

Üniversitelerde Uygulanan Başörtüsü Yasağının İHAS 9. Madde Kapsamında Değerlendirilmesi¹⁾

Av. Fatma BENLİ



1. Giriş

Düşünce, vicdan ve din hürriyeti, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. Maddesinde güvence altına alınmıştır. Din ve vicdan özgürlüğü, yaşam hakkı, kişi dokunulmazlığı ve güvenliği savunma ve adil yargılanma hakkı, düşünce özgürlüğü, basın özgürlüğü, toplanma ve dernek kurma özgürlüğü gibi, temel hakların yanında sivil özgürlükler arasında yer alır. Bu hakların güvence altına alınmadığı bir yerde ne hukuk devletin varlığından, ne de demokratik bir siyasal sistemden bahsetmek mümkündür.¹

Düşünce, vicdan ve din hürriyeti; belli bir dine veya felsefi inanca inanma, gereklerini aleni olarak yerine getirme, bir dinin veya felsefi inancın telkin ve propagandasını yapma ve nihayet bu dinin esaslarını öğretme ve eğitme serbestisi anlamına gelmektedir.

Dinin gerekleri, bireysel ve toplu ibadetler ve dini ayinlerden oluşur. Dinin inanan kişiye yüklediği toplum hayatıyla ilgili ödevler de, bu çerçevede düşünülmelidir. Din ve vicdan özgürlüğünün inananlara sağladığı koruma, ibadet ve ayinlerin aleni —kamu önünde— yapabildiğini de kapsar. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi 1970 yılında verdiği bir kararda (Welsh v. United States), dini olmayan (ahlaki) gerekçelerle savaşa karşı çıkan kişilerin de din ve vicdan özgürlüğüne benzer bir korumaya hakları olduğuna

hükmetmiştir. (O'Brien 1995: 750). Yine aynı mahkeme 1943 yılında kişilerin dini inançlarına aykırı resmi törenlere (bayrak selamlamaya) katılmaya zorlanamayacağına karar vermiştir. (Barnum 1993: 116-17)²

Bu noktada din ve vicdan özgürlüğü sadece bireylerin inançlarını ve vicdani kanaatlerini güvence altına almakla gerçekleşmiş olmaz. Bireysel hayatlarında ve toplumsal ilişkilerinde dini inançlarının gerektirdiği şekilde davranma özgürlüklerini de içerir.

Nitekim gerek İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi gibi TBMM'ce onanan antlaşma ve sözleşmeler, gerekse Helsinki Nihai Senedi, AİİK İnsani Boyut Konferansı Kopenhag Toplantısı Belgesi gibi Türkiye'nin imzaladığı için taraf olduğu uluslararası antlaşmalar, din ve inanç özgürlüğünün sadece fikir özgürlüğü olarak değil, aynı zamanda uygulama (dinin gereklerini yerine getirme) yı da içerdiğini kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde hükme bağlamıştır.

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü demokratik toplumun temel taşlarından birisidir. Bu bağlamda ABD ve Avrupa ülkeleri farklı medeniyet kimliklerini ve yapılarını sistem içine çekebilmek için sembolik açıdan son derece önemli adımlar atmaktadır. Bu ülkelerin liderleri gittikçe Hıristiyanlık dışındaki dini sembollere de önem veren, onları ciddiye aldıklarını vurgulayan konuşmalar yapmaya, özel merasimlerde ve bazı kurumsal yapılarda bu dini geleneklerin temsil edilmesine özel itina göstermektedirler. ABD başkanının göreve başlama seremonisine Müslüman bir din

^(*) Bu çalışma "Düşünce, Vicdan ve Din hürriyetinin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Değerlendirilmesi" başlıklı Tebliğin tamamlayıcı unsuru olarak gerçekleştirilmiştir.

¹ ERDOĞAN, Mustafa; "Demokratik Hukuk Devletinde Din ve Vicdan Hürriyeti", *Türkiye Günü* 56, Yaz Gündemi 1999, s. 65.

² ERDOĞAN, Mustafa; a.g.e., s. 66-67.

adamının da çağrılması, İngiltere’de Lordlar Kamarasına Müslüman, Hindu ve Sihleri temsilen atamaların yapılması gibi. Böylesi uygulamalar hem uluslararası düzenin hem de ulusal düzenlerin meşruiyeti ve bu düzenlere katılım açısından özel bir önem taşımaktadır.

Türkiye’de ise 1998 yılından itibaren din ve vicdan hürriyetinin kullanımı açısından idarenin teamülleri değişmiştir. Kadınlar din ve vicdan hürriyetlerinin tezahürü olan başörtüsünü taktıklarında kamusal alanda pek çok sınırlama ile karşı karşıya kalmaya başlamışlardır. Aslında başörtüsü yasağı, sadece ülkede değişen tutum değişikliği sonrası oluşan siyasi bir uygulama olarak gerçekleşmiştir. Yasal mevzuatta hiç bir değişiklik olmadığı halde oluşan uygulama değişikliği sonrası başörtüsü takan bayanlar önce üniversitelerden, sonra çalışma hayatından, nihayet İmam Hatip Liselerinden ve hayatın diğer alanlarından dışlanmaya, temel haklarını kullanabilmeleri başlarını açma şartına bağlı tutulmaya başlamışlardır.

Bu raporda da başörtülü bayanlara karşı gerçekleştirilen uygulama, bu uygulamanın İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 9. Maddede öngörülen düşünce, vicdan ve din hürriyetine müdahale teşkil edip etmediği, sözleşme hükümlerine göre müdahalenin meşru olarak kabul edilip edilemeyeceği incelenecektir. Bunun için öncelikle başörtülü öğrencilere karşı gerçekleştirilen müdahale ortaya konmuştur. Bilahare başın örtülmesinin dini inanç gereği olup olmadığı incelenmiştir. Bu surette düşünce, vicdan ve din hürriyetine ihlalin varlığı ortaya konduğunda, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki müdahaleyi haklı hale getirebilecek istisnaların mevcut olup olmadığı incelenmiştir. Mahkemenin başörtülü başvuru sahiplerine ilişkin kararları ve genel olarak 9. Maddeye ilişkin kararlar ifade edildikten sonra, başörtülü öğrencilere karşı gerçekleştirilen müdahalenin farklılıkları ortaya konmaya çalışılmıştır. Rapor düzenlenirken, mahkeme kararlarından ve somut vakılardan yararlanılmış, yorum ve genelleme yapılmamaya özen gösterilmiştir. Bu çalışma “Düşünce, vicdan ve din hürriyetinin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi bağlamında değerlendirilmesi” başlıklı raporun tamamlayıcı unsuru olarak gerçekleştirilmiştir.

2. Başını Örtten Üniversite Öğrencilerine Karşı Gerçekleştirilen Uygulama

1998 yılında başlayan süreçte 2002 yılı itibarı ile gerçekleştirilen uygulamalarda;

- Yükseköğretim Kurumlarında eğitim gören öğrenciler, başörtülü fotoğraf vererek kayıt yaptıramamakta ve kimlik alamamaktadır.
- Öğrencilerin okul bahçesine girişleri özel güvenlik görevlilerin mukavemeti ile engellenmektedir. Başörtülü öğrenciler bizzat din eğitimi veren ilahiyat fakülteleri dahil olmak üzere tüm fakültelerde, kampüslere alınmamaktadır.
- Başörtülü öğrencilerin kampüs dışındaki kütüphane, spor merkezi ve sağlık merkezlerine girme imkanı bulunmamaktadır.
- Öğrenci ya da sade vatandaş hangi statüde olursa olsun, saçları açık olmayan bir bayanın, Yükseköğretim Kurumlarına ait kapalı veya açık herhangi bir birimine girmesine izin verilmemektedir. Araştırmacı statüsü ile çalışma yapmak isteyen başörtülü vatandaşların, kampüs dışında yer alan kütüphaneye girmesine izin verilmemektedir.
- Kişinin evi konumundaki üniversite lojmanlarına, başörtülü ziyaretçiler alınmamaktadır.
- Derslere girme mecburiyeti bulunmayan televizyon yoluyla eğitim verilen, “açık öğretim” sisteminde; öğrencilerin başı örtülü sınavlara girmelerine müsaade edilmektedir. Başörtülü bir öğrenci sınava girmişse sınavı geçersiz sayılmaktadır.
- Yasak, 2001 yılı ÖSS Kılavuzunda yapılan değişiklik ile, yüksek öğretim sınavını kazanıp kazanmayacağı belli olmayan adayların katıldığı Öğrenci Seçme Sınavında yürürlüğe konmuştur. (ÖSS sınavına giremeyen ve başarı puanını belgeleyemeyen öğrencilerin yurtdışında da öğretim görmelerine imkan yoktur.)
- Yükseköğretim Kurumu 2002 tarihinde aldığı kararlarla başörtüsü yasağını saklayıcı nitelikte olduğunu ifade ederek peruk, bere ve şapkanın yasak olduğunu ifade

etmiştir. Uygulama ise, görevlilerin öğrencilerin gerçek saç mı yoksa peruk mu olduğunu kontrol etmesi şeklinde gerçekleştirilmektedir.

3. İHAS'ın Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetini Öngören 9. Maddesi

- Her şahıs düşünce, vicdan ve din hürriyetine sahiptir. Bu hak, din ve kanaat değiştirme hürriyetini ve alenen veya hususi tarzda ibadet ve ayin veya öğretimini yapmak suretiyle tek başına veya toplu olarak dinini veya kanaatini açıklamak hürriyetini de içerir.
- Din veya kanaatlerini açıklama hürriyeti demokratik bir toplumda ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya umumi ahlakın, yahut başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri olan tedbirlerle ve kanunla sınırlanabilir.

4. Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti ve Başörtüsü Yasağının İHAS 9. Madde Kapsamında Değerlendirilmesi

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki anlamıyla din ve vicdan hürriyeti, kimsenin dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması; dini inanç ve kanaatlerinden ve dini inancın gereklerini yerine getirip getirmemesinden dolayı kınanamayıp suçlanamamasıdır. Düşünce, vicdan ve din hürriyetini önce inanç özgürlüğü, akabinde ise dini inancını töre, öğretim uygulamalar ve ayinlere katılma yolu ile açıklama özgürlüğü olarak tanımlamak mümkündür.

Maddenin 1. Fıkrası, düşünce, din ve vicdan hürriyetinin kapsamını belirlemekte ve herkese düşünce, din ve vicdan hürriyetine sahip olma hakkını tanımaktadır. Birinci cümledeki bu hak, mutlaktır. Herhangi bir sınırlanmaya tabi tutulamaz. Devletler bu hakka mutlak şekilde saygılı olmakla yükümlüdürler.

Bu noktada din ve vicdan hürriyeti, kişiye bağlı dokunulmaz bir haktır. Nasıl düşünce

hürriyeti, aynı zamanda düşünceyi ifade etme özgürlüğünü beraberinde getirdiğinden bir bireye “düşünebilirsin ama özgürce ifade edemezsin” denemiyorsa, din ve vicdan hürriyeti de, inanma ve inandığını, kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla uygulama hakkını da beraberinde getirir. İnanç, zaten insanın içinde olduğu için fiilen müdahale edilemez. Bu durumda inandığı gibi yaşama yani ibadet özgürlüğünün, din ve vicdan hürriyetinin kapsamında olduğunda şüphe yoktur.

Cümlenin ikinci bölümü, tanınan bu hakkın içeriğini belirlemektedir. Tek başına toplu olarak, aleni ve özel olarak ibadet, ayin ve öğretim suretiyle açığa vurma hakkı bu bağlamda belirtilmiştir. Bunlar sırasıyla “worship-ibadet,” “teaching-öğretim”, “practice-uygulama” ve “observance-dini tören, mezhep, tarikat, ayinlere katılma”dır.

Din ve vicdan özgürlüğünün sağladığı somut güvence, devletin dini-vicdani inançları veya kanaatleri nedeniyle bireyleri herhangi bir şekilde kınamaması, hak mahrumiyetine ve ayrımcı muameleye maruz bırakmaması ve inancını değiştirmek için baskı yapmamasıdır.

Bireyler bir dine inanıp inanmamakta serbesttirler. İnanma ve inanmama durumu din ve vicdan özgürlüğünün koruması altındadırlar. Kanaat özgürlüğünün, din alanında dışa vurumu da ibadet özgürlüğüdür.

Din ve vicdan hürriyetinin varlığı için sadece inanma, inancın gereklerini yerine getirme, propagandasını yapma, eğitim öğretim serbestisinin var olması yeterli değildir. Bir dini benimsemek ve onun gereklerini yerine getirmek eğitim ve öğretim, çalışma hakkı gibi bir diğer temel hak ve hürriyetten mahrumiyet sonucunu doğuruyorsa, bu durumda din ve vicdan hürriyetinin özünün zedelendiği kabul edilir. Sözleşmeci Devletler inançlara saygıyı yani bu özgürlüğün fiilen ve gerçekten kullanılmasını sağlamak için gerekli tedbir ve güvenceleri getirmekle yükümlüdür.

Türkiye din ve vicdan özgürlüğünü sadece düşünce anlamında değerlendirmekte ve “inanabilirsiniz ama inandığınız gibi davranamazsınız” anlamında bir söylem geliştirmektedir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni kanun haline getiren 8662 sayılı Yasanın 9. Maddesi, orijinal Fransızca metninden Türk-

çe'ye tercüme edilirken dini inancının tatbikatını sınırlandırmak için amel uygulama hareketleri cümlesi çıkartılmıştır. Bu surette inanamak serbest ve fakat tatbikat idarenin takdiri-ne bırakılmak istenmiştir.

Amel uygulama hareketleri bir kimsenin dinin buyruklarını yerine getirmek suretiyle yaptıklarıdır. Türkçe metinde yer almayıp asıl İngilizce ve Fransızca metinde uygulama hareketleri özgürlük kapsamındadır. Türkçe metnin farklı olması, düşünce, vicdan ve din hürriyetinin, dinin gereklerini yerine getirme özgürlüğünü içermediği anlamına gelmemektedir.

9. Maddede öngörülen din özgürlüğü, bireyin dinini ortaya koyması anlamına da gelir. Düşünce ve din özgürlüğü sadece düşünme ve inanma alanında kalması halinde, kişinin iç dünyasında kalan bir inanca zaten karışılma imkanı mevcut değildir. İnanç hakkı, insanın içinde kaldığı için mutlakdır. İstense de bu hak ihlal edilemez. Önemli olan inancın yerine getirilmesine engel olunmamasıdır. Düşüncelerinin dışarı vurulması halinde temel haklarının kısıtlanmamasıdır.

Başörtülü bayanlar dini inançları gereği başlarını örttüklerinden okula girmelerine izin verilmemektedir. Bir birey olarak sahip oldukları hakları kullanmaları başlarını açma şartına bağlı tutulmaktadır. Kendilerine başka bir alternatif bırakılmamaktadır. Bu noktada başını örten öğrencilerin eğitim haklarını kullanılmalarının başlarını açma şartına tabi tutulması, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. Maddesine müdahale oluşturmaktadır.

a) Başın Örtülü Olması Dinin Bir Gereği midir?

Başörtülü bulunmanın dini bir inanç gereği olduğunda ihtilaf bulunmamaktadır. Esasen, başörtüsü konusunun, "Dinle ilgili olup olmadığını" ortaya koyması gereken yegane kaynak, İslâm'ın temel kaynaklarıdır. Bu kaynaklarda, başörtüsünün İslâm'ın bir emri olduğu açık ve net biçimde ortaya konulmaktadır.³

³ İslâm'ın başörtüsü emri konusunda, aşağıda temel kaynaklara bakılabilir. (Hak Dini Kuran Dili -Kuran Tefsiri- Elmalı Muhammet Hamdi Yazır, Diyanet İşleri Başkanlığı, İstanbul, 1968, cilt 5, s. 3503), (Tefhimül-

Başbakanlığa bağlı bir Devlet Kurumu olan Diyanet İşleri Başkanlığı da, "Başörtüsünün, dini bir vecibe (zorunluluk) olduğu"nu teyit etmektedir. Dini konularda devlet adına görüş bildiren tek kuruluş, 633 sayılı "Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Yasanın" 1. ve 5. Maddesindeki "c" bendi gereği Diyanet İşleri Başkanlığıdır. Bu kurum da müteaddit defalar kendisine müracaatla başörtüsünün İslâm dininin bir emri olup olmadığını soran kişilere karşı verdiği cevabi yazılarda, başörtüsünün dinin bir gereği olduğunu açıklamıştır.

Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulunun 30/12/1980 tarih ve 77 no'lu kararında da, Müslüman hanımların başlarını örtmelerinin, belli bir zümrenin sonradan ortaya çıkardığı bir adet veya işaret değil, İslâm dininin bir hükmü olduğu, bu emirlerin bir gereği olarak kadınların örtünmesinin Türk milletinin bir örfü haline geldiği, Türkiye'deki hanımların çoğunluğunun başlarını örtmesinin de bunun bir delili olduğu vurgulanmıştır.

İlgi görüş, Başbakanlık Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı tarafından 03/02/1993 tarihinde tekrarlanmıştır. Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı bu fetvasında "kadınların başörtülerini, saçlarını, başlarını, boyun ve gerdanlarını iyice örtecek şekilde yakalarının üzerine salmaları, Dinimizin, Kitap, Sünnet ve İslâm Alimlerinin ittifakı ile sabit olan kesin emridir. Müslümanların bu emirlere uymaları dini bir vecibedir" ifadelerini kullanarak konuya açıklık getirmiştir.

Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı'nın, "Tesettür" konulu, B.02.1.DİB.0.10/212 sayılı, 6 karar no'lu ve 03.02.1993 tarihli kararında, Kuran-ı Kerim'in Nur Suresi'nin 31. ayetinde geçen,

"Mü'min kadınlara da söyle, başörtülerini yakalarının üzerine salsınlar"

ifadesi dayanak olarak alınmış, "örtünme" konusu geniş bir şekilde ele alınarak, sonuç kısmında şu fetva verilmiştir:

Kuran -Kuran Tefsiri-, Ebul Ala Mevdudi, Yeni Şafak Yay., İstanbul, 1996, cilt 3, s. 522 ve devamı), (Sahih-i Buhari, Tefsir-ü Suretün Nur, Çağrı Yay., İstanbul, 1981), (Sahih-i Müslim) (Siret Ansiklopedisi, İnkılâp Yay.), (Bütün Yönleriyle Asrı Saadette İslâm, -Giyim-Kuşam maddesi- İstanbul, 1994, Beyan Yayınları, cilt 4, s. 351).

“Kadınların, başörtülerini, saçlarını, başlarını, boyun ve gerdanlarını iyice örtecek şekilde yakalarının üzerine salmaları, dinimizin; Kitab, sünnet ve İslâm alimlerinin ittifakı ile sabit olan kesin emridir. Müslümanların bu emirlere uymaları, dini bir vecibedir. “

Bu ayet dışında, Ahzab suresinin 60., Nur suresinin 60. vs. ayetlerinde de, başörtüsü ve örtünmeyle ilgili emirler yer almaktadır.

2002 yılında da, 17/03/2002 tarihli gazelerde ifade edildiği üzere fetva **değişmiştir**. Din İşleri Yüksek Kurulu, görüşlerini aynen muhafaza ettiklerini ifade etmiştir. Bu surette Devletin dini konularda görüş açıklamaya yetkili tek Resmî Organı, bayanların başlarının örtülmesinin sadece dini inanç gereği olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Diyanet İşleri Başkanlığı, Anayasa gereği Din hizmetlerini yürütmeye çalışan, bir kamu kurumudur. Özerkliği olmayan bu kurumun, Devlet Bakanlığına bağlı olduğu göz önünde tutulduğunda, etki altında kalmadan yanıt vermesi oldukça zordur. Buna rağmen, dinle ilgili Devletin en yüksek kurumu, başörtüsünün dinin emirleri gereği takıldığını ortaya koymaktadır. Bu noktada başörtüsünün din ve vicdan hürriyeti bağlamında değerlendirilmesi gerektiği açıklık kazanmaktadır.

Aslında İslâm dininin kadınlar için başörtüsünü gerçekten emredip emretmediği tartışması olsaydı dahi, bu konu din özgürlüğünün korunması bakımından önemli olmayacaktı. Esasen, laik bir devlet dinin gereklerinin neler olduğu konusunda bağlayıcı söz söyleme hakkına sahip de değildir. Bu nedenle, kamu makamları başörtüsünün dini bir zorunluluk olmadığı yönündeki kanaatlerini gerekçe olarak sunamazlar. Din özgürlüğünün korunması bakımından önemli olan, bu spesifik (mahsus) giyim biçiminin onu tercih edenlerce dinlerinin bir gereği olduğuna inanmasıdır. Burada korunan ne dinin kendisi, ne genel olarak dini buyruklar, ne de özel olarak başörtüsüdür, korunan sadece inancın kendisidir.⁴

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi “...sözleşmenin garanti ettiği din özgürlüğü, devletin dini inançların ne olduğu veya bu inançları açıklamak için gerekli araçların ne olduğunu belirlemek hususunda her hangi bir takdir

hakkını ihraç eder(kabul etmez)” mütalaasıyla verdiği bir kararında devletin dini tanımlama yetkisini kabul etmemektedir. (Case of Manu Ussahis and others v. Prif.... davası)

Çünkü, laik bir devleti neyin “din” olup neyin olmadığı konusunda karar vermeye yetkili değildir. Mahkeme bağış toplama kampanyası yürüten “Varım” (I am) dinin mensuplarının kovuşturulmasıyla ilgili olarak 1944 yılında verdiği bir kararda (United States v. Ballard), jürinin, sanıkların inancının sahici mi sahte mi olduğuna karar veremeyeceğini belirtmiş ve şöyle demiştir: “İnsanlar kanıtlayamayacakları şeylere inanabilirler, (dolayısıyla) dini doktrin ve inançlarını kanıtlamak zorunda değildirler.” (O’Brien 1995: 748-49)

Sorun, bazı ülkelerde uygulanan, yüksek öğretim kurumlarında forma (Tek tip elbise) veya “bayanların pantolon, erkeklerin parka giyemeyecekleri...” gibi **sınırlamalar...** veya “erkeklerin kravat takma, belirli renk ayakkabı giyme... bayanların etek giyme...” gibi **düzenlemeler/zorunluluklar** olsa idi, bu konuların tartışılacağı zemin, “kılık kıyafet” zemini (platformu) olabilirdi. **Ancak** konu, “**başörtüsü**” olunca, Kurumların/İdarenin, “Kılık-Kıyafet” konusunda düzenleme yapma hak ve yetkisinden söz etmek mümkün değildir.

Başörtüsünün, kılık kıyafetle ilgili bir sorun olmayıp, dini bir yükümlülük olması, idarenin düzenleme yapma yetkisini ortadan kaldırmaktadır. Bu durum bizzat dine müdahaledir. “Din ve vicdan özgürlüğü”, diğer hak ve özgürlüklerden (özellikle düşünce özgürlüğünden), önemli bir noktada ayrılmaktadır. Diğer hak ve özgürlüklerin içeriği, belli bir konsensüse göre, tespit edilebilir, değiştirilebilirken..., din ve vicdan özgürlüğüyle ilgili bir konu, kural olarak ön kabullere-inançlara dayandığından, bu hak ve özgürlüklerden yararlanacak olanların “sayısı ne kadar az” ya da “inanılan şeyler bilimsel metotlara” ve “mantık kurallarına ne kadar aykırı” olursa olsun, inanç sahipleri, etkin bir koruma altına alınmakta, “temel hak ve Özgürlüklerle ilgili” evrensel nitelikteki metinler ile güvence altına alınmaktadır. Dini; insanların fikir ve düşünce eseri olan bir sistem, bir ideoloji olarak algılamak ve yorumlamak mümkün değildir. Bir dine mensup olmanın temelinde, zorunlu olarak o dinin önerdiği emirlere kişisel bir katılım söz konusu olmalı-

⁴ ERDOĞAN, Mustafa; a.g.e., s. 9.

dır. Bu noktada idarenin dinin emirlerini sorulama, başını örten öğrencilere yasak getirme hakkı mevcut değildir.

Üniversitelerde ise sadece başını örten bireylerle ilgili olarak müdahale gerçekleştirilmektedir. Zira hiç bir şekilde herhangi bir kıyafete sınırlama getirmemekte, sadece dini inançlarla başını örtenlere karşı çıkmaktadır. Nitekim yükseköğretim öğrencileri her türlü renk ve biçimde eğitim görmektedirler. Hiç kimseye eteğinin boyu, kıyafetinin rengi, saçının uzunluğu, kısıklığı yada sakalı hakkında herhangi bir sorun çıkartılmamaktadır. Sadece başörtülülerin okul bahçesine dahi girmesine izin verilmemektedir. Bu noktada başın açık bulunması, istediği biçim ve modelde saçlarının kestirilmesine karışılmadığı halde, saçlar sadece dini inanç gereği örtüldüğü için müdahale gerçekleştirilmektedir. Bu surette, eğitim hakkının kısıtlanması başörtülü öğrencilerin hal ve tavırlarına ve somut davranışa göre değil, bizatihi dini fikir ve inançlarına dayandırılmaktadır. Öğrenciler salt dini inançları gereği cezalandırılmaktadırlar.

Kesici, delici, yaralayıcı, bereleyici... bir özelliği bulunmayan başörtüsünün, ceza yasaları nezdinde, yasak kapsamında bir materyal olmadığı bilinmektedir. Boyuna takıldığında herhangi bir sorun olmadığına göre, mesele, başörtüsünün üzerindeki desenler olmadığı da açıktır. Başörtüsünün, boyun hizasından yukarıya doğru çıkıp, başı örtmesi halinde sorun teşkil ettiğine göre, sorunun dinle ilgili olduğu açıktır.

Halbuki 9. madde devleti bireyin dini ödevlerini yerine getirmelerini kolaylaştırma yükümlülüğünü getirilmektedir. Bu madde gereği Yüksek Sözleşmeciler Tarafından inançlara saygı ve bu özgürlüğü gerçekte ve fiilen kullanılmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak zorundadır. Türkiye de kişinin dini inançlarına saygı göstermek ve bunun için tedbir almak bir yana, hiç kimse ve hiç bir kıyafet için mevcut olmayan bir yasak sadece başörtülülere uygulanmaktadır. Bu durum dinin gereklerine müdahale oluşturmaktadır.

Öğrencilerin taktığı başörtüsünün, dinini açığa vurma şekillerinden bir ibadet ve uygulama niteliğinde olduğu açıktır. Bir bayan için başını örtmek dini ibadetin normal bir şeklidir. Din özgürlüğü çoğulcu ve demokratik bir top-

lumun temellerinden biri olduğundan, dinini açığa vurma hakkını da içermektedir. Buna rağmen öğrenciler uygulamada eğitim hakları yada dini inançları arasında bir tercih yapmak zorunda bırakılmaktadır. Birinden birini tercih etmesi istenmektedir. Diğer bir deyişle, eğitimli meslek sahibi olma hakkı için kişiliklerinden vazgeçmeye zorlanmaktadır. Bu iki hakkın kullanımının birbirine engel teşkil etmesi, vicdan özgürlüğüne bir müdahale teşkil etmektedir. Bu durum kişiyi ahlak ve inançlarına aykırı bir işi yapmaya zorlamaz.

Öğrenciler başını açmamaktadır. Zira inançları gereği başın örtülü bulunması gerektiğini düşünmektedirler. Salt İslâm dininin gereklerini yerine getirmek için başını örtmekte, buna inanmaktadırlar. Sokula giderken başını örtmekte, bütün yaşantılarında başı örtülü bir yaşam tarzını benimsemektedirler.

“Başörtüsünün ister geleneksel nedenlerle isterse dini inanç nedeniyle olsun başörtüsü takmayı tasvip etmeyen, yanlış bulan kişilerin başını örten kadınların tercihine saygı göstermekle ödevli oldukları Devletin ve kamu makamlarının ise isteyen kadının başını örtmesini engellemek ve bu tercihten dolayı onu hiçbir biçimde mağdur etmemek başka haklarından ve meşru çıkarlarından yoksun bırakmamak yükümlülüğü altında” olduğu⁵ Türk doktrinde ifade edilmiştir.

“Başörtüsü takan kadınların tercihlerini kendi özgün iradeleri ile yapmadıkları” gibi bir yorum yapılamayacağı bu nedenle “İnsan hakları konusunda herkesin tercihini olduğu gibi kabul edip ona göre saygı göstermekten başka çıkar yol olmadığı” belirtilmektedir.

Bu noktada dinin bir gereği olduğu Diyanet İşleri Başkanlığınca ifade edilmiş şekilde başını örten bir öğrenciyi dini inançları ve bireysel ahlak anlayışına göre bir kıyafet yasağına uymaya zorlamak, uymadığı takdirde başta eğitim ve öğretim hakkı olmak üzere temel haklarını kullanmasına izin vermek, eğitim yada dini inançları arasında tercih yapmak zorunda bırakmak 9. Maddede güvence altına alınan Din ve vicdan özgürlüğüne müdahale oluşturmaktadır.

⁵ ERDOĞAN, Mustafa; a.g.e., s. 6.

b) Müdahaleyi Haklı Hale Getirebilecek Sebepler Mevcut Değildir

Sözleşme'nin 9. Maddesinde bir din ve inanca sahip olmakla beraber, bağlı olunan dinin gereklerinin yerine getirilmesi ve uygulanması da korunmaktadır. Bu kısmı oluşturan fiili uygulamalar yani, maddenin 1. Fıkrasının 2. cümlesinde yer alan din veya inancı açığa vurma özgürlüğü, mutlak ve sınırsız değildir. Sözleşmede öngörülen sınırlamalara tabidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. Maddesinin 2. Fıkrası, "Din veya kanaatlerini açıklama hürriyeti demokratik bir toplumda ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya umumi ahlakın, yahut başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri olan tedbirlerle ve kanunla sınırlanabilir." hükmünü içermektedir.

Bu noktada Sözleşmeci Devletin din özgürlüğüne getirebileceği kısıtlamaların, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi bağlamında müdahale olarak nitelendirilmemesi için, üç kesin koşula sahip olması zorunludur. Bunlar;

- Yasalar tarafından öngörülmesi
- Meşru bir amaç gütmesi
- Demokratik bir toplum için gerekli olması'dır.

Müdahale Hukuken Öngörülmemiştir

Düşünce, vicdan ve din hürriyetini sınırlandırabilecek müdahalenin ancak hukukun öngördüğü bir müdahale olması gerekmektedir. Mahkeme hukukun öngördüğü ifadesinden iki koşulu çıkarmaktadır: İlk olarak uygulanacak kanun hükmü, kolay anlaşılabilir olmalıdır. Bireyler belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki kanun normu varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidir. İkinci olarak normun vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmesidir. Bu şartları taşıyan bir norm, kanun olarak telakki edilebilmektedir. (Sunday Times ve Kurslin kararı)

Bu bağlamda başörtülü yasağın hukuken öngörülüp öngörülemeyeceğini, anayasa ve

yasalar bağlamında değerlendirmek gerekmektedir.

1) Anayasa

Başörtüsü, gerek kıyafet, gerek dini inancın yaşanması, gerekse eğitim yönü itibarıyla, temel hak ve özgürlüklerin kapsamı içerisinde bulunduğundan, bu hak ve özgürlüğün sınırlandırılması da anayasaya uygun olmak zorundadır. **Salt yorum yoluyla** Anayasa'nın herhangi bir maddesinin, başörtülü öğrencilerin okula alınmamasının gerekçesi olmasına imkan yoktur. Temel hak ve özgürlüklerin, hangi koşullarda sınırlandırılabilirliği, bu sınırlamanın hak ve özgürlüklerin özüne dokunamayacağı bizzat Anayasa'da belirlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında, kıyafet sınırlaması getiren herhangi bir madde bulunmamaktadır. Anayasa'da kılık kıyafet düzenlenmediğinden, başörtüsü de yasaklanmamıştır. Zaten hakların güvencelerinin sağlandığı ve erkeklerin ayrıldığı toplumlar Anayasaya sahiptir. Liberal demokrasi anayasalarının hepsi, en azından kurumsal olarak insan kişiliğine saygı ve temel hakların güvencesi olarak ifade edilebilecek değerler bütününe dayanmaktadır. Anayasalar hakları yaratmamakta, sadece tanımaktadırlar. Demokratik bir toplum Anayasasında, kişilerin başlarının açık yada kapalı bulunmasını gerektirecek herhangi bir maddenin bulunması düşünülemez. Bu nedenle Türkiye Anayasasında kıyafete ilişkin herhangi bir sınırlamanın varlığına rastlamak söz konusu değildir.

Aslında üniversitelerde öğrencilerin başlarını örtmesinin engellenmesi, anayasayla güvence altına alınan, "Din ve Vicdan özgürlüğü", "Eğitim Özgürlüğü", "Düşünce Özgürlüğü"nü ihlali nedeniyle, Anayasanın ihlali niteliğindedir. Anayasanın 42. Maddesinde, kimsenin eğitim öğretim hakkından yoksun bırakılmayacağı öğretim kapsamının kanunla tespit edileceği ve düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasanın 24. Maddesi de "Herkes vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. Kimse ibadet, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz." ifadesini içermektedir.

