



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

LEYLA ŞAHİN – TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no. 44774/98)

KARAR

STRAZBURG

10 Kasım 2005

Bu karar nihaidir. Ancak üzerinde şekle ilişkin değişiklik yapılabilir.

Leyla Şahin – Türkiye davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi,

Başkan L. WILDHABER,

Yargıçlar C.L. ROZAKIS,

J.-P. COSTA,

B.M. ZUPANCIC,

R. TÜRMEEN,

F. TULKENS,

C. BİRSAN,

K. JUNGWIERT,

V. BUTKEVYCH,

N. VAJIC,

M. UGREKHELIDZE,

A. MULARONI,

J. BORREGO BORREGO,

E. FURA-SANDSTRÖM,

A. GYULUMYAN,

E. MYJER,

S.E. JEBENS ve

Büyük Daire Yazı İşleri Müdür Yardımcısı T.L. EARLY'nin katılımı ile 18 Mayıs ve 5 Ekim 2005 tarihlerinde kapalı oturumda toplanmış ve 5 Ekim 2005 tarihinde izleyen kararı vermiştir:

USUL

1. Dava, Leyla Şahin ("başvuran") isimli Türk vatandaşı tarafından 21 Temmuz 1998 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") eski 25. maddesi çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na ("Komisyon") Türkiye Cumhuriyeti aleyhine yapılan başvurudan (no. 44774/98 kaynaklanmaktadır).

2. Başvuran, Brüksel Baro'sundan avukat X. Magnée ve Ankara Barosu'ndan K. Berzeg tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet") Hükümet Eş Ajansı M. Özmen tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, Sözleşme'nin 8., 9., 10. ve 14. maddeleri ve 1 no'lu Protokol'ün 2. maddesi çerçevesindeki hak ve özgürlüklerinin, yüksek öğretim kurumlarında İslami başörtüsü takılmasına ilişkin yönetmeliklerle ihlal edildiğini iddia etmiştir.

4. Başvuru, Sözleşme'ye Ek 11 no'lu Protokol'ün yürürlüğe girdiği 1 Kasım 1998 tarihinde Mahkeme'ye iletilmiştir (11 no'lu Protokol'ün 5 § 2. maddesi).

5. Başvuru, Mahkeme'nin Dördüncü Bölümü'ne tevzi edilmiştir (Mahkeme İç Tüzüğü'nün 52 § 1. maddesi).

6. Başvuru, 2 Temmuz 2002 tarihli bir kararla, bu Bölüm yargıçlarından Sir Nicolas Bratza, M.Pellonpää, E. Palm, R. Türmen, M. Fischbach, J. Casadevall ve S. Pavlovski ile Bölüm Yazı İşleri Müdürü M. O'Boyle'dan oluşan ve bu Bölüm bünyesindeki bir daire tarafından kabuledilebilir bulunmuştur.

7. 19 Kasım 2002 tarihinde, Strazburg'daki İnsan Hakları Binası'nda esasa ilişkin olarak (54 § 3. madde) kamuya açık bir duruşma yapılmıştır.

8. Daire, 29 Haziran 2004 tarihli kararında ("Daire kararı"), başörtüsü takma yasağına ilişkin olarak Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edilmediğine ve Sözleşme'nin 9. maddesi ve 1. no'lu Protokol'ün 2. maddesi ile birlikte dikkate alınarak, Sözleşme'nin 8., 10. ve 14. maddeleri kapsamında başka bir sorunun ortaya çıkmadığına oybirliğiyle karar vermiştir.

9. 27 Eylül 2004 tarihinde, başvuran, davanın Büyük Daire'ye iletilmesini talep etmiştir (Sözleşme'nin 43. maddesi).

10. 10 Kasım 2004 tarihinde, Büyük Daire bünyesindeki panel sözkonusu talebi kabul etmeye karar vermiştir (Mahkeme İç Tüzüğü 73. madde).

11. Büyük Daire'nin oluşumu, Sözleşme'nin 27 §§2. ve 3. maddeleri ile İç Tüzüğün 24. maddesi hükümleri uyarınca belirlenmiştir.

12. Başvuran ve Hükümet, esas hakkında ayrı ayrı yazılı görüş bildirmişlerdir.

13. 18 Mayıs 2005 tarihinde Strazburg'taki İnsan Hakları Binası'nda kamuya açık bir duruşma yapılmıştır (Mahkeme İç Tüzüğü 59 § 3. madde).

-Hükümet adına

Hükümet Eş Ajanı, M. ÖZMEN

Danışman, E. İŞCAN,

Avukatlar, A. EMÜLER,

G. AKYÜZ,

D. KİLİSLİOĞLU;

-Başvuran adına

X. MAGNEE,

Danışman, K. BERZEG

Mahkeme önüne çıkmışlardır.

Mahkeme, Berzeg, Özmen ve Magnée'nin konuşmalarını dinlemiştir.

OLAYLAR

I.DAVA ŞARTLARI

14. 1973 doğumlu olan başvuran, Viyana Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde tıp eğitimini sürdürmek için İstanbul'dan ayrıldığı 1999 yılından bu yana Viyana'da yaşamaktadır. İbadetlerini yerine getiren geleneksel bir Müslüman aileden gelmekte ve İslami başörtüsü takmayı dini bir görev olarak görmektedir.

A.23 Şubat 1998 tarihli genelge

15. Başvuran, 26 Ağustos 1997 tarihinde, Bursa Üniversitesi Tıp Fakültesi'ndeki beşinci yılında, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi'ne kaydolmuştur. Bursa Üniversitesi'nde tıp okuduğu dört yıl boyunca ve müteakiben Şubat 1998'e kadar başörtüsü takmaya devam ettiğini söylemektedir.

16. 23 Şubat 1998 tarihinde, İstanbul Üniversitesi Rektörü bir Genelge yayınlamıştır. Söz konusu Genelgenin ilgili bölümüne göre:

“Anayasa, yasa, yönetmelikler, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Üniversite Yönetim Kurulu Kararları doğrultusunda, (yabancı uyruklu öğrenciler dahil) bayan öğrencilerin başları bağlı olarak (başörtülü olarak), erkek öğrencilerin sakallı olarak ders, staj ve uygulamalara alınmamaları gerekmektedir. Bu nedenle öğrencilere ait yoklama listelerine, başları bağlı veya sakallı öğrencilerin numara ve adı yazılmamalı, numaraları ve adları listede olmadığı halde, pratik ve dershaneye girip orada bulunmakta ısrar eden öğrenciler uyarılmalı ve dershaneden çıkmıyorsa, isim ve numaraları alınarak, dersin yapılamayacağı kendilerine bildirilmeli ve dershaneden çıkmamakta direniyorlarsa, öğretim üyesi tarafından tutanakla durum saptanarak, dersin engellendiği belirtilmeli ve ders yapılmayarak, durum öğrenciler hakkında cezai işlem yapılmak üzere ilgili Anabilim Dalı, Bölüm ve Dekanlığa/Müdürlüğe ivedi olarak bildirilmelidir.”

