

# Başörtüsünde 'sanal yasak'tan 'gerçek yasak'a gerileme (mi?)

**'Başörtüsü/türban' tanımlandı. Bu sera ürünü, hukukça sindirilmesi olanaksız bu yapay tanım, öneriye dönüştü, Yüksek Öğretim Kurumu Yasası'nın (YÖKY) ek 17. maddesine iliştilirdi. Bu öneri de TBMM Anayasa Komisyonu'nca benimsendi. Eğer, bu tanım yasalaşırsa, 'sanal yasak'; olan, yani 'gerçek yasak' basamağına inecek**

04/02/2008

## SAMİ SELÇUK

'Tanım tehlikelidir' der, Latince özdeyiş. Doğrudur. 'Başörtüsü/türban' tanımlandı. Bu sera ürünü, hukukça sindirilmesi olanaksız bu yapay tanım, öneriye dönüştü, Yüksek Öğretim Kurumu Yasası'nın (YÖKY) ek 17. maddesine iliştilirdi. Bu öneri de TBMM Anayasa Komisyonu'nca benimsendi. Eğer, bu tanım yasalaşırsa, ontolojik olmayan yasak, yani 'sanal yasak'; olan, yani 'gerçek yasak' basamağına inecek.

Bu da, gerilemenin ötesine geçen bir gerileme; gerilimi azdıran bir gerilim demektir. Türkiye'de asıl yasak ve sorun da o zaman yaşanacak. Geliniz, kaş yapayım derken göz çıkarma ustalığının, yağmurdan kaçarken doluya yakalanmanın bu özrü kabahatinden büyük serüvenini, bir benzetme yaparak, birlikte irdeleyelim.

**I-Benzetme: Bireylerin kanısı suç yaratmaz. 'Sanal suç' cezalandırılmaz. Küresel kural şudur: Suçu yasa yaratır.**

Bir eylemin suç olup olmadığını yasa koyucu, dolayısıyla yasalar belirler.

Yasalarda suç olmayan bir eylemin suç olduğunu söylemek ve o eylemi cezalandırmak olanaksızdır. Ceza yasaları her ahlaka aykırı eylemi suça dönüştüremezler. Öyle olsaydı toplum bunalırdı.

Ancak, çoğu insan bunu bilmez. Bilmediği için de, toplumda yaşayan ya da bu eylemleri yapan insanlar arasında, sözgelimi, zinanın, erginler arasındaki eşcinselliğin suç olduğunu sananlar vardır. Buradaki yanlış, suçun tipiklik ögesindedir. Çünkü, şu anda Türk yazılı hukukunda bu eylemleri cezalandıran hükümler yoktur. O yüzden bu türden eylemlerde bulunan biri elbette cezalandırılmayacaktır. Zira suçu, insanların ya da faillerin kanıları yaratmaz, yalnızca yasa koyucu sadece yasal bir düzenlemeyle yaratabilir.

Bir insanın, bir failin kafasında biçimlenen 'sanal suç' bağlamı içindeki bu suç sanısının adına hukuk öğretisinde 'düşsel/hayali/imaşiner suç' denir.

Şu da bir sanal suç türüdür: Yasada bir hüküm vardır. Ancak, fail, suçu tanımlayan hükmün kural kesiminde yanıılmıştır. Sözgelimi, fail, birinin imzasını taklit ederek özel bir belge düzenler ve onu cebinde taşır. Suç işlediği inancındadır. Oysa belgeyi kullanmadığı sürece eylemi suç değildir (T. Ceza Yasası, m. 207/1).

Yine bir insanın, bir failin kafasında biçimlenen 'sanal suç' bağlamı içindeki bu suç sanısının adına da hukuk öğretisinde 'kurmaca/kuruntu suç' denir.

Elbette hukuk dünyasında hiçbir değeri yoktur, bu tür sanal suçların.