2) Kanunlar

Yürürlükte bulunan 1982 Anayasasının 13. Maddesi, temel hak ve özgürlüklerinin sınırlama sebeplerini öngörmektedir. Madde; "Temel Hak ve Özgürlüklerin, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir." hükmünü içermektedir.

Bu bağlamda Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan "eğitim ve öğretim" hakkının kıyafet gibi sonuçta biçimsel bir nedenle kullanılamaz hale gelmesi için yasaklamanın ancak bir kanun hükmü ile olması gerekmektedir. Yasa hükmü ile yapılabilecek sınırlamanın hukuka uygun olabilmesi, üçüncü kişilerin somut hak ve menfaatlerinin koruma amaçlı gerçekleştirilmesine bağlıdır.

Devlet eğitim hakkını bir kamu hizmeti olarak tüm bireylere sunmak zorundadır. Üniversite öğrencileri kamu hizmeti almaktadır. Lisans düzeyinde eğitim hizmeti sadece Yükseköğretim Kurumuna bağlı üniversiteler tarafından verilmektedir. Eğitim hakkı da temel bir haktır. Bu noktada bir üniversite öğrencisinin başını örttüğü için okula girmesinin başını açma şartına bağlı tutulması, açık bir yasa hükmünün varlığına bağlıdır.

Türkiye Cumhuriyeti yasalarından sadece iki tanesi kılık kıyafetle ilgili hükümler içermektedir.

Bunlardan birincisi 28.11.1925 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktizası Hakkındaki Kanundur. Yasa TBMM üyelerine ve memurlara şapka mecburiyeti getirmektedir. Bu kanun erkeklerin şapka dışındaki bir başlığı kullanmasını engellemektedir. Yasa erkekleri ilgilendirmekte olup, kadınların başlarını örtmesini engellemeye yönelik herhangi bir ifadesi mevcut değildir. Kaldı ki öğrenciler şapka ile başlarını örttüklerinde de, Yükseköğretim Kurumlarına alınmamaktadırlar.

Kılık kıyafete ilişkin yegane ikinci yasa, 3.12.1934 tarihli, 2596 sayılı, "Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair kanun"dur. Yasa metni altı maddeden oluşmaktadır. Kanunun kimle-

re uygulanacağı açıkça belirlendiği için metinde belirtilen kişiler haricinde kimselere uygulanmasına hukuken imkan yoktur. Yasa, açıkça ruhanilerin kıyafetlerine, izcilik, sporculuk gibi toplulukların, yabancı memleketlerin siyaset, askerlik ve milis teşekküllerin ve ecnebi teşekkül mensuplarının kıyafetlerine ilişkindir. Ayrıca, hangi din veya mezhepten olursa olsun, mabet veya ayinler (dini törenler) dışında, dini kisvelerin giyilemeyeceği"ni düzenlemektedir. Kanunda, öngörülen bu yasak din adamlarınca giyilmesi söz konusu olan sarık, cübbe ve ruhanilerin giydikleri kıyafetleri içine almakta ve erkekleri ilgilendirmektedir. Ruhani kıyafetin ne olduğu Nizamnamenin 2. maddesinde din adamlarının kıyafeti olarak açıklanmıştır.

Bu ifadeyi başörtülü öğrenciler açısından dini kıyafet olarak değerlendirmek mümkün değildir. Başını örten bayanların ruhani olmadığı açıktır. Metni gayet açık ve sarih olan kanun maddelerinde bayanların kıyafetine ilişkin en ufak bir kısıtlama ya da yasaklama yada herhangi bir atıf mevcut değildir. Nitekim yasa bayanların kıyafetine ilişkin yasaklamalar içerseydi, kanunun uygulanmasını sağlamak üzere çıkartılan nizamnamede bu durum açıkça belirtilirdir. Nizamnamede kadınlara ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

Hak ve hürriyetleri ilgilendiren bir konuda, mevzuatta açıklık ve kesinliğin bulunması ve sınırlamaların dar yorumlanması esastır. Kıyafet nedeniyle çalışma yada eğitim hakkı gibi Anayasa'da güvence altına alınmış temel bir hakkın kullanılamaz hale getirilmesi için, somut hukuki bir normun bulunması zorunludur. Hukuk devleti ilkesi gereği yasaklayıcı hükümler getiren kuralların yoruma açık olmaması, şüpheye yer vermeyecek açıklıkta konuyu ifade etmesi gerekmektedir. Bu noktada 1934 tarihli Yasada yer almayan ifadelerin, başörtülü öğrencilere atfen uygulanmasına imkan yoktur.

3) Yükseköğretim Kurumu Mevzuatı

Yükseköğretim Kurumları, üniversite öğrencilerinin temel kanunu olan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa tabidir.

Yükseköğretim Kanununda, yine başörtüsüne yönelik fiili uygulamalara engel olmak

için değişik zamanlarda farklı düzenlemeler yapılmıştır. En son olarak (28 Ekim 1990 tarih ve 20679 sayılı) Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa eklenen Ek. 17. Madde ile; "YÜRÜRLÜKTEKİ KANUNLARA AYKIRI OLMAMAK KAYDI İLE YÜKSEK ÖĞRETİM KURUMLARINDA KILIK KIYAFET SERBESTTİR." hükmü getirilmiştir.

Bu doğrultuda Yükseköğretim Kanununda kılık kıyafete ilişkin herhangi bir yasaklayıcı hüküm bulunmamakta, aksine serbesti öngörülmektedir.

Bu yasa değişikliği, Sosyal Demokrat Parti iptal istemiyle Anayasa Mahkemesine götürülmüştür. Mahkeme, iptal talebini reddetmiş ve yasa yürürlükte bırakılmıştır. Fakat Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde başörtüsünün kılık kıyafet serbestisi içinde olmadığını ifade etmiştir. Gerekçe olarak başörtüsünün ayırım aracı olduğu beyan edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararları gereği başın örtülmesinin yasaklandığı beyan edilmektedir. Yasal mevzuatımız gereği mahkeme kararlarının yasal mevzuatı oluşturmasına imkan bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kanunu iptal etme yada yürürlükte bırakma yetkisi mevcuttur. Yasanın nasıl uygulanacağı hususunda ise direktif verme yetkisi bulunmamaktadır.

1982 Anayasasının, 153. Maddesinin 2. Fıkrası; "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." hükmünü içermektedir. İlgili maddede, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı verirken dahi kanun koyucu gibi hareket edemeyeceği, yeni bir düzenleme getiremeyeceği vurgulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi yasama organı olmayıp bir mahkemedir. Kural koyma hakkına sahip değildir. Yargı Organları, mevcut kuraları uygulayan kurumlardır. Bizatihi Anayasa gereği idari eylem ve işlem niteliğinde karar veremezler.

Anayasa Mahkemesi, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri kısıtlayıcı yorum yapamaz: Özgürlük söz konusu olduğunda, idarenin

takdir yetkisi bulunmadığı gibi idarenin takdir yetkisi kaldırılacak şekilde yargı karar verilmesine de imkan yoktur. Anayasa Mahkemesinin işlevi, Anayasa ve uluslar arası sözleşmelere aykırı hükümleri hukuk düzeninden iptal yoluyla ayıklamaktır. Bunu yaparken özgürlüklere ilişkin normları yaratır, fakat hak ve özgürlükleri sınırlayamaz. Hak ve özgürlükleri koruma yoluna gitmesi gerekirken engelleyemez. Yargıcın hukuk yaratma erki ancak hak ve özgürlüklerin arttırılmasında söz konusu olabilir. Yasa ile açık hüküm bulunmayan hallerde bu hakların kısıtlanması şeklinde içtihatlarla bulunulamaz. Bu noktada Türk Anayasası'na göre Anayasa Mahkemesi yasamayla ilgili kararlar alamayacağına göre, türban takmayla ilgili yaptığı yorum yürürlükteki "yasa"yı belirsiz ve tahmin edilemez kılmıştır.

Ek 17. Madde de serbestiyi öngören değişiklik, halen yürürlükte dir. Yasa maddelerin de yazıldığı şekliyle uygulanma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bizatihi Anayasa Mahkemesi bir kararında "Yasalar her şeyden önce sözü ile uygulanır. Yasa metinlerinde kullanılan sözcüklerin hukuk dilindeki anlamlarına göre anlaşılması gerekir. Yasa kuralının, günün sosyal, ekonomik gerekleriyle çeliştiği sanılsa bile yürürlükte kaldığı sürece uygulanması hukukun gereğidir." mütalaasında bulunmuştur. (12.03.1992 tarih, 21169 sayılı R.G., 28.01.1992 tarih, 1992/7E., 1992/2 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı)

Kararda ifade edildiği üzere önemli olan **yasa metnidir**. Yürürlükteki yasaların herhangi birinde bayan kıyafetini içerir bir kanun hükmüne rastlamak mümkün değildir. Bu durumda, "başörtülü olarak eğitim görmesinin Anayasa Mahkemesinin bir kararıyla yasaklandığı" şeklindeki bir görüşün müdahaleyi hukuken öngörür hale getirebilmesine imkan bulunmamaktadır. Serbesttir ifadesi, hiç bir şekilde "yasaktır" anlamında değerlendirilemez. Yasa koyucunun artık başörtüsünü serbest bırakmak için yapabileceği bir şey kalmamıştır. Bu noktada üniversite öğrencilerinin başını örtmesine sınırlama getiren açık bir yasa hükmü bulunmadığından, yorum yoluyla yasak ihdas edilemez.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin yorumlarının A.İ.H.M tarafından belirlendiği gibi «yasa»

dahilinde olduğu kabul edilse bile, yasama ölçütü (kıyafet özgürlüğü) ve mahkeme yorumu (türban yasağı) arasındaki zıtlık bu «yasa»yı Türk vatandaşları için belirsiz ve tahmin dilemez kılar.

Bireylerin nasıl bir uygulama ile karşılaşacaklarını bilmeleri hukukun üstünlüğünün bir gereğidir. Öğrenciler ilgi Anayasa Mahkemesi kararından sonra üniversiteye başörtülü olarak kayıt olmuşlardır. Öğrenciler 1998 yılına kadar senelerce aynı şekilde eğitim görmüşlerdir. Buna rağmen önce sadece bir Rektörlük genelgesi ile bütün uygulama değiştirilmiştir. Mahkemeler de bu uygulamayı idarenin takdir yetkisinde bir konu olarak değerlendirmişlerdir. İdarenin, öğrencileri kıyafetleri nedeni ile okula almama şeklinde bir karar alma yetkisinin olmadığı, Yükseköğretim Kurumu mevzuatında bu yönde bir hükmün mevcut olmadığını dikkate almamışlardır. Bu nedenle vaki müdahale, öğrencilerin din özgürlüğüne hukukun öngörmediği bir müdahaledir. İç mevzuat ve yürürlükteki yasalar başörtüsü takmayı engellemediğinden, öğrencilerin eğitimlerine devam ederken başlarının açık olması gerektiğine dair hiçbir öngöründe bulunmaları beklenemez.

Mevzuat hükümlerine dayanmaksızın sosyal genellemelerde bulunan yargı kararlarının aksine öğrencilerin başlarının örtülü olmasına engel olacak bir mevzuatın varlığından bahsetmek mümkün değildir. Zira Türkiye Anayasa'da yer aldığı üzere demokratik bir Hukuk Devletidir. Hukuk teknikleri yönünden, özgürlükler hukukunda aslanan, bireyin iradesi doğrultusunda hareket edip etmeme konusunda serbest olmasıdır. İnsanlar doğrudan doğruya herhangi bir kişi ya da makamın izni ya da müdahalesi olmaksızın özgürlüklerini kullanırlar. Bireyin özgürlük alanı, diğer bireylerin özgürlük alanları ve önceden belirlenmiş olan yazılı hukuk kuralları ile çevrelenmiştir.

Ana ilkenin serbestlik olduğunu ve fakat üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerini koruma amacı ile hukuk kuralları ile sınırların çizildiğini söylemek mümkündür. Bireylerin özgürlüklerinin sınırlarını, diğer bireylerin haklarının başladığı yer belirler. Üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin etkilenmediği bir hususta sınırlama yapılabilmesine imkan bu-

lunmamaktadır. Bir bayanın başını örtmesinin ya da açmasının, üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerini kısıtlayabilmesine imkan bulunmamaktadır. Kıyafet tarzının kamu düzenini bozmadığı müddetçe diğer vatandaşları olumsuz etkileyebilmesi olası değildir. Bu noktada demokratik bir toplumda bayanların başlarının örtülmesinin yasa ile dahi kısıtlanabilmesine imkan olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Zira bir bireyin özgürlüğü ancak, diğer bireylerin özgürlüğüne engel olduğunda kısıtlanabilir. Somut olarak üçüncü kişilerin hak ve yükümlülüklerini etkilemeyen bir hususta, yasa hükmü ile dahi temel bir hakkın kısıtlanmasına imkan yoktur. Bir öğrencinin saçının açık olmamasının, diğer öğrenci ve öğretim üyelerinin özgürlüklerini etkilemesi mümkün değildir. Kıyafet biçimi mahiyeti gereği üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerini etkileyecek bir niteliğe sahip değildir.

Demokratik bir ülkede bayanların saçlarının açık olması yada olmaması gerektiğine dair kanuni bir düzenleme yapılamaz. Kadınların başlarını örtmeleri yasa hükmü ile yasaklansaydı, sokakta yürüyen insanların dahi başlarının açık olması gerekecek ve kadınların evde başlarının örtülü olması halinde kolluk kuvvetlerinin müdahale etmesi gerekecekti. Bu durumun 21. yüzyılda kabul görmeyeceği açıktır.

Yasa hükmüne dayanmayan üniversitelerin genel yönetmelikleri ve genelgeler, başörtülü öğrenciler açısından hukuki öngörü şartını oluşturmamaktadır. Yönetmelikler, ancak bir yasanın uygulanmasını göstermek amacıyla çıkarılabilir ve kaynağını yasadan almayan bir yönetmelik çıkarılamaz. Temel hak ve özgürlükler, yönetmelikle sınırlandırılmaz.

Müdahale Meşru Bir Amacı İzlememektedir

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 9. Maddesinin 2. Fıkrası, kamu Güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarını, müdahaleyi meşru hale getirebilecek amaçlar olarak değerlendirmektedir.

1) Kamu Güvenliği

Başörtüsü yasağının, kamu güvenliğiyle bir bağlantısı mevcut değildir. Öğrenciler 1998 yılında peyderpey uygulamaya konan yasak başlayana kadar senelerce eğitim görmüşler ve kıyafet biçimleri hiç bir şekilde kamu güvenliğini olumsuz etkilememiştir. Sadece saçlarını örttükleri ve kimlikleri belirlenebilir nitelikte olduğundan, başörtülü fotoğrafları ile kimlikler almışlar ve diplomalarına başörtülü fotoğraflar yapıştırmışlardır. Güvenlikle ilgili herhangi bir sorun mevcut olmamıştır.

2) Kamu Düzeni

Saçların açık yada kapalı olması, model veya biçiminin kamu düzeniyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Düzen soyut olarak bozulmaz. Bunun için maddi bir vakianın varlığı, örneğin eğitimin aksamaması somut bir huzursuzluğun vaki olması gerekir. Başörtüsü yasağına neden olabilecek en ufak huzursuzluk verici bir olaya rastlamak mümkün değildir. Öğrencilerin daha önce saçlarının örtülü bulunması kamu düzenini bozmamıştır. Aksine yasağın uygulanmaya başlaması ve öğrencilerin kayıt oldukları kendi okullarına alınmamları, diğer öğrencilerin ve toplumun huzurunu bozmuş, huzursuzluğa neden olmuş, toplumsal barış zedelenmiştir.

Öğrencilerin başörtüsü kullanmasının engellenmesi toplumsal ihtiyaç baskısından kaynaklanmamaktadır. Bilindiği üzere başın örtülmesi, Türk toplumunda yaygın bir giyim tarzıdır. Sokakta, çarşıda, kapalı ya da açık mekanlarda başını örten bir giyim tarzını tercih eden pek çok bayan görmek mümkündür. Toplumun dikkate değer bir çoğunluğunun başörtülü olduğu bir ülkede, Yükseköğretim Kurumlarında başını örtmesinin, kamu düzenini bozucu cinsel ayrımcılığa neden olan kuvvetli, çarpıcı, dinsel bir simge, dine bağlılığın kuvvetli bir sembolü olarak kabul edilmesine imkan yoktur.

