

---

# Üniversitelerde Kanunsuz Kıyafet Yasağı

---

Yusuf Şevki Hakyemez

411 oyla kabul edilip Cumhurbaşkanı tarafından onaylanan anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesi üzerine, üniversitelerdeki kılık kıyafet sorunu ile ilgili olarak, bugünlerde değişik değerlendirmeler yapılmakta, hatta bu konuda üniversitelerde farklı uygulamalar kendisini göstermektedir.

Üniversitelerdeki kılık kıyafet tartışmaları konusunda, ideolojik-siyasal boyutu bir kenara bırakarak, sorunun hukuk dogmatığı açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 42. maddesine eklenen "Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir." fıkrasına rağmen, bu konudaki Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle halen başörtüsü yasağının sürdüğü görüşünü savunanlara göre, yükseköğrenim hakkının sınırlarının kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle de üniversitelerde başörtüsünün serbest sayılabilmesi için yasama organının bunu açıkça kanunla düzenlemesi gerekmektedir.

Üniversitelerdeki başörtüsü veya türbanın yasak olduğunun temel argümanlarından birisi olarak ifade edilen, "Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı"nın kapsamının net biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi Yüksek Mahkeme, ilk olarak 1989 yılında başörtüsünü serbest bırakan kanunî düzenlemeyi 1989/12 karar sayılı kararıyla iptal etmiştir. Ardından 3670 sayılı kanunun 12. maddesiyle "Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir." hük-

---

Yusuf Şevki Hakyemez Karadeniz Teknik Üniversitesi İİBF öğretim üyesidir.

Yaz-Sonbahar 2008, Sayı: 51-52, s. 99-102.

mü getirilmiştir. Bu düzenlemeye ilişkin açılan iptal davasında ise Anayasa Mahkemesi, 1991/8 karar sayılı kararıyla dava konusu düzenlemenin iptal talebini reddetmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi, ikinci kararının gerekçesinde de, “dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması” durumunun dava konusu düzenlemenin öngördüğü kılık kıyafet serbestisi kapsamı dışında tutulmakta olduğuna yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki her iki kararının gerekçelerinde yer verdiği hususlardan hareketle, yıllardır üniversitelerde başörtüsü yasağı sürmüştür.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi kararlarına rağmen, üniversitelerdeki kılık kıyafet yasağının pozitif bir temeli olmadığını anayasa hukuku perspektifinden hareketle kısaca şu gerekçelerle ortaya koymak mümkündür: İlk olarak, Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda yer verilen her iki kararındaki gerekçede yer alan hususların hukuksal açıdan “bağlayıcı” olduğunu söyleyebilmek hukuken zordur. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğu, Anayasa’nın 153. maddesinin son fıkrasının amir hükmü ise de buradaki bağlayıcılığın, sadece kararın hüküm fıkrası için geçerli olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi kararının bağlayıcılığını gerekçeye de teşmil etmek Anayasa yargısının mantığı ile bağdaşmaz. Anayasa Mahkemesi’nin verdiği iptal kararı, sadece dava konusu normun Anayasa’ya aykırı bulunması nedeniyle iptal edilmesi anlamına gelir; yoksa Anayasa Mahkemesi kararının hüküm kısmının dayanaklarını ortaya koyduğu ve mahkemenin ulaştığı sonuca ilişkin değerlendirmelerin yer aldığı kararın gerekçe kısmının da bağlayıcı olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinde yer verilen yorum ve değerlendirmelerle üniversitelerdeki başörtüsü yasağının sürekli hale getirilmeye çalışılmasının hukuken savunulması mümkün değildir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinin bağlayıcı olmadığını ortaya koyan açık bir hukuksal dayanak olarak, Anayasa’nın yine 153. maddesinin ikinci fıkrasında, “Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez” ifadesine yer verilmiştir. Şüphesiz, Anayasa Mahkemesi’nin verdiği her iptal kararı, dava konusu normu yürürlükten kaldırdığı için yeni bir uygulamaya sebebiyet verebilir. Anayasa yargısının benimsendiği bir hukuk düzeninde iptal kararının ardından böyle bir sonuç, kaçınılmaz olacağına ve anayasa koyucu abesle iştigal edemeyeceğine göre, anayasa koyucunun bu fıkraya yer vermesinin amacı, olsa olsa, aynen üniversitelerde başörtüsü yasağı ihdası örneğindeki gibi, Anayasa Mahkemesi’nin, verdiği iptal kararının gerekçesi ile yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edememesi olarak kabul edilmelidir. Anayasa Mahkemesi, siyasal sistemde yasamanın çoğunluk oyuyla çıkardığı kanunları Anayasa’ya aykırı bulup iptal etmekle “negatif yasa koyucu” işlevini yerine getirebilir; ancak iptal gerekçelerinin de bağlayıcı olması durumunda Anayasa Mahkemesi, hukuk düzeninde “pozitif yasa koyucu” konumuna yükselir ki, bu durum demokratik hukuk devletindeki anayasa yargısının varlık nedeni ile bağdaşmaz.

