygulanmıyor olmasıdır. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik hükümlerine göre bayan memurlar, “Kolsuz ve çok açık yakalı gömlek, bluz veya elbise, stretch, kot pantolon giyemez; etek boyu dizden yukarı ve yırtmaçlı olamaz”, erkek memurlar, “Kulak ortasından aşağıda favori bırakamaz; saçlar, kulağı kapatmayacak biçimde ve normal duruşta enseden gömlek yakasını aşmayacak şekilde uzatılabilir; her gün sakal tıraşı olur ve sakal bırakamaz” hükmü yer aldığı halde, uygulamada bu yasakların birçoğuna hiç uyulmadığı görülmektedir. Uygulamada “yasak olmayan bir kuralın en katı bir yasak kuralı şeklinde uygulanması”, “yasak olan kuralların da çoğu kereler hiç uygulanmaması”, ciddi bir çelişki oluşturmaktadır.

Yukarıda izah edilen sebeplerden dolayı, türban yasağının, hem AYM’nin muhtelif içtihatlarıyla çeliştiği, hem de AYM’nin türbana ilişkin kararının, kendisinin daha önce verdiği muhtelif kararlarında vurgu yaptığı en esaslı ilkelerle çelişme içinde olduğu; ayrıca bu yasağın, demokratik hukuk devleti ilkesini ihlal ettiği; sınırlamanın makulü zorlayan oranda ölçsüz ve orantısız olduğu, bu nedenle de, eğitim ve öğretim hakkı dâhil birçok hakkı özü itibarıyla zedelenmiş olduğu; bütün bu sebeplerden dolayı da Anayasaya aykırılık teşkil ettiği ayan beyan görülmektedir. Dolayısıyla, bu yasağı sürdürme konusunda ısrarcı olmanın, bir zamanlar ABD’de uzun süre uygulanıp, en nihayetinde 1960’lı yıllarda tamamen kaldırılan zencilere yönelik çağdışı-ilkel ayrımcı uygulamaların günümüzde de devam ettirilmesinin savunulmasından hiçbir farkı bulunmamaktadır.

Yukarıda sözünü ettiğim gerçeklere ilaveten, çeşitli dönemlerde yapılan anketlerde, halkın yaklaşık %74’nün bu yasağın kalkması yönünde görüş beyan ettiği görülmektedir. Bu sonuçlar, başörtüsü yasağının kaldırılması yönünde büyük oranda toplumsal bir mutabakatın olduğunu da ortaya çıkmış bulunmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu yasağın kaldırılmasına şiddetle karşı çıkan bazı kurumlarla, sivil ve siyasi kesimlerin artık, yukarıda sıraladığım gerekçeler yanında, bu toplumsal mutabakatı da göz önünde bulundurarak, türban yasağının kaldırılmasını öngören değişikliğe razı olmalarının zamanının çoktan geldiği kanaatindeyim.