Anketler

Sivil toplum kuruluşları tarafından yapılan istatistiklerde, Sözleşmecî devletin sınırları içinde, başörtüsünün bir ayırım veya baskı aracı olarak değerlendirilmediği, farklı giyim-

deki bireylerin kamu düzeni bozulmadan aynı ortamlarda bulunup bulunmadıkları incelenmiştir.

Bunlardan en önemlilerinden birisi Şubat 1999 tarihinde Türkiye’de din ile toplumsal ve siyasal tutum ve davranışlar arasındaki ilişkiyi irdelemek üzere yapılan ve Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etütler Vakfı’nın (TESEV) mali desteğiyle gerçekleştirilen TÜRKİYE’DE DİN, TOPLUM VE SİYASET isimli bir anket çalışmasıdır.

Boğaziçi Üniversitesi öğretim üyeleri tarafından hazırlanan araştırmadaki başörtülü öğrencilerin okula alınması ile ilgili bir soruya katılanlar, %76 olup, karşı fikirde olanlar sadece %16’da kalmaktadır. Konuya ilişkin hükümler ve değerlendirilmeler yorum yapılmaksızın aşağıya aktarılmıştır.

Araştırma Türkiye’de din ve siyaset ilişkileri üzerine ilginç ipuçları vermektedir. Bu sonuçlara göre, Türk halkının büyük bir çoğunluğu dinine bağlı ve ibadetlerini yerine getiren inançlı Müslümanlardan oluşmaktadır. İbadet alışkanlıklarına ilişkin sorulara verilen cevaplar halkın büyük çoğunluğunun sadece inançlı olmayıp ibadetlerini de yerine getirdiğini göstermektedir. (s.13)

“İnanç farklılıklarının hoşgörü ve barış ortamında” korunması büyük bir çoğunluk için toplumsal huzurun ayrılmaz bir parçası olarak algılanmaktadır. Araştırmada halkın dini konularda hoşgörüsünü ölçen bir dizi soruya alınan yanıtlar gerçekten de Türk halkının Müslümanlık anlayışının fevkalade hoşgörülü olduğunu ortaya koymaktadır. Örneğin, başka dinlere inananlar arasında iyi insanlar olabileceğini düşünenlerin oranı %89,2’dir. Bu görüşe katılmayanlar ise %4,7’dir. Müslüman olmayanların günah işlemedilerse cennete gidebileceğine inananlar %41,9, tersini düşünenler ise %28,7’dir. Araştırma halkın birbirine karşı hoşgörülü olduğu aralarında problem olmadığını ortaya koymaktadır. (s.17)

Benzer şekilde, bir kişi Allah’a ve Hz. Muhammed’e inaniyorsa namaz kılmaya bile Müslüman’dır diyenlerin oranı %85,4, oruç tutmaya bile Müslüman’dır diyenlerin oranı %82 ve içki içse bile Müslüman’dır diyenlerin oranı %66,3’tür. Her Müslüman kadının başını örtmesi gerektiğini düşünenler %58,9 iken, bir

kadının başını örtmemesi halkın önemli bir kesimi için Müslüman sayılmasına engel değildir. Bir kadın Allah'a ve Peygamber'e inanıyorsa başını örtmese bile Müslüman sayılacağını söyleyenlerin oranı %84,8'dir. Tersini düşünenler sadece %8,3'dür. (s. 8)

Araştırma, Türkiye nüfusunun çoğunlukla Müslümanlardan oluşmasının, ne İslâmi kesimin varsaydığı gibi dinin siyasal yaşamda rol almasına destek, ne de laik kesimin korktuğu gibi şeriat devleti kurulması için taban oluşturduğunu göstermiştir.

Araştırma, Siyasal İslâm'ın güçlenmesi sonucunda Türk halkının "İslâmcı-Laik" diye ikiye bölündüğü ve bu bölünmenin ayrı kutuplarda odaklanmış ve birbirine tahammül edemeyen kamplar yarattığı iddiasının geçersizliğini de ortaya koymuştur. "Aşırı İslâmcı-Aşırı Laik" gibi siyah-beyaz kategoriler halkın küçük bir kesimini kapsamaktadır. Kendini hiç dindar görmeyenler ile çok dindar görenlerin oranı sırasıyla %2,8 ve %6,1'dir. Buna karşın %54,9 gibi önemli bir çoğunluk kendini "dindar sayılırım" kategorisine dahil etmiştir. Kamplaşmanın boyutlarını ölçmek için sorulan sorulara verilen yanıtlar bu tür bir kamplaşmanın çoğunluk için anlamlı olmadığını ortaya koymuştur. Örneğin, kent ve kasabalarda oturanlara sorulan "oturduğunuz mahallede tesettürlü kadın ve genç kızlar çoğunlukta olsa bu durum sizi rahatsız eder mi? sorusuna %83,5'i "hayır" cevabını vermiştir. Rahatsız olacağını söyleyenlerin oranı %12,8'dir. Aynı şekilde, "bir lokantada tesettürlü kadın ve genç kızların çoğunlukta olsa bu lokanta da yemek yer misiniz?" sorusuna %86 "evet" yanıtını vermiştir. Tersini söyleyenler %11,2'dir. (s.19)

Kadına ilişkin sorular da örtünme araştırmalarının ifadesi ile siyasal sonuçları açısından en önemliler arasındadır. Bu soruya verilen yanıtlar Türk kadınlarının çoğunun örtündüğünü göstermektedir. Sokağa çıktıklarında başını örtmediğini söyleyen kadınların oranı sadece %27,3'tür. Buna karşılık %53,4 başörtüsü ve %15,7 türban taktığını söylemektedir. Ankete cevap veren erkeklerden eşinin başını örtmediğini söyleyenlerin oranı sadece %16,4'tür. Erkeklerin %65,2'si eşlerinin başörtüsü, %13,5'i ise türban taktığını söylemektedir. Herkese sorulan annelerinin ve varsa 15

yaşından büyük kız çocuklarının örtünüp örtünmedikleri sorusuna verilen yanıtlarda benzer oranlardadır. (s. 22)

Toplumda kadının yeri, dini politikayla etkileşiminde en önemli çatışma noktalarından biridir. Çalışmada, kadının toplum içindeki yeri ve kadınların kamu yaşamına katılımına yönelik devlet politikaları konularında güncel birkaç konu sorgulanmıştır. Bu sorular bağlamında, üniversite öğrencisi kızların isterlerse başlarını örtmelerine izin verilmesi gerektiğine, görüşülenlerin %76,1'i destek vermiştir. Devlet memuru kadınların isterlerse başlarını örtmelidir" ifadesine katılanların yüzdesi %74,2 olup, katılmayanların yüzdesi 16,0'dır.

Türk halkının yarısı (%50,2) dindar insanlara baskı yapıldığını düşünmekte, baskı yapıldığını düşünen %42'nin yaklaşık %65'i türban yaşağını örnek olarak vermektedir.

Araştırmanın bir diğer önemli bulgusu, dinin kamu ve siyaset yaşamı üzerinde etkili olmaması gerektiğini düşünenlerin çoğunlukta olmasının yanı sıra devletin de dini yaşam müdahale etmemesi gerektiğini düşünenlerin çoğunlukta olmasıdır. (s. 16)

Aynı durum Liberal Düşünce Topluluğu Tarafından 3 Aralık 2002 tarihli Basın Açıklaması ile kamuoyuna duyurulan bir kamu oyu araştırması ile ortaya konmuştur. İlgi araştırma Avrupa Komisyonu'nun katkılarıyla yürütülen "**Yasal ve Sosyal Yönleriyle Türkiye'de İfade Özgürlüğü**" başlıklı proje çerçevesinde üç doçentten oluşan bir araştırma ekibi ile gerçekleştirilmiştir.

İlgi raporun "Temel Hak ve Özgürlükler ve İfade Özgürlüğü: Mevcut Durum ve Beklentiler" kısmında ifade edildiği üzere toplumun %73'ü Türkiye'de insan hakları ihlallerinin yaygın olduğu kanaatinindedir.

Toplumun yarıdan fazlası, başörtülüler, kadınlar, dindarlar, eşcinseller ve Kürtlerin baskı gördüğü kanısındadır. (s. 2)

Toplumun %70'i üniversitelerde başörtüsünün serbest olması gerektiğini düşünmektedir. (s. 3)

Konuya ilişkin tablolar aşağıda verilmiştir.

— Size göre Türkiye’de aşağıdaki gruplar üzerinde baskı var mı yok mu?

	Baskı var diyen %	Baskı yok diyen %	Fikir belirtmeyen %	Toplam
Başörtülüler	78, 2	17, 8	4, 0	100, 0
Kadınlar	77, 3	20, 2	2, 5	100, 0
Dindarlar	63, 3	29, 4	7, 3	100, 0
Eşcinseller/ Travestiler	53, 3	28, 7	17, 9	100, 0
Kürtler	50, 7	36, 7	12, 6	100, 0
Solcular	40, 7	42, 1	17, 2	100, 0
Aleviler	38, 5	41, 2	20, 3	100, 0
Çingeneler	24, 4	54, 1	21, 5	100, 0
Gayrimüslimler/ Azınlıklar	21, 3	60, 1	18, 6	100, 0

— Üniversitelerde başörtüsü serbest olmalı mı?

	%
Serbest olmalı diyen	70, 0
Serbest olmamalı diyen	22, 9
Fikir belirtmeyen	7, 1
TOPLAM	100, 0

Aynı şekilde İstanbul Mülkiyeliler Vakfı Sosyal Araştırmalar Merkezi (İMV-SAM) Siyasal ve Toplumsal Eğilimler Araştırması’nın Aralık 1997 Raporuna göre, Türk Halkı “Kız öğrencilerin üniversiteye başları örtülü girmesini doğru bulanların oldukça yüksek bir orana, en çok dile getirdikleri nedenin ‘özgürlük ve demokrasiyle ilişkili olduğu (%67,3) görülmektedir.” (s. 18)

Yine 17. sayfada ‘Bazı kız öğrencilerin üniversiteye başları örtülü girmek istemesini doğru mu yanlış mı buluyorsunuz?’ şeklinde formüle edilen soruya seçmenlerin %63’ü ‘doğru buluyorum’ cevabını vermiştir. %27,3’lük bir kesim bunu ‘yanlış’ bulduğunu söylerken, geri kalan %9,7’lik kesim fikir belirtmemiştir.

(TESEV) Araştırması, (İMV-SAM) Siyasal ve Toplumsal Eğilimler Araştırması’nın Aralık 1997 Raporu, başörtüsünün Türkiye sınırları içinde yaşayan insanlar tarafından ayrımcılık ve baskı aracı şeklinde algılanmadığını, halkın kıyafet problemi yaşamadığını göstermektedir. Bu araştırmalar yasağın toplumda karşılığının olmadığını göstermektedir. Bireylerin dini ve şahsi düşünceleri ne olursa olsun başını örten

öğrenci somut olarak diğerlerini etkilememektedir. Öğrencilerin isterlerse başlarının örtmesi gerektiğine inanların sayısı olan %74, oldukça yüksek bir istatistiktir. Nitekim bu durum bazı anketlerde %95’lere kadar çıkmaktadır. “[http://212.252.113.97/ast/qst/CDA/ViewQuestionnaire/ 1.1360.79.00.html](http://212.252.113.97/ast/qst/CDA/ViewQuestionnaire/1.1360.79.00.html)” adresinde 2002 yılı mart ayında yapılan ve bilimsel niteliği bulunmamasına rağmen, rakamların dikkat çekici olması nedeni ile ifade etmek istediğimiz bir ankette katılanların %95’i, başörtülü öğrencilerinin okula girebilmesi gerektiği şeklinde oy kullanmışlardır.

Türk toplumunda zaten aksi düşünülemez. Üniversite öğrencileri arasında da, başı örtülü-başı açık tartışması bulunmamaktadır. İsteyen istediği kıyafeti giyerken diğerleri üzerinde herhangi bir etki yada baskı oluşturmamaktadır. Bireyler arasında bir sorun mevcut değildir. Hiç kimse sınıftaki diğer bir öğrencinin başını örtmesini kendi hakkına müdahale edildiği şeklinde değerlendirmemektedir. Boynunu örten öğrenci okula alınırken, başını örten öğrencilerin okula alınmaması kamu düzenini koruma amacına hizmet etmeyecektir. Bu noktada kamu düzeni açıklaması, müdahalenin meşru nedenini oluşturmamaktadır.

3) Genel Sağlık

Başörtüsü yasağının, “Genel Sağlık”la da bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu yönde bir iddia da mevcut değildir. Bayanların başlarını örtmesi doğal olarak sağlıklarını etkilememektedir.

4) Genel Ahlak

Üniversite öğrencilerine başlarını açma zorunluluğu getirilmesinin, genel ahlak kuralları ile bir bağlantısı mevcut değildir.

5) Başkalarının Hak ve Özgürlüklerin Korunması

Öğrencilerin başlarını örtmesinin engellenmesinin başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ile açıklanabilmesi imkan dahilinde değildir. Öğrencilerin okula alınmaması diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin artmasını sağlamayacaktır. Üniversite öğrencileri kıyafet biçimlerinden etkilenme ihtimalinin bulunduğu herhangi bir insan topluluğu içinde değildirler. Üniversite eğitimi gören on sekiz ila yirmi beş yaşları arasında öğrencilerin birbirle-

rinin kıyafetlerinden olumsuz etkilenebilmele-
rine ve sadece kıyafetleri ile birbirlerinin hak
ve özgürlüklerini kısıtlayabilmelerine fiilen
imkan yoktur.

Bütün öğrenciler için başörtüsü takma zo-
runluluğu söz konusu olmadığı için, bu duru-
mun diğer öğrencilerin özgürlükleriyle de bir
ilgisi yoktur. Kıyafet üçüncü kişileri somut
olarak ilgilendirmemektedir. Zaten 18 yaşını
geçmiş öğrencilerin birbirlerinin kıyafetlerin-
den etkilenmeleri düşünülemez. Başını örten
öğrencilere müdahale edilmemesi üçüncü
kişilerin haklarına saygı unsurunu tehlikeye
sokmayacaktır. Çünkü öğrencilerin insanların
dinlerini değiştirmek gibi bir amacı yoktur.

Yükseköğretim görme seviyesine gelen,
yaşları itibarıyla kişilikleri oluşmuş öğrencilerin
birbirlerinin kıyafetlerinden yada saç biçimle-
rinden hakları etkilenmez. Bu durum, saçlarını
kısa kestiren ya da kızıla boyayan bir bayan
öğrencinin, saçlarını uzatan yada farklı renk
saça sahip olan öğrencilerin haklarına müda-
hale ettiği, bu nedenle diğerlerinin özgürlüğünü
koruma adına hepsinin aynı doğal saç
rengine sahip olması gerektiği, aksine hareket
edenlerin okula alınmamasının doğru olduğunun
iddia edilmesi kadar kabul edilemez nite-
liktedir.

Bu noktada, müdahaleyi meşru hale geti-
rilecek, din hürriyeti açısından mevcut sı-
nırlama sebeplerinin hiç biri, bayanların boyun
ve saçlarını örten bir kıyafet biçimini belirle-
melerine müdahale hakkı vermemektedir.

Zaten Yükseköğretim Kurumu başı örtülü
öğrencilere karşı gerçekleştirdiği uygulamayı,
öğrencilerin kamu düzenine, genel ahlaka
aykırı ya da başkalarının hak ve özgürlüklerini
ortadan kaldıran herhangi bir hareketine de-
ğil, sadece dini inancını yerine getirmesine ve
kendini ifade etme şekline dayandırmaktadır.
Öğrencilerin üniversite disiplinini bozan her-
hangi bir hareketleri olmadığından, İdare ya-
sağa neden olabilecek somut bir neden ileri
sürmemektedir.

3) Müdahale Demokratik Bir Toplumda Gerekli Değildir

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de-
ğerlendireceği konulardan bir tanesi de, mev-
cut müdahalenin demokratik bir toplumda

gerekli olup olmadığıdır. Demokratik toplum,
9. Maddenin 2. Fıkrasının sınırları içinde, Dev-
letin veya nüfusun bir bölümünün hoşuna
gitmeyen dini açığa vurma özgürlüğünü kul-
lanma hallerini de koruma altına alır. Demok-
ratik toplum hoşgörü ve çoğulculuk içinde
yaşamayı gerektirir. Bunlar olmadan demok-
ratik toplum olmaz.

Demokratik hukuk devleti anlayışı vatan-
daşlara karşı eşit davranmayı zorunlu kılar.
Vergi, askerlik, kanun ve kurallara saygı gibi
devlete karşı borçlarını ve yükümlülüklerini
yerine getiren vatandaşlar, her türlü haklardan
ve devletin vatandaşına sağladığı imkanlardan
da adalet ve hakkaniyet esasları çerçevesinde
eşit şekilde yararlanırlar. Herhangi bir inanca
veya vicdani kanaate sahip olmak bu hak ve
imkanlardan mahrumiyet sebebi olamaz.