Üniversitelerdeki kılık kıyafet özgürlüğü ile ilgili olarak önemli bir nokta da, pozitif hukukta bunu açıkça yasaklayan Anayasa ya da kanun hükmü bulunmamasıdır. “Özgürlük kural, sınırlama istisnadır” ilkesi gereği olarak, eğer başörtüsü yasaklanmak isteniyorsa, o zaman bunun açık bir pozitif temele dayandırılması gerekmektedir. Pozitif hukukta, başörtüsünü yasaklayan bir kural olmadığına göre, gündelik yaşamda birçok kişinin kullandığı çok değişik özgürlükler gibi, üniversitelerdeki kılık kıyafet de serbest olmak durumundadır. Belki bu noktada akla yine Anayasa Mahkemesi’nin başörtüsü ile ilgili düzenlemeyi iptal ettiği kararı gelebilir. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı ile birlikte başörtüsünü üniversitelerde serbest kılan düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, daha sonraki kararında Anayasa Mahkemesi iptal kararı vermeyerek, aslında üniversitelerde, yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak şartıyla başörtüsü serbestisini öngören kuralın yürürlükte kalmasına imkan sağlamıştır. Özgürlük kural, sınırlama istisnadır ilkesinde olduğu gibi, şu anda üniversitelerde başörtüsü veya türbanı yasaklayan açık bir hüküm bulunmamaktadır. Aksine şu anda 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun ek 17. maddesine göre, yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile, yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir. Hatta, Anayasa’nın 10. ve 42. maddelerindeki değişikliklerin, başörtüsü yasağının dayanağı olarak gösterilen, ancak kanaatimizce hukuken tutarsız bir argüman olan 1991 tarihli Anayasa Mahkemesi karar gerekçesindeki yorumu aşmak için getirildiği düşünüldüğünde, anayasal düzeyde yükseköğrenim özgürlüğünün, kanunda yer alan sınırlamalar dışında güvence altına alınmış olduğu açıkça söylenebilir.

Öte yandan, üniversitelerde kılık kıyafeti yasaklayıcı veya sınırlandırıcı bir kural, özgürlüğe yönelik bir sınırlama getireceği içindir ki, Anayasa’nın 13. maddesi gereğince mutlaka kanunla tesis edilmelidir. Şu ana kadar uygulanan yasak Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesine dayandırılmaktadır. Oysa Anayasa Mahkemesi, verdiği kararlarla temel hak ve özgürlüklere yönelik bir sınırlama getiremez. Verilen iptal kararı ile Anayasa Mahkemesi, sadece kanunla getirilen sınırlama ya da düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğunu belirtip, bu düzenlemeyi yürürlükten kaldırabilme yetkisi ile donatılmıştır. Anayasa’nın 13. maddesinin amir hükmü gereğince temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilmesine göre, kılık kıyafet yasağına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararına dayandırılan bir yasak, hukuksal dayanaktan yoksundur ve Sami Selçuk’un tabiri ile “sanal bir yasak” olmaktan öteye geçemez.

Anayasa ve kanunlarda bir yasak bulunmamasına rağmen, üniversite öğrencilerine yönelik kılık kıyafet yasağı, eğer Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerine dayandırılıyorsa, böyle bir durumda, Anayasa’nın 153. maddesinin ikinci fıkrasındaki Anayasa Mahkemesi’nin bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemeyeceği ve yine Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesi hükmünün ne anlama geldiğini, üniversitelerdeki başörtüsü yasağını Anayasa Mahkemesi kararlarına dayandıranların açıklığa kavuşturması gerekmektedir. Anayasa’nın gerek 153. maddesinin ikinci fıkrası ve gerekse 13. maddesindeki kanunla sınırlama koşulu, birer “aksesuar” olarak Anayasa’ya dahil edilmiş

ilke ve kurallar olmayıp, Anayasa'nın 11. maddesi gereğince yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu unutulmamalıdır. Üniversitelerdeki başörtüsü yasağı, Anayasa'nın yukarıda sıralanan hükümlerine açıkça aykırı olarak yine de Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerine dayandırılıyorsa, böyle bir durumda, ister istemez akla, Anayasa'nın 6. maddesindeki "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz" hükmü gelmektedir.

*Zaman, 27.02.2008*

---

## **Ne Laik, Ne Demokratik, Ne de Hukuk Devleti**

*A. Faruk Özgür*

Yaşadığımız çağ siyasi açıdan bir çok garipliklerle dolu. Artık diktatörler bile insan hakları kavramını reddedemiyorlar. Türkiye'deki siyasi hayat da bu yönelimden kurtulabilmiş değil. Pozitif anlamlar yüklenen en gözde modern kavramlar savunularının belirttiği "özel şartlar" eşliğinde tanınamayacak hale geliyorlar. Bu açıdan Türkiye'de statükonun sözcüsü siyasetçilerin ve bürokratların en sevdiği kelimeler arasında "laik, demokrat, hukuk devleti" nosyonu. Ama tabi ki kendi özel şartlarımızın şekillendirği şekilde. Faruk Özgür, kıvrak zekası ve nükteli üslubuyla siyasi kavramların evrensel ölçütlerinin nasıl çarpıtılarak işlevsiz hale getirildiklerini anlatıyor, denemelerinde.

