

# BAŞÖRTÜSÜNÜ KARŞIOY ÜZERİNDEN TARTIŞMAK: SORUNUN ÇÖZÜMÜ İÇİN YENİ BİR AÇILIM OLANAĞI

\*\*\*

**Ertuğrul Cenk Gürca**\*

(A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi / İnsan Hakları Merkezi)

## Özet

Bilindiği gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Büyük Dairesi, 10 Kasım 2005 tarihinde, üniversitede başörtüsü takamamasının bir insan hakkı ihlali oluşturduğunu savlayan "Leyla Şahin" in başvurusuna ilişkin kararını açıklamıştır. Karar Büyük Daire tarafından verildiğinden ve dolayısıyla içtihat oluşturabilecek bir niteliğe sahip görüldüğünden kamuoyunda ve bazı hukuk çevrelerinde üniversitelerde başörtüsü yasağına ilişkin sorunun artık çözüldüğü ve bundan böyle bu konuda bir insan hakkı ihlali savının söz konusu edilemeyeceği şeklinde yorumlanmıştır. Bununla birlikte, karara yazılan karşıoy kamuoyunun ve hukuk çevrelerinin büyük bir bölümünün gözünden kaçmış ve neredeyse hiçkimse söz konusu karşıoyun üniversitelerdeki başörtüsü sorunun tartışılmasına yeni bir boyut getirebileceği ve dolayısıyla da sorunun çözümünde yeni bir açılım olanağı sağlayabileceği üzerine düşünmemiş, tartışmamıştır. İşte bu bildiri de, söz konusu karşıoy temel alınarak başörtüsü yasağının insan hakları hukuku karşısındaki durumu yeniden değerlendirilecek ve karşıoyda yer alan argümanların kararın kendisinde yer alan argümanlara göre çok daha fazla savunulabilir ve dolayısıyla sorunun çözümüne katkı sağlayabilir olduğu kanıtlanmaya çalışılacaktır.

Gerçekten, Mahkeme'nin önceden de çeşitli konulardaki içtihatlarını değiştirdiği ve geliştirdiği düşünüldüğünde böyle bir içtihat yöneliminin mümkün olduğu ve meselenin artık "bitmiş" bir mesele olarak görülemeyeceği savunulacak; bu sav, Mahkeme'nin kendi kararları üzerinden de temellendirilecektir.

(İlgili kararın karşıoyunda yer alan argümanların bu özette sayılıp dökülmesi ve tartışılmasına gerek yoktur; karşıoydaki argümanlar ve bildiri de ortaya konulacak görüşler zaten nihai metinde yer alacaktır).

Kanımcı, söz konusu karşıoyun mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir ve konunun bu karşıoy üzerinden tartışılması ve kamuoyunun ve insan haklarında etkinlik gösteren hukuk çevrelerinin dikkatinin bu yöne çekilmesi son derece yararlı olacaktır.

Sempozyumun böyle bir olanak verebileceğini ve bu anlamda son derece önemli bir tartışmayı başlatabileceğini düşünmekteyim.

## **DISCUSSING THE ISLAMIC HEADSCARF THROUGH THE DISSENTING OPINION: A POSSIBILITY FOR THE SETTLEMENT OF THE MATTER**

\*\*\*

**Ertuğrul Cenk Gürcañ\***

**Ankara University, Human Rights Center, Turkey**

In a judgment of 10 November 2005, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights gave its final verdict about the ban on wearing the Islamic headscarf in institutions of higher education in Turkey (case of Leyla Şahin v. Turkey). As given by the Grand Chamber of the Court, this judgement has been interpreted by some jurists as a final answer to the argument that “the ban constituted an unjustified interference with the right to freedom of religion, in particular, the right to manifest one’s religion” and it was claimed that the problem had been solved. On the other hand, in these debates, the dissenting opinion of the judgment was generally overlooked and nobody mentioned or even considered that the arguments in the dissenting opinion could help to settle the matter. In this session of the symposium, the ban on wearing the Islamic headscarf in institutions of higher education in Turkey will be discussed in the light of the aforementioned dissenting opinion and it will be assumed that, having regard to the case law of the Court and in the way of finding a solution to the problem, the arguments of the dissenting opinion are much more defensible than the arguments of the judgment itself.

## BAŞÖRTÜSÜNÜ KARŞIOY ÜZERİNDEN TARTIŞMAK: SORUNUN ÇÖZÜMÜ İÇİN YENİ BİR AÇILIM OLANAĞI

### Giriş

Bilindiği gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Büyük Dairesi<sup>1</sup>, 10 Kasım 2005 tarihinde, üniversitede başörtüsü takamamasının bir insan hakkı ihlali oluşturduğunu savlayan “Leyla Şahin”in başvurusuna ilişkin kararını açıklamıştır. Karar Büyük Daire tarafından verildiğinden ve dolayısıyla içtihat oluşturabilecek bir niteliğe sahip görüldüğünden kamuoyunda ve bazı hukuk çevrelerinde üniversitelerde başörtüsü yasağına ilişkin sorunun artık çözüldüğü ve bundan böyle bu konuda bir insan hakkı ihlali savının söz konusu edilemeyeceği şeklinde yorumlanmıştır. Bununla birlikte, karara yazılan karşıoy<sup>2</sup> kamuoyunun ve hukuk çevrelerinin büyük bir bölümünün gözünden kaçmış ve neredeyse hiçkimse söz konusu karşıoyun üniversitelerdeki başörtüsü sorunun tartışılmasına yeni bir boyut getirebileceği ve dolayısıyla da sorunun çözümünde yeni bir açılım olanağı sağlayabileceği üzerine düşünmemiş, tartışmamıştır. İşte bu makalede, söz konusu karşıoy temel alınarak başörtüsü yasağının insan hakları hukuku karşısındaki durumu yeniden değerlendirilecek ve karşıoyda yer alan argümanların kararın kendisinde yer alan argümanlara göre daha savunulabilir ve dolayısıyla sorunun çözümüne katkı sağlayabilir olduğu kanıtlanmaya çalışılacaktır.