Demokratik bir toplumda bilinç ve müsa-
maha olmalı ve devlet düzeni sağlamalıdır.
Gerginliği kaldırmak için gerginliğin taraflarını
ortadan kaldırmamalıdır. Aksine taraflara iba-
det özgürlüğü için gerekli imkanı tanımalıdır.

Mahkeme bir kararında (Case Of Şerif, 19
Aralık 1999) ;

"Dini veya her hangi bir nedenle toplumun bö-
lündüğü yerlerde gerginliğin yaratılması müm-
kündür. Fakat bu çoğulculuğun kaçınılmaz bir
sonucudur. Böylesi durumlarda yetkililerin gö-
revi çoğulculuğu tasfiye ederek çoğulculuğu or-
tadan kaldırmak değildir. Aksine bir biriyle yarı-
şan rakip grupların biri birlerine müsamaha et-
melerini sağlama görevi vardır."

diyerek toplumsal meşruiyeti bulunan farklılıklarını
yok etme değil aksine korunması gerektiğini
belirtmektedir.

Başını örten öğrencilerin dini açığa vurma
özgürlüğünü kullanmasına karşı yapılan mü-
dahalenin demokratik bir toplumda gerekli
sayılabilmesi için, öğrencilerin davranışının
ağırlığını, başkalarının hak ve özgürlüklerini
korumanın gereklilikleri karşısında ölçmek
gerekir.

Öğrenciler sadece başlarını örttüğü için
Türkiye'deki eğitiminin tamamen sona erdirilmesi,
din özgürlüğüne orantısız bir müdahaledir.
Bu müdahale ile öğrenciler, din özgürlüğünü
kullanma hakkı ile eğitim hakkı, mezun olarak
meslek sahibi olma hakkı arasında seçim yapmak
zorunda bırakılmıştır.

Söz konusu müdahalenin amacı, Sözleşme'nin 9. Maddesinin 2. Fıkrasındaki meşru amaçlardan birini yerine getirmek olsaydı dahi, bu amaç Sözleşme'de tanınan eğitim hakkının kullanılması engellenerek gerçekleştirildiğinden, müdahale amaçla orantısız ve çok ağır bir müdahale niteliği kazanmıştır.

Demokratik bir toplumda öğrencilerin mutlaka saçlarını göstermelerini gerektirecek herhangi bir neden bulunmamaktadır. Salt saçlarının açık olmaması, öğrencilerin okuluna alınmamasını ve tüm eğitim imkanlarının elinden alınması için yeterli bir sebep değildir.

Öğrencilere zaten hakları olan okullarına devam edebilmeleri karşılığında, kendileri için çok önemli olan ve üçüncü kişilere herhangi bir zararı yada etkisi bulunmayan kıyafet biçimini değiştirmeleri ve kendi kendileri ile çelişmeleri istenmektedir. Sadece dini inançları gereği başının örtülü olması gerektiğine inandıklarından başlarını açmadıklarında eğitim hakları kullanılamaz hale getirilmiştir.

Alınan önlemler **hedeflenen amaçlarla uygunluk** arz etmemektedir. Yüzlerce öğrenci eğitimin niteliği ile ilgili olmayan bir sebepten ötürü sadece başını örttükleri için- Türkiye'deki eğitimini bırakmak zorunda kalmışlardır. Gerçekleştirilen müdahale son derece ağırdır.

Türkiye dışındaki diğer ülke üniversitelerinde, doğal olarak kıyafet yasağı bulunmamaktadır. Değişik Avrupa ülkelerinde ve Amerika Birleşik Devletlerinde başı örtülü olduğu için eğitim hakkını kullanmasına izin verilmeyen bir üniversite öğrencisine rastlamak mümkün değildir. Öğrencilerin kültür itibarı ile başörtüsüne alışık olmayan uluslararası üniversitelere serbestçe eğitim görebilmeleri, bu surette başı örtülü fotoğraflarla diploma alabilmeleri, gerçekleştirilen müdahalenin demokratik bir toplumda kabul edilemeyeceğini göstermektedir.

5. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Komisyonunun Başörtüsü İle İlgili Kararları

a) Karaduman v. Türkiye Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin henüz başörtülü öğrenciler hakkında verdiği bir karar

mevcut değildir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun diplomalara yapıştırılan başörtülü fotoğraf konusunda iki adet kabul edilemezlik kararı bulunmaktadır. Karaduman v. Türkiye (03.05.1993 tarih, başvuru no. 16278/90) ve Akbulut v. Türkiye. (Karaduman v. Türkiye kararında dosya incelenerek başvuru esastan kabul edilemez bulunmuş, Akbulut v. Türkiye kararında ise, aynı nitelikte olması hasebiyle başvuru incelenmeksizin reddedilmiştir)

Söz konusu kararlar, başörtülü olarak serbestçe eğitimini tamamlamış, diploma yerine geçen çıkış belgesini almış ve fakat başörtülü fotoğrafları nedeniyle diplomalarını alamayan iki Türk vatandaşının başvuruları ile "kabul edilemezlik" kararıdır.

Karaduman v. Türkiye kararında Komisyon "diploma ve üzerindeki fotoğraf kişinin kimliğini belirlemeye yarayan bir belge olur, dini inançları açıkça göstermeyi amaçlayan bir belge değildir" ifadeleri ile başı açık fotoğraf vermediği için diploma alamayan başvurucunun, düşünce, vicdan ve din hürriyetinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Kararda

"Diplomalara yapıştırılacak fotoğraflara ilişkin kurallar, her ne kadar üniversitelerde günlük yaşamı etkileyen disiplin kuralları içinde yer almasalar da, üniversitenin laik ve cumhuriyetçi niteliğini korumaya yönelik üniversite kurallarının bir parçasını oluşturur. Laik bir üniversitede yükseköğrenim yapmayı kabul ederken bir öğrenci bu üniversitenin bütün kurallarına uymayı kabul etmiştir. Bu kurallarla, öğrencilerin dini inançlarını yerine getirmeleri gerek yer, gerekse şekil açısından bazı sınırlamalara tabi tutulabilir. Bu sınırlamanın amacı, değişik inançtaki öğrencilerin bir arada bulunmasını sağlamaya yöneliktir. Özellikle, nüfusunun büyük çoğunluğu belli bir dine mensup olduğu ülkelerde, bu dinin, hiçbir yer ve şekil sınırlaması olmaksızın, tam ayin ve gösterilerin yerine getirilmesi, bu dine mensup olmayan, başka bir dine mensup olan öğrenciler üzerinde bir baskı oluşturabilir. Laik üniversiteler, öğrencilerin kılık kıyafetlerine ilişkin disiplin kuralları koyduğunda bazı dini akımların öğrenimde kamu düzenini bozmaları ve başkalarının inançlarını ihlal etmemeleri için kurallara sınırlamalar getirilebilir."

ifadeleri yer almaktadır. Komisyon;

"Laik bir üniversitedeki öğrencilik statüsünün, doğası gereği, başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini sağlamaya yönelik bazı davranış kurallarıyla bağlılığı da içerdiği; Laik bir

üniversite yönetmeliğinin, öğrencilere verilen diplomanın, hiçbir şekilde öğrencilerinde katılabileceği dinsel kaynaklı bir hareket kimliğini yansıtmaması gerektiğini öngörebileceği; Laik üniversite düzeninin gerekleri dikkate alındığında da, öğrencilerin kılık kıyafetlerinin düzenlenmesinin ve bu düzenlemeye uymadıkça kendilerine diploma verilmesi gibi bazı idari hizmetlerinden yararlandırılmamalarının, din ve vicdan özgürlüğüne müdahale oluşturmadığı”

görüşlerinde de bulunmuştur.

Karaduman v. Türkiye Kararının Başörtülü Öğrencilere Gerçekleştirilen Müdahaleden Farklılıkları

Oy çokluğu ile verilen Karaduman v. Türkiye kararı, eğitim-öğrenim görme özgürlüğü ile doğrudan doğruya ilgili değildir. Komisyon kabul edilmezlik kararı verirken konuyu öğrenim hakkı çerçevesinde ele almamıştır. Söz konusu kişilerin yükseköğretim kurumlarında başörtülü olarak öğrenim görmeyle ilgili bir iddiaları olmamış ve Komisyon da kararında öğrenim görme hakkıyla ilgili bir şikayet bulunmadığı hususunu özellikle vurgulamıştır.

İlgi kararlar başörtülü olarak mezun olmuş öğrencilere verilen diploma ya da çıkış evraklarında yapıştırılacak olan fotoğrafın “açık olması”na ilişkindir. Yani kimlikle alakalı bir husustur.

Bu noktada ilgi kararların, başörtüsü yasağına gerekçe yapılabilmesi mümkün değildir.

Komisyon kararındaki vakıa, başörtülü öğrencilerin kampus kapısından alınmayarak eğitim hakkının tamamen sona erdirilmesi değildir. Kararın özü, diplomalara yapıştırılan fotoğrafla ilgilidir. Başvurucunun zaten aynı işlevi görecektir çıkış belgesinin olması hasebiyle, hak kaybı oluşturmayan kararlar, rapor konumuzdan farklıdır. Başörtüsü takan öğrenciler okulun kapısından dahi içeri girememektedir, idari hizmetten yararlanmanın aksine en temel haklarını kullanamamaktadır.

Bütün üniversitelerin Yükseköğretim Kurumuna tabi olduğu, hiçbir okula başörtülü girme imkanı bulunmadığı düşünüldüğünde konunun eğitim hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi ve yeniden incelenmesi gerekmektedir.

Komisyonun başvuruçuyu “yüksek öğrenimini laik bir üniversitede yapmayı ‘tercih

eden’ bir öğrenci” olarak nitelendirmesi, Türkiye’deki üniversitelerin niteliği hakkında eksik bir bilgilenmeden kaynaklanmaktadır. Başörtülü başvuruçuların Türkiye’deki her hangi bir üniversitede ya başı açık olarak öğrenim görme ya da üniversitede öğrenim görmeme seçeneklerinden başka bir alternatif bulunmadığı belirtilmelidir.

Komisyon öğrenci laik bir okulu tercih ettiğine göre, bu okulun kurallarına uymak zorundadır...” şeklinde bir sonuca varılmış ve bu sonuca binaen verilmiştir. Bu ifadeden, Komisyon üyelerinin Türkiye’de diğer Avrupa Ülkelerinde görüldüğü gibi dinsel cemaatlere ait ve onlarca yönetilen özerk üniversitelerin (okulların) bulunmadığı ve bulunmasının hukuken mümkün olmadığı ve tüm üniversitelerin (Liselerin) zorunlu olarak laik olduğu konusunda aydınlatılmamış olduğu izlenimi çıkmaktadır.

Öncelikle not edilmelidir ki, Türkiye’de laik olan veya laik olmayan üniversite ayrımı yoktur. Türkiye’deki bütün üniversiteler laiktir. Başörtülü öğrencilerin laik olmayan bir Türk üniversitede öğrenim görme imkanı yoktur; kaldı ki böyle bir talepleri de yoktur. Üniversite eğitimi almak isteyenlerin farklı bir tercih imkanı mevcut değildir. Yükseköğretim görmek isteyen bir kişi her halükarda Yükseköğretim Kurumuna tabi bir okulda eğitim görmek zorundadır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 1. Protokolünün 2. Maddesi ile eğitim görme ve eğitim tarzını serbestçe seçme hakkı düzenlenmiştir. Fakat Türkiye 18 Mayıs 1954’de protokolü onaylarken eğitimle ilgili 2. Maddesinde (6 Mart 1340 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanununu saklı tutarak) ihtirazi kayıt koymuştur.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti alternatif eğitim kurumlarına izin vermeyeceğini en baştan eğitim özgürlüğüne ihtirazi kayıt koyarak bildirmiştir. Bu kayıtla, eğitim hakkı herkes için kabul edilmekte, fakat Türkiye’de ana okulundan üniversiteye kadar eğitim laik ve devletin tekelinde olduğu, hiç bir şekilde alternatif eğitim kurumu açmaya izin verilmeyeceği belirtilmektedir.

Türkiye’de yüksek öğretim, devlet tekeli altındadır. Bireylerin yükseköğretimden yararlanabilmeleri için mutlaka Öğrenci Seçme

Sınavına girmeleri ve bu sınavı kazananların, özel, vakıf ya da Devlete ait mutlaka Yükseköğretim Kurumuna tabi üniversitelerden birisini seçme zorunluluğu vardır. Bütün üniversiteler Yükseköğretim Kurumuna tabi olduğundan, hiç birinde başörtülü olarak eğitim görme imkanı yoktur. Bu noktada başörtülü öğrencilerin tercihlerinin sonuçlarına katlanmaları gerektiğinden bahsedilemez.

İlgi karar “Yükseköğretim Kurumlarında kanunlara aykırı olmamak kaydıyla kılık kıyafet serbestisi” getiren Yükseköğretim Kanunu Ek 17. Madde yürürlüğe girmeden, kıyafete cezalandırıcı hükümler getiren 7/h bendi yürürlükten kaldırılmadan önceki mevzuatın varlığındaki bir işlem nedeniyle tesis edilmiştir. Bu tarihten sonra bizzat yasa ile kıyafet serbestisi getirildiğinden Komisyon kararından sonra da öğrenciler başörtülü olarak kayıt olarak, kimlik almışlardır. 1998 yılına kadar senelerce başörtülü olarak eğitim görmüşlerdir.

Zira Türkiye’deki laik üniversitelerin herhangi bir mevzuatında başörtüsü takan öğrencinin bahçe dahil, kampus kapısından içeri alınmasını engelleyecek hiç bir hüküm bulunmamaktadır. Bu noktada laik üniversitede okumayı tercih eden öğrencinin kuralları bilmesi gerektiğinden bahsedilemez. Yasak başlayana dek hiç kimsenin, başörtülü öğrencilerin okul kütüphanesine dahi alınmayacağını hukuken öngörebilmesine imkan yoktur.

Üzerinde durulması gereken başka bir husus da, Komisyon kararında geçen “kamusal alan” ifadesidir. Komisyona göre, “İnsan Hakları Sözleşmesi’nin kamusal alanda, bir inancın gerektirdiği biçimde davranma hakkını mutlak olarak güvence altına almaz. Bir dinin uygulanması ifadesi, o dinin veya inancın zorunlu kıldığı ya da esinlendiği her türlü hareketin yapılabileceği anlamına gelmez.” Bu yaklaşımda, kamusal alan-özel alan ayrımının zorluğu karşımıza çıkmaktadır. Mevcut düzenlemelerde kişinin hak ve hürriyetini kullanmasına imkan veren yorum kabul edilmelidir. Yani kamusal alan mümkün olduğu kadar dar tutulmaktadır.⁶ Yükseköğretim Kurumu okul bahçesini, kampüs dışındaki kütüphane yada sağlık merkezini dahi kamusal alan ola-

rak değerlendirmekte, öğrenci olmayan vatandaşları dahi almamaktadır. Bu durum hayatlarının tüm kesiminde başını örten bayanlar açısından kabul edilemez.

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu yukarıda sözü edilen Şenay Karaduman kararında, “... halkın büyük çoğunluğunun aynı dine bağlı olduğu ülkelerde, bu dinin şartlarının ve sembollerinin açığa vurulmasına yer ve şekil bakımından bir sınırlama bulunmaması halinde, bu dinin gereklerini yerine getirmeyen öğrenciler ile bu dine bağlı olmayan öğrenciler üzerinde baskı meydana getirebilir” kaygısını dile getirmiştir. Bu kaygının ardında iki ön kabul olduğunu düşünmek mümkündür. Birincisi, başörtüsünün gerçekten “güçlü” bir dinsel simge olduğu ön kabulüdür; ikincisi bu dinsel simgeyi gören herkesin ve bu arada üniversite öğrencilerinin bire bir baskı altına gireceği ön kabulüdür.

İlkin başörtüsü, Türkiye’de yaşayan nüfus içinde “güçlü” bir dinsel simge olarak görülmez. Başörtüsü Türkiye’de özellikle kırsal kesimde yaşayan genç ve yaşlı bayanların büyük bir çoğunluğu, kentlerde yaşanların da belki yarısından fazlası tarafından kullanılmaktadır. Başörtüsü kullanıp kullanmamak tamamen kişinin dinsel inancını yerine getirme alışkanlığı ile ilgili bir durumdur; kendisiyle Allah arasında bireysel bir ilişkidir. Başörtüsü kullanan, kendisinin günahattan korunduğunu düşünebilir, ama başörtüsü kullanmayanın günahkar olduğunu iddia edemez; çünkü sevap da günah da sadece ve sadece kişi ile Allah arasındaki bir ilişki olarak kabul edilir. Türkiye’de başörtü kullanan bir kimse, kullanmayana “sen neden başörtüsü kullanmıyorsun” diye sormaya cesaret edemeyeceği gibi, kullanmayan da diğerine “sen neden başörtüsü kullanıyorsun” diye soramaz. Yine Türkiye’de her gün beş kez camilerden, üstelik Devletin maaşlı din görevlileri tarafından herkesin duyabileceği şekilde dinsel bir emri yerine getirmeye davet eden “ezan” okunur; ezan okunduğunda da hiç kimse bir diğerine “sen neden camiye gidip namaz kılıyorsun, veya neden camiye gitmiyorsun” diye sormaya cesaret edemez; diğerini baskı altında tutamaz. Çünkü herkesin dini inancını uygulayıp uygulamama özgürlüğü, laik Türkiye Cumhuriyetinin güvencesi altında olmalıdır. Nüfusu Müslümanlardan oluşan başka ülke-

⁶ KUZU, Burhan; *Demokratik Hukuk Devletinde Din ve Vicdan Hürriyeti*, s. 139.

lerdeki uygulamalar ise Türkiye'yi bağlamaz. O halde "Türkiye'de" başörtüsü, bir kimseyi belirli bir davranışa zorlama ve hatta davet etme anlamında "güçlü" bir dinsel simge olarak görülemez.

Komisyon kararında "...Türk Üniversitelerinde İslami Başörtüsü giyilmesi halinde, bunun giymeyen öğrenciler üzerinde baskı oluşturacağı..." şeklinde ifade de yer almaktadır. Başörtülü öğrencilerin üniversite öğrenimi görmek üzere üniversiteye girmeleri, üniversite öğretim üyelerinin veya diğer öğrencilerin inançları üzerinde bir baskı oluşturamaz. Kuşkusuz burada teorik bir baskı ihtimali değil, somut bir baskı riski bulunması gerekir. İkincisi, baskı vasıtası olarak düşünülen başörtüsünün, inançlar üzerinde gerçekten elverişli bir vasıta olup olmadığını ele almak gerekir.

Türkiye'de bir üniversite öğretim üyesinin bilimsel çalışmalarının veya kişisel inançlarının, öğrencisinin başörtüsünden etkilenebileceği ve baskı altında kalabileceği iddiası, yürütme organına karşı özerkliği bulunan ve öğrencisine bağımlı olmayan üniversite öğretim üyelerine karşı bir haksız ve yersiz bir iddiadır. Başörtülü bir öğrencinin, dinin gereklerini yerine getirmeyen veya bu dine bağlı olmayan diğer öğrenciler üzerinde baskı oluşturabileceği iddiası biraz daha yakından incelemeyi gerektirmektedir.

Komisyonun bu yorumu sadece varsayım dayalıdır. Bu görüşe ilişkin somut bir örnek mevcut değildir. Bu ifade Türkiye gerçekleri ile çelişmektedir. Bu ifade herhangi bir araştırmaya, sosyolojik ya da hukuki bir delile dayanmamaktadır. Öğrenciler yasak başlayana değin senelerce beraber eğitim görmüşler ve birbirlerine baskı oluşturduklarına ilişkin hiçbir olay meydana gelmemiştir. Zira başı açık öğrencilerin başörtülü öğrencilerden olumsuz etkilenmesine de imkan yoktur. Bu güne kadar Türk Üniversitelerinde başörtüsü kullanan öğrencilerin başları açık öğrencilere baskı yaptığı iddiasını destekleyecek tarzda bir tek olay vuku bulmamıştır. Zaten genel olarak üniversite öğrencilerinin çok azı başörtüsü kullanmaktadırlar. Sayıca az olan öğrencilerin sadece görünüşleri ile diğer öğrencilere baskıda bulunmalarına imkan bulunmamaktadır. Azınlığın çoğunluğa baskı yapması

hayatın olağan akışı içerisinde mümkün değildir.

Ayrıca fiilen mevcut olmayan bir başkasının hakkının ihlal edilebileceği ihtimalinden bahisle başörtülü öğrencilerin mevcut hakkının ihlaline göz yumulması hukuken kabul edilemez. 1998 yılına kadar öğrenciler senelerce başı örtülü eğitim görmüşlerdir. Öğrencilerin kıyafet biçimleri ile üniversitelerin laik ve cumhuriyetçi niteliği bozulmamış, değişik inançtaki öğrencilerin bir arada bulunması amacı zarara görmemiştir. Öğrencilerin başörtüsü takması fikir, inanç ve din konusunda bir ayrıma yol açmamıştır. Nitekim başörtülü öğrencilerin her türlü görüş ve fikirden arkadaşları bulunmaktadır. Kıyafet öğrenciler arasındaki diyalogu bozabilecek bir unsur değildir.

En ufak bir düzen bozucu olaya karışmamış öğrencileri başörtüsü kullandığı gerekçeyle, fundamentalist dinci hareketin bir militanı olarak görmek, gerçekten çok ağır ve haksız bir suçlama olacaktır. Başörtüsü takan öğrenciler hiç bir zaman ideolojik amaç yada amaçlar peşinde olmamıştır. Herhangi bir ideolojik harekete bu yöndeki bir fikre, yazılı veya sözlü olarak katılmamışlardır. Başörtülü öğrenciler üniversitelerde yıkıcı yada bölücü hiç bir olaya karışmamışlardır. Bu konuda somut tek bir örnek dahi bulunmamaktadır. Zaten Yükseköğretim Kurumu yasağı uygulanırken başörtülü öğrencilerin somut olarak eğitimi aksattıkları, diğer öğrencileri engelledikleri iddiasında da bulunmamaktadır.

Komisyon karar verirken, "başvurucunun üniversite eğitimi sırasında, iradesine aykırı olarak kıyafet yönetmeliğine uymaya zorlanmadığını" not etmiş, fakat mezuniyet belgesi verilmemesinin şarta bağlı olduğunu hak kaybı oluşturmadığını ifade etmiştir. Başvurucunun eğitimi sırasında başörtülü olarak okula devam etmesi, bu konuda yapılacak herhangi bir sınırlamanın meşru bir sebebi olmadığını göstermektedir. Aynı şekilde diplomanın ret kararının kesin olmayıp şarta bağlı olması, eğitimin niteliği ile ilgili olmayan bir şart yüzünden başvurucunun hak kaybına uğradığı gerçeğini değiştirmemektedir.

Başörtülü olan öğrenciler "dini inançlarını açığa vurmak için" diplomasında başı örtülü fotoğraf yapıştırmak istiyor değildir. Tüm

yaşantılarında başlarını örtmektedirler. Diplomalarını da normal bulunduğu şekliyle almak istemektedirler. Bu durum da komisyon kararında yer aldığı aksine “doğası gereği dolaylı da olsa sınırlamalara maruz bırakılabilecek” bir husus değildir. Laiklik ilkesine saygı yükümlülüğü, başlarını açmalarını gerektirmemektedir. Fotoğraf kimliğinin tanınması için gerekli bir araçtır. Sürekli başı örtülü buldukları düşünüldüğünde, diplomalarında yer alması gereken fotoğrafının da aynı şekli yansıtması gerektiği açıktır.

Aslında öğrencilerin bir bölümünün, şahsi ve dini inançları gereği saçlarını örttükleri için Yüksek Öğretim kurumları tarafından öğrenim haklarının engellenmesi, iç hukukta da düzenlenen ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmektedir. Başörtülü öğrencilerin, kıyafetleri nedeniyle, öğrenciler arasında farklılık oluşturduğu da yasak için gerekçe yapılamaz. EŞİTLİK FARKLI OLANA SAYGIYI BERABERİNDE GETİRİR. Farklılık bir varlığı diğerinden ayıran özelliktir. Üniversite öğrencilerinin bin türlü değişik kıyafet içinde istedikleri gibi kıyafetlerini biçimlendirirken sadece baş ve boyun örtülmesine imkan tanınmaması farklı görünenler arasında ayrımcılık yapıldığını göstermektedir.

Devletin başörtülü öğrencilerin başörtülü olarak öğrenim görmeye devam etmesini kabul etmesi halinde, öğretimde din veya inanca dayanan bir ayrıcalık tanımak olmaz. Eğer başörtülü öğrenciler diğer üniversite öğrencilerine uygulanmakta olan bir kuralın kendisine uygulanmamasını veya diğer öğrencilere verilmeyen bir avantajın kendisine verilmesini istemiş olsalardı, o zaman ayrıcalık talebinde bulunmuş olurlardı. Başörtüsünün, üniversite öğrencilerinin giymesi zorunlu üniformayla çelişir yönü yoktur; çünkü üniversite öğrencilerinin üniforma giyme zorunluluğu yoktur. Başörtülü öğrencilerin başörtüsüyle öğretime devam etmesinin kendilerine öğretimle ilgili her hangi bir avantaj sağlaması da söz konusu değildir; diğer öğrencilerle aynı değerlendirme esaslarına tabidirler. Başörtülü öğrencilerin tek istediği başörtüsünün, tıpkı dışarıda olduğu gibi, üniversite sınırları içinde de Devlet tarafından sadece görülmemesidir; kelimenin taşıdığı anlamda Devletin nötr davranmasıdır.

b) Dahlab v. İsviçre Kararı

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin başörtülü başvuruculara ilişkin tek kararı, Dahlab v. Switzerland (İsviçre) kararında verilen kabul edilemezlik kararıdır. Dahlab kararında, başörtüsü taktığı için görevinden alınan başvurunun düşünce, vicdan ve din hürriyetine bir müdahalenin var olduğu kabul edilmiştir. Fakat bu müdahaleyi haklı hale getirebilecek nedenlerin varlığı beyan edilmiştir. Burada mahkeme başın örtülmesinin cinsiyet ayrımcılığı olduğuna, başvurunun öğretmen olması ve 4-8 yaş grubu arasında yaş itibarıyla öğretmenlerinden etkilenme ihtimali olduğu var sayılan bir topluluğa ders vermesi hasebiyle müdahalenin demokratik bir toplumda kabul edilebileceğine karar vermiştir.

Mahkeme dava konusu olayda, Federal Mahkemenin söz konusu başörtüsü yasağı tedbirinin sadece öğretim faaliyeti çerçevesinde haklı gördüğünü, bunun da öğrencilerin dinsel duygularına verebileceği zararlar ve diğer yandan da dinsel tarafsızlık ilkesinin ihlalden dolayı haklı görülebileceğini belirtmiştir. Bu bakımdan mahkeme, öğretmenlik mesleğinin niteliğini bir yandan eğitsel otorite olarak diğer yandan da devlet temsilcisi olarak göz önüne almakta böylece kamusal eğitimin tarafsızlığının oluşturduğu meşru amacın korunması ile din özgürlüğünü teraziye koymaktadır. Ayrıca şunu not etmektedir ki her ne kadar mezkur karar davacıyı güç bir alternatifle karşı karşıya bıraksa da kamusal okul öğretmenlerinin din özgürlüklerine oranlı kısıtlamaları tolere etmeleri gerekmektedir. Kanaate göre, ilgilinin din özgürlüğüne getirilen sınırlama demokratik toplumda öngörülen dinsel tarafsızlık çerçevesinde sağlanan bir formasyon olma hakkının zorunlu korunmasıyla haklı görülebilir.

Ayrıca mahkeme kabul edilmezlik kararını aşağıdaki gerekçelere bağlamıştır. “Mahkeme 1991’de İslâm’a girmek için Katolik dinini terk eden davacının 3 yıl boyunca başörtüsünü ne okul yönetiminden ne müfettişten herhangi bir müdahale olmaksızın ve ne de velilerin herhangi bir uyarısı olmaksızın taşıdığını saptamaktadır. Bu durum bu periyot boyunca ilgilinin verdiği eğitimin kalitesi veya içeriği hakkında söylenecek hiçbir şey olmadığını zannetmeye yönelmektedir. Mahkeme başör-

tüsü gibi dışsal bir simgenin küçük yaşta çocukların din ve vicdan özgürlüğü üzerinde oluşturabileceği etkiyi değerlendirmenin güç olduğunu kabul etmektedir. Gerçekten de başvuru yaşları 4-8 arasında olan bir sınıfta öğretmenlik yapmaktadır. O zaman nasıl bir Kur'an tarafından kadınlara empoze edilen başörtüsünün her türlü etkisini yadsımak mümkün olabilir? Kaldı ki bu Kur'an'ın emri cinsiyetlerin eşitliği prensibiyle de çok zor uzlaştırılabilir bir ilkedir. Bundan dolayı başörtüsü takılmasını hoşgörü mesajıyla başkalarına saygıyla ve özellikle de eşitlik ve ayrımcılık yasağıyla bağdaştırmak zor görünmektedir. Buradan hareket ederek ve teraziye öğretmenin dinini açığa vurma özgürlüğünü ve öğrencinin dinsel barışın korunması yoluyla korunmasını koyarak mahkeme bu koşullarda ve özellikle de çocukların küçük yaşlarını göz önüne alarak Cenevre otoritelerinin takdir haklarını ihlal etmediklerini ve aldıkları tedbirin makul olduğunu düşünmektedir. Mahkeme, Federal Mahkemenin geliştirdiği görüşlerin (12/11/97 tarih) söz konusu tedbirin prensip olarak haklı görebilecek bir tedbir olduğunu ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve kamu düzenini ve güvenliğinin korunması amacıyla orantılı bir tedbir olduğunu kabul etmektedir.”

Dahlab V. İsviçre Kararının Başörtülü Öğrencilere Gerçekleştirilen Müdahaleden Farklılıkları

Dahlab davasına konu olan 12 Kasım 1997 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi kararında, bir öğretmen tarafından dinsel giysi giyilmesi ile aynı giysinin öğrenciler tarafından giyilmesi arasında temel bir ayırım yapılmış, İslâmi başörtüsü kullanma yasağının sadece bir devlet okulunda öğretmen olması sıfatıyla başvurucuya uygulandığını, bu yasağın başörtüsü kullanan öğrencilere genişletilemeyeceğini belirtmiştir.

Dahlab davasındaki olaylar ile, başörtülü oldukları için okula alınmayan öğrencilerin mevcut şartları arasında esaslı farklar bulunmaktadır.

Dahlab ile ilgili olarak şu tespitler yapılabilir:

- Düşünce, vicdan ve din hürriyetine müdahalenin var olduğu kabul edilen Dahlab'ın,

kamu hizmeti verdiği kabul edilmektedir. Devletin temsilcisi konumunda olduğu ifade edilmiştir ve yaptığı iş karşılığında ücret almaktadır.

- Laik olmayan özel bir okulda değil ama laik Devlet okulunda başörtülü olarak öğretmenliğe devam etmeyi istemektedir.
- 4-8 yaş grubunda yaşları itibarıyla öğretmenlerinin kıyafetinden etkilenme ihtimali olduğu ifade edilen bir topluluğa ders vermektedir.
- Göreve kabul edildikten bir müddet sonra, başını örten bir kıyafet biçimini tercih etmeye başlamıştır. Öğretmenliğe kabul edildiği sırada başörtüsü kullanmayan, Katolik mezhebine bağlı bir Hıristiyan'dı. Daha sonra Müslümanlığa dönüp başörtüsü kullanmaya başlamıştır.
- Başvuru konusundan farklı özellikleri bulunan bir ülkede eğitim vermektedir. Görev yaptığı ülkede başını örten kişilerin çok azınlıkta bulunması nedeniyle, kıyafetinin kuvvetli dini simge, dikkat çekici bir unsur olarak değerlendirildiği belirtilmiştir.
- Yasaklama başladığında, başka bir özel kurumda aynı çalışmayı devam ettirme, sahip olduğu bilgi ve mesleği kullanma imkanına sahiptir.

Türkiye'deki başörtülü öğrenciler için yapılabilecek tespitler farklıdır:

- Öğrenciler devletin temsilcisi olarak görev yapmamaktadır. Dahlab gibi ilk veya orta öğretimde öğrencilere ders veren bir öğretmen değildirler. Eğitsel bir otorite olarak kabul edilemezler. Başvuru başörtülü öğrencilerin, din ve inançlar karşısından nötr olması beklenen Devleti temsil eden bir öğretmen değil, ama farklı din veya inanca sahip olma hakkı bulunan 20'li yaşlarda bir üniversite öğrencisi olduğu hatırlanmalıdır.
- Kendileri bir öğrenci olarak henüz kamu hizmeti alıcısı konumundadır. Bir milyonu aşkın adayın katıldığı genel bir sınavda başarılı olarak üniversite eğitimi görmeye hak kazanmışlardır. Öğrenim gördükleri kurumlar bir Devlet üniversitesidir. Buna rağmen bütün üniversitelerin bağlı olduğu

Yüksek Öğretim Kurulu, üniversitelerde öğrenim gören öğrenciler arasında başörtülü olanlar ile olmayanlar arasında bir farklılaştırmada bulunmuş, başörtülü olanları öğretimden dışlamış, üniversitede öğretim görme haklarını kısıtlanmıştır.

- Öğrenciler yaptıkları iş karşılığında ücret almamaktadır. Aksine okula alınmadıkları dönem dahil olmak üzere senelerce yüksek öğrenim ücretleri yatırmışlardır.
- Kıyafet biçiminden etkilenme ihtimalinin bulunduğu herhangi bir insan topluluğu içinde değildirler. Öğrencilerin üniversite-deki arkadaşları, Dahlab kararına konu olan olaydaki gibi 4-8 yaşları arasındaki çocuklar olmayıp, 20'li yaşlarda yetişkin bireylerdir; başörtülü öğrencileri model alacak çağda değildirler. Öğrenciler üniversitelerde 17-25 yaş grubunun arasındaki öğrenciler eğitim görmektedirler. Başörtüsü kullanılması, üniversite öğrencilerinin bazılarında çok dolaylı olarak ve çok uzaktan dini inancı uygulamaya özendirici bir duygu uyandırabilir; ancak bu etki, gençlerin birbirlerinin giysilerine gösterdikleri ilgiyi aşmaz. Başörtüsünün yukarıda açıklandığı gibi “güçlü olmayan bir dinsel simge” oluşu, diğer öğrenciler üzerindeki etkisini ihmal edilebilir düzeyde tutar. Aksi düşünce, üniversite çağındaki öğrencilerin irade özerkliğinin bulunmadığını kabul etmeye götürür.
- Mahkeme Dahlab kararında mevcut müdahalenin “ilköğretimin tarafsızlığına saygı gibi” meşru bir amaç izlediğini düşünmektedir. Üniversite öğrencileri açısından böyle bir meşru amacı bulunmamaktadır. Öğrencilerin öğretim faaliyetinden yararlanan birey konumunda oldukları düşünüldüğünde “başörtüsü taşımasının demokratik bir toplumda “zorunlu bir tedbir olduğu” ifade edilemez.
- Kamusal eğitiminin tarafsızlığının oluşturduğu meşru amaç söz konusu müdahale ile korunmamaktadır. Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, kamu düzeni ve güvenliği öğrencilerin karşılaştığı güç alternatifleri gerektirmektedir. Başörtülü öğrencilerin taşıdıkları kıyafetleri nedeniyle, birlikte eğitim gördüğü öğrenci arka-

daşlarının haklarına müdahale etmesi de söz konusu değildir.

- Türkiye şartları Dahlab kararına konu olan İsviçre’den çok farklıdır. Genel olarak başın örtülmesi Türk toplumunda yaygın bir giyim tarzıdır. Bu noktada toplumun dikkate değer bir çoğunluğunun başörtülü olduğu bir ülkede, kız öğrencilerin Yükseköğretim Kurumlarında başlarını örtmesinin, cinsel ayrımcılığa neden olan kuvvetli, çarpıcı dinsel bir simge, dine bağlılığın kuvvetli bir sembolü olarak kabul edilmesine imkan yoktur.
- Karşı karşıya kalınan müdahale, öğrencilerin sadece belirli bir okulda çalışmasına izin verilmemesi değildir. Eğitimlerini tamamlama, özel bir üniversiteden dahi mezunu olarak meslek sahibi olma imkanları tamamen ortadan kalkmıştır. Bu durum Dahlab kararının aksine müdahale ile amaç arasında kabul edilemez bir oran olduğunu göstermektedir.
- Dahlab kararında başın örtülü olmasının cinsiyet ayrımcılığı olduğu beyan edilmektedir. Halbuki Türkiye’de gerçekleştirilen müdahale başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma veya cinsiyet eşitliğini sağlama amacıyla yapılmamıştır. Bu konuda da en ufak bir iddia yoktur. Yükseköğretim Kurumu ve mahkeme kararlarında söz konusu müdahalenin başkalarının hak ve özgürlüklerin koruma veya cinsiyet eşitliğini sağlama amacıyla yapıldığını ima eden tek bir ibare bulunmamaktadır.

Toplumda erkek ve bayanlar bakımından farklı uygulama gerektiren dinsel kaynaklı gelenekler vardır. Örneğin erkek sünneti, dinsel kökenli bir gelenek olarak sadece erkekleri ilgilendiren bir uygulamadır. Küçük yaşta erkek çocukların bedenlerine yapılan bu müdahale, Devlet tarafından engellenmemektedir. Başörtüsü ise, yine dinsel kökenli ama dileyen bayanın uyguladığı bir giyim tarzıdır. Bir dinsel uygulamanın her iki cinsi de kapsayacak biçimde olması zorunlu değildir. Bu anlamda öğrencilerin başörtüsü kullanması, cinsiyet eşitliğine dinsel kaynaklı bir ayrımlık sayılmaz. Aksine başvuru konusu müdahale üniversite öğrencileri açısından cinsiyet ayrımcılığı oluşturmaktadır. Bayan olmasalar-

di müdahale ile karşılaşmayacaklardı. Nitekim kız öğrencilerin eğitimleri engellenirken kendileri ile aynı görüşte olan erkekler açısından herhangi müdahale söz konusu olmamaktadır. Aynı şekilde bütün öğrenciler değişik kıyafetlerle okula gelirken sadece başın örtülmesi engellenerek ayrımcılık oluşturulmaktadır.

Türkiye’de başörtülü öğrencilere karşı gerçekleştirilen müdahalenin kendisine özgü koşulları, Dahlab v. İsviçre kararının aksine müdahalenin vaki olduğunu göstermektedir.

c) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetine İlişkin Diğer Kararları Ve Başörtülü Öğrencilere Karşı Gerçekleştirilen Müdahalenin Farklı Yönleri

Düşünce, vicdan ve din hürriyeti ile ilgili kararlar incelendiğinde, Komisyonun önce, dinin öngördüğü uygulama hareketlerini daha geniş değerlendirdiğini, sonra ise 9. Madde’nin din yada inancın emir yada telkin ettiği tüm davranışları içermediğine dair kararlar vermeye başladığını gözlemlemek mümkündür. Nitekim Mahkeme içtihatlarına göre, din ve vicdan özgürlüğü dinsel inanca bağlı her hareketi koruma altına almamaktadır. Değişik inançlara bağlı bireylerin yaşadığı demokratik bir toplumda, bir bireyin inancının emrettiği bir uygulama diğer bireylerin inanç özgürlüğünü korumak ve dinsel çoğulculuk ve hoşgörüyü sağlamak amacıyla sınırlamaya tabi tutulabilir. (Kokkinakis / Yunanistan)

Mahkeme, din ve vicdan özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel dayanaklarından birisi olduğunu belirtmekte fakat özgürlüğün sınırsız olmadığını ve bu hakkın tarafsız koruyucusu Devletin, toplumsal barışı, hoşgörüyü ve çoğulculuk ilkesini sağlamak amacıyla sınırlama yetkisi olduğunu ifade etmektedir. (Cha’are Shalom Ve Tsedek v. Fransa, no 27417/95, § 84; Kokkinakis v. Yunanistan, 25 Mayıs 1993, § 33; Refah Partisi v. Türkiye, no 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, § 50).

Bu noktada mahkemenin her davayı kendi özellikleri içerisinde değerlendirdiği ve ayrı sonuçlara bağladığı ifade edilebilir.

Rapor konusu müdahalenin mahiyeti, 9. Maddeye ilişkin daha önce verilen kararlardan

farklılık arz etmektedir. Demokratik bir toplumda, ziyaretçi olarak dahi okulunun bahçesine alınmayan başörtülü öğrencilere yapılan müdahalenin, haklı kabul edilmesine imkan yoktur. Kendine özgü koşulları içinde dikkate alınması gereken başvurularda öğrenciler, sınırsız bir özgürlük, toplumdaki dinsel çoğulculuğun yapısını bozmaya yönelik bir ayrımcılık yada başkalarının haklarına kısıtlama getirebilecek herhangi bir önlem talep etmemektedir.

Öğrenciler dinsel inançtan kaynaklanan her hareketin koruma altına alınmadığını ve bu özgürlüğün sınırsız olmadığını bilmektedir. Başörtülü öğrenciler değişik inançlara sahip bireylerin yaşadığı demokratik bir toplumda, inançların emrettiği evrensel hukuk normlarına aykırı bir uygulamanın, diğerlerinin inanç özgürlüğünü koruma ve toplumdaki dinsel çoğulculuğu sağlama amacına yönelik sınırlamaya tabi tutulabileceğinin farkındadırlar.

Kendilerine özel bir muamele gerçekleştirilmesini, kayıtlı buldukları üniversitenin öğretim programında kendi inançlarına göre bir değişiklik yapılmasını veya dini inanç özgürlüğünden kaynaklanan herhangi bir farklı muameleye tabi tutulmasını istememektedirler.

Aksine başörtülü öğrenciler de, bütün öğrencilerle aynı uygulamaya tabi tutulmayı talep etmektedir. Üniversiteler, kampüs içinde ve öğretimin yapıldığı yerlerde, öğrenimin gereği tek tip özel bir kıyafet, bir üniformanın giyilmesini zorunlu kılmamaktadır. Yükseköğretim Kurumlarındaki öğrencilerin kıyafet biçimine, rengine, desenine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Aynı şekilde herkesin saçını istediği gibi kestirme, uzatma, istediği renge boyatma, biçim verme özgürlüğü vardır. Bu noktada bütün öğrencilere tanınan ve bizzat yasada ifadesini bulan serbestinin (Yükseköğretim Kanunu 17. Madde) başörtülü öğrencilere de sağlanması halinde sözleşmedeki haklar ihlal edilmeyecektir.

İdarenin öğretim kurumlarında çoğulculuğu sağlama görevi başörtülü öğrencilerin Yükseköğretim Kurumlarına ait kapalı yada açık mekanlara alınmamasını gerektirmemektedir. Başını örten öğrencilerin eğitim haklarının tamamen kullanılamaz hale getirilmesi özel bir üniversitede dahi eğitime engel olunma-

sı toplumsal dinsel çoğulculuğun sağlanması- na bir katkıda bulunmayacaktır. Çoğulculuğu sağlama, herkesin kıyafetine müsaade edilirken sadece başın örtülmesine yasak getirilmesini gerektirmez. Her renk ve biçimde kıyafetin giyildiği üniversitelerde sadece boyun yada saçın örtülmesinin düzen bozmasına ve çoğulculuğu engellemesine imkan yoktur. Aksine, başvuru konusu uygulama ile çoğulculuk ortadan kaldırılmaktadır. Öğrencilerin kayıtlı oldukları okullarına alınmamasının, toplumsal hoşgörü ve barışı sağlama amacına da hizmet etmediği ayrı bir açıklamayı gerektirmemektedir.

Mahkemenin daha önceki düşünce, din ve vicdan hürriyeti ile ilgili kararlarında, sınırlama sebepleri olarak öngörülen toplumsal barış, hoşgörü, dinsel çoğulculuk, tarafsızlık, başkalarının haklarının ve kamu düzeninin sağlanması amaçlarının hiç biri, başörtülü öğrencilere karşı gerçekleştirilen müdahalede mevcut değildir. Öğrencilerin durumu, şartları, eğitim gördüğü kurum, bulunduğu ortamda kıyafetlerinden etkilenebilecek yaştaki kişilerin olmaması, daha önce senelerce aynı şekilde eğitim görmeleri müdahaleyi haklı gösterebilecek en ufak somut hiç bir vakianın mevcut olmaması ayrıca değerlendirilmesi gereken hususlardır. Bu surette Türkiye'deki müdahale konusu Mahkeme'nin daha önceki kararlarından farklılaşmaktadır.

Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 25.05.1993 tarihli Kokkinakis-Yunanistan kararında, Hıristiyan mü'minliği (*bearing Christian witness*) ile uygunsuz proselytizm (improper proselytism) arasında yapılan ayırımı not etmiştir. İkincisi, birincisinin bozulmuş bir halidir. Uygunsuz proselytizm bir Kiliseye yeni üyeler kazandırmak amacıyla maddi veya sosyal menfaatler teklif etme, veya acz içinde veya ihtiyaç halinde bulunan kimselere uygunsuz baskılarda bulunma şeklini alabilir; şiddet uygulama veya beyin yıkama şeklinde olabilir. Uygunsuz proselytizm, daha genel olarak, başkalarının düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne saygıyla uyuşmayan hareketlerdir. Avrupa Mahkemesi, Yunan mevzuatında benimsenen kriterlerin sadece uygunsuz proselytismi cezalandırmak amacıyla kullanılması halinde din ve vicdan özgürlüğüne saygıyla bağdaşabilir olabileceğini kabul etmiştir. Ancak Mahkeme, olayda Yu-

nan Mahkemelerinin karar gerekçelerinde sanığın hangi uygunsuz araçlarla ikna etme girişiminde bulunduğunu yeterince belirtmediklerini ve sadece kanuni terimleri tekrarlayarak başvurunun sorumluluğuna gittiklerini vurgulamış; din özgürlüğüne bu müdahaleyi haklı kılan bir toplumsal ihtiyaç baskısı bulunmadığı ve dolayısıyla izlenen meşru amaçla orantılı olmayan ve sonuç olarak demokratik bir toplumda gerekli bulunmayan bir müdahale olduğu sonucuna varmıştır (*parag. 48, 49*)

Avrupa Mahkemesi'nin Kokkinakis kararındaki unsurların hiçbiri, başörtülü öğrenciler bakımından yerine getirilmiş değildir. Üniversite öğrencisi olan başörtülü öğrencilerin başörtü kullanması, dinin gereklerini yerine getirmeyen veya bu dine bağlı olmayan diğer öğrencilere maddi veya sosyal menfaat teklif etme veya acz içinde veya ihtiyaç halinde bulunan öğrencilere uygunsuz baskılarda bulunması anlamına gelmez; başörtüsü kullanmak suretiyle kimseye şiddet uygulanmaz veya beyni yıkanamaz; kısacası üniversitede başörtü kullanmak diğer öğrencilerin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne tecavüz etmez. Kaldı ki ulusal mahkemeler, Avrupa Mahkemesi'nin aradığı şekilde somut gerekçe göstermemişler, başvurunun veya diğer başörtü kullanan diğer üniversite öğrencilerini hangi uygunsuz araçlarla kendi inançlarına çekmek için baskı yaptıklarını belirtmemişlerdir. Türk Anayasa Mahkemesi laiklik prensibini tekrarlamış, üniversite öğrencileri tarafından başörtü kullanılmasının çoğulculuğa zarar verebileceği ve öğrenciler arasında fikir, inanç veya din konusunda bir ayırma yol açabileceği varsayımını vurgulamıştır. Danıştay, başörtüsü kullanmanın zararsız görünüşüne ve bir gelenek olmasına rağmen, laiklik ve cumhuriyet karşıtı akımların bir simgesi ve kadın özgürlüklerine karşı bir karşı çıkış haline geldiğini belirtmiştir. Ulusal mahkemeler, zararsız başörtüsünün nasıl olup da laikliğe ve cumhuriyete karşı zararlı bir silah haline geldiğini açıklamak gereğini duymamışlardır.

Yükseköğretim Kurumu, üniversite öğrencilerinin başörtüsüyle öğrenim görmeleri halinde, ülkedeki genel olarak kamu düzeninin bozulacağına dair bir iddiada bulunmamış veya bu konuda her hangi bir kanıt göstermemiştir. Kuşkusuz her kurumun olduğu

gibi üniversitenin de bir düzeni vardır. Üniversite öğretiminden yararlanmak isteyen kişiler bu kurumun düzenine uymak zorundadırlar. Üniversitenin işlevi bilimsel bilginin üretilmesi ve bu bilginin toplumsal yaşama aktarılmasıdır. Üniversiteler, bu ilke çerçevesinde iç düzenlerini oluşturmak durumundadırlar. Başörtülü öğrencilerin bilimsel bilgiyi edinmekte başarılı olmayacakları ve bilimsel bilgiyi topluma aktaramayacakları görüşü, üniversitelerin niteliğiyle ilgili haksız bir önyargıdır.