**II-Başörtüsü/türban yasağı, hukuk açısından tipik bir 'sanal yasak'tır:**

Başörtüsü/türban konusu da bunlara benziyor. Yıllardan beri Türkiye bir sanal yasağı tartışıyor. Bu sanal yasak, yukarıdaki tiplerden kimi zaman birincisine benziyor ve ortaya bir 'düşsel/hayali/imaginer yasak' çıkıyor. Ancak kesinlikle ikincisiyle bire bir çakışıyor/örtüşüyor ve ortaya bir 'kurmaca/kuruntu yasak' çıkıyor. Açıklayalım.

**A-Yasağın ortak adı: Üniversitede başörtüsü/türban yasağı**

**1-Bu yasak, ilkin 'düşsel/hayali/imaginer yasak'tır:**

Çünkü, Türk yazılı hukukunda yükseköğretim düzeyinde genel nitelikte kapsayıcı bir başörtüsü/türban yasağı bugün yoktur, dün de özel düzenlemeler dışında hiç olmamıştır. Dahası, YÖKY'nin ek 17. maddesine göre, "Yürürlükteki yasalara aykırı olmamak koşulu ile yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir".

Bu hukuksal çözüm, özünde doğrudur. Çünkü, üniversite sözcüğünün karşılığı 'evrenkent'tir.

Evren, her tür yaratığı barındırır, içselleştirir. Dışlamaz.

Kent ise, bütün insanları barındırır.

Kavram olarak 'evrenkent', görüş ve inancı ne olursa olsun, ayırım gözetmeden her tür insanı barındırır, içselleştirir. Dışlayamaz. En özgür (olması zorunlu) ortamdır. Orada ister görüş, ister inanç olsun, her şey tartışılır, eleştirilir.

Bu yüzden gelişmiş ülkelerin üniversitelerinde türban yasağı yok. Çünkü, bir görüş ve/ya da inancın sınırlandığı yer, evrenkent/üniversite kavramıyla bağdaşamaz. Öyleyse, ergin insanların öğretim gördüğü bir üniversitede düşünce ve inançlara yasaklar getirilmesi yanlıştır.

Bizde de iyi ki yoktur.

Demek ki, türban yasağının hukuksal/kurumsal/bilimsel dayanağı yok.

Ortada sadece 'düşsel/hayali/imaginer yasak' vardır. Tıpkı 'düşsel/hayali/imaginer suç' gibi.

Özetle yasak hukuksal değil, eylemlidir.

**2-Bu eylemlilik yasak da, kesinlikle bir 'kurmaca/kuruntu yasak'tır:**

Çünkü, uygulamacı, yargısal kararların algılanmasında ve uygulanmasında hukuksal açıdan yanılmaktadır. Tıpkı, yukarıdaki özel belgede sahtecilik suçunun kural kesimindeki yanılığı gibi.

**a-Yanlığ algılama: Anayasa Mahkemesi'nin (AYM), Danıştay'ın (D) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AIHM) kararları yanlığ algılanmakta, uygulamaya yanlığ yansıtılmaktadır.**

Her şeyden önce AYM ilk kararının hüküm fıkrasında, 1988/3511 sayılı Yasa ile YÖKY'de yapılan şu değişik hükmü iptal etmiştir: "Yüksek Öğretim Kurumlarında, dini inanç nedeniyle boyun ve saçların örtü ya da türbanla kapatılması serbesttir" (7. 3 .1989, 89/12).

Laik hukuk düzeninde devlet, yansızdır. Herhangi bir dine ne ayrıcalık tanır, ne de onu dışlar. Devlet, bütün inançlar karşısında eşit uzaklıktadır.

Bu nedenlerle, bir din kuralını, hukuk kuralına dönüştürmek laiklik ilkesine aykırıdır. Bu açıdan söz konusu hükmün iptali yerindeydi. Ancak, gerekçede yansıtılan öbür nedenceler hem gereksizdi, hem de yersizdi. Üstelik, AYM, yerinelik denetimine kaymış, denetim sınırlarını aşmıştı.

Ancak yasama organı bu iptal kararına uymuş, laik düzene uygun olarak ek 17. maddeyi düzenlemişti.

AYM, bu son hükmün iptali isteğini reddetti. Ancak kararın gerekçesinde, türbanın serbest olmadığına değinmişti (9. 4. 1991, 1991/81).