Makalede ilgili kararın karşıoyunda savunulan tezler ortaya konulacak ve mesele sadece karşıoyda yer alan argümanlar çerçevesinde tartışılacaktır. Diğer bir deyişle, Büyük Daire kararının kendisinde yer alan argümanlara ancak gerek görüldüğünde ve yeri geldikçe değinilecektir; zira karardaki argümanlar kararın açıklanmasından sonra kamuoyunda ve akademik camiada yeteri kadar işlendiğinden bunların burada tekrar analiz edilmesine gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla, söz konusu argümanlara, karşıoyda yer alan argümanların daha iyi anlaşılmasına katkıda buldukları kadarıyla değinilecektir.

Makalede kullanılan “başörtüsü”, “din özgürlüğü”, “dinini dışa vurma özgürlüğü” gibi kavramların burada ayrıca tanımlanmasına gerek bulunmamaktadır. Bu kavramlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilgili kararında onlara verilen anlamlar çerçevesinde düşünülecektir.

Makalede yapılacak değerlendirmelere temel oluşturacak birincil kaynak, Büyük Daire'nin ilgili kararı, karara yazılan karşıoy ve Mahkeme'nin kendi içtihadıdır. Makalede, yeri geldikçe, bilimsel çalışmalarda konuyla ilgili olarak yapılan değerlendirmelere de göndermede bulunulacaktır.

Makalede ortaya konulacak karşıoyun tartışılmasında karşıoyun kendi sistematığı izlenecektir. Buna göre, konu “din özgürlüğü açısından” ve “eğitim hakkı açısından” olmak üzere iki başlık altında incelenecektir. Sonuç bölümünde ise karşıoydaki argümanlar temel alınarak genel bir değerlendirme yapılacaktır.

### Başörtüsü Yasağını Yeniden Tartışmak

Yukarıda belirtildiği gibi, kamuoyundaki bazı çevreler tarafından, Büyük Daire'nin Leyla Şahin kararının Türkiye'deki üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağının insan hakları hukuku karşısındaki durumunu açıkça ortaya koyduğu savlanmış ve karar sorunun artık çözüldüğü şeklinde yorumlanmıştır. Oysa, yasak üniversitelerde hâlâ sürdüğü gibi, Mahkeme kararının “oybirliği” ile alınmamış olması Mahkeme'nin kendi içinde bile farklı değerlendirmelerin yapılabileceğini göstermektedir.

Gerçekten, biraz daha yakından bakıldığında, yargıç Tulkens'in karşıoyunda yer alan argümanlar kararın kendisinde yer alan argümanlara göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi karşısında ve Mahkeme'nin Sözleşme'yi yorumlayan içtihadı bakımından daha savunulabilir gözükmektedir. Tulkens'in üniversitedeki başörtüsü yasağının Avrupa İnsan Hakları

<sup>1</sup> Bundan sonra kullanılacak “Mahkeme” deyişi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne, “Büyük Daire” deyişi ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Büyük Dairesi'ne atıf yapmaktadır.

<sup>2</sup> Bundan sonra kullanılacak “karşıoy” deyişi belirtilen kararın karşıoyuna atıf yapmaktadır.

Sözleşmesi'nin ilgili maddelerinde öngörölmüş sınırlamalarla temellendirilemediği ve dolayısıyla yasağın Sözleşme'ye aykırı düştüğü yolundaki argümanlarının değerlendirilmesinde karşıoydaki sistematik yaklaşım benimsenecek; karşıoyda yer alan argümanlar numaralandırılmış paragraflar çerçevesinde ortaya konulacaktır.<sup>3</sup>

## Din Özgürlüğü Açısından

1. Hemen belirtmek gerekir ki, Tulkens karşıoyunun ilk paragrafında din özgürlüğünün sadece dini bir inanca sahip olanlar için değil ama aynı zamanda herhangi bir dini inanca sahip olmayanlar için de “değerli bir varlık” (“precious asset”) olduğunu kabul etmiş; ancak dinini dışa vurma özgürlüğünün belli sınırlarının bulunduğu katıldığını da vurgulamıştır. Bununla birlikte, Tulkens'a göre ulusal otoritelerin bu konudaki rolü çoğulculuğu yok ederek inanç farklılıklarının arasındaki tansiyonun nedenlerini ortadan kaldırmak değil farklı grupların birbirlerini tolere etmelerini sağlamaktır.<sup>4</sup>

Dolayısıyla, karşıoydaki yaklaşım esas alındığında, konuyla ilgili bir değerlendirme yapılırken sadece sınırlamanın “mümkün olduğu” varsayımından yola çıkmanın “mümkün olmadığı”ni kabul etmek; ulusal otoritelerin sınırlamada aldıkları tutumun “dinini dışa vurma özgürlüğü” karşısındaki durumunu tartışırken “bastırıcı” bir güdüyü değil “çoğullaştırıcı” ve dolayısıyla “koruyucu” bir güdüyü temel almak gerekmektedir. Bu bağlamda, Türkiye'deki üniversitelerde başörtüsü takılmasının yasaklanmasının insan hakları hukuku karşısındaki durumunu saptarken bu sınırlamanın çoğulculuğu koruyup korumadığına bakılmalı; sorunun insan hakları hukukuna uygun bir şekilde çözümünde benimsenecek yöntemde bu ön kabul temel alınmalıdır.

2. Tulkens'e göre Sözleşme'de korunan bu hakka bir müdahale varsa, bu müdahale yasalsa ve meşru bir amaç (örn. kamu düzeninin korunması) güdüyor ise (ki mevuct davada öyledir)<sup>5</sup> bakılması gereken bunun demokratik bir toplumda “gerekli” olup olmadığıdır.<sup>6</sup> Bu bağlamda araştırılması gereken ise: a) Meşru amaç güden müdahalenin (sınırlamanın) uygun olup olmadığı; b) Sınırlamada tutulan yolun, hakkı en az sınırlandırıcı yol olup olmadığı; c) Önlemin orantılı olup olmadığı, yani karşılıklı çıkar orantısının korunup korunmadığı'dır. Tulkens'a göre burada dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta Mahkeme'nin rolünün evrensel ile çoğulcu olanı uzlaştırmak olduğu; belli bir dini model üzerinde fikir belirtmenin ise Mahkeme'nin yetkisi içine girmediğidir.