17. 12 Mart 1998 tarihinde, söz konusu Genelge uyarınca, başvuran, İslami başörtüsü takması sebebiyle, gözetmenler tarafından onkoloji yazılı sınavına alınmamıştır. 20 Mart 1998 tarihinde, ortopedik travmatoloji bölüm başkanlığı, başvuranın başörtüsü takması sebebiyle kayıt olmasına izin vermemiştir. 16 Nisan 1998 tarihinde nöroloji dersine, 10 Haziran 1998 tarihinde ise aynı gerekçe ile halk sağlığı yazılı sınavına alınmamıştır.

B.23 Şubat 1998 tarihli Genelge'nin iptali için açılan dava

18. 29 Temmuz 1998 tarihinde, başvuran, 23 Şubat 1998 tarihli Genelge'nin iptali için dava açmıştır. Dilekçelerinde, Genelge'nin ve uygulanmasının yasal temeli olmadığı ve Rektörlüğün bu bakımdan yetkisi bulunmadığından bahisle, Sözleşme'nin 8., 9. ve 14. maddelerinde ve 1 no'lu Protokol'ün 2. maddesinde teminat altına alınan haklarını ihlal ettiğini öne sürmüştür.

19. İstanbul İdare Mahkemesi, 9 Mart 1999 tarihinde verdiği kararda, Yüksek Öğrenim Kanunu'nun (2547 sayılı – bkz 52.paragraf) 13/b maddesinin üniversitenin idare organı olan rektörlüğe düzenin korunması amacıyla üniversite öğrencilerinin kıyafetini düzenleme yetkisi verdiği gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir. Söz konusu düzenleyici yetkinin ilgili mevzuat, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarına uygun olarak kullanılması zorunlu idi. İdare Mahkemesi, söz konusu mahkemelerin yerleşik içtihatlarına atfen, bahse konu düzenlemelerin ve başvurana yönelik önlemlerin yasal olmadığının düşünülemeyeceğine karar vermiştir.

20. 19 Nisan 2001 tarihinde, Danıştay başvuranın temyiz talebini reddetmiştir.

C.Başvurana yönelik disiplin önlemleri

21. Mayıs 1998’de, Öğrenci Disiplin Yönetmeliği’nin 6(a) maddesi (bkz. 50. paragraf) uyarınca, kıyafet kurallarına uymaması nedeniyle başvurana yönelik disiplin işlemlerine başlanmıştır.

22. 26 Mayıs 1998 tarihinde, başvuranın davranışlarıyla derslere ve uygulamalara başörtüsü ile girmeye niyetlendiğini dikkate alan Fakülte Dekanı, başvuranın bu tutumu ile kıyafet kurallarına uymamasının öğrenciye yakışan bir davranış olmadığını beyan etmiştir. Bu sebeple, başvurana uyarı cezası verilmesine karar vermiştir.

23. 15 Şubat 1999 tarihinde, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Dekanlığı önünde kıyafet kurallarını protesto eden izinsiz bir gösteri düzenlenmiştir.

24. 26 Şubat 1999 tarihinde, Fakülte Dekanı gösteriye katılmaları nedeniyle aralarında başvuranın da bulunduğu birçok öğrenci hakkında disiplin soruşturması başlatmıştır. 13 Nisan 1999 tarihinde, başvuranı dinledikten sonra, kendisini Öğrenci Disiplin Usul Kuralları’nın 9(j) maddesi (bkz 50. paragraf) uyarınca bir dönem okuldan uzaklaştırmıştır.

25. 10 Haziran 1999 tarihinde, başvuran, uzaklaştırma cezasının iptali istemiyle İstanbul İdare Mahkemesi’nde dava açmıştır. Başvuru, dava dosyasının içeriği ve konuya ilişkin yerleşik içtihadın ışığında uygulanan cezanın yasal olduğu gerekçesiyle İstanbul İdare Mahkemesi tarafından 30 Kasım 1999 tarihinde reddedilmiştir.

26. 28 Haziran 2000 tarihli ve 4584 sayılı Kanun’un (öğrencilerin disiplin suçları için uygulanan cezaları ve bunların sonucunda ortaya çıkan kısıtlılıkları affeden) yürürlüğe girmesini takiben, başvuranın tüm disiplin cezaları ve sonuçları ortadan kalkmıştır.

27. 28 Eylül 2000 tarihinde, Danıştay, 4584 sayılı Kanun’un, başvuranın 30 Kasım 1999 tarihli karara karşı yaptığı temyiz talebinin esasının incelenmesini gereksiz kıldığına karar vermiştir.

28. Bu arada, 16 Eylül 1999 tarihinde, başvuran Türkiye’de eğitimine son vermiş ve Viyana Üniversitesi’ne kayıt yaptırarak üniversite eğitimine devam etmiştir.

II. İLGİLİ HUKUK VE UYGULAMA

A.Anayasa

29. Anayasa’nın ilgili hükümlerine göre:

2. Madde

“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”

4. Madde

“Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2nci maddesindeki Cumhuriyet’in nitelikleri ve 3üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.”

10. Madde

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

13. Madde

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna veya demokratik, laik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

14. Madde

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”

24. Madde

“Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.

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 gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.”

42. Madde

“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, maddi 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...”

153. Madde

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

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.

...

Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.”

B.Tarihçe ve evveliyat

1.Dini kıyafet ve laiklik ilkesi

30. Türkiye Cumhuriyeti, Devlet’in laik olması ilkesi üzerine kurulmuştur. 29 Ekim 1923’te Cumhuriyet’in ilanından önce ve sonra, kamu ve din alanları bir dizi devrimsel reformla birbirlerinden ayrılmıştır: 3 Mart 1924 tarihinde hilafetin kaldırılması, 10 Nisan 1928 tarihinde İslamı devletin dini kabul eden Anayasa hükmünün kaldırılması ve son olarak, 5 Şubat 1937 tarihinde, laiklik ilkesine anayasal bir statü kazandıran Anayasa değişikliği (bkz. yukarıda 29. paragrafta yer verilen 1924 Anayasası’nın 2. maddesi ile 1961 ve 1982 Anayasalarının 2. maddeleri)

31. Laiklik ilkesi, 19. yüzyıl ile Cumhuriyet’in ilanı arasındaki dönemde Osmanlı toplumunda meydana gelen olaylar sonucunda ortaya çıkmıştır. Din, grup ve cinsiyet ayrımı yapmadan eşitliğin tüm vatandaşlara garanti edildiği modern bir toplum yaratma fikri, daha 19. yüzyılda Osmanlı’da tartışılmaya başlanmıştır. Kadın haklarında önemli ilerlemeler bu dönemde gerçekleşmiştir (eğitimde eşit muamele, 1914’te çok eşliliğin yasaklanması, evlenme davalarında yargı yetkisinin 19. yüzyılda kurulan laik mahkemelere geçmesi).