D de, üniversitelerce konulan yasak kararlarının hukuka aykırı olmadığını belirterek, başvuruları reddetti.

AİHM ise, olaya yakın olan iç yargı organlarının, hukuksal değil, eylemli olan bu değerlendirmesine saygı duydu (29. 4. 2004 ve 10. 11. 2005 tarihli kararlar). Doğru da yaptı. Ama bizler bu iletiyi yine iyi algılayamadık. Algılayamadık. Çünkü, bu saygı, Türk denetim yargılamasının hiç gözetmediği küresel bir kuraldır. Bu kurala göre, eylemli durumu değerlendirme açısından, daha iyi değerlendirebilecek konumda olan yargı organının kararına daha kötü durumda olan yargı organı, gerekçede mantık ya da doğa yasaları gibi yasalara ters düşen kaba/çarpıcı bir yanlgı yoksa, asla ilişemez; onun yerine geçerek karar veremez. Sözelimi, bir tanığın doğru ya da yalan söyleyip söylemediğini, o tanıkla yüz yüze gelen, tanığın bocaladığını, terlediğini, yüzünün kızardığını gören, görerek vicdani kanı yargısı oluşturan yargıç bilebilir ancak. Duruşma yapmayan, dolayısıyla tanığı görmeyen yargıç bu değerlendirmeyi asla yapamaz, onun yerine geçerek vicdani kanı oluşturamaz. Çünkü, vicdani kanı, yüzü kızarmayan, kekelemeyen, terlemeyen duruşma tutanaklarıyla bir yargıçtan öbürüne ciro edilemez. Bu kural kesindir. Şili'de de böyledir, Almanya'da da, İtalya'da da, Togo'da da, Irak'ta da.

Sakın ola ki, "Ya bizde?" diye sormayın. Çünkü, böyle bir kural bizde hiç uygulanmaz. Bu yüzden de yargılamanın en önemli aşaması, yani duruşma işlevini yitirmiş, gereksizleşmiştir.

Demek, AİHM doğru bir değerlendirme yapmış, konuyla iç içe yaşayan ve değerlendirmeyi daha iyi yapabilecek olan Türk ulusal yargısının takdirine saygı göstermiştir. Ancak, aslında yeni bir şey söylememiş, sadece küresel bir usul hukuku kuralına uymuştur. O kadar.

Dahası, AYM, D, AİHM zaten yasak getiremezler. Sadece getirilen bir kuralın hukuka uygun olup olmadığını belirlerler.

Demek, kararlara göre de bir yasak yok.

Peki ne var?

Sadece yanlış bir algılama var. Zira yalnızca yasağa karşı yapılan başvuruların reddini yasak sanma ve buna göre uygulamalar yapma söz konusu.

**b-Yanlış uygulama: Bir başka küresel kural şudur: Mahkemelerin kararlarının gerekçeleri asla bağlayıcı değildir. Sadece hüküm fıkraları bağlayıcıdır.**

Kimi zaman bir kararın gerekçesi olmayabilir. Sözelimi, jürili mahkeme kararlarının gerekçesi yoktur. Çünkü halk adına karar verilir. Halk halkı denetleyemez. Peki o zaman ne yapacaksınız? Zoraki bir gerekçe mi yaratacaksınız?

Ayrıca, gerekçede birden çok nedence ya da çelişik nedenceler bulunabilir. Hangisi bağlayıcı olacaktır?

Bundan başka, gerekçenin bağlayıcı olması, bir yargıcın bir başka yargıca karşı bağımsızlığı ilkesini örseler.

Bu yüzden, kesinleşen bir hükmün gerekçesi, herkes ve bir başka yargıç için, sadece bir görüş niteliğindedir. Değerlendirilir, ama kimseyi bağlamaz.

Bir de tersini düşünelim. Eğer mahkemelerin gerekçeleri bağlayıcı olsaydı, herkesin işini gücünü bırakıp mahkeme kararlarının gerekçesini öğrenmesi gerekirdi. Bu ise, işin doğasına aykırı olurdu.