Üniversite öğrencilerinin başörtü kullanması, üniversitedeki düzeni de ihlal etmiş değildir. Komisyon'un 12.03.1981 tarihli (*başvuru no. 8160/78*) kabul edilebilirlik kararına konu olayda başvuru öğretmeni dini inancına uygun çalışma saatlerinde öğretmenlik yapmak istemiş ve iş saatlerinin değiştirilmesini talep etmiştir; oysa başörtülü öğrenciler kendi inancına uygun saatlerde veya içerikte veya şekilde öğrenim görmek amacıyla öğretimle ilgili bir kuralın değiştirilmesini talep etmiş değildir. Komisyon'un 12.07.1978 tarihli (*başvuru no. 7992/77*) tarihli kararına konu olayda motosiklet sürücüsü olan başvuru, dini inancına aykırı olduğu gerekçesiyle kask kullanmak istemiş, kendisi için de yaşamsal önemde olan trafik kurallarının kendisine uygulanmamasını talep etmiştir; oysa öğrenciler dini inancına ters düştüğü gerekçesiyle öğretimin gerektirdiği her hangi kuralın kendisine uygulanmamasını talep etmiş değildir. Başörtülü öğrenciler üniversitenin öğretimle ilgili tüm kurallarına uyumuş ve bir çoğu son sınıfa kadar öğrenim görmüştür. Başörtülü öğrencilerin üniversite içindeki kamu düzenini ihlal ettiğine dair tek bir somut olay bulunmamaktadır; bu konuda kimseden kamu makamlarına bir şikayette bulunulmamıştır.

Bu noktada İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi günün koşullarına göre yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğu için başörtüsü takan öğrenci açısından konunun tekrar incelenerek değerlendirilmesi ve sorunun sadece bir fotoğraf değil, 20 yaşlarındaki bir bayandan her gün zorla başını açma yada eğitim hakkını kullanma yönünde tercih yapmasının istendiği hatırlanmalıdır.

6. Genel Değerlendirme ve Sonuç

Demokratik bir hukuk devletinde din özgürlüğünün kamu hayatında ifade bulması ve bu hayata ilişkin yansımaların bulunması normal olup, buna kategorik olarak karşı çıkılamaz. Dinin gereklerinin serbestçe yerine getirilmesi, kamuya somut ve belirlenebilir bir zarar vermediği müddetçe kamu alanında da korunmalıdır. Başörtüsü dini bir pratik olup, inancını yaşamanın bir çeşit vasıtasıdır. Başörtülü bayanlar dini inançları gereği başlarını örttüklerinden okula girmelerine izin verilmemektedir. Üniversite öğrencilerin eğitim haklarını kullanabilmeleri başlarını açma şartına tabi tutulmaktadır. Öğrenciler başlarını açmadıkları müddetçe okula girememektedirler. Kendilerine başka bir alternatif bırakılması, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 9. Madde bağlamında müdahale teşkil etmektedir.

Kişileri dini inançları ve bireysel ahlak anlayışına göre bir kıyafet yasağına uymaya zorlamak, uymadığı takdirde başta eğitim ve öğretim hakkı olmak üzere yasal haklarını elinden almak düşünce, vicdan ve din hürriyetinin ağır bir ihlalini teşkil etmektedir.

Öğrencilerin taktığı başörtüsünün, dinini açığa vurma şekillerinden bir ibadet ve uygulama niteliğinde olduğu açıktır. Bir bayan için başını örtmek dini ibadetin normal bir şeklidir. Din özgürlüğü çoğulcu ve demokratik bir toplumun temellerinden biri olduğundan, dinini açığa vurma hakkını da içermektedir.

Bir dinin kurallarının yerine getirilmesine dair hareketler, Sözleşmenin 9. Maddesi ile güvence altına alınmıştır. Eğer öğrenciler; İslâm dininin değil de, başka bir dinin, örneğin, Hıristiyanlığın, Musevilğin gereklerinden birinin yerine getirmek için başını örtseydi ya da başka bir kıyafet ya da aksesuar taşısalar da aynı özgürlüğe sahip olması gerekirdi. Bu durumda kişinin inancının gereklerine saygı duyulması, sadece bu nedenle haklarından mahrum edilmemesi insan haklarının temel gereğidir. Türkiye'de örneğin Hıristiyan dininin sembolü olarak kabul edilecek ve dini açıdan takma zorunluluğu bulunmayan haç takmak yasak değildir. Düşünce, vicdan ve din hürriyeti açısından olması gereken de budur.

Din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen metinlerde ifade edildiği üzere, bu özgürlük sadece bireylerin inançlarını ve vicdani kanaatlerini güvence altına alarak gerçekleşemez. Bireysel yaşamda ve toplumsal yaşamda inancını gereği gibi yerine getirme ve açıklama, dışa vurma özgürlüğünü de kapsar. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün uzantıları içinde, tezahür şekilleri de bulunmaktadır. Bu tezahür şekillerinden bir tanesi de giyim kuşamıdır. Bu mutlak haklar, insan olma özgürlüğünün uzantısıdır. Buna hiç bir şekilde idari makamların müdahale etme hak ve yetkisi yoktur.⁷

Din ve vicdan hürriyetinin varlığı için sadece inanma, inancın gereklerini yerine getirme, propagandasını yapma, eğitim öğretim serbestisinin var olması yeterli değildir. Bir dini benimsemek ve onun gereklerini yerine getirmek eğitim ve öğretim, çalışma hakkı gibi bir diğer temel hak ve hürriyetten mahrumiyet sonucunu doğuruyorsa, bu durumda din ve vicdan hürriyetinin özünün zedelendiği kabul edilir. Sözleşmeciler Devletler inançlara saygıyı yani bu özgürlüğün fiilen ve gerçekten kullanılmasını sağlamak için gerekli tedbir ve güvenceleri getirmekle yükümlüdür.

Danıştay 8. Dairesinin, 13.12.1984 tarih ve 1984/636 E. 1984/1574 K. Sayılı kararında "...köylü kadınlarının örtülmelerinin normal, okumuş kızların örtünmelerinin ideolojik olduğu...", şeklindeki değerlendirmesi, dinin alanına girerek, dini tarif etme/tanımlama sonucunu doğurduğundan, ne devletin, ne de Danıştay'ın böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Bir konunun din kapsamına girip girmediğini idari makamlar belirleyemez. Devlet bu konuda beyanda bulunulamaz.

Danıştay kararında ifade edildiği üzere, sokakta başını örten bayanın kıyafetini masure olarak değerlendirip, üniversite gören aşamasına gelen bir öğrencinin kıyafetini ise sırf laik cumhuriyet ilkelerine karşı çıkararak dine dayalı bir devlet düzenini benimsediklerini belirtmek amacı ile başlarını örttüklerini ifade etmek ve bu nedenle okula alınmalarının doğru olduğunu beyan etmek haksızlık olacaktır. Zaten bu açıklama sadece okula

geldikleri zaman değil, tüm yaşamlarında başlarını örten bayanların aslında kafalarının içlerindeki düşünceleri ile yargılandıkları ve okula alınmayarak cezalandırıldıklarını göstermektedir. Bir ABD Yüksek Mahkeme kararında ifade edildiği üzere "Şeytan bile insanın kafasından geçenleri bilemezken", başını örtmeyi tercih eden öğrencilere bu derece ağır bir misyon yüklenmesi hukuken kabul edilemez. Peruk, bere ve sakalın dahi "ideolojik olarak tanımlanabileceğinin" beyan edilmesi önyargının sonucudur.

İbadet, bireyin kendisinden kaynaklanan bir durum değildir. Oruç insanlara Müslüman olduğunu göstermek için değil, bizatihi orucun İslâm'ın emirlerinden birisi olması nedeniyle tutulmaktadır. Öğrenciler de farklı olmak, insanlara Müslüman olduğunu ispatlamak için değil, bizzat İslâm'ın bir emri olduğuna inandığı için başını örtmektedir. Sadece Kuran'da başının örtmesi emredildiği için bu kıyafet tarzını benimsemektedir.

Eğer; bir bayan herhangi bir dinin esasları gereğince değil de felsefi bir inanç, bir ekolün içeriğine göre kendisini başını örtmeye mecbur hissetse, vicdanen böyle bir emre inanmış olsa dahi bu özgürlükten yararlanması gerekmektedir. Hatta kişi, sebepsiz yere başını örtse dahi bunu yasaklamaya kimsenin hakkı bulunmamaktadır. Kıyafet biçimi tamamıyla kişinin kendisini ilgilendiren bir durumdur. Üçüncü kişilerin hak iddia edebileceği, söz sahibi olduğu bir husus değildir. Reşit bir insana başının açık yada kapalı olacağı, saç biçimi, boyu, rengi hakkında kimse emir veremeyeceği gibi, belli bir şekilde olmasından ya da olmamasından ötürü diğer haklarını kullandırmama yoluna gidemez. Bu noktada başını örten öğrencilerin eğitim haklarını kullanılmalarının başlarını açma şartına tabi tutulması, düşünce, vicdan ve din hürriyetine müdahale oluşturmaktadır.

Müdahaleyi haklı hale getirebilecek meşru bir sebep mevcut değildir. Hukuki öngörü şartını yerine getiren bir mevzuat hükmü bulunmadığı gibi, aksine serbestiyi öngören yasa maddesi mevcuttur. Bireylerin nasıl bir uygulama ile karşılaşacaklarını bilmeleri hukukun üstünlüğünün bir gereğidir. Öğrenciler senelerce başörtülü olarak kayıt olmuşlar, başörtülü fotoğrafları ile kimlikler almışlar, 1998 yılı-

⁷ ÖKTEM, Niyazi; *İnsan Hakları Sempozyumu*, İstanbul 1995.

na kadar aynı şekilde eğitim görmüşlerdir. Buna rağmen önce sadece bir Rektörlük genelgesi ile bütün uygulama değiştirilmiştir. Mahkemeler de bu uygulamayı idarenin takdir yetkisinde bir konu olarak değerlendirmişlerdir. İdarenin öğrencileri kıyafetleri nedeni ile okula almama şeklinde bir karar alma yetkisinin olmadığını, Yükseköğretim Kurumu mevzuatında bu yönde bir hükmün mevcut olmadığını dikkate almamışlardır. Bu nedenle vaki müdahale, öğrencilerin din özgürlüğüne hukukun öngörmediği bir müdahaledir. İç mevzuat ve yürürlükteki yasalar başörtüsü takmayı engellemediğinden, öğrencilerin eğitimlerine devam ederken başlarının açık olması gerektiğine dair hiçbir öngörüle bulunmaları beklenemez.

Müdahaleyi meşru hale getirebilecek din hürriyeti açısından mevcut sınırlama sebeplerinin hiç biri, bayanların boyun ve saçlarını örten bir kıyafet biçimini belirlemelerine müdahale hakkı vermemektedir.

Başkalarının hak ve özgürlüğü, kamu düzeni, kamu ahlakı, genel sağlık sebepleri de müdahaleyi meşru hale getirmediğinden, öğrencilere gerçekleştirilen müdahale mahkemenin daha önce bu yönde verdiği kararlardan farklılaşmaktadır.

Demokratik bir toplumda müdahalenin kabul edilmesini sağlayacak zaruri bir tedbir mevcut değildir. Demokratik toplum hoşgörü ve çoğulculuk içinde yaşamayı gerektirir. Bunlar olmadan demokratik toplum olmaz. Demokratik bir toplumda bilinç ve müsamaha olmalı ve devlet düzeni sağlamalıdır. Gerginliği kaldırmak için gerginliğin taraflarını ortadan kaldırmamalıdır. Türkiye’de ise öğrencilerin başı örtülü eğitim görmelerine ilişkin bir gerginlik mevcut değildir.

Başörtüsü takan öğrenciler sadece, kendileri ile aynı konumda olan aynı sınavı kazanan serbestçe eğitimini tamamlayan arkadaşları gibi eğitim hakkını kullanmak, mezun olmak ve uzun zaman maddi, manevi çaba göstererek kazandığı ve senelerce okuduğu okullarından diplomalarını almak istemektedirler. Çoğu son sınıf öğrencisi olan başörtülü öğrencilerin lisans eğitimlerini tamamlamak için başka bir imkanları bulunmamaktadır. Binlerce öğrenci okulu bırakmak zorunda kalmıştır. Bazı öğrenciler ise eğitimlerini tamamlamak

üzere yurt dışına gitmişlerdir. Türkiye’den başka herhangi bir ülkenin üniversitelerinde başı örtülü eğitim görme engellenmemektedir. Fakat yurtdışında eğitim görmenin maliyetleri çok yüksektir. Öğrencilerin masraflarını karşılayabilecek maddi imkanları bulunmamaktadır. Ayrıca öğrencilerin yurt dışında eğitimi tamamladıktan sonra aldıkları diplomanın Türkiye’de geçerli olması için yine Yükseköğretim Kurumu’nun denklik vermesi gerekmektedir. Yükseköğretim Kurumu başörtülü öğrencilerin Türkiye’de eğitimlerini tamamlamalarına izin vermediği gibi, başka üniversitelerden aldıkları diplomalara denklik vermemesi söz konusu olabilecektir.

Bir üniversite öğrencisi için eğitimini tamamlamak ve mezun olmak hayatı derecede önemli bir olaydır. Üniversitede alınan eğitimi bireyin bundan sonraki hayatını şekillendirecektir. Alınan eğitim sonrası meslek sahibi olunabilecektir. Üniversitede kayıtlı olmak, ÖSS sınavında pek çok adaydan daha yüksek not almaya bağlıdır. Türkiye şartlarında üniversite eğitimi görmeye hak kazanabilmek oldukça büyük bir başarıdır. Başörtüsü takan öğrenciler de meslek sahibi olabilmek için oldukça fazla çalışmışlar ve büyük hayallerle üniversiteyi kazanmışlardır. Okul bir öğrencinin hayatında çok önemli bir yer oluşturmaktadır. Mevcut müdahale ile ileri sürülen sebepler arasında kabul edilemez bir orantısızlık bulunmaktadır.

Mevcut uygulamanın İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine uygun hale getirilmesi için, Yüksek sözleşmeciler tarafın yapması gereken şey basit bir yükümlülüktür. Öğrenciler açısından dini düşünce ve kanaatleri nedeniyle kendisine özel muamelede bulunmasına, ayrıca bir lütuf gösterilmesine, Yüksek Sözleşmeciler Tarafın bu yönde bir müsamaha göstermesine gerek yoktur. Örneğin 9. Madde gereği herkesin forma giyme mecburiyetinde bulunduğu bir ortamda formanın üzerine baş örtüsü takılmasına izin verilmesine dahi gerek bulunmamaktadır. İfade edildiği üzere Türkiye zaten üniversitelerde kıyafet birliği mevcut olmayıp bu konuda kıyafeti serbest bırakan özel bir yasa dahi mevcuttur. Tek yapılması gereken, bütün kıyafetler gibi başörtüsünün de kıyafet serbestisi içinde tanınmasıdır. Sadece saygı duyulması özel olarak engellenmemesi yeterli olacaktır.

Kaynakça

- BALCI Muharrem/SÖNMEZ Gülden; *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, Danışman Yayınları, İstanbul 2001.
- Demokratik Hukuk Devletinde Din Ve Vicdan Hürriyeti, Türkiye Gönüllü Teşekküller Vakfı 8. İştişari Toplantısı, Erkam Matbaası, İstanbul 2002.
- DOĞRU Osman; *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, c. 1, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1998.
- DOĞRU Osman; *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, c. 2, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1998.
- DOĞRU Osman; *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, c. 3, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2000.
- ERDOĞAN Mustafa; *Demokratik Hukuk Devletinde Din Ve Vicdan Hürriyeti* Türkiye Günlüğü Dergisi, Sayı 56, Yaz Gündemi 1999.
- EROL Muhammed Akif; *A.İ.H.S. Uygulamasında Din ve Vicdan Özgürlüğü Kavramı*, Hukuk Dünyası Dergisi, Kasım 1997.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitapevi, Ankara 1998.
- İBRAHİMOĞLU Hasan; *Başörtüsü Raporu*.
- İnsan Hakları Sempozyumu; İstanbul Büyükşehir. Bel. Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul 1995.
- KABOĞLU İbrahim; *Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, Afa Yayınları, İstanbul 1993.
- KUZU, Burhan; *Demokratik Hukuk Devletinde Din ve Vicdan Hürriyeti*.
- ÖKTEM, Niyazi; *İnsan Hakları Sempozyumu, İstanbul: 1995*.
- ÜNAL Şeref; *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.
- ÜZELTÜRK Sultan; *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti*, (İstanbul Barosu İHM 1999 İç Eğitim Seminerleri Notlarından).
- YAŞAR Nuri; *İnsan Hakları Avrupa Sisteminde Ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı Ve Özgürlüğü*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2000.
- YILDIZ Mustafa; *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı*, Alfa Yayınları, İstanbul 1998.