32. Cumhuriyet ülküsünün tanımlayıcı özelliği, kadının kamu hayatındaki varlığı ve topluma aktif katılımı idi. Sonuç olarak, kadının dini kısıtlamalardan kurtulmasının ve toplumun modernleşmesinin çıkış noktası ortak idi. Böylece boşanma ve miras başta olmak üzere, medeni haklardan yararlanmada cinsiyet eşitliğini sağlayan Medeni Kanun, 17 Şubat 1926 tarihinde kabul edilmiştir. Bunu müteakip, 5 Aralık 1934 tarihli Anayasa değişikliği ile (1924 Anayasası’nın 10. maddesi) kadınlar, erkeklerle aynı siyasi haklara sahip olmuştur.

33. Kıyafeti düzenleyen ilk kanun, kıyafeti bir çağdaşlık unsuru olarak değerlendiren 28 Kasım 1925 tarihli (671 sayılı) Şapka Kanunu'dur. Aynı şekilde, dinler ve inançlar arasında fark gözetmeksizin, dini kıyafetlerin mabet ve dini törenler haricinde giyilmesi, 3 Aralık 1934 tarihli (2596 sayılı) Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun ile yasaklanmıştır.

34. 3 Mart 1924 tarihli (430 sayılı) Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile dini okullar kapatılmış ve tüm okullar Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlanmıştır. Bu Kanun, Anayasa'nın 174. maddesi ile anayasal statüsü korunan yasalardan biridir.

35. Türkiye'de okullarda ve üniversitelerde İslami başörtüsü takılması, 1980'lerde ortaya çıkan yeni bir olgudur. Konu hakkında yoğun tartışmalar yapılmakta, mesele Türk toplumunda hararetli tartışmaların konusu olmaya devam etmektedir. Başörtüsünü savunanlar, bunun takılmasını bir görev ve/veya dini kimlik ile bağlantılı bir ifade şekli olarak görmektedir. Ancak, başörtüsü (gevşek bağlanan geleneksel Anadolu başörtüsü) ve türban (saçı ve boğazı kapatan, sıkı bağlanan düğümlü başörtüsü) arasında ayırım yapan laiklik savunucuları, İslami başörtüsünü siyasi İslamın bir sembolü olarak görmektedirler. 28 Haziran 1996 tarihinde iktidara İslamcı *Refah Partisi* ile merkez sağdaki *Doğru Yol Partisi*'nden oluşan bir koalisyon hükümetinin gelmesi tartışmaya kuvvetli siyasi vurgular kazandırmıştır. Refah Partisi'nin, dönemin Başbakanı dahil, liderlerinin demokratik değerlere bağlılıkları hakkında gösterdikleri kararsızlık ve her dini cemaat için farklı dini kurallara göre işleyecek birden fazla hukuk sisteminin varlığını savunmaları, Türk toplumunda Cumhuriyet değerlerine ve iç barışa yönelik gerçek bir tehdit olarak algılanmıştır (bkz. *Refah Partisi ve Diğerleri – Türkiye* [BD], no. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, AİHM 2003-II).

2. Yüksek öğretim kurumlarında kıyafet kuralları ve Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı

36. Yüksek öğretim kurumlarında kıyafete ilişkin ilk mevzuat, Bakanlar Kurulu tarafından 22 Haziran 1981 tarihinde kabul edilen, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar ile devlet kurumları personeli ve kız öğrencilerin olağan, makul ve çağdaş kıyafet giymelerini zorunlu kılan bir dizi yönetmeliktir. Bu yönetmelikler, kadın çalışanların ve öğrencilerin eğitim kurumlarında kapalı giyinmelerini de engellemektedir.

37. 20 Aralık 1982 tarihinde, Yüksek Öğretim Kurulu, yüksek öğretim kurumlarında başörtüsü takılması ile ilgili bir genelge çıkarmıştır. Sınıflarda İslami başörtüsü takılması yasaklanmıştır. Danıştay, 13 Aralık 1984 tarihli kararında sözkonusu düzenlemelerin yasal olduğuna karar vererek;

“Başörtüsü takmak, masum bir uygulama olmanın ötesinde, Cumhuriyet'in temel ilkelerine ve kadın özgürlüklerine aykırı bir görüntünün sembolü haline gelmeye başlayan bir süreç içindedir.”

sonucuna varmıştır.

38. 10 Aralık 1988 tarihinde, Yüksek Öğretim Kanunu'nun geçici 16. maddesi (2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu) yürürlüğe girmiştir. Buna göre:

“Yüksek öğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik, koridor ve odalarında çağdaş kıyafet giymek zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçlar örtü veya başörtüsüyle kapatılabilir.”

39. Anayasa Mahkemesi, 5 Temmuz 1989 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 7 Mart 1989 tarihli kararında, yukarıda anılan hükmün, Anayasa’nın 2. (laiklik), 10. (kanun önünde eşitlik) ve 24. maddesine (din özgürlüğü) aykırı olduğuna karar vermiştir. Ayrıca, bu düzenlemenin Cumhuriyet ve inkılap değerlerinde yer alan cinsiyet eşitliği ilkesi ile de bağdaşmadığı sonucuna varmıştır (bkz. Anayasa–Başlangıç ve 174. madde).

Anayasa Mahkemesi yargıçları, kararlarında, ilk olarak ülkenin geçirdiği tarihsel deneyimlerin ve İslam’ın diğer dinlere kıyasla özelliklerinin dikkate alınması sonucunda laikliğin anayasal bir statü kazandığını, laikliğin demokrasinin temel şartı olduğunu, din özgürlüğünün ve kanun önünde eşitliğin teminatını oluşturduğunu belirtmişlerdir. Ayrıca, laiklik, Devletin, belirli bir dini ya da inancı tercih ettiğini göstermesini engellemekte, böylelikle, laik bir devlet, yasama işlevini yerine getirirken dini inancı ileri sürememektedir. Yargıçlar, bunların yanı sıra şunu da belirtmişlerdir:

“Laiklik, milli egemenlik, demokrasi, özgürlük ve bilime dayalı olan, siyasi, sosyal ve kültürel hayatın medeni düzenleyicisidir. Laiklik, bireyin düşünce özgürlüğüyle kişiliğini ispat etmesine olanak tanıyan, siyaset ve dini inançlar arasında ayırım yaparak din ve vicdan özgürlüğünü etkili kılan ilkedir. Dine dayalı, dini düşünce ve kurallarla işleyen toplumlarda, siyasi örgütlenmenin niteliği dinidir. Laik bir rejimde, din, siyasi rol edinmesine karşı korunmaktadır. Yetkililerin elinde bir araç değildir ve her bireyin kendi vicdanı tarafından belirlenecek olan saygıdeğer yerini muhafaza etmektedir...”

Anayasa Mahkemesi, din, vicdan ve ibadet özgürlüğünün ihlal edilemeyecek nitelikte olduğunu ve herhangi bir dine ait bir kıyafetin giyilmesi hakkını verdiği şeklinde yorumlanamayacağını vurgulayarak, bu özgürlüğün bir dine inanma veya inanmamaya karar verme özgürlüğünü de öncelikle içerdiğini ifade etmiştir. Bir kimsenin ibadetini yapma özgürlüğünün, vicdani özel alanı dışına çıktığında, laiklik ilkesini korumaya yönelik olarak kamu düzeni gerekçesiyle sınırlanabileceğini açıklamıştır.

Karara göre, herkes dilediği şekilde giyinme özgürlüğüne sahipti ve sosyal ve dini değerler ile toplumsal geleneklere de saygı gösterilmeliydi. Ancak, bir dine atıf yaparak kişiler belirli bir şekilde giyinmeye zorlanıyorsa, sözkonusu din, çağdaş toplumla çatışan bir değerler dizisi olarak algılanmış ve sunulmuş oluyordu. Buna ek olarak, nüfusunun çoğunluğu Müslüman olan Türkiye’de, İslami başörtüsü takmayı bir dini görev haline getirmek, dini vecibelerini yerine getiren Müslümanlar, getirmeyen Müslümanlar ve inanmayanlar arasında, başörtüsü takmayı reddedenlerin dine karşı veya dinsiz oldukları kabul edilerek ayrımcılığa neden olacaktı.

Anayasa Mahkemesi ayrıca, öğrencilerin, sakin, hoşgörülü ve karşılıklı olarak destekleyici bir ortamda, dini bağlılık simgeleriyle eğitimin bu amacından sapmayarak çalışmalarını yapmalarına ve eğitimlerine devam etmelerine izin verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, İslami başörtüsünün İslam’ın bir gereği olup olmamasından bağımsız olarak, yüksek öğretim kurumlarında bu tür bir dini simgeye yasal bir tanınma sağlanmasının Devlet eğitiminin tarafsız olması ilkesi ile bağdaşmadığı ve Devlet’in böyle bir durumda değişik din ve inanca sahip öğrenciler arasında uyuşmazlık çıkarmaktan dolayı sorumlu olacağı sonucuna varmıştır.

40. 25 Ekim 1990 tarihinde 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu geçici 17. maddesi yürürlüğe girmiştir. Buna göre:

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

41. Anayasa Mahkemesi, 31 Temmuz 1991 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 9 Nisan 1991 tarihli kararında, daha önceki 7 Mart 1989 tarihli kararında ortaya koyduğu ilkeler ışığında yukarıda belirtilen hükmün yüksek öğretim kurumlarında dini amaçlı başörtüsüne izin vermediğini ve bunun Anayasa’ya uygun olduğunu not etmiştir. Kararda, diğerleri yanında şunları belirtmiştir:

“... ‘yürürlükte olan kanunlar’ ifadesi öncelikle Anayasa’ya işaret etmektedir. Yüksek öğretim kurumlarında boyun ve saçın başörtüsü veya peçeyle dini amaçlarla kapatılması, laiklik ve eşitlik ilkelerine aykırıdır. Bu şartlar altında, anılan hükümdeki giyim özgürlüğü, “dini amaçlı giyinme veya başörtüsü ve peçe ile boynunu ve saçları örtme ile alakalı değildir”... Bu hüküm ile tanınan özgürlük, (Geçici 17. madde) “yürürlükteki kanunlara” aykırı olmama şartına bağlıdır. Anayasa Mahkemesi’nin [7 Mart 1989 tarihli] kararı, bir kimsenin saçları veya boynunu başörtüsü ile kapatmasının, öncelikle ve özellikle Anayasa’ya aykırı olacağını belirtmektedir. Sonuç olarak, yukarıdaki maddede, yürürlükteki kanunlara aykırı olmayan kıyafet [seçimi] gerektiren şart, “bir bireyin boynunu ve saçını başörtüsü ile kapatması” davranışını, bu kıyafet özgürlüğünün kapsamı dışında bırakmaktadır’ ...”

3. İstanbul Üniversitesi’nde yönetmeliklerin uygulanması

42. İstanbul Üniversitesi 15. yüzyılda kurulmuştur ve Türkiye’de devletin temel yüksek öğretim merkezlerinden birisidir. On yedi fakülte (iki tıp fakültesi – Cerrahpaşa ve Çapa da dahil olmak üzere) ve on iki yüksek okula sahiptir. Yaklaşık 50.000 öğrencisi bulunmaktadır.

43. 1994 yılında, Tıp Fakültesi’nde ebelik dersine kayıtlı bayan öğrenciler tarafından başlatılan dilekçe kampanyası sonrasında, Rektör, İslami başörtüsü konusunun tarihçesini ve ilgili yönetmeliklere göre yasal temelini anlatan bir muhtıra yayınlamıştır. Bu genelgede özellikle şunu not etmiştir:

“Ebelik dersindeki bayan öğrencilerin dersleri sırasında başörtüsü takmasının yasaklanması onların din ve vicdan özgürlüklerini ihlal etmeye değil, yürürlükteki kanun ve düzenlemelere uygunluğu sağlamaya yöneliktir. Ebeler ve hemşireler görevlerini yaparken bir üniforma giyerler. Bunun şekli Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan genelgelerle belirlenmiştir. Bu mesleğe girmek isteyen öğrenciler bunun farkındadır. Bir ebelik öğrencisinin küvezden bir bebeği alırken veya yerine koyarken veya gebelik ünitesinde doktora yardım ederken uzun bir pardösü giydiğini düşünün.”

44. Rektör, tüm üniversite binalarında İslami başörtüsü takılmasına izin verilmesine yönelik kampanyanın, üniversitede, fakültede, Cerrahpaşa Hastanesi’nde ve Tıp Fakültesi’nde düzeni bozma ve huzursuzluk yaratma riski oluşturacak noktaya varmasından endişe duymuştur. Rektör, öğrencilere, özellikle hasta haklarını hatırlatarak, kıyafet kurallarına uyma çağrısında bulunmuştur.

45. Üniversite yönetimi tarafından 1 Haziran 1994 tarihinde, üniversite çalışanları ve öğrenci kıyafet kurallarına ilişkin bir Karar kabul edilmiştir. Buna göre:

“Üniversitelerde kıyafet kuralları kanun ve yönetmeliklerle belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, dini kıyafetlerin üniversitelerde giyilmesini yasaklayan bir karar vermiştir.

Bu karar, üniversitemizin tüm öğrencileri ve her seviyedeki akademik, idari ve diğer birimlerdeki personeli için geçerlidir. Özellikle hemşire, ebe, doktor ve hastabakıcılar, bilimsel gereklilikler ve yönetmeliklerde de yer aldığı gibi, sağlık ve uygulamalı bilimsel çalışmalar (hemşirelik, laboratuvar çalışması, ameliyat ve mikrobiyoloji) sırasında kıyafete ilişkin kurallara uymak zorundadırlar. Kıyafet kurallarına uymayan kişiler derslere alınmayacaktır.”

46. 23 Şubat 1998 tarihinde, İstanbul Üniversitesi Rektörü tarafından imzalanan, sakallı ve İslami başörtülü öğrencilerin girişine ilişkin talimatlar içeren bir genelge dağıtılmıştır (genelge metni için bkz. 16. paragraf).

47. Üniversite, aşağıda sunulan (11 sayılı, 9 Temmuz 1998 tarihli) Kararı kabul etmiştir:

“1. İstanbul Üniversitesi’ndeki öğrenciler, Anayasa Mahkemesi ve diğer yüksek yargı organı kararlarında belirtilen kıyafet kurallarına ve yasal prensiplere uymak zorundadırlar.

2. Öğrenciler, üniversitenin herhangi bir kurum veya bölümünde veya ona ait herhangi bir yerde, herhangi bir din, inanç, ırk veya siyasi ya da ideolojik fikri temsil veya sembolize eden giysiler giymeyeceklerdir.

3. İstanbul Üniversitesi öğrencileri kayıt oldukları kurum veya bölümlerde, mesleki nedenlerden dolayı özel kıyafet giyilmesini gerektiren kurallara uymak zorundadırlar.

4. İstanbul Üniversitesi öğrencilerinin kurum veya bölümlerine verecekleri fotoğraflar “karşıdan”, “baş ve boyun açıkta” ve son altı ay içinde çekilmiş olmalı ve öğrencinin kolaylıkla teşhis edilmesini sağlamalıdır.

5. Yukarıda belirtilen noktalara aykırı davranışlar veya sözleri, yazı veya fiilleri ile bu şekildeki bir davranışı teşvik edenler hakkında, Öğrenci Disiplin Yönetmeliği gereğince işlem yapılacaktır.”

4. Öğrenci Disiplin Yönetmeliği

48. 13 Ocak 1985 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan Öğrenci Disiplin Yönetmeliği beş tür disiplin cezası öngörmektedir: uyarı, kınama, bir hafta ila bir ay arasında geçici uzaklaştırma, bir veya iki dönem okuldan uzaklaştırma ve ihraç.

49. Üniversite içerisinde başörtüsü takmak disiplin suçu oluşturmamaktadır.

50. Yönetmeliğin 6-a maddesine göre “tutumu ve davranışları öğrencilikle bağdaşmayan” öğrenci uyarı ile cezalandırılır. Kınama cezası ise diğerleri meyanında derslerin, seminerlerin, laboratuvar veya atölye çalışmalarının kesilmesine neden olan öğrenciler hakkında uygulanacaktır (Madde 7-a ve e). Yükseköğretim kurumlarında olması gereken sakin, huzurlu çalışma ortamını bozacak faaliyetleri ile diğerlerinin eğitim ve öğretim hakkını doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlayan veya bu tür kurumlarda siyasi faaliyetlere giren öğrenciler bir haftadan bir aya kadar geçici uzaklaştırma cezası alacaklardır (8-a ve c maddesi). 9-j maddesine göre, üniversite içerisinde izinsiz toplantı düzenleyen veya toplantıya katılan öğrenciler bir veya iki sömestr okuldan uzaklaştırmayla cezalandırılır.

51. Disiplin soruşturmasına ilişkin işlemler, sözkonusu yönetmeliğin 13-34. maddeleri ile düzenlenmektedir. 16. ve 33. maddelere göre, öğrencilerin savunma haklarına riayet edilmeli ve disiplin kurulu, öğrencilerin kuralları çiğnemelerine yol açan nedenleri dikkate almalıdır. Bütün disiplin cezaları idare mahkemelerinin hukuki denetimine tabidir.

5. Üniversite Yönetim Organlarının Düzenleme Yapma Yetkisi

52. Anayasa'nın 130. maddesi gereğince kamu tüzel kişisi olan üniversiteler Devlet'in kontrolünde bir özerkliğe sahiptir. Bu özerklik, başlarında yasaların verdiği yetkilere sahip, rektör gibi yönetim organlarının bulunması şeklinde ortaya çıkar.

2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 13. maddesinin ilgili hükümlerine göre;

“... b. Rektörün görev, yetki ve sorumlulukları:

1) Üniversite kurullarına başkanlık etmek, yükseköğretim üst kuruluşlarının kararlarını uygulamak, üniversite kurullarının önerilerini inceleyerek karara bağlamak ve üniversiteye bağlı kuruluşlar arasında uyumlu çalışmayı sağlamak; ...

5) Üniversitenin birimleri ve her düzeydeki personeli üzerinde genel gözetim ve denetim görevini yapmak.

Güvenlik tedbirlerinin alınmasında ve üniversitenin işlevinin idari ve bilimsel yönlerinin izlenmesi ve denetlenmesinde rektör birinci derecede sorumludur.

53. 2547 sayılı Kanun'un 13. maddesi tarafından rektöre verilen denetim ve izleme yetkisi, yasallık ilkesine ve idari mahkemelerinin denetimine tabidir.

C. Anayasa Mahkemesi'nin Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı

54. Anayasa Mahkemesi, 4 Mart 2000 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 27 Mayıs 1999 tarihli (E. 1998/58 K. 1999/19) kararında:

“Yasama ve yürütme organları, kararların hüküm fıkraları ile beraber bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Kararlar ve gerekçeler, yasama faaliyetlerini değerlendirme ölçütlerini ortaya koyar ve yasama faaliyetlerinde izlenecek yolları tayin eder.” hükmüne varmıştır.

D. Mukayeseli Hukuk

55. Yirmi yıldan uzun bir süreden beri, devlet öğretim kurumlarında İslami başörtüsünün yeri Avrupa'da tartışma konusu olmuştur. Avrupa ülkelerinin birçoğunda, tartışma özellikle ilk ve orta öğretim kurumları üzerinde yoğunlaşmıştır. Ancak Türkiye, Azerbaycan ve Arnavutluk'ta, bu tartışma kişisel özgürlüğün yanısıra İslami başörtüsünün siyasi anlamı üzerine yapılmaktadır. Üye ülkelerden sadece bunlar üniversitelerde İslami başörtüsü takılmasına düzenleme getirmiştir.

56. Laikliğin cumhuriyetçi değerlerinin temellerinden biri olarak kabul edildiği Fransa'da, laiklik ilkesi gereğince ilk ve orta dereceli devlet okullarında dini tercihi yansıtan işaret taşıma veya kıyafet giymeyi düzenleyen 15 Mart 2004 tarihli yasa kabul edilmiştir. Bu

yasayla, Eğitim Kanununa L. 141-5-1 sayılı madde eklenmiştir: “İlk ve orta dereceli devlet okullarında öğrencilerin dini eğilimlerini açıkça ortaya koyan işaretlerin taşınması veya kıyafetlerin giyilmesi yasaktır. Okul kuralları, disiplin işlemlerinin öğrenciyle diyalog kurulduktan sonra başlatılacağını kaydetmektedir.”

Kanun, bakalorya sonrası formasyon eğitimleri de dahil olmak üzere (*grandes écoles* olarak nitelendirilen okullara hazırlık sınıfları, mesleki eğitim kursları) devletin bütün eğitim kurumları ve okulları için geçerlidir. Bu yasa, devlet üniversiteleri için geçerli değildir. Ayrıca, 18 Mayıs 2004 tarihli genelgenin de belirttiği gibi, yasa sadece “kipa veya aşırı büyük boyutta bir haç gibi adı her ne olursa olsun dini eğiliminin kolaylıkla tanınmasını sağlayan işaretlerle” ilgilidir.

57. Belçika’da, okulda dini işaretlerin taşınmasına ilişkin genel bir yasak yoktur. (Belçika’daki) Fransız toplumunda, 13 Mart 1994 tarihli kararname, eğitim ve öğretimin tarafsız olduğunu belirtmektedir. İlke olarak öğrenciler dini işaretleri taşıyabilir. Ancak, insan hakları, başkalarının hakları, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve ahlakı koruduğu ve içtüzüğe riayet edildiği sürece bu özgürlükten faydalanılabilir. Diğer yandan, öğretmenler, öğrenciler için veya öğrenciler tarafından dini veya fıkri inançların yayılmasına ve siyasi militanlığın gelişmesine izin vermemelidir. Kararname, okul kurallarıyla kısıtlama getirilebileceğini kaydetmektedir. Ayrıca, 19 Mayıs 2004 tarihinde, Fransız toplumu, uygulamanın eşitliğine ilişkin kararnameyi kabul etmiştir. Flaman toplumunda ise, okullar arasında, dini ve filozofik işaretlerin taşınmasına izin verilmesi ya da verilmemesi konusunda ortak bir politika bulunmamaktadır. Bazı kurumlar yasaklamakta, bazıları da izin vermektedir. İzin verilen kurumlarda, hijyen ve güvenlik kriterleriyle kısıtlamalar getirilebilmektedir.

58. Diğer ülkelerde ise bazen uzun hukuki tartışmalardan sonra, devlet eğitim makamları ilke olarak İslami başörtüsü takan Müslüman öğrencileri kabul etmektedir (Almanya, Avusturya, İspanya, Hollanda, İngiltere, İsveç ve İsviçre).

59. Öğretmenlerin İslami başörtüsü takması konusunda tartışmanın yoğunlaştığı Almanya’da, Anayasa Mahkemesi, 24 Eylül 2003 tarihinde, Baden-Württemberg eyaletini bir öğretmenle karşı karşıya getiren davada, açık bir kanuni yasağın bulunmayışının öğretmenlerin başörtüsü takma haklarının olduğu anlamına geleceğini belirtmiştir. Böylelikle Anayasa Mahkemesi, devlet okullarında İslami başörtüsünün takılmasını yasaklamak istediklerinde, eyaletlere (*Länder*), bunu kurala bağlama zorunluluğu getirmiştir.

60. Avusturya’da başörtüsü, türban ve kipa takılmasına ilişkin özel bir mevzuat bulunmamaktadır. Genel olarak başörtüsü takma yasağının öğrencilerin sağlığı veya güvenliği sözkonusu olduğunda haklı gösterilebileceği düşünülmektedir.

61. İngiltere’de, öğrenciler tarafından dini işaretlerin takılmasına hoşgörülü bir yaklaşım sergilenmektedir. İslami başörtüsü takılmasına ilişkin zorluklar nadiren meydana gelmektedir. Konu, eğitim kurumlarında çok kültürlülüğü korumak amacıyla, okullardaki ırkçı ayrımcılığı ortadan kaldırma ilkesi çerçevesinde de tartışılmıştır (Bkz. özellikle *Mandla v. Dowell “The Law Reports”* 1983, 548-570). Görüşleri yalnızca tavsiye niteliğinde olan Irk Eşitliği Komisyonu 1988 yılında, özel bir okulda başörtüsü takmak isteyen iki kız kardeşin ailesi ve okul arasında anlaşma sağlanarak sonuçlanan *Grammar School of Altrincham* davası vesilesiyle, İslami başörtüsü sorununu ele almıştır. Okul, başörtüsünün takılmasını, sade ve

lacivert olması (okul üniformasının rengi) ve boyun hizasında bağlanması koşuluyla kabul etmiştir.

R. davasında (*On the application of Begum*)v. *Headteacher and Governors of Denbigh High School* [2004], Yüksek Mahkeme, okulda *jilbab* (bütün vücudu kaplayan uzun cüppe) giymek isteyen Müslüman bir öğrenci ile okul arasındaki anlaşmazlıkta karar vermek zorunda kalmıştır. Okul, öğrencilerin bir üniforma giymelerini istemektedir. Bunun bir alternatifi, başörtüsü ve Hindistan bölgesinin geleneksel uzun kıyafetidir (*shalwar kameeze*). Mahkeme Haziran 2004’de öğrencinin başvurusunu reddetmiş ve dini özgürlüğe ilişkin hiçbir ihlal tespit etmemiştir. Ancak, Mart 2005 yılında bu karar, İngiltere’deki bir grup Müslüman azınlık kızların ergenlik yaşından itibaren *jilbab* takma dini zorunluluğunun bulunduğunu düşündüğünden ve öğrenci de içtenlikle bu görüşte olduğundan öğrencinin dini özgürlüğüne bir müdahale bulunduğunu kabul eden *Temyiz Mahkemesi* tarafından bozulmuştur. Müdahalenin haklı olduğu, okul yetkilileri tarafından kanıtlanmamıştır. Zira karar verme süreci, din özgürlüğüyle bağdaşmamakta idi.

62. İspanya’da devlet okullarında öğrencilerin dini başlık takmaları bir mevzuatla açıkça yasaklanmamıştır. Konu hakkında yetkili makam -özerk topluluk- tarafından özel tedbir alınmadığı sürece, ilk ve orta dereceli okullarda uygulanan 26 Ocak 1996 tarihli iki kraliyet kararnamesi, eğitim kurumlarının kurullarına kıyafete ilişkin hükümleri içeren içtüzük hazırlama yetkisi vermektedir. Genel olarak devlet okulları başörtüsü takılmasına izin vermektedir.

63. Finlandiya ve İsveç’te, okulda başörtüsü takılabilmektedir. Ancak burka (vücudun ve yüzün tamamını kapatan örtü) ve *niqab* (gözler dışında vücudun üst kısmını örten örtü) arasında ayırım yapılmaktadır. Özellikle İsveç’te, Milli Eğitim Ajansı tarafından 2003 yılında, yaptırımı olan yönergeler kabul edilmiştir. Bu yönergeler, kadın erkek eşitliği gibi ortak değerler konusunda diyalog kurma anlayışı içinde ve eğitim sisteminin dayandığı demokratik ilkelere riayet etme koşuluyla, okullara burka ve niqab’ı yasaklama yetkisi vermektedir.

64. İslami başörtüsü sorununun din özgürlüğü açısından değil, ayrımcılık açısından ele alındığı Hollanda’da, başörtüsü genel olarak hoş görülmektedir. 2003 yılında, bağlayıcı olmayan bir yönerge çıkarılmıştır. Okullar, ayrımcı olmaması, okul rehberinde bulunması ve zorunluluğa uyulmamasının orantısız bir şekilde cezalandırılmaması koşuluyla öğrencilerine üniforma giyme zorunluluğu getirebilir. Burka’nın yasaklanması, öğrencilerin tanınması ve onlarla iletişimin sağlanması amacıyla haklı gösterilebilir. Bunun yanısıra, Eşit Muamele Komisyonu, 1997’de güvenlik gerekçesiyle genel derslerde kapalı olmayı yasaklamanın ayrımcılık olmadığına kanaat getirmiştir.

65. Diğer birçok ülkede, (Romanya, Macaristan, Yunanistan, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Polonya) başörtüsü konusunun henüz ayrıntılı bir hukuki tartışma konusu olmadığı ortaya çıkmaktadır.

E. Avrupa Konseyi’nin Yükseköğretime İlişkin Metinleri

66. Yükseköğretim alanında Avrupa Konseyi’nin kabul ettiği değişik metinler arasında, 27 Ocak 1998 tarihinde kabul edilen Azınlıkların Yüksek Öğretime Girişine İlişkin 1353 (1998) sayılı, Parlamenter Meclis Tavsiye Kararı’nı ve 17 Mart 1998 tarihinde kabul edilen Yüksek Öğrenime Giriş Hakkındaki R(98)3 sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı’nı belirtmek gerekir.

Bu alandaki diğerk bir belge ise, 11 Nisan 1997 tarihinde Lizbon’da imzalanan ve 1 Şubat 1999 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Bölgesi’ndeki Yüksek Öğretim Niteliklerinin Tanınmasına İlişkin Avrupa Konseyi ve UNESCO ortak sözleşmesidir.

67. Avrupa Bölgesi’ndeki Yüksek Öğretim Niteliklerinin Tanınmasına İlişkin Sözleşme’nin Başlangıç bölümünde,

“Eğitim hakkının bir insan hakkı olduğunun ve bilgiye ulaşmak ve geliştirmek için bir araç olan yükseköğretimin, hem kişiler hem de toplum için ayrıcalıklı zengin bir kültürel ve bilimsel bir varlık teşkil ettiğinin bilincinde olarak...”

ifadesi yer almaktadır.

68. 17 Mart 1998 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Yüksek Öğretime Giriş Hakkındaki R(98)3 sayılı Tavsiye Kararı’nı kabul etmiştir. Metnin Başlangıç bölümünde,

“... yükseköğretim insan hakları ve temel özgürlüklerinin geliştirilmesi ve çoğulcu demokrasinin ve hoşgörünün güçlendirilmesinde önemli bir rol oynamaktadır [ve] (...) toplumu oluşturan bütün grup üyelerine yükseköğretime katılım olanaklarının genişletilmesi demokrasinin sağlanmasına ve sosyal gerilim durumlarında güven arttırılmasına katkıda bulunabilir (...)”

ifadesi kayıtlıdır.

69. Aynı şekilde, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi tarafından 27 Ocak 1998 tarihinde kabul edilen Azınlıkların Yüksek Öğretime Girişine ilişkin 1353 (1998) sayılı Tavsiye Kararı’nın 2. maddesi:

“Eğitim temel insan hakkı olup, Avrupa Kültür Sözleşmesi’ne imzacı Devletlerde daimi olarak ikamet eden herkesin eşit şekilde, yükseköğretim de dahil olmak üzere eğitimin her düzeyine erişimi mümkün olmalıdır” şeklindedir.

HUKUK

I. AİHS’NİN 9. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

70. Başvuran, yükseköğretim kurumlarında İslami başörtüsünün takılmasına getirilen yasağın, din özgürlüğü hakkının ve özellikle dinini açıklama hakkına haksız müdahale oluşturduğunu savunmaktadır.

Başvuranın dayandığı Sözleşme’nin 9. maddesi aşağıdaki gibidir:

“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.”

A. Daire Kararı

71. Daire, İslami başörtüsünün takma hakkına kısıtlamalar getiren İstanbul Üniversitesi yönetmeliklerinin ve buna bağlı olarak alınan uygulama tedbirlerinin başvuranın dinini açıklama hakkına müdahale oluşturduğunu saptamıştır. Daire, bu müdahalenin kanun tarafından öngörülmüş olup, 9. maddenin ikinci paragrafının yer verdiği meşru amaçlardan birini güttüğü ve ilke olarak kanıtlanıp izlenen hedeflerle orantılı olduğu, dolayısıyla “demokratik toplumda gerekli” olduğunun düşünülebileceği sonucuna varmıştır (Daire kararının 66-116 paragrafları).