Demek ki, bu konudaki bir sınırlamanın Sözleşme'ye uygun düşmesi için sınırlamanın “en az zarar verici” niteliğe sahip olması ve her halde orantının korunması aranmalıdır. Bunu yaparken Mahkeme'nin –ve dolayısıyla ulusal otoritenin– rolünün sınırlamayı bu esaslar çerçevesinde yapmakla “sınırlı olduğu” unutulmamalı ve sınırlama yapılırken belli bir dini model hakkında herhangi bir tavır alınmamalıdır.

<sup>3</sup> Dolayısıyla, makalenin izleyen paragraflarının başlarındaki numaralar karşıoydaki paragraf numaralarına karşılık gelmektedir. Böylece, ilgili paragrafta yapılan değerlendirmelerin karşıoyun hangi paragrafında yer aldığını her paragrafın sonunda belirtmeye gerek kalmamaktadır.

<sup>4</sup> Örneğin bkz. Mahkeme'nin (Ouranio Toxo and Others v. Greece, 20 Ekim 2005 tarihli kararı, par. 40).

<sup>5</sup> Yasağın Türk hukuk sisteminde benimsenen “yasa” kavramına uygunluk taşıyan bir düzenlemeyle öngörölmediği hakkında sağlam bir tartışma için (Altıparmak / Karahanoğulları, : ). Yasağın Türk hukuk sistemi bakımından herhangi bir hukuksal dayanağının bulunmadığı hakkında ayrıca (Yayla, 2004: 148, 149).

<sup>6</sup> Kaldı ki, Türkiye'de yasağın herhangi bir yasaya değil, Anayasa Mahkemesi'nin bir “yorumlu ret” kararına dayandırılmış olması da ayrıca tartışılmaya değerdir. Mahkeme'nin kararının yanısıra karşıoyda da gözden kaçmış bu nokta son derece önemlidir: “(...) anayasa hukuku hakkında biraz bilgisi olanlar, Anayasa Mahkemesi'nin yeni bir hüküm tesis edemeyeceğini, sadece kanunların iptali yolundaki talepleri kabul etme veya reddetme yetkisinin bulunduğunu bilir. O yüzden, Anayasa Mahkemesi'nin Mart 1989 tarihli başörtüsü kararında temel bulmak hukuken imkansızdır. Tersini söylemek, yasama yetkisinin halk tarafından seçilen meclise değil, (...) yargı bürokrasisine ait olduğunu ileri sürmekle eş anlamlıdır. (...) Nitekim (...) başörtüsü takanlarla ilgili işlemler, hep, hukuki değil idari şlemler olagelmiştir. Başörtüsü kullananlar hukuki bir takibata maruz bırakılmamış, idari müeyyidelerle, sözüm ona cezalandırılmıştır. Bu dahi, hukuk sistemimizde başörtüsü yasağına bir temel bulunmadığının ispatıdır” (Yayla, 2004: 148).

3. Karşıyda bu varsayımlar ortaya konulduktan sonra karardaki yaklaşımın ele alınarak eleştirilmesine geçilmektedir. Tulkens'a göre Mahkeme sınırlamanın Sözleşme'ye aykırı olmadığını kabul ederken "takdir hakkı" doktrinine dayanmıştır. Ancak buna şu nedenlerle katılmak mümkün değildir:

a) Sözleşme'ye taraf devletlerin hukuk düzenlerine bakıldığında üniversitede başörtüsü takılmasına ilişkin olarak Avrupa çapında çok farklı uygulamalar bulunduğu savlanamaz. Bu ise konuyla ilgili olarak bir Avrupa konsensüsünün bulunmadığı argümanını dayanaksız bırakmaktadır; zira, Türkiye dışındaki hiçbir Avrupa ülkesinde, belli bir erişkinlik seviyesine ulaşmış öğrencilerin düşünel etkileneleme daha kapalı oldukları üniversite düzeyinde böyle bir uygulamayla karşılaşılmmaktadır.<sup>7</sup> Dolayısıyla, karşıyda, bu konudaki ulusal otoritelerin mutlak bir takdir yetkisine sahip olamayacağıının savunulduğu dikkati çekmektedir.

b) İkinci olarak, sınırlamanın Sözleşme'ye uygunluğunu değerlendirirken bu konuda genel bir Avrupa gözetiminin ("supervision") gerekli olduğunu ve bu gözetimin ulusal takdir hakkı doktriniyle el ele gittiğini unutmamak gerekir. Mahkeme kararında ise sadece Türkiye'deki tarihsel ortama değinilmekte; konuyla ilgili gerekli olan bir Avrupa gözetimine ise hiç ağırlık verilmemektedir. Oysa, karşıyda da vurgulandığı gibi, Sözleşme'nin koruduğu din özgürlüğü bakımından önem taşıyan başvurunun konusu tamamen "yerel" bir mesele değildir; dolayısıyla, bu konudaki Avrupa gözetimi, ulusal takdir hakkı kuramına başvurularak bütünüyle dışlanamaz.<sup>8</sup>

4. Mahkeme kararında başörtüsü yasağının dayandırıldığı temellere bakıldığında, bunların, üstelik genel ve soyut ifadelerle, ulusal otoritelerin ve mahkemelerin iki argümanından, laiklik ve eşitlikten ibaret olduğu dikkati çekmektedir. Tulkens söz konusu ilkelere bağlılığını belirtmekle birlikte, başörtüsü yasağı bakımından bunların karardaki uygulanma ve yorumlanma şekillerine katılmadığını belirtmektedir; zira, demokratik bir toplumda, "sekülerizm"<sup>9</sup>, eşitlik ve özgürlük" kavramlarının birine diğeri karşısında ağırlık verilmesi değil, bunların uyumlulaştırılması ("harmonise") gerekmektedir.

5. Yine karşıyda, sekülerizmin önemininin dışlanmaması gerektiği belirtilmekle birlikte, din özgürlüğünün de demokratik bir toplumda kurucu bir ilke olduğu vurgulanmaktadır. Dolayısıyla, karşıyda göre, Mahkeme'nin sekülerizmin önemini vurgulaması, onu, başörtüsü yasağının "gerekli" olduğunu kanıtlaması yükümlülüğünden kurtarmaz; bu ise, sınırlamanın "baskılayan bir sosyal ihtiyaca" ("pressing social need") karşılık gelmesini gerektirmektedir.

Karşıyda da vurgulandığı gibi, bu tür bir ihtiyacın temellendirilmesinde ise sadece meşruluğu tartışmasız olgular ve gerçeklere dayanılabilir; bunun anlamı, sınırlamanın "baskılayan bir sosyal ihtiyaca" karşılık geldiği kabulünün "yalnızca kaygılara ya da korkulara" ("mere worries or fears") dayanılarak temellendirilemeyeceğidir. Üstelik, Mahkeme'nin kendi içtihadının da gösterdiği gibi<sup>10</sup>, temel bir hakkın sınırlanması söz konusu olduğunda sadece sözler değil, ama somut örneklerle desteklenmiş savlara dayanılması gerekir; oysa, Tulkens'e göre, önümüzdeki davada bu tür örnekler ortaya konulmamıştır.

6-7. Yine Tulkens'e göre önümüzdeki davada söz konusu olan özgürlük dinin içsel boyutuna değil; bu dinin dışa vurumuna ilişkindir. Mahkeme'nin birinciyle ilgili fazlasıyla koruyucu bir içtihadı bulunsa da, ikinci konuda pek bir kararı bulunmadığına dikkat çeken Tulkens<sup>11</sup>,

<sup>7</sup> "Fransa dahil, hiçbir AB ülkesinde üniversitelerde başörtüsü yasağı bulunmamaktadır. AB'deki bu serbestlik Türkiye'deki yasağın AB standartları açısından da yanlış olduğuna bir delil teşkil etmektedir. Kaldı ki, insan hakları felsefesinden haberdar biri için, bir insan hakkının kullanılmasının tezahürlerinin mahkeme kararlarıyla geçersizleştirilmesi düşünülemez" (Yayla, 2004: 153).

<sup>8</sup> Mahkeme'nin konuyla ilgili olarak "ulusal takdir hakkı" doktrinine başvurmasını eleştiren kapsamlı bir makale için (Brown, 2004: 87vd).

<sup>9</sup> Karşıyda, genellikle, laiklik yerine "sekülerizm" ifadesi kullanıldığı görülmektedir. Mahkeme'nin bu iki kavramı aynı anlamda kullandığına dikka çeken bir diğere değerlendirme için (Brown, 2004: 91/dn.16).

<sup>10</sup> Smith and Grady v. the United Kingdom, 27 Eylül 1999, par. 89.

<sup>11</sup> Karşıyda bu noktaya dikkat çekilmesi önemlidir; zira bu, Mahkeme'nin konuyla ilgili içtihadının henüz olgunlaşmadığının önemli bir kanıtı olarak değerlendirilebilir.

Mahkeme'nin, kararında, sekülerizmin karşısında yer alan bir davranışın din özgürlüğünce korunmayacağını vurguladığını ve başörtüsünü de bu kategoriye soktuğunu hatırlattıktan sonra Mahkeme'nin, bu yaklaşımıyla, çok tartışmalı bir mesele olan başörtüsü takmanın anlamı ve bunun sekülerizm ilkesi karşısındaki durumu konusunda bir sonuca vararak pozisyon aldığını belirtmektedir. Tulkens'e göre mevcut durumda böyle bir genelleştirme yapmak en azından üç nedenden ötürü sorunludur:

a) Mahkeme'nin bu kabülü, başvuruçunun kendisinin sekülerizmle ilgili bir sorunu olmadığı ve başörtüsünü de bunun için takmadığı savını yanıtlamamaktadır.

b) Mevcut davada, başvuruçunun davranışlarıyla ya da tutumuyla bu ilkeye aykırı bir tutum içine girdiğine dair hiçbir kanıt yoktur. Oysa Tulkens'in da altını çizdiği gibi, Mahkeme'nin önceki kararlarında konuyla ilgili bir değerlendirme yaparken bu testi uyguladığı dikkati çekmektedir.<sup>12</sup>

c) Nihayet, karar, kamu görevlisi (öğretmen) ile öğrenci arasında bir ayırım yapmamaktadır.<sup>13</sup> Oysa bilindiği gibi Mahkeme'nin, önceki kararlarında, konuyla ilgili bir değerlendirme yaparken, (rol modeli olmanın etkisini temel alan) bu ayırımı dikkate aldığı görülmektedir.<sup>14</sup>

8. Tulkens'e göre dinini dışa vurma özgürlüğü herkese kolektif ya da bireysel olarak, kamusal alanda ya da özel alanda bu hakkın tanınmasını gerektirir ve bu özgürlüğün kullanılması iki şartla bağlanabilir: a) Başkalarına zarar verilmemesi, b) Kamu düzenine zarar verilmemesi. Tulkens'a göre birinci şart, dışa vurma gösterişli ya da saldırganca değil ise ya da baskı uygulamak, bir reaksiyonu provoke etmek, propaganda yapmak, başkalarının inançlarını küçümsemek karakterine sahip değilse karşılanmıştır. Ancak mevcut davada taraf devlet bunun böyle olmadığını gösterecek bir argüman ortaya koymadığı gibi, dosyada bu yönde bir kanıt da bulunmamaktadır. İkinci şarta gelince, yine mevcut davada bu yönde (başörtüsü takmanın sonucunda üniversitede verilen eğitimde ya da üniversitedeki günlük yaşamda kamu düzeninin bozulduğu yönünde) bir sav bulunmadığı gibi, buna ilişkin herhangi bir kanıt da yoktur; şu kadar ki, başörtüsü takan başvuruçunun bu nedenle bir disiplin cezası bile almamıştır.

9. Tulkens, Mahkeme'nin kararına katılan çoğunluğun konuyla ilgili bir değerlendirme yapılırken başörtüsünün Türkiye'deki bağlamının hesaba katılması ve başörtüsü takmanın takmayanlar üzerindeki baskıcı etkisinin göz ardı edilmemesi gerektiğini vurguladığını hatırlattıktan sonra, hakkın sınırlanması bağlama indirgenmedikçe, sembol olarak görülen başörtüsünün diğerleri üzerindeki olası etkisinin, Mahkeme'nin içtihadı ışığında, "baskılayan toplumsal ihtiyaç" gerekliliğini karşılamadığını savlamıştır.<sup>15</sup> Bu bağlamda Tulkens,

---

<sup>12</sup> Kokkinakis v. Greece, 25 Mayıs 1993; United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, 30 Ocak 1998 tarihli kararlar.

<sup>13</sup> Böyle bir ayırım yapılmasının gereksizliği ve çok istisnai durumlar dışında yasağın kamu görevlileri için uygulanmasının da insan hakları hukukuna uygunluk taşımadığı hakkında (Yayla, 2004: 149).

<sup>14</sup> Dahlab v. Switzerland, 15 Şubat 2001 tarihli karar.

<sup>15</sup> "Unutmayalım ki, başörtüsü takmanın bir değer yansıtıcısı olması gibi takmamak da; başörtüsü kullanma hakkını savunmak kadar ona karşı çıkmak da bir değer yansıtıcısıdır. Başörtüsü takanların bunu propaganda amacıyla yaptıkları iddiası da, doğru bile olsa, yasağı meşrulaştıramaz. O zaman, herkesin kılık kıyafetiyle, tarzıyla, propaganda yaptığı iddia edilebilir (...) Baskı kurmanın en önemli şartı fiziki zor kullanmadır. Bu tür bir davranış suçtur ve böyle bir suç ortaya çıktığında olay zaten başörtüsünü çoktan aşmış ve mesela darba, fiziki saldırıya dönüşmüştür. Denebilir ki baskı psikolojik olarak da kurulabilir. Psikolojik baskı, yalıtılmış bir ortamda, hürriyet engellenerek ve kişinin rızası hilafına yapılıyorsa, bu da bir suçtur. (...) Hayatın doğal akışı içinde kişiler başkalarının kılık, kıyafet ve icraatlarından bir şekilde etkileniyorsa, bu psikolojik baskı değildir. Bir kadın kendisinden daha güzel bir kadın görünce kıskanıyorsa, kimilerinin kıyafetleri kimilerini imrendiriyor veya tiksindiriyorsa, iyi akademisyenler kötü akademisyenleri tartışmalarda mat ediyorsa (...) bunların önlenmesi gereken veya önlenebilecek psikolojik baskılar yarattığını iddia etmek gülünçtür. Bu tür sözüm ona baskıları önlemek için, insani hayatı sona erdirmek gerekir. (...) Bırakın toplumsal grupları, bireyler bile çoğu zaman kendi bünyelerinde zengin bir çeşitliliği yansıtır. (...) Nesimi'nin "Haydar Haydar"ını ve Queen'in bir parçasını aynı anda ezberleyebilirim. Her insan aynı durumdadır. Çeşitliliği baskıcılık sananlar, bireysel ilgi ve kimliklerin çeşitliliğinin bireylerin kendi kendilerini baskı altına almaları sonucunu yarattığını ileri sürmeye benzer bir şey yapmaktadırlar." (Yayla, 2004: 151, 152). Hatta Yayla daha da ileri gitmektedir:

Mahkeme'nin, ifade özgürlüğü konusunda, başkalarının söz konusu ifadelerle katılmamasının, hatta bunlardan incinebilmesinin bile sınırlamayı meşru kılabileceğini hiçbir zaman kabul etmediğini anımsatmıştır.<sup>16</sup> Buna göre, (Gündüz v. Turkey) kararında, dini nikahı olmayanların çocuklarını gayrimeşru olarak niteleyen ve seküler rejimi sert bir şekilde eleştiren birisinin ifade hürriyetinin sınırlanması bile Sözleşme'ye aykırı bulunmamış iken barışçıl bir şekilde başörtüsü takmanın yasaklanması ("prohibit") Sözleşme'ye aykırı bulunmamıştır. Tulkens'a göre iki karar arasındaki bağdaşmazlık açıktır.

Karşıyda Mahkeme'nin bu iki kararının bağdaşmazlığının gözler önüne serilmesini önemsemek gerekmele birlikte, burada daha fazla dikkat çeken nokta, karşıyün üniversitede başörtüsü takmanın mümkün olmaması meselesine bakış açısıdır. Buna göre, karşıyda da dayanılarak, Mahkeme'nin karardaki yaklaşımının "sınırlama" anlayışına değil "yasakçı" bir anlayışa dayandığı savunulabilir; bir insan hakkının kullanılmasında "sınırlama" ile "yasaklama" arasındaki farkı göz ardı etmemek gerekir. Gerçekten, Sözleşme'ye göre bir hakkın "sınırlanması" elbette mümkündür; ancak bunun kabul edilebilir olması için müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" bir niteliğe sahip olması, yani hakkın kullanımının bütünüyle engellenmemesinin temel alınması gerekmektedir. Bu ise, müdahalede belli şartların aranmasını zorunlu kılar. Oysa meşru bir nedene, hatta somut herhangi bir nedene bile dayandırılması zorunlu olmayan "yasaklama" bütünüyle farklı bir anlayışa dayanmakta; insan haklarının korunması ve geliştirilmesinden çok ulusal otoritelerin takdir yetkisini temel almakta, dahası, bu yetkiye de mutlak bir nitelik vermektedir.

10. Tulkens, Mahkeme'nin kararını radikal İslamcılığın önlenmesi argümanına da dayandırdığını anımsattıktan sonra, bu meşru bir amaç olsa da, sadece başörtüsü takmanın köktencilikle ilişkilendirilemeyeceğini; başörtüsü takan bütün herkesin köktenci olmadığını ve başvurunun böyle olduğunu savlamayı temellendirecek hiçbir şeyin bulunmadığını belirtmektedir. Dahası, Tulkens'e göre, başvuru erişkin bir üniversite öğrencisidir; kendi görüşünü oluştururken baskılara direnmesi mantıklı olarak beklenebilir; kaldı ki, Mahkeme, bu tür bir baskının varlığına ilişkin olarak bir örnek de ortaya koymamıştır. Dolayısıyla, başvurunun din ve bu dini dışavurma özgürlüğü köktencilikle savaşındaki kamu çıkarına bütünüyle feda edilemez; oysa, Tulkens'a göre, Mahkeme kararında bu noktayı göz ardı etmiştir.

11. Eşitlik meselesine gelince, karşıyda çoğunluğun kadınların korunmasına ve cinslerarası eşitlik ilkesine vurgu yaptığı; başörtüsü takmanın kadının yabancılaşması olduğunun varsayıldığı; başörtüsü yasağının cinslerarası eşitliği sağlayıcı bir önlem olarak değerlendirildiği anımsatıldıktan sonra, Mahkeme'nin kararının cinslerarası eşitlik ile başörtüsü arasındaki bağlantının ne olduğunu ortaya koymadığına dikkat çekilmiştir. Gerçekten, "başörtüsü takmanın anlamı nedir?" sorusunu soran Tulkens, örneğin Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin başörtüsü takmanın tek bir anlamı olmadığını; birçok nedenlerden ötürü bu tür bir tercihte bulunulduğunu kabul ettiğini hatırlatmıştır. Başörtüsü takmanın kadınların erkekler karşısında baskı altına alınmasının değil, özgürleşmesinin de bir aracı olduğunu savlayanların da bulunduğunu belirten Tulkens, burada eksik olan şeyin başörtüsü takanların ve takmayanların bizzat kendi görüşleri olduğuna vurgu yapmaktadır.

12. Tulkens'a göre tam da bu noktada, Mahkeme'nin kararının en tartışmalı yerine gelmiş bulunuyoruz. Mahkeme'ye göre başörtüsü "güçlü bir dışsal semboldür" ve "cinslerarası eşitliğin yanısıra hoşgörü ve çoğulculuk ile bağdaşmayan bir dinsel emir olarak" bir baskı unsurudur. Oysa Tulkens'e göre Mahkeme'nin işi, ne bir din ya da dinsel bir pratik hakkında tek taraflı ve negatif bir nitelik taşıyan bu türden bir değerlendirme yapmak ne de başörtüsü takmanın

---

"Keza, başörtüsünü siyasi bir simge olarak kullanmanın, hatta bir ideolojinin bayrağı gibi dalgalandırmanın da bir mahzuru yoktur. Herkesin sembolü kendisine aittir ve siyasi sembol kullanmak ifade özgürlüğünün bir parçasıdır. Başörtülülerin değerleri olduğu gibi başörtülerin de değerleri vardır. İdare cihazının elemanları, bir grup vatandaşı, onların taşıdıkları değerler kendilerine ters olduğu için aşağı göremez ve haklarını elinden alamaz. (...) Öğrencilerin hiçbir şekilde tarafsız olma gibi bir mecburiyeti yoktur. Onlar, kamu hizmeti veren değil, kamu hizmetinden yararlandırıdır. " (Yayla, 2004: 151).

<sup>16</sup> Örneğin (Gündüz v. Turkey, 4 Aralık 2003 tarihli karar).

anlamını genel ve soyut bir şekilde saptamak ya da bu konudaki görüşünü başvuruca dayatmak değildir; erişkin bir üniversite öğrencisi olan başvuru başörtüsünü kendi özgür isteğiyle taktığını belirtmektedir ve onun yalan söylediğini kanıtlayan herhangi bir şey yoktur. Bu anlamda, cinslerarası eşitliğin başörtüsünü kendi özgür iradesiyle takan bir kadına başörtüsü takmasını nasıl yasakladığını anlayamadığını belirten Tulkens, eşitlik ve ayrımcılık yasağının, bu hakkın kullanıcılarının görüşünü temel alan öznel haklar olduğunu hatırlatmıştır. Oysa Tulkens'a göre karardaki gibi "paternalist" yaklaşımlar AİHM'nin Sözleşme'nin 8. maddesi (özel hayatın ve aile hayatının korunması) bağlamında ortaya koyduğu "kişisel özerklik" eksenli içtihadi yaklaşımına da aykırı düşmektedir<sup>17</sup>. Kaldı ki, Tulkens'ın haklı olarak dikkati çektiği gibi, başörtüsü eşitliğe aykırı ise, devletin, kamusal olsun özel olsun, başörtüsü takılmasını her alanda yasaklama pozitif yükümlüğüne gireceğini de kabul etmek gerekecektir.<sup>18</sup>

13. Özetle Tulkens'a göre, tüm bu nedenlerle, üniversitedeki başörtüsü yasağının, uygun ve yeterli nedenlere dayandırılmadığından, Sözleşme'nin "düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü" düzenleyen 9. maddesinin (sınırlamayı düzenleyen) 2. fıkrası bağlamında "demokratik toplumda gerekli" şartına uygunluk taşımadığı ve böylece Sözleşme'ye aykırı düştüğü savunulabilir.

Görüldüğü gibi, karşıoydaki değerlendirmeler göz önünde bulundurulduğunda, sorunun "gerçekten" çözülmesinin yasağın kaldırılmasıyla ya da en azından bu argümanlara yanıt verebilen bir "sınırlama"nın öngörülmesiyle mümkün olabileceği görülmektedir. Böyle bir yaklaşımın ise, yukarıda ortaya konulan nedenlerden ötürü, insan haklarının bütünüyle ortadan kaldırılmasını ya da "yasaklanmasını" değil, tersine, korunmasını ve geliştirilmesini temel alan Sözleşme'ye ve (önceki satırlarda örnek kararlarla ortaya konulduğu gibi) Mahkeme'nin yaklaşımına daha uygun düşeceği haklı olarak savunulabilir.

---

<sup>17</sup> Örneğin (Keenan v. the United Kingdom, 3 Nisan 2001 tarihli karar, par. 92; Pretty v. the United Kingdom, 29 Nisan 2002 tarihli karar, par. 65-67; Christine Goodwin v. the United Kingdom, 11 Temmuz 2002 tarihli karar, par. 90).

<sup>18</sup> "Öğrencilere uygulanan hukuk (...) dışı yasak normalse, hastahaneye gidene, vergi ödeyene, tapu çıkarana, parkta oturana, belediye otobüsüne ve DDY trenine binene de bu yasağı uygulamak gerekir" (Yayla, 2004: 152).



## Eğitim Hakkı Açısından

15. Karşıoyunun ikinci bölümünde konuyu eğitim hakkı bakımından ele alan Tulkens, eğitimin insan haklarının korunması ve geliştirilmesindeki önemi konusunda karara katıldığını; ancak, başvurunun bu haktan yoksun kılınması için de uygun ve yeterli nedenin bulunmadığını belirtmektedir. Zira Tulkens'a göre, dini nedenlere dayanarak eğitimdeki belli etkinliklerden muaf kılınmasını ya da üniversitedeki eğitimin içeriğinin değiştirilmesini istemeyen başvuru<sup>19</sup>, başörtüsü yasağı nedeniyle, üniversiteye ulaşma ve dolayısıyla eğitim hakkından de facto olarak yoksun kılınmıştır.

16. Tulkens'a göre, başörtüsü yasağının Sözleşme'de öngörülen eğitim hakkı karşısındaki durumu bakımından da, Mahkemenin kararında belirtildiğı gibi, 9. maddedeki akıl yürütme geçerli olmalıdır. Sözleşme'nin maddeleri bir bütün olarak düşünölmeli; bir sınırlama diğeri bir hak ile çatışmamalı; onun özüne zarar vermemeli ve onu tamamen etkisiz kılmamalıdır. Tulkens'ın haklı olarak dikkati çektiğı gibi burada da ölçölülük ilkesi aranmalı; ayrıca, negatif yükümlükler söz konusu olduğunda ulusal takdir yetkisi dar bir şekilde yorumlanmalıdır.

17. Bu noktada din özgürlüğüyle ilgili değerlendirmesini tekrar ortaya koyma ihtiyacı duymadığını belirten Tulkens'ın, sadece, eğitim hakkı bakımından sınırlamanın orantılılığını değerlendirdiğı göze çarpmaktadır.

Buna göre, ilgili otoriteler başörtüsünü yasaklamadan önce örneğın ikna görüşmeleri gerçekleştirmeli ya da, eğer gerçekten tehlike altında ise, kamu düzenini koruyacak önlemler alma yoluna gitmeliydi. Dolayısıyla, olayda yasaklamadan önce bu tür daha hafif önlemlere başvurulmamamasının altını çizmek gerekmektedir.

İkincisi, Tulkens'ın vurguladığı gibi, ulusal otoriteler başvurucuya başörtüsünü çıkarmaktan başka seçenek bırakmayarak onu eğitimini yurtdışında devam etmeye zorlamışlardır. Oysa, Mahkemenin örneğın (Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France 27 Haziran 2000 tarihli) kararında (par. 80 and 81) başka seçeneklerin varlığı, Sözleşme'ye aykırılık bulunmamasında önemli bir argüman olarak ortaya konulmuştur.

Nihayet, başvurunun katlandığı yük (eğitim hakkından bütünüyle yoksun kalma, diplomaların denkliğı sorunu) ile başvurunun üniversitede başörtüsü takmamasının yasaklanmasından Türk toplumunun elde ettiğı fayda arasındaki denge dikkate alınmamış; söz konusu yasak ile başvurunun eğitim hakkı tamamen etkisiz kalmış ve böylece de bu hakkın özü zedelenmiştir. Bu ise, uygulamayı Sözleşme'ye aykırı kılmaktadır.

18. Bu durum, Tulkens'ın vurguladığı gibi, dini inançlarından ötürü başvurucuya karşı dolaylı bir ayrımcılık yapıp yapılmadığı sorusunu da gündeme getirmektedir; řu kadar ki, söz konusu yasak sonucunda başvurunun eğitim hakkından bütünüyle yoksun kılınması kadınlara karşı dini temelli bir ayrımcılık olarak da görölebilir.

19-20. Tulkens'ın dikkat çektiğı daha temel bir nokta ise, Mahkeme'nin bu kararında yasağı Sözleşme'ye aykırı bulmayarak başvurunun üniversiteden dışlanmasına yol açtığı ve onu, sekülerizm ve eşitlik değerlerinin gelişimi için en uygun ortamlardan biri olan üniversiteden yoksun bıraktığıdır; oysa, özgür bir üniversite ortamını deneyimlemek, bir yasağı gönölsüzce boyun eğmekten çok daha etkilidir. Bu bağlamda karşıoyda "dinsel ve kültürel değerler arasındaki tolerans temelli bir diyalogun kendisinin bir eğitim" olduğu gerçeğine dikkat çekilmesi son derece önemlidir; dolayısıyla, Tulkens'ın da belirttiğı gibi, başvurunun söz konusu değerler adına başörtüsü taktığı için bundan yoksun bırakılması ironik olarak nitelendirilebilir; zira "kadınlar için özgürlük ve eşitliğı savunmak onları gelecekleri hakkında karar alma şansından yoksun kılmak anlamına gelemez. Köktencilige karşı mücadelede kendisine başvuru yasaklar ve dışlamalar, köktenciliğın kendisidir. Burada da tehlikeler benzerdir: inançların radikalleşmesi, sessiz dışlanma, dinsel okullara geri dönüş. Ülkesinin yasası tarafından reddedilen kadın, kendi hukukuna sığınmaya zorlanmaktadır. Hepimizin bildiğı gibi, hoşgörüsözlük hoşgörüsözlüğü üretir".

<sup>19</sup> Oysa, Tulkens'ın dikkati çektiğı gibi, Mahkeme önceki içtihadında bu unsuru dikkate almaktaydı. Örn. (Kjeldsen, Busk, Madsen and Pedersen v. Denmark, 7 Aralık 1976 tarihli karar).

Nihayet, Tulkens Avrupa Komisyonu'nun ırkçılık ve hoşgörüsüzlüğe ilişkin 2005 tarihli raporundaki vurguyla karşıoyunu bitirmektedir. Müslüman olan ya da müslüman olduğu düşünülenlere karşı bir düşmanlık iklimine ilişkin kaygılardan bahsedilen bu rapora değinen Tulkens'in, "her şeyin üstünde, tekrar tekrar hatırlatılması gereken mesajın, fanatizm ve aşırı uçlara karşı en etkili mücadelenin insan haklarının savunulması olduğunu" ısrarla vurgulamasının bu bağlamda anlamlı olduğu düşünülebilir.