Son olarak şu da unutulmamalı. Çoğu kez özellikle bizde gerekçeler öylesine dağınık oluyorlar ki, kimi zaman, örneğimizde görüldüğü üzere, gerekçeyle yasaklar bile getirilebiliyor. Hukukta, 'Yasaları bilmemek özür sayılmaz' diye kurallar vardır. Günümüzde bu kararlar bile katılıklarını yitirdiler. Ama bizde, sanki uygulama bir kural daha getirmiş gibidir: "Mahkeme kararlarının gerekçesini bilmemek özür sayılmaz" (!?)

Hukuk dünyasında böyle bir görüşe yer verilemez.

Bütün bu nedenlerle AYM'nin kendi kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olduğuna ilişkin görüşü (27.5.1999, 58/19), bilimsel temelden yoksun bir fanteziden ibarettir. Dahası, bilimin çözeceği alana girdiğinden, yetki aşımıyla sakattır.

Birileri şöyle düşünebilir: "İyi ki, bu gerekçenin bağlayıcılığı görüşü gerekçede yer almış. Bu yüzden sadece bir görüştür. Ya bir de kararın hüküm fıkrasında yer alsaydı ne olacaktı?"

Dertlenmeyin. Hüküm fıkrasında yer alamazdı. Çünkü özü buna yatkın değildi.

Demek ki, buradaki yanlış da şu oluyor: Gerekçelerin bağlamazlığı ilkesi gözardı ediliyor. Bu hukuksal yanlış da ortaya 'kurmaca/kuruntu yasak' çıkarıyor. Tıpkı, 'kurmaca/kuruntu suç' gibi.

**Sonuç:** Özetle, Türkiye, yıllardır bir 'sanal yasak' üzerinde tartışıyor ve enerjisini boşuna tüketiyor.

**B-Hukuksal düzenleme:**

**1-Anayasal düzenleme:**

Bu eylemli yasağı, anayasal bir düzenlemeyle aşmak, bana anayasa kavramıyla bağdaşmaz görünüyor.

İlle de anayasal bir düzenleme yapılacaksa, şöyle düşünüyorum: Düşünce ve inancın, söz, yazı, resim, karikatür, müzik, kullanılan dil ve para, taşınan simge, giyilen giysi gibi araçlarla da dış dünyaya yansıtılabileceği açıktır. Kanada Yüksek Mahkemesi'nin yerleşik kararları bu doğrultudadır.

Öyleyse Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinin yanı sıra 26. maddesinin de yukarıdaki biçimde kapsamlı olarak düzenlenmesinde yarar vardır.

Yeter ki, düzenleme, devletin dinler/inançlar/görüşler karşısında laik/yansız duruşunu örselemesin. Bu takdirde kaygı duyulmasına da gerek kalmaz.

## **2-Yasal düzenleme:**

Yapılmakta olan düzenlemeye gelince, YÖKY'nin 17. maddesine eklenen tanım iki açıdan yanlıştır:

**a-Özgürlüğü sınırlayıcıdır:** Çünkü, başlarını tanıma göre örtmeyenler, üniversiteye giremeyeceklerdir.

**b-İptal olasılığı çoktur:** Çünkü, bu durumuyla AYM'nin 1989 tarihli kararının gerekçesiyle çatışma ve iptal edilme olasılığı yüksektir. Unutmayalım, hukukta yerleşiklik adına, yargı organları eski görüşlerinden kolayca vazgeçmezler.

**c-Halkoyuna sunma yanlıştır:** Çünkü, hakları ve özgürlükleri insanlara başkaları/halk/çoğunluk sunmaz. Onlar insanın insan olarak özünde vardırırlar. Bu yüzden hakların/özgürlüklerin kullanılmalrı başkalarının/halkın, çoğunluğun iznine bağlanamaz; bu konuda halkoyuna başvurulamaz. Türkiye, 1987'de yaşanan gülünçlüğü/çarpıklığı bir daha yaşamamalıdır.

## **III-Çözüm:**

Bir yasak bulunmadığına göre, yukarıdaki hukuksal görüşler doğrultusunda üniversiteler uygulamalarını gözden geçirmelidirler.

Girişim gücü, YÖK'ün elindedir.

**Prof. Dr. Sami Selçuk: Onursal Yargıtay Başkanı, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi**