



(Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Avrupa Raporu Kapsamında)

Yükseköğretim Kurumlarında Uygulanan Başörtüsü Yasasına İlişkin Hukuk Raporu¹⁾

Av. Muharrem BALCI - Av. Macide GÖÇ - Av. Gülden SÖNMEZ



Yasağın Fıllı ve Hukukı Boyutu

1. Fıllı Boyut

Uluslararası standartlar “**Hukukun Üstünlüğüne Dayalı**” devlet modeli öngörüyor ve uygulamaya koyuyor ise de, Türkiye Cumhuriyeti Devleti kendisini, Anayasasının 2. Maddesinde “**sosyal hukuk devleti**” olarak tanımlamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti, halkının sosyal yaşam ve refahı ile özgürlüklerin yaşanabilmesini temin edebilmek amacıyla belirlediği sosyal hukuk devleti anlayışını Anayasasının “Devletin Temel Amaç ve Görevleri” başlığı altında 5. Maddesinde şekillendirmiştir:

Devletin Temel Amaç ve Görevleri

Madde-5. Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

Anayasanın sosyal hukuk devleti belirlemesi, kanunun gerekçesinden de anlaşılacağı gibi devlete bir takım görevler yüklemektedir:

Gerekçe: Devletin nüfus unsurunu teşkil eden Türk Milleti bir bütündür, parçalanamaz. Parçalanamaz bir bütün olan Türk Milleti bağımsız bir devlet oluşturmuştur. Bu devletin ülkesi hiç bir şekilde bölünemez ve siyasî rejimler içerisinde fert hak ve hürriyetlerini en iyi gerçekleştirip, teminat altına alan demokrasi ve Cumhuriyeti

korumak devletin varlık sebebidir; fakat devlet aynı zamanda milletin huzurunu sağlamak ve fertlerini mutlu kılmak görevi ile de yükümlüdür. Devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir. Sosyal devlet bazılarının yanlış sandıkları veya kasten tahrif ettikleri gibi sosyalist devletle ilişkisi olmayan bir devlet anlayışdır. Sosyal devlet her şeyden önce insana ve insanın düşünce hakkına saygılıdır ve bu sınırlar içerisinde ferdin hak ve hürriyetlerinin kullanılmasını sınırlayan engelleri ortadan kaldırmak, onun başlıca görevleri arasındadır.

Ferdin hayatında, onun temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, sosyal devletin görevidir.

Anayasa Mahkemesinin 18 Şubat 1985 tarihli kararında da Sosyal Hukuk Devletinin tanımı yapılmakta, sınırları tespit edilmektedir:

“Sosyal Hukuk Devleti, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşamasını ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler alarak, çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve millî gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirleri alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı, kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlettir.”

Sosyal Hukuk Devletinin işleyebilmesi ancak, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına, Anayasa Mahkemesinin kararında da belirtil-

diği üzere, devlete yüklenen görevlerin yerine getirilmesine, vatandaşların da hak ve sorumluluklarını bilmelerine bağlıdır. Bunun için de her hukuk devletinde vatandaşların kendi aralarındaki ilişkileri ile, kamu kurum ve kuruluşlarıyla ve devletle olan ilişkileri kanunla düzenlenir. Sözü edilen ilişkilerin önceden belirlenmiş, tarafsız, açık ve anlaşılabilir normlarla düzenlenmiş olmasıyla vatandaşların hukuki açıdan güvenliği sağlanır. Aksi halde toplumda gerek tüzel kişi, gerekse gerçek kişiler bazen da gücü elinde bulunduranların keyfi eylem ve işlemleri, toplumsal kargaşa ve çatışmaya yol açar.

Türkiye’de Sosyal Hukuk Devletinin görevleri içine giren bir çok alanda, yukarıda değindiğimiz Anayasal düzenleme ve Anayasa Mahkemesinin kararına rağmen, hukuka ve yasalara aykırı idari işlem ve eylemler söz konusu olmaktadır.

Yüksek Öğretim Kurumlarında “kılık kıyafet” konusundaki idari düzenleme ve uygulamalar Sosyal Hukuk Devleti ilkelerinin adeta yok sayıldığı tipik bir örneği oluşturmaktadır.

Yüksek Öğretim Kurumlarında “kılık kıyafet düzenlemesi” olarak karşımıza çıkan ve yüksek öğrenim görme hakkının engellenmesine yol açan “başörtüsü kullanma yasağı”, öncelikle hukuka ve kanunlara aykırı fiili uygulamalarla başlamıştır. Yasalara aykırı bu uygulamalar bazen noter bazen de öğrenci ve avukatlarının tutanakları ile tespit edilmiştir. (Ek-1)

Başörtüsü yasağı, hukuka ya da yürürlükteki yasalara aykırı da olsa herhangi bir düzenlemeye bile ihtiyaç duyulmadan, üniversite rektörü ya da fakülte dekanlarının, giriş kapısındaki görevli hizmetliye verdiği sözlü talimatlarla ya da kapıya asılan imzasız yazılarla öğrencilerin içeri girişleri engellenmek sureti ile uygulanmıştır. (Ek-2)

Önce az sayıdaki üniversitede, hatta bu üniversitelerin sadece bazı fakültelerinde uygulanan yasak, zamanla Türkiye genelindeki üniversitelerin tamamında uygulanmaya başlamıştır. Fiili durumun ardından, yasağın hukuki dayanağını oluşturma gayretleriyle bazı idari düzenlemeler yapılmış, yönetmelikler ve genelgeler oluşturulmuştur.

2. Hukuki Boyut

Üniversite Rektörlüklerinden yapılan açıklamalarda Yüksek Öğretim Kurumlarında fiili olarak uygulanan başörtüsü yasağının gerekçesi olarak, herhangi bir yasa maddesi yerine, yoruma açık ifadelerle, “Devrim Kanunları, Anayasa Mahkemesi kararları, Danıştay, İdare Mahkemelerinin kararları ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararları” gösterilmektedir. (Ek-3) Yasağa ilişkin olarak kullanılan bu argümanları Anayasa Mahkemesi kararlarından başlayarak inceleyeceğiz.

Anayasanın 153. Maddesinde,

“a) Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.

b) 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.”

denmektedir.

Anayasa Mahkemesinin yasal düzenleme yapması imkansız olduğu açıkça bilinen bir gerçek olduğu gibi, bu madde ile de tartışmaya yer bırakmayacak şekilde yasaklanmıştır.

Başörtüsünün yasak olduğunu ileri süren idare, Anayasa Mahkemesinin bir kararının gerekçesinde yapılan değerlendirmelere dayanmaktadır. Atıf yapılan bu karar Anayasa Mahkemesinin 9.4.1991 tarih ve 1991/8 sayılı kararıdır. Bu karar 3670 sayılı Kanunun 12. Maddesiyle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’na ilave edilen Ek Madde 17’nin iptali için açılan davanın sonucunda verilmiş bir karardır. Anayasa Mahkemesi iptal talebi ile açılan bu davayı reddetmiş, Ek Madde 17 ile yapılan yasal düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Ek 17. Madde:

“Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile, yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir.”

hükmünü getirmektedir. Ek 17. Maddenin iptali istemini reddeden Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde:

“Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla- tabirinin anayasaya da aykırı olmamak an-

lamına geldiği, Anayasa Mahkemesinin daha önceki bir kararında da başörtüsü ile ilgili bir kanun düzenlemesinin anayasaya aykırı bulunduğu, o halde ek madde 17 ile getirilen serbestlik hükmünün başörtüsünü kapsamayacağı”

ifade edilmektedir. Bu gerekçeye 11 üyeden 5'i katılmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu kararın gerekçesinde, Anayasada başörtüsünü yasaklayan bir hüküm varmış gibi algıya neden olurken, gerek önceki kararında, gerekse sonraki kararında Ek-17. Maddeyi iptal etmemiştir. O halde Yükseköğretim Kanununun Ek 17. Maddesinde düzenlenen “Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla üniversitelerde kılık kıyafet serbesttir” hükmü halen yürürlüktedir ve kılık kıyafet serbesttir.

3. Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçeleri Bağlayıcı Değildir

Anayasa Mahkemesinin kanun metniyle ilgili yorumu hukuki açıdan bağlayıcı değildir. Çünkü;

1- Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olduğuna dair yasal bir düzenleme yoktur.

2- Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında gerekçelerinin bağlayıcı olmadığını hüküm altına almıştır. (E. 1989/11, Resmi Gazete, 21.1.1990; E. 1989/14 R.G 2.3.1990)

3- Uygulama da diğer yüksek mahkemelerin karar gerekçelerini bağlayıcı olarak görmelikleri yönündedir.

Danıştay Sekizinci Dairesinin 1988/192 sayılı kararında gerekçenin bağlayıcı olmadığı açık olarak belirtilmiştir. Karara göre:

“Anayasanın 153. Maddesine göre Anayasa Mahkemesi kararlarının tüm yasama, yürütme ve yargı yerlerini bağlayacağı kuşkusuzdur. Aynı maddenin ikinci fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin yasa koyucu gibi hareket ederek yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde karar veremeyeceği belirtilmiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesince iptal edilmeyip yürürlükte bırakılan bir yasa kuralını görülmekte olan bir davada uygulayan yargı yerlerinin bu yasa kuralının yorumunda Anayasa Mahkemesinin yorumuyla bağlı olmadığı... duraksamaya yer ver-

meyecek ölçüde açıktır... Bu maddedeki kuralın Anayasa Mahkemesi kararında yer alan gerekçelerle bağlı olmaksızın dairemizce yorumlanması gerekmektedir.” (Danıştay Dergisi Sayı 72-73, s. 516)

Aynı görüşü, dönemin Yargıtay Başkanı yeni adli yılın açılış töreninde ifade etmiştir.

“Bir yasa Anayasa'ya hepsi de uygun olmak kaydıyla birden fazla şekilde yorumlanabiliyorsa, bunlardan hangisinin daha isabetli olacağını tayin yetkisi Anayasa Mahkemesine değil yerel mahkemelere ve nihai safhada diğer yüksek mahkemelere aittir. Anayasa ve yasalar maddi olayları inceleyip değerlendirecek olan dava mahkemelerinin yorumlarıyla memleket ihtiyaçlarına uygun anlam kazanacaklardır.”

4- Yukarıda Danıştay kararında ve Yargıtay Başkanının görüşünde dayanak alınan kural Anayasanın 153. Maddesinin ikinci fıkrasındaki yasaklamadır. Bu fıkrada Anayasa Mahkemesinin yasa koyucu gibi hareket ederek yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde karar vermesi yasaklanmaktadır. Buna göre üniversitelerde kılık ve kıyafet serbestliğini kayıt altına alan “yürürlükteki kanunlara aykırılık” ibaresi sadece mevcut yürürlükteki kanunları anlatır ve Anayasa Mahkemesinin bu kanunların getirdiği sınırlamaları genişletmesi yasa koyucu yerine geçmek olur.

Özellikle sınırlayıcı hükümler alanında, mevzuatta açıklığın ve kesinliğin bulunması ve sınırlamaların dar yorumlanması esastır. Dolayısıyla sınırların genişletilebilmesi ve bunun “kanunun iptali” için değil de “yorumu” için yapılması yanlıştır. Anayasanın 153/2. Maddesindeki yasaklama varken, ve Anayasa mahkemesi karar gerekçelerinin de bağlayıcı olduğu konusunda açık bir kanun hükmü de olmadığına göre Anayasa Mahkemesi kararındaki değerlendirmenin bağlayıcı olması mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesinin görevi Anayasayı yorumlamaktır. Kanunları yorumlamak davaya bakan mahkemelerin yetkisindedir. Eğer kanun anayasaya aykırı ise onu iptal etmek Anayasa Mahkemesinin elindedir, fakat kanunların belli bir şekilde anlaşılması konusunda bir yönlendirmede bulunma yetkisi yoktur. Anayasa Mahkemesi bir üst mahkeme konumunda değildir ve temyiz incelemesi de yapmadığına göre, iptal edilmeyen kanunların belli bir biçimde anlaşılması yolundaki değer-

lendirmeler, Anayasanın 138. Maddesinin ikinci fıkrasında yasaklanan “mahkemelere ve hakimlere... tavsiye ve telkinde bulunma” çerçevesinde de düşünülebilir. “Hiç bir organ, makam, merci” mahkemelere ve hakimlere yargı yetkisinin kullanılmasında tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Nitekim BM Suçların Önlenmesi ve Suçların Islahı Üzerine Yedinci BM Konferansının 26 Ağustos-6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano’da kabul ettiği “YARGI BAĞIMSIZLIĞINA DAİR TEMEL PRENSİPLER”in ilk yedi maddesi, böylesi bir müdahaleyi kınamakta ve BM ilkelerine aykırı bulmaktadır.

İptal edilmeyen mevcut yasa hükmüne rağmen ve yukarıda sıralanan nedenlerle Anayasa Mahkemesinin mezkur kararının gerekçesindeki değerlendirmeler Başörtüsü Yasağına mesnet yapılamaz.

Devrim Kanunlarına ilişkin değerlendirmelerimizi aşağıda “Yasal Düzenlemeler” başlığı altında inceleyeceğiz.

Ulusal Hukuk ve Başörtüsü

1. Anayasal Düzenleme

İdare, başörtüsü yasağının gerekçesi olarak Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararlarını gerekçe göstermektedir. Anayasa Mahkemesi kararları ve karar gerekçelerinin herhangi bir kısıtlamaya veya yasaklamaya dayanak yapılamayacağı özellikle Anayasanın 153. Maddesinin açıklaması ile birlikte yukarıda yapılmış ve diğer yüksek mahkeme kararlarından örnek verilmiştir. Dolayısıyla İdarenin Anayasa ve Anayasa Mahkemesi karar ve karar gerekçelerine ilişkin dayanağı hukuki temelden yoksundur.

Esasen kılık kıyafete ilişkin sınırlama ve yasaklamalar, Anayasada öngörülen temel haklar ve özgürlükler ile bu hak ve özgürlüklerin korunması bakımından devlete düşen görevler yönünden incelenmelidir. Yasalarda yapılacak kılık kıyafet sınırlamaları da aynı şekilde Anayasa kuralları içinde değerlendirilmesi gereken bir olgudur. Anayasada kılık kıyafete dolayısıyla başörtüsüne ilişkin bir yasaklama yoktur.

Aksine Anayasa 24. Maddesi ile “Din ve Vicdan Hürriyeti”ni, 42. Maddesi ile de “Eğitim ve Öğrenim Hakkı”ni hiçbir ayırım yapmadan tüm vatandaşlarına tanımış ve teminat altına almıştır. Anayasada öğrenim hakkı sosyal bir hak olarak nitelendirilmiş ve hiç kimse- nin bu haktan yoksun bırakılamayacağı hüküm altına alınmıştır:

Din ve Vicdan Hürriyeti

Madde—24. Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Din ve ahlak eğitim ve öğretimi devletin gözetimi ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak eğitimi ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki dini eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır.

Kimse, devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne surette olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.

Gerekçe: Bu maddedeki anlamıyla din ve vicdan hürriyeti, kimsenin dini ayin törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanmaması; dini inanç ve kanaatlerinden ve dini inancının gereklerini yerine getirip getirmemesinden dolayı kınanamayıp suçlanmamasıdır. Maddenin üçüncü fıkrasında yer alan bu husus, birinci fıkranın tabii bir sonucudur.

Keza, birinci fıkranın tabii sonuçlarından bir diğeri de, kamu düzenine, genel ahlaka ve bu amaçlarla çıkarılan kanunlara aykırı olmamak kaydıyla, ibadet, dini ayin ve törenlerin serbest oluşudur.

Üçüncü fıkra hükmüne göre, istismar ve suiistimali önlemek amacıyla, din ve ahlak eğitim ve öğretimi devlet denetimi ve gözetimi altına alınmıştır. Keza bu eğitim, ilk ve orta öğretimde zorunludur. Gayrimüslimler bu zorunlu eğitim dışında bırakılmışlardır.

Nihayet maddenin son fıkrası ile de dinin ve dini duyguların siyasî amaçlara alet edilmesi yasaklanmıştır.

İlave etmek gerekir ki, bu anlamda dini inanç ve kanaat hürriyeti, niteliği gereği hiçbir sınırlamaya tabi tutulmayacaktır. Bu husus 15. Maddede açıkça belirtilmiştir.

Eğitim ve Öğrenim Hakkı ve Ödevi

Madde—42. Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz.

Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.

Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz.

Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.

İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve devlet okullarında parasızdır.

Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir.

Devlet, maddî imkanlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.

Eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür. Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez.

Türkçe'den başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası anlaşma hükümleri saklıdır.

Gerekçe: Öğrenim hakkı, genel bir sosyal hak olarak nitelendirilmiştir.

Bu hakkın temel gerçekleşme yeri ilköğretimdir. Bu sebeple maddenin 6. Fıkrasında ilköğretim mecburi kılınmıştır. Anayasa ile yüklenen ilköğretim mecburiyetinin gereği olarak devlet okullarında parasız öğretim ilkesi kabul edilmiştir. Kız ve erkek vatandaşlar arasında fark gözetilmemesi gereğine özellikle işaret edilmiştir.

Öğretim ve öğrenim fert bakımından hak olarak tanınırken, devlet bakımından "başta gelen ödevlerden" sayılmıştır.

Maddenin 1, 2, 6. Fıkraları demokrasinin en iyi gelişebileceği bir toplumun meydana gelebilmesi için gerekli şartların asgarisini göstermektedir.

İlköğretim mecburiyetinin temel hedeflerinden biri, şahsın manevî ve ekonomik şahsiyetini elverişli şartlarla gelişmesine yardımcı olmaktır.

İlköğretim mecburiyeti, küçüklerin okula devamlarının sağlanmasını, bu amaçla küçüklerin kanunî temsilcilerinin zorlanabilmesini ifade eder.

Devlet, ilköğretim mecburiyetinin hangi yaşta hangi yaşa kadar devam edeceğini tespit edebilir.

İlköğretim çağı denebilecek olan bu dönemin dışında bulunan kişilerden okur-yazar olmayanların çeşitli kurslara veya okullara devama özendirilmeleri, hatta zorlanmaları şüphesiz kanunî bir düzenlemeyi gerektirir. Maddenin 5. Fıkrası, kanun koyucuya bu yolda direktif mahiyetindedir.

Bir taraftan öğrenim hakkı, diğer taraftan ilköğretim mecburiyeti ve okur-yazarlığı yaygınlaştırmak yükümü, devlete bu çağda bulunanların, özellikleri olanlar dahil öğrenimini sağlayacak öğretim kurumları kurmak ödevini yükler. sakatlar için, sağır, körler, dilsizler vb. gibi şahıslar için okullar, merkezler kurmak 42. Madenin amacına ulaşması için gerekli görülmektedir.

Eğitim ve öğretim, devletin gözetim ve denetimi altındadır.

Devletin gözetim ve denetimi, eğitim ve öğretimin sağlanmasının, güvenlik altında gerçekleşmesinin temel şartıdır.

Devlet eğitim ve öğretimin yapılmasını sağlayacak ve muhtevasını da denetleyecektir. Bu denetimin çerçevesi, eğitim ve öğretime katılanların tümünün Anayasa sadakatini temin etmektir. Eğitim ve öğretimin özgürlüğü, hiç bir şekilde Anayasanın temel felsefesine ve ilkelerine aykırı davranmanın bahanesi olamaz. Devlet, bu özgürlüğün kullanılmasında, Atatürk ilkelerine çağdaş bilim ve eğitim esaslarına uyulmasını gözetecektir.

Özel okulların kurulması da Anayasada kabul edilmiştir. Özel okulların kurulması serbesttir. Özel okullar, devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olmak zorundadırlar. Devlet bu amacı sağlayacak tedbirleri almakla yükümlüdür.

Özel yükseköğretim kurumlarının kurulması da serbesttir. Çünkü Üniversiteler ile ilgili 165. Maddede sadece üniversitelerin kurulması devlet tekelinde bırakılmıştır.

Maddenin 8. Fıkrası devlete, maddî imkandan yoksun olan başarılı öğrencilere burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapma ödevini yüklemektedir. Bu ödevin, öğrenimlerin başarı ve kabiliyetleri ölçüsünde devam edeceği de fıkrada hükme bağlanmıştır. Bu fıkra hükümünün bir amacı da, devlet dışında burs veremeyi meslek edinmiş olan çeşitli hukukî yapıdaki kuruluşun, gençler üzerindeki olumsuz etkilerinin önlenmesi ödevini devlete yüklemektedir.

Maddenin son fıkrası meslekî eğitimin milli ekonomiye, sanayi ve tarım ile hizmet ihtiyaçlarına uygun olması sağlama ödevini devlete yüklemektedir.

Anayasanın 24. Maddesi Din ve Vicdan Özgürlüğü konusunda güvenceler verirken, bir taraftan BM Evrensel Bildirisinin 10. Maddesine, diğer taraftan da BM Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesinin 18. Maddesine uygun bir düzenleme getirmiştir. Kişisel Haklar Sözleşmesinin 18. Maddesi:

Madde-18. 1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin ister tek tek, isterse başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını, tapınma, uyma, uygulama ya da öğretme bakımından, açık ya da kapalı biçimde ortaya koyma özgürlüğünü de içerir.

2. Hiç kimse, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu kabul etme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıyla karşı karşıya bırakılamaz.

3. Bir kimsenin kendi dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlüğüne ancak yasalarda gösterilen ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlakını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebilir.

4. Bu Sözleşmeye taraf olan devletler, ana-babaların ve -bazı durumlarda- yasalarca saptanmış vasilerin, çocuklarına kendi inançlarına uygun bir dinsel ahlaksal eğitim verme özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlüdür.

hükümleriyle kılık kıyafete ilişkin kısıtlama ve yasaklamaların hukuka ve uluslararası sözleşmelere aykırılığını ortaya koymaktadır.

2. Yasal Düzenlemeler

a) Türk Ceza Kanunu

Ceza Hukukunun kaynakları bakımından en başta gelen ve aynı zamanda Ceza Hukukunu diğer hukuk dallarından ayıran bir özelliği, bu hukuk dalının taşıdığı hükümler itibarı ile **kesin, açık ve belirli** olmasıdır.

Ceza hukukunda kanunilik ilkesi olarak ifadelendirilen yasak eylemlerin (suç) ve bu eylemlere verilecek cezaların kanunla belirlenmesi ilkesi çağdaş ceza hukukunun temel ilkelerindedir.

Bu ilke sayesinde kişiler hangi eylemlerin suç olduğunu önceden bilebilir ve kendi eylemlerini düzenleme olanağına sahip olurlar. Suç sayılan fiillerin yasalarda kesin, açık ve belirlenmiş olması da bu fiilleri işleyen kişilere yaptırım uygulanmasının yasal dayanağını oluşturur.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi çağdaş hukukta, ceza hukukuna özgü bir kural olmaktan çıkarak çağdaş kamu hukukunun bir prensibi haline almıştır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Anayasa Hukukunun vazgeçilmez bir kuralı olmasının yanında hukuk devleti rejiminin de en temel belirleyici niteliği haline almıştır.

Bu anlamda bütün ceza hukuk sistemlerine hakim olan kanunilik ilkesi Türk Ceza Hukukunda da egemen bir ilkedir ve Anayasanın 38. Maddesinde ifadesini bulmuştur.

Anayasa'da "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" başlığı altında düzenlenen 38. Maddenin 1. Fıkrası şöyledir:

"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."

Aynı şekilde Türk Ceza Hukuk Sistemi de evrensel bir hukuk kuralı olan "suç ve cezaların kanuniliği" ilkesini esas alarak oluşturulmuştur. Türk Ceza Kanununun 1. Maddesinde:

"Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz."

hükmü yer almaktadır.

Anayasanın 38. Maddesinin gerekçesinde yasakoyucu şu belirlemeleri yapmaktadır:

“Birinci fıkra ‘kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesini koymuştur. Günümüzde, ceza yerine bazen, failin kişisel durumuna daha uygun düşecek bir “güvenlik tedbiri” uygulandığı için bunlar da “ceza” hükmünden sayılmaktadır. Bu hükme göre suç ve cezalar ve güvenlik tedbirleri ancak “yasama tasarrufuyla” konulabilecektir. Keza gene bu kural uyarınca, kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil sebebiyle de kimse cezalandırılmayacaktır. Bu hükmün kanun koyucunun “açık suç hükmü” koymasına; yani “fiili” bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir.”

Ceza hukuku bakımından da durum farklı değildir. Suçun ve cezanın kanun tarafından gösterilmemiş olması halinde, konuya ilişkin düzenleyici işlem yargı denetimine tabi ve iptali gerekli olduğu gibi, suç işlediği varsayılan fail de, idarenin yetkisi olmadan suç ve ceza ihdas etmiş olması nedeniyle söz konusu fiilinden dolayı cezalandırılmayacaktır.

“... düzenleyici işlemlerle suç yaratılmış ise hakim bunları uygulayarak faili cezalandıramaz. Böyle bir durumda ceza hakimi, doğrudan doğruya yetki veren kanunu uygular ve düzenleyici işlemi uygulamaz.” (Sulhi DÖNMEZER – Sahir ERMAN, “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku”, (İstanbul: Filiz Kitabevi), Cilt 1, s. 140)

Aynı şekilde AHİS’in 7/1. Maddesi de üstün norm niteliği itibarıyla “Cezada Kanunilik” ilkesini kabul etmiş ve güvence altına almıştır:

Madde-7. 1. Hiç kimse işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Keza hiç kimse suç işlendiği zaman uygulanabilecek cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılamaz.

Evrensel hukukun olduğu gibi Türkiye Cumhuriyeti Anayasanın da değişmez bir ilkesi olan “suçlarda kanunilik” ilkesi gereğince hiç kimse, kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil nedeniyle cezalandırılmayacaktır.

Türkiye’de, hakların özüne uygun yasal düzenlemelere rağmen, bazı alanlarda bu ilkeyi yok sayan, ilke ile çelişki oluşturmaktan

öte bir hak ihlali olarak ortaya çıkan uygulamalara tanık olunmaktadır.

Bunun en tipik örneğini Türkiye’de uygulanan **başörtüsü yasağı** oluşturmaktadır.

Toplum biliminin kurallarına aykırı bir şekilde “Kamusal Alan” olarak tanımlanan devletin çeşitli kurumlarında ve Yüksek Öğretim Kurumlarında kanunsuz suç olarak **başörtüsü yasağını** ve kanunsuz ceza olarak da bu yasağa uygulanan çeşitli **yaptırımları** görmekteyiz.

Kamusal alanın “devlet daireleri” olarak algılandığı herhangi bir bilimsel ve yasal kural olmadığı gibi, kamunun (halkın/vatandaşın) oluşturduğu her türlü gerçek kamusal alanda kılık kıyafetin sınırlandırılmasına ilişkin bir hüküm anayasal ve yasal olarak mevcut olmadığı gibi ve mümkün de değildir. Dolayısıyla Türkiye’de başörtüsü kullanmayı sınırlayan, açık, kesin ve belirli bir şekilde suç olarak tarif eden ve suç olarak düzenleyen herhangi bir kanun metni veya kamusal örf ve gelenek yoktur. Tam aksine Yükseköğretim Kanununun EK 17. Maddesi kılık kıyafet ve dolayısıyla başörtüsü serbestisi tanınmakta olup, bu hüküm halen yürürlüktedir.

Geleneksel olarak da yurttaşların büyük bir kısmı yüzyıllardır başörtüsü kullanmaktadır. Bu insanların en doğal hali olarak yüzyıllardan günümüze taşınmış dini ve geleneksel bir giyim tarzıdır.

Türkiye’de **sadece bazı görevlilerin** kılık kıyafet esaslarını düzenleyen ve devrim kanunları arasında yer alan iki yasal düzenleme vardır. Aşağıda incelediğimizde göreceğiz ki bu kanunlar asla başörtüsünü suç olarak öngörmemişlerdir.

Sonuç olarak Suçları tanımlayan ve karşılığında verilecek cezaları düzenleyen Türk Ceza Kanununda kılık kıyafete ilişkin herhangi bir yasaklama yoktur. Diğer bir deyişle Türk Ceza Kanununda suç olarak tanımlanan herhangi bir kılık kıyafet şekli yoktur.

b) Yüksek Öğretim Kanunu

Türkiye’de yüksek öğretim kurumları 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununa tabidir. Yüksek Öğretim Kanununda herhangi bir kıyafeti suç sayan bir hüküm bulunmamakta, bu ko-

nuda herhangi bir yasaklama getirilmemekte, aksine serbestlik tanınmaktadır.

Üniversitelerde başörtüsü konusundaki hukuka ve kanunlara aykırı keyfi uygulamaların önüne geçmek için TBMM 3670 sayılı Kanunun 12. Maddesi ile 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununa bir madde eklemiştir. Şu anda Yüksek Öğretim Kurumlarında kılık kıyafetle ilgili tek düzenleme Yüksek Öğretim Kanununun EK 17. Maddesidir.

Ek 17. Madde metni şöyledir:

“Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla yüksek öğretim kurumlarında kılık kıyafet serbesttir.”

Bu madde ile kanun koyucu Üniversitelerde hukuksuz ve keyfi bir şekilde uygulanan başörtüsü yasağını ortadan kaldırmış, kılık kıyafet konusunda serbestlik getirmiştir. Yürürlükteki kanunlarda da başörtüsünü suç sayan herhangi bir kanun maddesi de bulunmamaktadır.

Yüksek Öğretim Kanununa eklenen Ek 17. Maddenin iptali için Sosyal Demokrat Halkçı Parti tarafından Anayasa Mahkemesinde dava açılmış, ancak Anayasa Mahkemesi 09.04.1991 tarih ve 991/8 sayılı kararı ile iptal talebi ile açılan bu davayı reddetmiş, EK 17. Maddeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır. Bu kanun hükmü halen yürürlüktedir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonunda ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Türkiye Hükümeti başörtüsünün yasaklanmasına ilişkin herhangi bir yasa maddesini gerekçe göstermemektedir.

c) Bazı Görevlilerin Kılık Kıyafetini Düzenleyen Devrim Kanunları

1925 Tarihli Şapka İktizası Hakkında Kanun

Madde-1. Türkiye Büyük Millet Meclisi ve azaları ile idareî umumiye ve hususiye ve mahalliye ve bilumum müessesata mensup memurin ve müstahdemin Türk Milletinin iktiza etmiş olduğu şapkayı giymek mecburiyetindedir. Türkiye halkının da umumi serpuşu şapka olup buna münafi bir itiyadın devamını hükümet men eder.

TBMM üyeleri ile tüm devlet memurlarına şapka takma zorunluluğu getiren, halkın da şapka dışındaki başlıkları giymesini adet haline getirmesini engellemeyi amaç edinen bu kanun sadece erkek memurları ve TBMM üyelerini ilgilendirmektedir. Kadınların kılık kıyafet düzenlemelerine gerekçe yapılamaz. Halkı belli bir başlık giymeye doğru yönlendirmekle hukuka aykırılığı açıkça görülen bu kanunun toplum nezdinde bir meşruiyeti olmamış ve bu nedendir ki hükümleri uygulamada yer bulamamıştır.

Devrim Kanunları arasında yer alan “Şapka Kanunu” 1982 Anayasasının 174. Maddesi ile koruma altına alındığı, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılması ve yorumlanmasının yasaklandığı halde bu “Devrim Kanunu”nun bugün uygulanma imkanı kalmamıştır.

Bu nedenle de, kısaca “Şapka Kanunu” olarak anılan bu kanun hakkında hiç kimse Anayasa Mahkemesine iptal başvurusu yapmadığı halde, hayatın olağan akışı içinde kanun kendiliğinden, kendi kendini ilga etmiştir. Kaldı ki bu kanunun kadınlara ilişkin bir yönü yoktur. Herhangi bir şekilde başörtüsü yasağının hukuki dayanağı olamaz.

Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun

Madde 1- Herhangi din ve mezhebe mensup olurlarsa olsunlar, ruhanilerin mabet ve ayinler haricinde ruhani kisve taşımaları yasaktır.

Hükümet her din ve mezhepten münasip göreceği yalnız bir ruhaniye mabet ve ayin haricinde dahi ruhani kıyafetini taşıyabilmek için muvakkat müsaadeler verebilir. Bu müsaade müddetinin hitamında onun aynı ruhani hakkında yenilenmesi veya bir başka ruhaniye verilmesi caizdir.

Madde 2- Türkiye de kanuna tevfikan teşekkül etmiş ve edecek olan izcilik ve sporculuk gibi topluluklar ve cemiyet ve kulüp gibi heyetler ve mektepler mahsus kıyafet, alamet ve levazım taşımak istedikleri zaman yalnız nizamname veya talimatname ile muayyen tiplere uygun kıyafet, alamet ve levazım taşıyabilir.

Madde 3- Türkiye de bulunan Türklerin ve yabancıların, yabancı memleketlerin siyaset, askerlik ve milis teşekkülleri ile münasebetli kıyafet ve alametlerini ve levazımını taşımaları yasaktır.

Bu kanun da Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasasının 174. Maddesinde sayılan ve anayasal korumaya alınmış devrim kanunlarından.

1934 tarihli bu kanun, ruhanilerin ruhani kisvelerini dini mekanlar dışında giymelerini yasaklıyor. İzciler ve sporcuların kendilerine özel olarak belirlenmiş kıyafetleri giyebileceklerini düzenliyor. Ayrıca yabancı ülkelerin siyaset, askerlik ve milis teşekkülleri ile ilgili kıyafet ve işaretlerinin ve bunlar için gerekli eşyanın giyilemeyeceğini hüküm altına alıyor.

Kanun metni bu hükümlerin kimlere uygulanacağını açıkça belirlemiştir. Bu nedenle metinde belirtilen kişiler dışındaki kimselere uygulanması hukuken mümkün değildir. Bu kanun da başörtüsü yasağına gerekçe yapılmaz.

Kılık Kıyafetle İlgili İdari Düzenlemeler

1. Kılık Kıyafetle İlgili Yönetmelikler

Evrensel bir hukuk ilkesi olan ve T.C. Anayasası ile de kabul edilen “cezalarda kanunilik” ilkesine aykırı olarak iki yönetmelikte, kılık kıyafetle ilgili düzenleme yapılmıştır.

a) 25 Ekim 1982 tarihli resmi gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik

Bu Yönetmelik sadece devlet memurlarının kılık kıyafetine ilişkin düzenleme getirmektedir. Yönetmeliğin ikinci maddesi yönetmeliğin uygulama alanını “memurlar sözleşmeli ve geçici personel ve kamuda çalışan işçiler”le sınırlandırmıştır.

b) 22 Temmuz 1981 tarihli 8/3349 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan “Milli Eğitim Bakanlığı ile Diğer Bakanlıklara Bağlı Okullardaki Görevlilerle Öğrencilerin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmelik”

Bu yönetmeliğin de uygulama alanı orta öğretim kurumlarında çalışan personel ve öğrenim gören öğrencilerle sınırlandırılmıştır. Her ne kadar üniversite öğrencilerini ilgilendirmese de her iki yönetmelik de Anayasanın

38. Maddesine aykırıdır. Bu iki yönetmelik “Kanunsuz suç ve ceza” öngörmektir. Çünkü Anayasanın 38. Maddesine göre her türlü suç ve ceza ve ceza yerine geçebilecek güvenlik tedbiri ancak kanunla konulabilir.

Evrensel bir hukuk ilkesine ve yürürlükteki mevzuata aykırı bu düzenlemenin, Yüksek Öğretim Kurumlarında uygulanması yönetmeliğin sınırları açısından zaten mümkün değildir.

c) “Yüksek Öğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin Bir Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine Dair Yönetmelik”

Yüksek Öğretim Kurumlarında kılık kıyafetle ilgili birtakım düzenlemeler çeşitli dönemlerde yönetmelik düzeyinde yapılmıştır.

Yüksek Öğretim Kurulu, Yüksek Öğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin bir maddesine bir fıkra eklenmesine dair Yönetmelik çıkartarak 08.01.1987 tarihli Resmi Gazetede yayınlamıştır. Yönetmeliğe eklenen “h” fıkrasına göre “Yüksek Öğretim Kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak” kınama cezasını gerektiren bir suç olmaktadır. Burada açıkça başörtüsü yasaklanmış değildir. “Çağdaş kıyafet dışındakiler” yasaklanmıştır. Yönetmelikte “çağdaş kıyafet” tanımı da yapılmış değildir. Üniversite rektörleri yetkilerini aşarak “çağdaş kıyafeti” “başı açık oturma ve dolaşma” şeklinde yorumlayıp yüksek öğretimdeki kız öğrenciler için yeni bir suç ihdas etmişlerdir.

4.12.1988 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelikte YÖK, “h” fıkrasına parantez içinde bir istisna getirmiştir:

“Dini inanç sebebiyle boyun ve saçlar, örtü veya türbanla kapatılabilir”

denilerek başörtüsünü yasaklamak ve cezalandırmak amacı ile çıkarılmış olan “h” maddesinin uygulanma imkanı kalmamıştır. Ancak yine de birçok üniversite başörtüsü yasağını uygulamayı sürdürmüştür.

Bunun üzerine 28.12.1989 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan bir yönetmelikte, Yüksek Öğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin kınama cezası gerektiren 7.

Maddesinin “h” fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu gün Yüksek Öğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde kılık kıyafeti sınırlayan başkaca herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bu yönetmeliğin 1. Maddesinde

“Bu yönetmelik, kanun, tüzük, yönetmelik ve yönergelerin öğrencilere yüklediği görevleri yüksek öğretim kurumu içinde ve dışında yerine getirmeyen, uyulması gerekli hususlara uymayan, yasaklanan işleri yapan veya öğrencilik sıfat, şeref ve haysiyeti ile bağdaşmayan hal ve harekette bulunan öğrencilere verilecek disiplin cezalarını, usul ve teşkilatla ilgili hükümleri belirtmek amacıyla düzenlenmiştir.”

denmektedir. Yönetmeliğin 6, 7, 8, 9 ve 10. Maddelerinde çeşitli cezaları gerektiren disiplin suçları ayrı ayrı sayılmıştır. Bu maddelerde de başörtüsü kullanmak bir disiplin suçu olarak sayılmamıştır.

Bunun dışında da başörtüsünü yasaklayan, suç sayan başka bir düzenleme de yoktur.

Kaldı ki bu konunun yönetmelikle düzenlenmesi mümkün değildir. Yönetmeliğin Türk Hukuk Sistemi içindeki yeri ve niteliği bakımından bu mümkün olmadığı gibi Türk Ceza Hukukuna ait Anayasal ilkeler açısından da mümkün değildir.

2. İdari Düzenlemelerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Suç ve Ceza Yaratma Fonksiyonları

İdarenin, Anayasa Maddelerini dayanak göstererek temel hak ve özgürlükleri sınırlayan düzenleyici işlem (Tüzük, Yönetmelik, Genelge vs.) yapması hukuken imkansızdır. Bu imkansızlık, hem temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasındaki kriterler, hem de idari düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yeri bakımındandır.

Anayasanın, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasını düzenleyen 13. Maddesi:

“Temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğünün, Millî Egemenliğin, Cumhuriyetin, Millî Güvenliğin, Kamu Düzeninin, Genel Asayişin, Kamu Yararının, Genel Ahlakın ve Genel Sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen

sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.”

hükümlerini amirdir.

13. Maddenin gerekçesinde kanun koyucunun getirdiği gerekçede de:

“Maddenin 1. Fıkrasında “**ancak kanunla**” denilmek suretiyle, hak ve hürriyet sınırlamalarının münhasıran kanun konusu olduğu; yani yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb) hak ve hürriyetlerin sınırlanamayacağı belirtilmiştir. Hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında mümkün tek amaç olarak kanun, yani yasama tasarruflarının seçildiğini gösteren bu hüküm dahi ‘genel’ niteliktedir. Diğer bir deyişle hak ve hürriyetlere ait bütün maddelere sari bir genel hükümdür. Bu nedenle herhangi bir hak ve hürriyete ait maddede, o hak ve hürriyetin ‘kanunla’ sınırlanabileceğini ayrıca belirtmeye ihtiyaç yoktur.(...)”

Fıkıradaki ayrıca söz konusu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması zorunluluğu da gösterilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında daima gözetilmesi gereken ölçü (yani sınırlamaların sınırı) olarak demokratik rejim anlayışı öngörülmüştür. Başka bir anlatımla, hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar konusunda öngörülecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olamayacağı gibi, demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olmak zorundadır.

Maddenin ikinci kısmı son satırı, hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında öngörülen genel ve özel nedenlerin belli amaçlara yönelik bulunduğunu ve ancak bu amaçları gerçekleştirmek için öngörüldüklerini vurgulamaktadır. Şu halde öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlanmayacak; yahut meşru amaç güdülerek sınırlanmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu, yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer bir deyişle, amaç ve sınırlama orantısı her halde korunacaktır.

Nitekim maddenin son fıkrası, bu madde hükmünün “genel niteliğini” açıkça vurgulamaktadır.

Yukarıda 13. Maddenin gerekçesinde ve maddenin metninde açıkça sıralanan sınırlama sebeplerinin, ne şekilde ve hangi amaçlarla öğrencilere uygulanabileceğinin açıklanması gerekmektedir. 13. Maddede sayılan gerekçeler gayet açıktır:

“Millî Egemenliğin, Cumhuriyetin, Millî Güvenliğin, Kamu Düzeninin, Genel Asayişin, Kamu Yararının, Genel Ahlakın ve Genel Sağlığın korunması”

amacı. Üstelik bu amaçlardan herhangi birine veya birkaçına dayandırılrsa dahi, ancak Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen sebeplerle ve de ancak Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak sadece kanunla sınırlama mümkündür.

Aynı şekilde gerek Kişisel Haklar Sözleşmesinin 4. Maddesi, gerekse Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 4. Maddesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında genel geçer evrensel ölçüleri koymuş; alınacak önlemlerin, ayırım gözetmeyerek ve ancak durumun gerektirdiği ölçüde, en önemlisi de ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü durumlarda, hakların özülüyle bağdaşır olmak ve demokratik toplumda genel gönenci yükseltmek üzere yasayla belirlenen sınırlamalarla mümkün olabileceğini belirlemiştir.

BM Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme

Madde-4. 1. Ulusun yaşamını tehdit eden ve varlığı resmen ilan edilen olağanüstü durumlarda, bu Sözleşmeye Taraf Devletler, uluslararası hukuka göre üstlendikleri öteki yükümlülükleri ile bağdaşmak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal köken ayırımı gözetmemek koşuluyla ancak durumun gerektirdiği ölçüde bu Sözleşmeye göre üstlendikleri yükümlülüklerle aykırı önlemler alabilir.

2. Bu hükme dayanılarak 6, 7, 8 (1. ve 2. Fıkralar), 11, 15, 16 ve 18. maddelere aykırı davranılmaz.

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme

Madde-4. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşme uyarınca devlet tarafından sağlanan haklardan yararlanma konusunda devletin bu haklara ancak özülüyle bağdaşır olmak ve demokratik bir toplumda genel gönenci yükseltmek üzere yasayla belirlenen sınırlamalar getirebileceğini kabul eder.

Kanunlarımız içerisinde kılık kıyafeti düzenleyen veya sınırlayan herhangi bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Aksine herhangi bir kanuna dayanmadan hatta kanunlara aykırı olarak Yönetmelik ve Genelgelerle sınırlandırmalar ve cezalandırma hükümleri getirilmektedir ki, bu düzenleyici işlemler yoklukla malüldür.

Türk Hukuk Mevzuatı içerisinde Kanunlar Anayasaya; Tüzükler ve Kararnameler, düzenlenmek istenen alana ilişkin tasarrufları ve hükümleri içeren Kanunlara; Yönetmelikler bağlı oldukları kanun ve tüzüklere dayandırılarak ve onlarla uyumlu olarak çıkarılabilirler.

“Türk Hukuk Sisteminde yönetmelikler normlar hiyerarşisinde yasa ve tüzükten sonra gelmekte oldukları gibi, yönetmeliklerle yasalara aykırı veya yasa hükümlerini değiştirici nitelikte hükümler sevk edilmesi de olanak dışıdır” (Danıştay 5.D. 25.5.1988, E.987/1245, 988/1659, (Danıştay Dergisi, Sayı. 72-73, s. 302)

Genelgeler de, kanun ve tüzüklerin uygulanmasını gösteren Yönetmelikleri dayanak olarak yapılabilecek tasarrufları içeren talimatlardır. Nitekim Anayasanın 124. Maddesindeki:

“Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler”

hükmü Genelgeler için de geçerlidir.

Esasen Yükseköğretim Kanununun Yönetmelik düzenlenmesine ilişkin 65. Maddesi YÖK’ün hangi konularda Yönetmelik düzenleyebileceğini sınırlı olarak saymıştır. Bu hükme göre Yönetmelikler ancak Kanunda sayılan konulara has olmak üzere yapılabilirler:

Yönetmelikler

Madde-65. a) Aşağıdaki hususlar Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir:

Yükseköğretim Kurulunun teşkilatı, çalışma usulleri, üyeliklerinin seçimi ve yetkisinde olan seçim ve atamalarla ilgili hususlar,

Yükseköğretim Denetleme Kurulunun kuruluş ve işleyişi, denetleme usul ve esasları ile ilgili hususlar,

ÖSYM'nin kuruluşu, işleyişi, görevleri, öğrenci seçme ve yerleştirme esasları ve öğrenci adaylarından alınacak kayıt ve sınav ücretleri ve bu ücretlerle oluşacak fonun kullanılması ile ilgili esaslar,

Bu kanun kapsamındaki yükseköğretim kurumlarında yardımcı doçentlik, doçentlik ve profesörlüğe yükseltme ve atanma işlemleri,

Öğretim elemanlarının yetiştirilme esasları,

Haftalık ders yükü çalışma esasları,

Yabancı uyruklu öğrencilerin harçları ile harçlar konusuna ilişkin uygulama esasları,

Ders kitaplarının ve teksirlerinin bastırılmasında uygulanacak esaslar ve ödenecek telif hakları ile ilgili hususlar,

Öğretim elemanları, memur ve diğer personel ile öğrencilerin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri ve disiplin kurullarının teşkili ve çalışması ile ilgili hususlar,

Yükseköğretim kurumları ve bunlara bağlı kuruluş ve birimler tarafından yapılacak bilimsel, teknik inceleme ve araştırma ile yayımların gerektireceği her türlü giderlere ve üniversitelerin inşaat, makine ve teçhizatı ile ilgili işlemlerin bakım ve onarımlarına uygulanacak esaslar,

Öğretim elemanları, memur ve diğer personel ile öğrencilerin sicilleri ile ilgili hususlar,

Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarının eğitim ve öğretim alanları göz önünde tutularak gerekli yapı ve tesisler, araç-gereç, öğretim, yönetim kadrosu ve diğer akademik konular,

Görevlendirme ve nakil ile ilgili esaslar ve bu Kanunun uygulanması ile ilgili diğer hususlar,

Aşağıdaki hususlar Üniversitelerarası Kurul tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir:

Lisansüstü öğretim esasları,

Bu kanunun uygulanması ile ilgili diğer akademik hususlar.

Kanunun, Yönetmeliklerle ilgili bu maddenin tamamını alıntılamanızın sebebi şudur: Kanunun Yönetmelikler maddesinde Yükseköğretim Kurulu'nun hangi konularda Yönetmelikler çıkarabileceği bu maddede **sınırlı olarak sayılmıştır**. Bu demektir ki, yasa koyucu Yükseköğretim Kurulu'nun Yönetmelik yapma yetkisini bu maddelerde öngörülen konularla sınırlamıştır. Dikkatle okunduğunda, sayılan konular içinde **kılık kıyafete ilişkin herhangi bir düzenleme yapma yetkisi bulunmamaktadır**. Maddenin 9. Bendinde geçen "öğrencilerin disiplin işlemleri" ibaresi, disiplin soruşturmasının yapılmasına ve neticelerine ilişkin usul işlemleridir. Bu ibare herhangi bir şekilde Kanunda belirlenmemiş bir konuda düzenleme yetkisi tanımamaktadır.

Aynı şekilde 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 14. Maddesinde Üniversite Senatosunun görevi sayılmış olup, disiplin işleri konusunda yönetmelik veya yönerge ile düzenleme yapma görevi bu görevler arasında sayılmamıştır. Diğer bir anlatımla üniversite senatosunun öğrenci disiplin işlerini yönerge ile düzenleme ve disiplin suçu ihdas etme yetkisi yoktur.

Ayrıca Anayasanın 130. Maddesinde Yükseköğretim Kurumlarının disiplin ve ceza işlerinin Kanunla düzenleneceği emredilmiştir:

"Yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile (...) disiplin ve ceza işleri (...) kanunla düzenlenir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun Ek-17. Maddesinde; "Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla, yükseköğretim kurumlarında kılık kıyafet serbesttir" hükmü yer almaktadır.

Yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı gibi, derslere ve sınavlara başı kapalı olarak giren bir öğrencinin bu davranışının, yetkisiz bir organ tarafından çıkarılan bir genelge ile disiplin suçu ihdas edilerek disiplin suçu sayılamayacağı ve cezalandırılmayacağı açıktır.

Dolayısıyla söz konusu YÖK Genelgeleri de, **idarenin kendi görev alanını ilgilendiren konuda**, kanun ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere, örneğin kılık kıyafet konusunda -yukarıda zikrettiğimiz Yükseköğretim

Kanununun EK-17. Maddesinde düzenlenen “kılık kıyafetin serbestliğinin uygulanması” doğrultusunda- düzenlemeler getirebilecektir. Bu amaçlar dışında, Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması kriterlerini koyan 13. Maddesi ile idarenin tasarruflarının hukuki düzenlemeler hiyerarşisinde belirlenen dayanaklara bağlılığını emreden 124. Madde hükümlerine aykırı düzenlemeyi içeren YÖK Yönetmelikleri ve Genelgeleri hukuka ve Kanuna aykırıdır, keyfi bir düzenlemedir ve hukukun yok (keenlemyekün) hükmündedir, idari yargıya başvurulması halinde iptali gereklidir.

3. Bir İdari İşlem Olarak Kanunsuz Emir ve Ceza Yerine Geçen Güvenlik Tedbirleri

Öğrencinin Kanunda ve Yönetmelikte belirlenen görevlerini yerine getirebilmesi, aynı zamanda idarenin de kanuna ve hukuka uygun davranması ile mümkün olabilmektedir. Hukuka ve kanuni düzenlemelere uymak, karşılıklı olabildiği oranda mümkün olabilecektir.

Bu noktada, her türlü disiplin soruşturması ve yargılamasında soruşturmacının ve yargıcın dikkate alması gereken önemli bir kavram ve düzenleme önümüze gelmektedir. Bu da Anayasanın 137. Maddesinde ve diğer bir çok kanunda düzenlenen ‘kanunsuz emir’dir. Anayasanın 137. Maddesi kanunsuz emri:

“Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emirlerinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse emir yerine getirilir; bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz.

Konusu suç teşkil eden emir, hiç bir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.”

şeklinde düzenlenmektedir.

Yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 11. Maddesinin 2, 3 ve 4. Fıkralarında kanunsuz emir düzenlenmiştir:

“Devlet Memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler

tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerini iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar.

Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, memur bu emri yapmaya mecburdur. Ancak, emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir.

Konusu suç teşkil eden emir, hiç bir suretle yerine getirilemez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”

Yönetmeliklerde suç ve ceza ihdas edilmesinin hukuka aykırılığı ve bu tür düzenlemelerin idari yargıya müracaatla iptal edilmesi gerekliliği bir yana; Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde başörtülü öğrenciye verilecek bir ceza bulunmadığı gibi, Yönetmeliğin 5. Maddesinde disiplin suçlarına verilecek cezalar da sayılmıştır. Yönetmelikte disiplin suçlarına verilecek cezalar: Uyarı, kınama, bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma, bir veya iki yıl için uzaklaştırma ve yükseköğretim kurumundan çıkarma cezalarıdır. Dikkat edilirse bu cezalar içerisinde, “Üniversite binalarına almama”, “öğrenci kimliği vermeme”, “derse almama” veya “dersten çıkarma” gibi “güvenlik tedbiri” olarak adlandırılacak tedbirler de bulunmamaktadır.

Öğrencilerin zor kullanılarak okula ve derslere alınmaması, dersten çıkarılmaları, öğrenci kimliği verilmemesi ve benzeri yukarıda sayılan işlem ve eylemler **ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri** koymaktır. Anayasanın 38. Maddesine göre idarenin **ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri koymaya yetkisi yoktur.**

Dolayısıyla YÖK de böyle bir yetkiyi kullanamaz. YÖK’ün uyguladığı, öğrenciyi okula veya kampüse veya eklentilerine almamak şeklindeki ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri öğrenciyi öğrenim hakkından yoksun bırakmaktadır. YÖK’ün böyle bir ceza koyma ve uygulama yetkisi yoktur. Anayasa ve kanunlara dayanmayan hiç bir yetki meşru sayılamaz.

Anayasanın 38. Maddesinin 3. Fıkrası, **“ceza veya ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur”** hükmü böyle bir işlem ve uygulamaya engeldir. YÖK veya güvenlik güçleri veyahut başka bir makam kendisini yasakoyucu (TBMM) yerine koyarak **ceza yerine geçen güvenlik tedbiri** koyamaz ve uygulayamaz.

“Anayasanın 38. Maddesinin 3. Fıkrasının son cümlesi şöyle demektir: “Hiç bir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz”. Suç yaratmanın bir “devlet yetkisi” olduğu şüphesiz olduğuna göre, yürütme organının bu yetkiyi kullanabilmesi için, herhangi bir kanunun değil, fakat bizzat Anayasanın bu organa açık bir yetki vermiş olması gerekir. Anayasamız ise 38. Maddesi ile suç yaratmak yetkisini parlamentoya tanıdığı gibi, 91. Maddesiyle yürütme organına tanıdığı Kanun Kuvvetinde Kararname çıkarma yetkisini suç yaratma açısından kısıtlamıştır. Bu itibarla yürütme organı, suç yaratıcı düzenlemelerde bulunurken, kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanmaktadır.” (Sulhi DÖNMEZER-Sahir ERMAN, a.g.e., c.1, s. 140)

Uygulamada sıkça görüldüğü gibi, özellikle öğrencilerin üniversite kampüsüne alınmaması, dersanelere sokulmaması, kampüsten dışarı çıkarılması, öğrenci kimliği verilmemesi, tamamen kanunsuz emir uyarınca yapılan işlem ve eylemlerdir, bir diğer ifadeyle kanuna aykırı güvenlik tedbirleridir. Anayasaya ve Türk Ceza Kanunu ile Devlet Memurları Kanununa aykırı bu tip eylemler birer hak ihlalidir.

Uluslararası Hukuk ve Başörtüsü

1. Türk Hukukunda Uluslararası Sözleşmelerin Yeri

1982 Anayasasının 90. Maddesi uluslararası sözleşmelerin Türk hukukundaki yerini düzenlemiştir.

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası sözleşmeler kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.”

İmzalanmış ve TBMM tarafından onaylanmış olan uluslararası sözleşmeler artık Türk hukuku için bağlayıcı bir konuma sahip olmaktadır. Türk Hukuk sistemine göre Ulusla-

rarası sözleşmeler kanun hükmünde ve üstün norm niteliğindedir. Kanunların uluslararası sözleşmelerde tanınan temel hak ve özgürlüklere aykırı olamayacağı keyfiyeti, tüm idarî tasarruflar için de geçerlidir.

Ayrıca Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine “Kişisel Başvuru Hakkını” kabul etmiş, daha sonra da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisini tanımıştır. Bütün bu gelişmeler, Türk Hukuk Sistemi içinde yer alan her türlü kanunî düzenlemelerle, bu düzenlemelere göre yapılması gereken idarî tasarrufların, uluslararası belgelerde yer alan hükümlere ve bu hükümlerin uygulanması için kurulmuş denetim mekanizmalarının kararlarına (özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına) uygun olması zorunluluğunu getirmektedir.

Türk Hukuk Yargı Sistemi hiyerarşisinde yer alan mahkemelerin verdiği kararlar, AİH Mahkemesi kararlarıyla ortadan kaldırılamaz ise de, bu kararların Sözleşmeye aykırılığının tespiti halinde sonuçlarının ortadan kaldırılması ve gereğinin yapılması Türkiye için bir **Ahdî Yükümlülüktür.**

2. Uluslararası Sözleşmeler ve Din ve Vicdan Özgürlüğü

Din ve vicdan özgürlüğü bir dine inanıp inanmama ve bu inancı dışa vurma şeklinde iki boyuta sahiptir. Başörtüsü örtmek öncelikle bir din ve vicdan özgürlüğünün kullanımıdır. Başörtüsü örtmeyi tercih eden Türk kadınları, örtünmenin İslam Dininin bir emri olduğuna ve Kur'an'ın, kadına kamusal alana çıktığında böyle bir zorunluluk getirdiğine inandıkları için başörtüsü taktıklarını açıklamaktadırlar. Bu nedenledir ki başörtüsü örtmek, dini inançlarını yaşamak, gerektiğinde bu inancını dışa vurma şeklindeki din ve vicdan özgürlüğünün bir yansımasıdır. Din ve vicdan özgürlüğünün bir ifadesi şeklinde ortaya çıkan başörtüsü kullanmaya saygı gösterilmesi de, insan temel hak ve özgürlüklerine saygının bir gereği olmaktadır. Nitekim tüm dünya ülkelerinde dini veya geleneksel olsun, tüm giyim tarzları ve şekilleri, herhangi bir dinin simgesi sayılsalar bile hürmete layık görülmekte ve saygı duyulmaktadır.

Hukuki düzenlemeler de bu çerçevede din ve vicdan özgürlüğünü teminat altına almaktadır.

Din ve Vicdan özgürlüğünün Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde nasıl yer aldığı hatırlatmakta yarar görmekteyiz .

a) Birleşmiş Milletler Belgelerinde Din ve Vicdan Özgürlüğü

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

Madde- 18. Herkes düşün, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; Bu hak din ya da inanç değiştirmek özgürlüğünü ya da inancın tek başına ya da topluca, açık olarak ya da özel biçimde, öğretim, uygulama, tapınma ve ayinlerle göstermek özgürlüğünü de kapsamı içine alır.

Madde-19. Herkes düşün ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, düşünlerinden ötürü tehdire uğramamak, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünceleri her yoldan aramak, elde etmek ve yaymak haklarını da birlikte getirir.

Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Madde-18. 1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin ister tek tek, isterse başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını, tapınma, uyma, uygulama ya da öğretme bakımından, açık ya da kapalı biçimde ortaya koyma özgürlüğünü de içerir.

2. Hiç kimse, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu kabul etme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıyla karşı karşıya bırakılamaz.

3. Bir kimsenin kendi dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlüğüne ancak yasalarda gösterilen ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlakını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebilir.

b) Avrupa Sisteminde Din ve Vicdan Özgürlüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Madde 9) 1. Her şahıs düşünce, vicdan ve din hürriyetine sahiptir. Bu hak din veya 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.

2. Din veya kanaatleri açıklama hürriyeti demokratik bir toplumda ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya genel ahlakın, yahut başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri olan tedbirlerle ve kanunla sınırlanabilir.

Helsinki Nihai Senedi

Katılan Devletler, ırk, cinsiyet, dil ve din ayrımı gözetmeksizin, herkes için, düşünce, vicdan, din yada inanç özgürlüklerini de kapsamak üzere, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı gösterirler.

Katılan Devletler, insan kişiliğinin özündeki onurdan doğan ve kişinin özgür ve tam gelişmesi için zorunlu bulunan, yurttaşlık hak ve özgürlükleriyle, siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel ve başkaca hakların ve özgürlüklerin etkin biçimde kullanılmasını geliştirir ve destekler.

Bu çerçeve içinde, Katılan Devletler kişiye, kendi vicdanının buyruğuna göre. Tek başına ya da başkalarıyla birlikte, topluca bir din ya da inanca bağlanmak ve onun gereklerini yerine getirmek özgürlüğünü tanırlar.

Din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen tüm bu metinlerde açıkça görüldüğü üzere bu özgürlük sadece bireylerin inançlarını ve vicdani kanaatlerini güvence altına almakla gerçekleşmiş olmaz. Ayrıca gerek bireysel yaşamda gerekse toplumsal yaşamda inancının gereğini yerine getirme ve açıklama, dışavurma özgürlüğünü de kapsar.

Ülkemizde başını örten kadın için yüksek öğrenim görmek, bilim ve sanat alanında araştırma ve çalışmalar yapmak, kamu hizmetlerinde çalışan olarak yer almak gibi bazı temel hak ve özgürlüklerden yararlanmak fiilen yasaktır. Bu uygulama birçok noktada kolluk kuvveti marifeti ile gerçekleşmektedir. Başörtüsü örten kadınların bir kısmı gelenek-

sel bir kısmı ise inandıkları İslam dininin gereği olarak bu tercihi kullandıklarını beyan etmektedirler. İnançlarının gereği olarak başörtüsü örten kadınlar İslam dininin Kur'an da yer alan bir emri olduğunu belirtmekte ve gerek İslam alimlerinin gerekse Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Hükümete bağlı Anayasal bir kurumu olan Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından yapılan tüm açıklamalar da başörtüsünün dini bir gereklilik olduğu yönündedir.

Gerçekten de bireyin tercih ettiği inancın neyi ne şekilde gerektirdiği laik bir ülkede devlet için sorun teşkil etmemelidir. Çünkü devlet, inancı ne olursa olsun tüm insanların temel hak ve özgürlüklerini teminat altına almak ve korumak ve devamını sağlamak için gereğini yerine getirmek zorundadır.

Din ve Vicdan özgürlüğü ile ilgili birçok AİH Komisyonu kararında bu özgürlüğün kullanımı ile ilgili yorumlar yapılmış, sınırları tartışılmış, kararlar alınmıştır. Bunlardan önem arzeden bazılarını hatırlatmakta yarar görmekteyiz.

Prais v. EC Council davasında Yahudi olan başvurusunun, Cumartesi günü sınav yapılmasının dini yükümlülüklerine aykırı olduğu iddiasını haklı bulmuştur. Komisyon bu kararında, devletin kamusal alan düzenlemelerinin, başvurusunun dini inancının gereklerini yerine getirmesine, bir başka ifadeyle din ve vicdan özgürlüğünün sınırlanmasına olanak vermemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun başörtüsü ile ilgili kararlarından biri olan Karaduman-Türkiye kararında ise Komisyon, 9. Maddenin kamusal alanda her zaman inançlarla yönlendirilen şekilde davranma hakkını garanti etmediğini, "uygulama" kelimesinin ise dinsel ve inanç ile motive edilen ve etkilenilen her hareketi kapsamadığını belirterek bir önceki karara göre çifte standart getirmiştir.

Komisyon, Karaduman-Türkiye kararında, başvurusunun laik bir üniversitede öğretimi seçmekle bu üniversitenin kurallarına uyma yükümlülüğünü kabul ettiğini, özellikle bir dinin baskın olduğu ülkelerde belli bir dinin sembollerini ve törenini yer ve davranış anlamında sınırsız olarak ortaya koymanın bu dini uygulamayan öğrenciler veya farklı dine men-

sup kişiler üzerinde baskı oluşturacağı belirtmiştir. Komisyon ayrıca, laik üniversite sisteminin gerekleri göz önüne alındığında öğrencilerin giyimlerini kurala bağlamanın, bazı idari hizmetleri sunmamanın din ve vicdan özgürlüğüne bir müdahale oluşturmadığı ve başvurusunun okul döneminde arzusuna aykırı olarak giyim şartlarını yerine getirmek zorunda bırakılmadığı nedenleriyle 9. Maddede tanınan hakkın ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Komisyonun bu kararında bir bilgilendirme eksikliği söz konusudur. Türkiye'de laik olmayan üniversite yoktur. Olması da mümkün değildir. Çünkü Tevhid-i Tedrisat Kanunu uyarınca tek tip eğitim tarzı vardır ve bu tarz her hal ve şartta laik eğitim tarzıdır. Batıdaki dini kurumlara (örneğin kiliselere) tanınan eğitim-öğretim kurumları açma imkanı, Türkiye'deki dini kurumlar için mümkün değildir. Öğrencinin ve ailesinin laik öğretim ve laik okul imkanından başka bir seçeneği yoktur.

Karaduman-Türkiye davasında Komisyonun, "aynı dini uygulamayan farklı dine mensup öğrenciler üzerinde baskı oluşturacağı" yorumu ise, sadece varsayıma dayalıdır. Bu görüşe ilişkin bir örnek veya bilimsel araştırma sonucu gösterilememiş, karar herhangi bir sosyolojik ve hukuki delile dayandırılmamıştır. Bu nedenle gerek Türkiye Mahkemeleri, gerekse AHİM'in Karaduman - Türkiye davasına ilişkin kararı başörtüsü yasağının ulusal ve uluslararası hukuka ilişkin bir delili olamamakta, bir başka ifadeyle bu karar ve kararın gerekçesi Türkiye'deki başörtüsü yasağının hukuki zeminini oluşturamamaktadır.

Yehova Şahitlerine ilişkin olarak verilen Kokkinakis-Greece kararında Mahkeme, 9. Maddenin değerlerinin demokratik toplumun temelini oluşturduğuna yer vermiştir:

"Dini açıdan (9. Madde) inanç sahibinin kimliğini, yaşam anlayışını oluşturan en önemli öğelerden biridir, ancak, bu aynı zamanda ateistler, agnostikler, scepticler ve ilgisizler için de önemli bir değerdir."

Yine bu kararda Mahkeme 9/2. Madde ile diğer hükümlerden farklı olarak sadece inancı açıklama özgürlüğüne sınırlama getirildiğini vurgulamaktadır. Maddenin inanç özgürlüğüne ilişkin kısmı "mutlak hak" kategorisinde yer almakta ve Mahkemenin kararı ise Söz-

leşmenin 9. Maddesinde korunan değerlerindeki hoşgörü ve çoğulculuktan farklı bir açıklamayı, demokratik toplum zorunluluğunu içermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 07.12.1976 tarihli Handyside kararında "Demokratik Toplum'un kurucu öğelerini "plüralizm", "tolerans" ve "açıklık düşüncesi" olarak belirlemiş, çoğulculuk ve hoşgörünün, açık bir toplumun kurucu unsurları olduğu kanaatine varmıştır.

Sunday Times kararında da çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık ilkelerinin demokratik topluma özgü ilkeler olduğuna karar vererek demokratik toplum kavramının öğelerini geliştirmiştir.

Mahkemenin başka birçok kararında da, plüralizmin daha çok fikir (fikirlerin çoğulculuğu), toleransın ise davranışlar (davranışların hoş görülmesi) anlamına geldiği şeklinde vurgu yapıldığı gözlenmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Handyside-Birleşik Krallık (7.12.1976) kararı ve Lingens-Avusturya (8.7.1984) kararlarındaki:

"Demokrasinin işleyişini sağlayan serbest fikri tartışma ve öne sürülen düşüncelerin gerçeklik değerlendirmesinin dışında kaldığı, çünkü, siyasal toplum ve sivil toplumun, kanaatlerin serbest değişimiyle beslendiği; dolayısıyla farklı görüş ve açıklamaların, fertlerin ilerleme ve gelişmesine katkı sağladığı kadar demokratik bir toplumun zorunlu dayanağını oluşturduğu"

yorumu, başka birçok kararına da yansıtmıştır.

Bir yandan Türk Ceza Kanununda düşünce ve ifade özgürlüğünü kısıtlama hükmü olarak uygulanan 312. Madde ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri kararları ve uygulamaları AİHM'in içtihatlarına bu yönden aykırılık oluşturur ve AİHM tarafından kınanırken; diğer yandan Türkiye'de hukuka ve kanuna aykırı düzenlemelerin uygulayıcılarının AİHM içtihatlarından Karaduman-Türkiye davasındaki hukuka aykırı çelişkileri esas almaya çalışmaları AİHM ve Türk yargı sistemi açısından önemli bir açmaz olarak görülmektedir.

3. Uluslararası Sözleşmeler ve Eğitim Hakkı

Eğitim hakkı, uluslararası hukukta yer alan temel hak ve özgürlükleri düzenleyen tüm metinlerde mutlak bir hak olarak düzenlenmiştir. Uluslararası hukuk metinlerindeki hükümlere göre: Hiç kimse eğitim hakkında mahrum bırakılamaz. Devletin bireylere her ne olursa olsun eğitim imkanı sağlama zorunluluğu vardır. Bunun için devlet gerekli düzenlemeleri yapacak ve imkanları sağlayacaktır. Devletin, yüksek öğrenim görme hakkının da bireye ulaşması için gereken imkanları sağlama zarureti vardır. Ancak burada bazı özel koşullar belirlenebilir. Ancak bu koşullar objektif olmak zorundadır. Bireyler arasında ayrımcılığa ve eşitsizliğe yol açacak düzenleme yapılamaz.

Birleşmiş Milletler Belgelerinde Eğitim Hakkı

a) Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB)

Madde- 26. Herkes, eğitim hakkına sahiptir. Eğitim hiç olmazsa ilk ve temel eğitim safhalarında böyle olmalıdır. İlköğretim zorunludur. Teknik ve meslekî öğretimden herkes istifade edebilmelidir. Yüksek öğretim liyakatlerine göre herkese tam ve eşitlikle açık olmalıdır.

Eğitim insan kişiliğinin tam gelişmesini ve insan haklarıyla temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmeyi hedef almalıdır. Eğitim, bütün milletler, ırklar ve dini gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu özendirilmeli ve Birleşmiş Milletlerin barışı koruma yolundaki çalışmalarını geliştirmelidir.

Ana baba, çocuklarına verilecek eğitimi seçmede öncelikle hak sahibidir.

b) Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme

Madde- 10. Eğitim Hakkı

Taraf Devletler eğitim alanında kadınların erkeklerle aynı haklara sahip olmalarını sağlamak için kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek üzere gerekli her türlü tedbiri ve kadınlarla özellikle erkeklerin eşitliğine dayanan aşağıdaki tedbirleri alır:

a) Meslek ve sanat rehberliği verilmesinde, kentsel alanlarda olduğu gibi kırsal alanlarda da eğitim kuruluşlarına girme ve bu kuruluşlardan diploma almada eşit şartların sağlanması; bu eşitlik okul öncesi eğitim ile genel, teknik, mesleki ve yüksek teknik eğitimde ve her çeşit mesleki öğretimde sağlanır.

b) Aynı öğretim programına katılmaları, aynı sınavlara girmeleri nitelik bakımından aynı düzeydeki eğitimcilerden eğitim almaları, aynı nitelikteki bina ve eğitim araçlarına sahip olmaları sağlanır;

c) Erkeklerin ve kadınların kalıplaşmış rolleriyle ilgili kavramların eğitimin her düzeyinden ve biçiminden tasfiye edilmesi için karma eğitim ve bu amaca ulaşılmasına yardımcı olacak diğer eğitim türleri teşvik edilir ve özellikle okul kitapları ve ders programları gözden geçirilir ve bu öğretim metoduna göre uyarlanır;

d) Burs ve diğer eğitim yardımlarından yararlanmada aynı imkanlar sağlanır;

e) Erkekler ile kadınlar arasında varolan eğitim açığını mümkün olan en kısa sürede kapatmayı amaçlayan yetişkinler için programlar ile okuma yazma programları da dahil, sürekli eğitim programlarına katılmaları konusunda aynı imkanlar sağlanır;

f) Kız öğrencilerin okuldan ayrılma oranlarının düşürülmesi ve okuldan erken ayrılan kızlar ve kadınlar için eğitim programları düzenlenir;

c) Birleşmiş Milletler Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme

Madde- 1. 1. Bu sözleşmenin amacı bakımından ayrımcılık terimi; ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, ekonomik koşul ya da doğuş temeli üzerinde eğitimde davranış eşitliğini kaldırmak ya da bozmak amacı ya da sonucuyla ve özellikle,

a. Herhangi bir kişi ya da grubu herhangi bir tür ya da düzeyde eğitim görmekten yoksun bırakmak;

b. Herhangi bir kişi ya da grubu, düşük standartlı bir eğitimle sınırlamak;

c. Bu sözleşmenin 2. maddesinin hükümleri saklı kalmak üzere kişiler ya da gruplar için ayrı eğitim sistemleri ya da kurumları kurmak ya da sürdürmek; ya da

d. Herhangi bir kişi ya da gruba, insan onuruyla bağdaşmaz koşullar uygulamak; üzere yapılan herhangi bir ayırım, dışlama, sınırlama ya da yeğlemeyi içerir.

Madde- 2. Bir devlette izin verildiğinde;

a. Eğitimden eşit yararlanma olanağı, aynı düzeyde öğretim elemanı ve aynı nitelikte okul bina ve donanımı sağlamak ve aynı ya da eşdeğerde ders görme fırsatı sunmak koşuluyla, iki ayrı cinsten öğrenciler için ayrı eğitim sistem ve kurumlarının kurulması ya da sürdürülmesi;

b. Katılma ya da yazılmanın isteğe bağlı olması ve sağlanan eğitimin yetkili makamlar tarafından aynı düzeydeki eğitim için konulabilecek ya da onaylanacak standartlara uyması koşuluyla öğrencilerin ana babaları ya da yasal vasilerinin isteklerine uygun bir eğitim vermek üzere din ve dil gerekçeleriyle ayrı eğitim sistem ve kurumlarının kurulması ya da sürdürülmesi;

c. Herhangi bir grubun dışlanmasını değil, kamu makamlarınca sağlanana ek eğitim kolaylıkları sağlamayı amaçlaması ve bu amaç uyarınca çalışması ve sağlanan eğitimin yetkili makamlar tarafından aynı düzeydeki eğitim için konulabilecek ya da onaylanacak standartlara uyması koşuluyla özel eğitim kurumlarının kurulması ya da sürdürülmesi;

bu sözleşmenin 1. Maddesinin anlamı bakımından bir ayrımcılık uygulaması sayılmaz.

Madde- 3. Bu sözleşmenin anlamı çerçevesinde ayrımcılığı kaldırmak ya da önlemek için, Sözleşmeciler Taraf:

a. Eğitimde ayrımcılık içeren her türlü yasa hükmünü ve yönetsel yönergeyi kaldırmayı ve her türlü yönetsel uygulamaya son vermeyi;

b. Öğrencilerin eğitim kurumlarına alınmasında hiç bir ayırım yapılmamasını, gereğinde yasa yoluyla güvenceye bağlamayı,

Avrupa Sisteminde Eğitim Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 No'lu Protokol

Madde-2. Kimse eğitim hakkından mahrum edilemez. Devlet, eğitim ve öğretim sahasında deruhte edeceği vazifelerin ifasında, annesinin (çocukları için) bu eğitim ve öğretimi kendi dini ve felsefi inançlarına uygun temin etmek hakkına riayet edecektir.

Helsinki Nihai Senedi

Eğitim Alanında İşbirliği ve Değişimler

Katılan Devletler

Eğitim ve bilim alanlarında uluslararası ilişkileri geliştirmenin, karşılıklı daha iyi anlayışla katkıda bulunacağı gibi, bunun bütün halkların da yararına olacağı ve gelecek kuşaklara da çıkar sağlayacağı bilinci içinde,

Eğitim ve bilimle uğraşan örgütler, kurumlar ve kişiler arasında, bilgi ve deneyim alışverişi ve temaların, gerekli durumlarda özel düzenlemelere dayalı biçimde geliştirilmesini kolaylaştırmaya hazır olarak,

Bilim ve eğitim kuruluşları arasında bağları güçlendirmek ve özellikle bilgi ve maddesel kaynak düzeylerinin uluslararası danışmalar içinde çaba gösterilmesini gerektiren durumlarda, ortak çıkarları bulunan kesimlerde işbirliğini özendirme isteği ile ve,

Bu alanlarda ilerlemenin daha geniş yabancı dil bilgisi sayesinde yürütülmesi ve desteklenmesi gerektiği inancı ile,
Bu amaçlarla, özellikle şu konularda niyetlerini açıklarlar:

İlişkilerin Geliştirilmesi

Eğitim ve bilim alanlarında eşit düzeylerde işbirliğini ve bağları, özellikle aşağıdaki yollardan genişletmek ve iyileştirmek,
Hem esneklik, hem de yürürlükteki anlaşmaların ve düzenlemelerin daha tam kullanılması gereğini göz önünde tutarak, eğitim ve bilimle uğraşan devlet kurumları, hükümetler dışı kuruluşlar ve kişiler arasında, uygun durumlarda, işbirliği ve değişimler öngören ikili ve çok taraflı anlaşmalar yapmak,

Uygun düşen durumlarda, hükümetler arasında anlaşmalar çerçevesinde, üniversiteler ve başkaca eğitim ve araştırma kurumları arasında, doğrudan doğruya düzenlemeler yaparak kolaylaştırmak,

Uygun düşen durumlarda, özel anlaşma ya da düzenlemelere dayalı olanları da kapsamak üzere, eğitim ve bilimle uğraşan kişiler arasında doğrudan doğruya temasları ve haberleşmeyi özendirme.

Eğitim hakkı mutlak bir hak olarak düzenlenmiş olmasına rağmen başörtüsü örten öğrencinin yüksek öğrenim hakkından mahrum edilmesi yukarıda açıklanan tüm maddelere aykırılık teşkil etmektedir. Devlet eğitim hakkını bir kamu hizmeti olarak tüm bireyleri-

ne sunmak zorundadır. Kılık kıyafetinden veya inancından dolayı bir kısım insanlara eğitim hakkının verilmemesi gibi bir uygulama mümkün olmamalıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1. Protokol ve diğer uluslararası sözleşmelerde de eğitim hakkı mutlak bir hak olarak tanımlanmış ve bunun için herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.

“Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Tasfiyesine Dair Sözleşme”de özellikle kadınlara yönelik cinsiyet yönünden bir ayırım yapılmayacağına dair hüküm kabul edilmiştir. Özellikle Eğitim Hakkı sunumunda ayrımcılık yasaklanmıştır. Bu hükümler Türk hukuku için yasa gücündedir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi Avrupa Sistemi eğitim hakkının düzenlenmesi ve uygulaması noktasında bazı içtihatlar geliştirmiştir. Bunlardan özellikle konumuz ile ilgili olarak yukarıda da bahsedilen Karaduman Kararı dikkat çekicidir. Komisyon bu kararda başvurucunun laik üniversite tercihinden bahsetmiştir. Türkiye’de laik olmayan üniversite yoktur. Olması da mümkün değildir. Çünkü Tevhid-i Tedrisat Kanunu uyarınca tek tip eğitim tarzı vardır ve bu tarz her hal ve şartta laik eğitim tarzıdır. Batıdaki dini kurumların eğitim öğretim kurumları açma imkanı Türkiye’de mevcut değildir. Öğrencinin ve ailesinin laik öğretim imkanından başka bir seçeneği yoktur.

Türkiye ‘de yüksek öğrenim Devlet tekelindedir. Bireylerin yükseköğrenimden faydalanabilmeleri için mutlaka öğrenci seçme ve yerleştirme sınavlarına girmeleri bu sınavı kazananların paralı veya parasız ama mutlaka laik üniversitelerden birini seçmesi gerekmektedir. Burada son yıllarda yüksek öğrenim görme talebinde bulunurken ve bu sınavlara girmek için dahi başörtülü adayların başvuruları reddedilmiştir.

Radyo, televizyon ve sair araçlarla verilen Açıköğretim Fakülteleri dersleri gibi farklı eğitim biçimlerinde dahi öğrencilerin başvuruları kabul edilmemiş, sınav salonlarına alınmamış veya sınava girenlerin sınavları da geçersiz sayılmıştır. Yukarıda bazı maddelerini hatırlattığımız uluslararası sözleşmeler ile ters düşen bu uygulamalar halen de tüm yoğunluğu ile devam etmektedir.

Konunun diğer bir yönü de insanların iki temel hakta tercih yapmaya zorlanmasıdır. Kişi inancını yaşama ile eğitim hakkı arasında tercih yapmak zorunda bırakılmaktadır. Oysa her iki hak da mutlak haklardır ve bireyler din veya cinsiyet ve özellikle kıyafet ve sair hiçbir ayrıma tabi olmaksızın bu haklardan yararlanırlar.

Bilim ve Sanat Öğrenme-Öğretme ve Yararlanma Hakkı

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Madde- 27. Herkes, toplumun kültürel yaşamına özgürce katılma ve güzel sanatlardan yararlanma ve bilimsel gelişmeye katılarak yararlarını paylaşma hakkına sahiptir.

Üniversitelerde gerçekleştirilen başörtüsü yasağı kişinin üniversite kampüsüne dahi alınmaması şeklinde gerçekleşmekte ve bu tüm başörtüsü örten bireyleri kapsamaktadır. Biraz daha açık izah edecek olursak, başörtülü bir kadın üniversitede yapılan panel, sergi ve sair bilim ve sanat ile ilgili bir çalışmaya katılmamaktadır. Bilimsel bir araştırma yapan bir kişinin veya bir avukatın hukuk fakültelerine ve bir doktorun tıp fakültelerine ve herhangi bir üniversite binasına ya da kütüphanesine başörtülü olarak girmesi yasaktır. Hatta çocuğu üniversitede okuyan başörtülü anne veya bir arkadaşını ziyaret etmek isteyen başörtülü kadının bu binalara girmesi yasaktır.

Bilim ve sanat alanının bu şekilde kapatılması ve engellenmesi aslında insanlığa karşı işlenmiş bir suçtur. Öncelikle söz konusu bireylerin temel hak ve özgürlükleri ihlal edilmekle beraber araştırma ve çalışma alanlarının kapatılması ile toplum vicdanı zedelenmekte, adaletin tesisi mümkün olmamakta ve tüm insanlık zarar görmektedir.

4. Uluslararası Sözleşmelerde Yer Alan Diğer Bazı Temel Hakların Başörtüsü Yönünden Değerlendirilmesi

Başörtüsü yasağı uygulaması ile kuşkusuz temelde din ve vicdan özgürlüğü ihlal edilmektedir. Bu hak ile birlikte en yoğun olarak

bireyler eğitim hakkından da mahrum bırakılmaktadır. Ancak bununla beraber mülkiyet hakkı, çalışma hakkı, adil yargılanma hakkı, bilim ve sanat öğrenme – öğretme ve araştırma hakkı gibi bazı hakların da ihlali söz konusudur.

a) Mülkiyet Hakkının İhlali

4.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 No'lu Protokol

Madde-1. Her gerçek veya tüzel kişi, mallarının dokunulmazlığına riayet edilmesi hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve uluslararası hukukun genel ilkeleri ile hukukun aradığı koşullara uyulmadıkça hiç kimse mülkiyetinden yoksun bırakılamaz.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi mülkiyet kavramını geniş yorumlamış ve ekonomik bir değer taşıması o şeyin mülk olarak değerlendirilmesi için yeterli sayılmıştır.

Başörtüsü örten kadınlara yüksek öğrenim görme hakkının yasaklanması da mülkiyet hakkının ihlalidir. Zira gerek bilimsel gerekse mesleki açıdan birçok kazanımlar elde eden bireylere ayırım yapılarak “siz artık bu olanaklardan faydalanamazsınız” denmiş ve bu kazanımlardan yoksun bırakılmışlardır. Ayrıca bu uygulama ile söz konusu kişilerin gelecekte elde edebilecekleri kazanımlarının da önüne geçilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında yaptığı yorumlarda bu maddenin üç ayrı kural getirdiğini söylemektedir. Bunlar:

- Mülkiyetin barışçıl bir biçimde kullanımı,
- Mülkiyetten yoksun bırakma,
- Mülkiyetin kullanımının denetimi.

Başörtüsü nedeniyle insanlara yapılan böyle bir ayırımla kazanımlarının ellerinden alınması ve geleceğe yönelik edinecekleri kazanımların ipotek altına alınmasıyla kamu yararı gözetilmiş sayılamaz. Olsa olsa bu uygulama bir kısım vatandaşa ayrımcılık uygulanması ve kamu yararını tehdit eden bir olay olarak değerlendirilebilir.

b) Çalışma Hakkının İhlali

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Madde-23. Herkesin çalışmaya, işini serbestçe seçmeye, hakça ve elverişli çalışma koşullarına ve işsizlikten korunmaya hakkı vardır.

Yükseköğrenimden mahrum bırakılan başörtülü kadınların çalışma hakkı da engellenmektedir. Son yıllarda, 10 - 20 yıl başörtülü olarak çalışmış olan tüm başörtülü memurlar hiçbir sosyal güvenlik hakları kendilerine verilmeden başörtülü oldukları gerekçesi ile mesleklerinden ihraç edilmiştir. Anayasaya ve yasalara rağmen sadece yönetmeliklere dayanılarak kamu hizmetlerinde çalışan olarak yer alamayan kadınlar üniversitelerde öğrenime alınmamakla da bazı alanlarda ve bazı mesleklerde çalışma hakları fiilen ortadan kaldırılmaktadır. Bu da açıkça bir ayrımcılık yasağı ihlalidir.

Birleşmiş Milletler Kadınların Siyasal Haklarına İlişkin Sözleşme Hükümleri

Madde-3. Kadınlar eşit koşullar içinde, ulusal yasalar uyarınca kurulmuş tüm kamu servislerinde çalışmak ve tüm kamu görevlerini yapmak bakımından erkeklerle, hiç bir ayırım gözetilmeksizin, eşit hakka sahip olacaklardır.

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme Hükümleri

Madde-6. 1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin özgürce seçtiği ya da benimsediği bir işte çalışarak yaşamını kazanma fırsatına sahip olma hakkını içeren çalışma hakkını tanıy ve bu hakkı korumak için uygun girişimlerde bulunur.

2. Bu Sözleşmeye taraf bir devletin bu hakkın tam olarak gerçekleşmesi amacıyla yapacağı girişimler; bireye temel siyasal ve ekonomik özgürlükleri sağlayacak koşullar altında kararlı ekonomik, toplumsal ve kültürel gelişmeyi ve tam ve verimli bir çalışmayı gerçekleştirmek üzere politikalar ve tekniklerle mesleki ve teknik yönlendirme ve yetiştirme programları uygulamasını da içerir.

c) Adil Yargılanma Hakkının İhlali

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Madde-10. Herkes hakları, yükümlülükleri üzerinde ya da kendisine karşı ceza niteliğinde herhangi bir suçlamanın saptanmasında tam bir eşitlikle, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hak gözetirce ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Madde- 6. 1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili anlaşmazlıkların çözülmesi, gerek kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde adil ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.

2. Bir suç ile itham edilen bir şahsın suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Her sanık başlıca:

a) Şahsına yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek,

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak,

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının veya eğer bir avukat tutmak için mali imkanlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın ücretsiz yardımından istifade etmek,

d) İddia şahitlerini sorguya çekmek veya çekertirmek, savunma şahitlerinin de iddia şahitleri ile aynı şartlar altında davet edilmesinin ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek,

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz faydalanmak haklarına sahiptir.

Cezada Kanunilik

Madde- 7. 1. Hiç kimse işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Keza hiç kimse suç işlendiği zaman

uygulanabilecek cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılmaz.

2. Bu madde işlendiği zaman medenî milletler tarafından tanınan genel hukuk prensiplerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmalden suçlu bir şahsın yargılanmasına ve cezalandırılmasına mani değildir.

Türkiye’de başörtüsü yasağını düzenleyen hüküm olmamasına ve Türk halkının büyük bir çoğunluğunun yasak karşısındaki tepkisine rağmen yapılan başörtüsü yasağı uygulamasının iç hukuk sisteminde çözülememesinin en önemli nedeni yargı üzerindeki baskıların adil bir yargı ortamını yok etmesidir. Zira başörtüsü ile ilgili açılan davalarda olumlu karar veren hakimler hakkında soruşturma açılmış ve bu hakimler idari çeşitli cezalar almışlar veya tayin edilmişlerdir. Bu durumun, zaten büyük bir çoğunluğu hukukçu olmayan idare mahkemeleri yargıçlarının üzerinde önemli boyutta olumsuz etkisi olmuştur.

Çok uzun süren dava süreçleri, devlet memuru olan yasak uygulayıcıları hakkında savcıların harekete geçememesi, en üst yargı organlarında görev alan hukukçuların (özellikle Danıştay başkanı ve üyelerinin) hukuka aykırı beyanları ve siyasi baskılar tüm bu hukuksuzlukların yargıda çözülmesine engel olmuştur. Birçok ortamda bu yasak uygulamalarının son bulması için uğraşan mağdur öğrenciler kendi okullarına dilekçe vermekten dahi kolluk kuvveti marifeti ile alıkonulmuşlardır. Bu konuda sıkıntılarını dile getirmeye çalıştıklarında ise çoğunlukla haksız gözaltı ve soruşturmalar ile karşılaştıkları herkesin malumudur. Halen de çok sayıda dava yıllardır sonuçlanmayı beklemektedir.

d) Ayrımcılık Yasağının İhlali

Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiyesine Dair Sözleşme

Hukuk Önünde Eşitlik Hakkı

Madde-15. 1. Taraf Devletler kadınların erkeklerle hukuk önünde eşitliğini kabul eder.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Madde-7. Yasa önünde herkes eşittir ve ayırım yapılmaksızın, yasanın eşit korumasından yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin işbu Bildirgeye aykırı her türlü ayrımcı işleme karşı ve böyle bir ayrımcı işlem için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşitlikle korunma hakkı vardır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Madde- 14. Bu sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerden yararlanma keyfiyeti, bilhassa cins, ırk, renk, dil, din, siyasî ve diğer kanaatler veya ulusal sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi bir durum üzerine kurulmuş hiç bir ayırım gözetmeksizin sağlanmalıdır.

Madde- 17. Bu sözleşme hükümlerinden hiç biri bir devlete, topluluğa veya ferde, bu sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya bu sözleşmede öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara tabi tutulmasını hedef alan bir faaliyete girişmeye veya harekette bulunmaya yönelik bir hak sağladığı şekilde yorumlanamaz.

Madde-18. Bu sözleşmenin hükümleri gereğince, mezkur hak ve hürriyetlere yapılan sınırlamalar ancak öngörüldükleri gaye için tatbik edilebilirler.

Ayrımcılık yasağı başörtüsü konusunda yukarıda saydığımız temel haklarla birlikte ihlal edilmiştir. Başörtülü kadınlar inançlarından dolayı ayrımcılığa uğramaktadırlar. Ayrıca eğitim hakkı, mülkiyet hakkı, çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı yönlerinden de açıkça ayrımcılığa tabi tutulmaktadır. Türkiye Birleşmiş Milletler bünyesinde de Avrupa Sisteminde de imzaladığı ve onayladığı bir çok sözleşme hükümlerini bu konuda özellikle uygulamamaktadır. Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanmış olan Kadınlara Karşı ayrımcılığın Tasfiyesine Dair Sözleşmenin yaptırımlar getiren Ek Protokolünü de onaylamaktan kaçınılmaktadır.

Sonuç

Üniversite öğrencilerinin dini inançları gereği başlarını örtmeleri T.C. Anayasasının onlara tanıdığı din ve vicdan hürriyetinin bir gereğidir. Tanınan bu özgürlüğün sadece Anayasanın 13. Maddesinde getirilen kriter-

lerle kısıtlanması ve bu kısıtlamaların ancak kanunla yapılabilir olması, uygulamanın aksine 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun EK-17. Maddesindeki “Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla yükseköğretim kurumlarında kılık kıyafet serbesttir” hükmü, ve bu hüküm dışında öğrenciler için başörtüsü veya bir başka kılık kıyafete ilişkin bir kanun olmaması, fiilen uygulanan başörtüsü yasağının herhangi bir kanuni dayanağının bulunmadığını, aksine uygulamanın keyfi olduğunu göstermektedir.

Uygulamaya dayanak yapılan Yönetmelik ve Genelgelerin, bağlayıcı hukuk normları hiyerarşisinde ancak kanunla yapılabilecek sınırlamaları düzenlemeleri, dolayısıyla bu yönüyle de hukuka ve kanunlara aykırı olmaları nedeniyle bağlayıcılıklarının bulunmamaları da keyfiliğin ayrı bir göstergesi olmaktadır. Aynı şekilde öğrencilerin okul kampüsüne alınmaması, derslere sokulmamaları, öğrenci kimliği verilmemesi gibi ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri de evrensel hukuk kuralı olan “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceği” kuralına, T.C. Anayasasının 38. Maddesine ve AHİS’in 7. Maddesine aykırı ve keyfi bir uygulamadır.

Türkiye’nin altına imza koyduğu ve kendisini bağladığı Uluslararası Sözleşmeler ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin hükümleri ve AHİM içtihatları, Türkiye’de uygulanan başörtüsü yasağının uluslararası hukuk yönünden de bağlayıcı bir hukuk kuralına dayandırılmadığını, aksine uygulamanın bu Sözleşme ve içtihatlarla aykırılığını ortaya koymaktadır.

Türkiye’de idarenin, uygulamaya dayanak yaptığı Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinin de bizzat Anayasa tarafından bağlayıcı hukuk kuralı sayılamayacağı Anayasanın 153. Maddesi ile hüküm altına alınmıştır.

Türk kamuoyunun başörtüsü ile bir problem olmaması, gerek başörtüsü takmayan vatandaşlar, gerekse azınlıklar yönünden de bu güne kadar başörtüsünün kullanıldığı kamusal alan da dahil tüm alanlarda herhangi bir baskı unsuruna rastlanılmamış ve bu konuda herhangi bir araştırma sonucu dahi bulunmamış olması, eksik bilgilendirilen AHİM’in Türkiye – Karaduman kararındaki

gerekçesinin yerinde bulunmadığı sonucunu doğurmaktadır.

Türkiye’de tek tip öğretim modelinin uygulanıyor olması, Tevhid-i Tedrisat Kanunu hükümleri uyarınca vatandaşların herhangi bir dini öğretim kurumunda öğretim göremek yararlanamayacağı ve esasen hiçbir dini kurumun eğitim-öğretim kurumu açamayacağı, işletemeyeceği, mevcut tüm eğitim-öğretim kurumlarında dini kuralları gözetilen bir uygulamaya imkan tanınamayacağı gerçeği; yine Türkiye-Karaduman davasında gösterilen “dini kurum seçme özgürlüğü” veya “laik öğretim kurumunu tercih etmiş olma” keyfiyetinin Türkiye gerçeklerinden uzak bir nitelendirme olduğunun, dolayısıyla sözü edilen kararın gerekçesinin Türkiye’de kullanılabilir bir hukuki dayanak olmaktan uzak olduğunun bir göstergesidir.

Tüm bu belirlemelerimiz, gerek Türkiye idari ve hukuki mekanizmasının hukuka ve kanuna aykırı uygulamalarının herhangi bir hukuk kuralına dayandırılmadan uygulandığını, gerekse AHİM’in Türkiye ile ilgili kararlarının (Karaduman ve Bulut davaları) gerekçelerinde kullanılan argümanların Türkiye gerçeği ile uyum sağlamadığını göstermektedir.

O halde ulusal yargı sisteminin kanunlara ve uluslararası hukuk kurallarına ve Sözleşmelere aykırı karar ve uygulamalarının zarar görmekte olan, eğitim-öğretim hakları ellerinden alınan ve gelecekte elde edecekleri kesinlikle mümkün olabilecek haklarını kaybetmekte olan öğrencilerin son başvuru mercii olan AHİM’e başvuru yapmaktan başka seçenekleri kalmamıştır.

Türkiye’de hak aramanın ve hakka ulaşmanın yolları, adil yargılanma imkanının tanınmaması, yıllarca süren yargılamalar ve hukuk misyonu olmayan idare mahkemesi hakimlerinin hukuka aykırı istikrarlı kararları sayesinde artık tıkanmıştır. Hükümetin ve Yükseköğretim Kurumlarının yargı üzerinde -hakimleri tayin ve azil korkusu ile sindirerek ve çoğu kez tayin ederek- siyasi baskı oluşturması sonucunda, bu güne kadar yapılan tüm yargısal başvurular öğrencilerin aleyhine sonuçlanmıştır. Yıllarca süren davalar sonucunda hukuki netice elde edilemeden öğrencilerin tüm öğretim imkanları ellerinden alınmıştır. Dolayısıyla Türkiye’de yasal yollardan

özgürlüklere ulaşmanın, yargısal kararlar ile hak ve özgürlüklerin tanınmasının imkanı kalmamıştır. Bir başka ifadeyle, başörtüsü kullanma başta olmak üzere tüm özgürlükler Hükümetin ve Yargının istikrarlı karar ve uygulamaları ile kısıtlanmış, bu kısıtlama ve sonucunda oluşan yargı kararları hukuka ve kanuna ve uluslararası sözleşme hükümlerine aykırı bir şekilde istikrar kazanmış durumdadır.

AHİM'in, hükümetlerin ve yargı organlarının hukuka ve kanunlara aykırı karar ve uygulamalarının istikrar kazandığı durumlarda tüm kanun yollarını tüketme zorunluluğunu ortadan kaldıran içtihatları bilinmektedir. AHİM artık, Türkiye'de Güneydoğu Anadolu Bölgesinde olağanüstü hal koşullarında aramadığı kanun yollarının tümünü tüketme işlemi, kanunlara ve uluslararası sözleşmelerin hükümlerine aykırı bir şekilde istikrar kazanan başörtüsüne ilişkin karar ve uygulamalarında da aramamalıdır.

AHİM, Uluslararası hukuk kurallarını, iç hukuk normlarında ve uygulamalarında ciddiye uygulamayan Türk idari ve yargı sisteminin karar ve uygulamalarını tekrar gündemine almak ve yeni bir enformasyon ile Türkiye gerçeğini, AB ile bütünleştirilmeye aday gösterilen ülke hukukunu yakından tanımak zorundadır.

Elbette ki bu gereksinimi yerine getirirken eksik bilgilendirme ile oluşturduğu içtihatlarını da yeniden gözden geçirmesi gerekecektir.

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 Belediyesi 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.