## Sonuç

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi'nin Kasım 2005'te verdiği Leyla Şahin kararının hem kamuoyunda hem de akademik çevrelerde çokça tartışıldığı bilinen bir gerçektir. Kararın siyasal olup olmadığı ve 11 Eylül sonrasında Batı dünyasını saran korkuyla olan ilişkisi bu tartışmalarda sıkça ortaya atılmıştır. Meselenin hukuksal yanı ise söz konusu tartışmalarda genelde ikinci plana atılmış gözükmektedir. Bu bağlamda, Mahkeme kararında yer alan karşıoyun önem taşıdığı ve bu karşıoyda yer alan argümanların özellikle tartışılması gerektiği haklı olarak savunulabilir. Zira, meselenin bir "ya hep ya hiç" veya bir "gol atma" meselesine haline gelmemesi ve günümüz dünyasında önemli bir insan hakları tartışması olarak algılanabilmesi için konunun önce hukuksal yönüyle tartışılması gerektiği açıktır. İşte tam bu noktada, karşıoydaki argümanların Büyük Daire kararındaki argümanlar karşısında daha savunulabilir olduğunu göstermenin mümkün olmasının, meseleyi, önyargılara saplanmadan – ve hukuksal açıdan– yeniden tartışma olanağı sunduğu kabul edilebilir.

Gerçekten, yukarıda da ortaya konulduğu gibi, karara karşıoy yazan yargıç Tulkens'in (üstelik kendisi de bir kadındır) sekülerizm (laiklik) ve eşitlik gibi daha çok siyasal alana ait kavramlara bağlılığını vurguladığı; ancak, bunların söz konusu karara uygulanma biçimlerine ve bunların kararda yorumlanma biçimlerine karşı olduğunu belirttiği dikkati çekmektedir. Dolayısıyla, Tulkens'in vermek istediği mesaj son derece önemlidir: bu konuda siyasal –ya da dinsel– açıdan herhangi bir tartışma yapmak tamamen gereksizdir (zira Leyla Şahin de bu kavramların tartışmaya açılmasını istememektedir); hatta böyle bir tartışma hiç yapılmamalıdır. Burada tartışılması gereken, sadece, Sözleşme'de tanınan bir hakkın Sözleşme'ye uygun bir şekilde sınırlandırılıp sınırlandırılmadığıdır; bu sınırlandırmanın rejimle ya da siyasal muhaletle olan ilişkisi ya da tarafların laiklik ya da eşitlik kavramlarına verdikleri anlamlar, konuyla ilgili bir değerlendirme yaparken Mahkeme'nin bakması gereken unsurlar arasında yer almamaktadır. Tulkens'in haklı olarak ortaya koyduğu gibi, uygulamanın insan hakları hukuku karşısındaki durumunu saptarken bakılması gereken, sınırlamanın Sözleşme ve bu Sözleşme'yi yorumlayan Mahkeme içtihadı karşısındaki durumudur. Burada belirleyici olan ise, sınırlamanın meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı, yasa ile öngörülüp öngörülmediği ve demokratik bir toplumda gerekli bir özelliğe sahip olup olmadığıdır; yoksa, belli bir laiklik ya da eşitlik yorumu karşısındaki durumu değildir. Meseleye bu bağlamda ve sadece bu bağlamda bakıldığında, uygulamanın Sözleşme'de öngörülen haklar ve bu hakların Mahkeme içtihadında yorumlanma biçimi karşısında insan hakları hukukuna uygunluk taşımadığı savunulabilir; zira, kararda bu sınırlama şartları bakımından sağlam bir değerlendirme yapılmadığı, hatta, bu şartların somut bir şekilde aranmadığı; karşıoyda da ortaya konulduğu gibi, kararın sadece soyut ve genel argümanlara dayandırıldığı görülmektedir. Oysa Sözleşme'deki diğer haklara ilişkin bir sınırlamanın Sözleşme'ye uygunluğu değerlendirilirken böyle bir yaklaşım ne kadar temelsiz olarak görülecek ve yetersiz kalacak ise burada da aynı durumun söz konusu olması gerekir. Dolayısıyla, en azından, Sözleşme'deki sınırlama şartları ve Mahkeme içtihadı ışığında, bu yaklaşımın, Mahkeme kararındaki yaklaşım karşısında daha savunulabilir olduğu görülmektedir.

Nihayet, insan hakları alanının sürekli bir "yeniden tanımlanma" etkinliğine konu olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Unutulmamalıdır ki, çok değil, geçtiğimiz yüzyılın başlarında bile örneğin "kadın hakları" diye bir kavrama ihtiyaç duyulmamakta ve günümüzde "temel hak" olarak tanımlanan kategoriler geçmişte "hak" kategorisinde bile yer almamaktaydı. Burada özellikle vurgulanması gereken, farklı felsefeler ve bakış açıları var olamaya devam ettiği sürece –ki öyle olması gerekir– konuyla ilgili tartışmaların hiç bitmeyeceği; mücadelenin hep devam edeceğidir.

## **Kaynakça**

Altıparmak, Kerem / KARAHAÑOĐULLARI, Onur (2004), “Pyrrhus Zaferi Leyla Şahin / Türkiye, AİHM / Hukuk, Düzenleyici İşlem / Kanun, Hukuk ve Adalet (1/3): 249-275.

Brown, Katharine M. E. (2005), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başörtüsünü ‘Takdir Yetkisi’ne Bırakıyor”, İnsan Hakları Araştırmaları (3/4): 87-136.

Yayla, Atilla (2004), “Ahlak, Hukuk ve Başörtüsü Yasağı”, İnsan Hakları Araştırmaları (2/3): 147-155.

Yılmaz, Halim (2005), “AİHM Kararlarının Türkiye’ye Etkisi ve Leyla Şahin Kararı”, İnsan Hakları Araştırmaları (3/4): 141-152.