B. Tarafların Büyük Daire Önündeki Savları

72. Başvuran, davayı Büyük Daire’ye götürmeye ilişkin 27 Eylül 2004 tarihli talebinde ve duruşmadaki sözlü savunmasında, Daire’nin Sözleşme’nin 9. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmesinin temellerine itiraz etmiştir.

73. Buna karşın, başvuran, 27 Ocak 2005 tarihinde Büyük Daire’ye sunduğu savunmasında, bütün kadınlar için her yerde İslami başörtü takılmasının hukuki olarak tanınması amacını gütmeyi ve özellikle şunu dile getirmiştir: “Daire kararı, başörtüsü takma fikrinin dini özgürlük hakkı ile daima korunmadığı anlamına gelmektedir. Bu yaklaşıma itiraz etmiyorum.”

74. Hükümet, Büyük Daire’den, Daire’nin 9. maddenin ihlal edilmediğine ilişkin tespitini onaylamasını talep etmiştir.

C. Mahkeme’nin Değerlendirmesi

75. Mahkeme’nin, başvuranın 9. madde ile güvence altına alınan hakkına müdahale olup olmadığını ve müdahale edilmişse, bu müdahalenin “kanun tarafından öngörülüp öngörülmediğini”, meşru amaç güdüp gütmeyi ve “demokratik toplumda gerekli” olup olmadığını Sözleşme’nin 9 § 2. maddesi bakımından incelemesi gerekmektedir.

1. Müdahale bulunup bulunmadığı

76. Başvuran giyim tarzının “kabul edilmiş bir uygulama” olarak dini bir kuralın yerine getirilmesi şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Üniversite içinde İslami başörtüsünün takılmasının kısıtlanmasının, dinini açıklama özgürlüğüne yapılmış açık bir müdahale oluşturduğunu savunmaktadır.

77. Hükümet, Büyük Daire önünde bu husus hakkında görüş bildirmemiştir.

78. Müdahale bulunup bulunmadığı hakkında Büyük Daire, Daire’nin izleyen tespitlerini benimsemiştir (bkz. Daire kararının 71. paragrafı):

“Başvuran, başörtüsü takarak dini bir kurala uyduğunu ve dolayısıyla İslam inancının gerektirdiği görevlere sıkıca bağlı olma isteğini ortaya koyduğunu söylemiştir. Buna göre, başörtüsü takma kararının bir din ya da inançtan kaynaklandığı ya da esinlendiği kabul edilebilir ve Mahkeme, bu tür kararların her durumda bir dini vecibeyi yerine getirmek için alınıp alınmadığını kararlaştırmadan, üniversitelerde İslami başörtüsü takılmasını yasaklayan söz konusu düzenlemelerin başvuranın dinini açıklama özgürlüğüne müdahale olduğu varsayımı üzerinden hareket etmektedir.”

2. “Kanun Tarafından Öngörülme”

a) Tarafların Büyük Daire Önündeki Savları

79. Başvuran, üniversiteye kaydını yaptırdığı 1993 yılında ve daha sonraki dönemde öğrencilerin üniversitede İslami başörtüsü takmalarını yasaklayan “yazılı hukuk” kuralının bulunmadığını söylemiştir. Başvuran özellikle Öğrenci Disiplin Yönetmeliği gereğince başörtüsü takmanın suç oluşturmadığını açıklamaktadır (yukarıdaki 49 ve 50. paragraflar). Kendisine uygulanan ilk kısıtlayıcı düzenleme, yaklaşık dört buçuk yıl sonra Rektör tarafından çıkarılan 23 Şubat 1998 tarihli Rektörlük Genelgesi’dir.

80. Başvurana göre, Türk Mahkemelerinin yeni hukuk kuralları oluşturmaya değil sadece kanunu uygulama yetkisine sahip olmasından dolayı, düzenlemenin yasal kaynağının sözkonusu mahkemelerin içtihadının olduğu iddia edilemez. Anayasa Mahkemesi 7 Mart 1989 ve 9 Nisan 1991 tarihli kararlarında, özel kişilere yönelik yasaklama getirmekle yetkilerini aşmamış olmasına rağmen yasa koyucu anılan Mahkeme’nin ilk kararından, başörtüsü takılmasının yasaklanması sonucunu çıkarmamıştır. Anayasa Mahkemesi’nin kararında ortaya koyduğu gerekçelerin yasa hükmünde olmaması nedeniyle, öğrencilerin yükseköğretim kurumları içinde başörtüsü takmalarını yasaklayan hiçbir kanun hükmü bulunmamaktadır.

81. Başvurana göre rektörlük ve dekanlıklar da dahil olmak üzere üniversite makamları, hiç şüphesiz kanunun kendilerine tanıdığı yetkileri kullanma özgürlüğü bulunmakla birlikte, bu yetkilerin kapsamı, sınırları, uygulama usulleriyle birlikte kötüye kullanımını engellemeye yönelik tedbirler kanun tarafından belirtilmiştir. Bu davada, Rektör’ün, yürürlükte olan kanunlar ve Öğrenci Disiplin Yönetmeliği kapsamında “başörtüsü takan” öğrencilerin kurum binalarına veya sınav salonlarına girişlerini yasaklama görev ve yetkisi bulunmamaktadır. Buna ek olarak, İslami başörtüsünün yol açtığı sert tartışmaya rağmen, yasama, hiçbir aşamada, okullarda ve üniversitelerde, dini simgeler kullanılmasına genel bir yasak getirmeye çalışmamış ve Meclis’te hiçbir zaman böyle bir yasak için destek ortaya çıkmamıştır. Ayrıca, idari makamların, yüksek öğrenim kurumlarında başörtüsü takan öğrencilere disiplin cezası verilmesine ilişkin hiçbir genel düzenleme yapmamış olduğu gerçeği, böyle bir yasağın var olmadığı anlamına gelmektedir.

82. Başvuran, Sözleşme’nin lafzı çerçevesinde, hakkına yapılan müdahalenin öngörülebilir olmadığı ve “hukuk” temeline dayanmadığı görüşündedir.

83. Hükümet, Büyük Daire’den, Daire’nin bu konudaki bulgusunu tasdik etmesini talep etmekle yetinmiştir.

(b) Mahkeme’nin değerlendirmesi

84. Mahkeme, “yasayla öngörülme” ibaresinin, ilk olarak, karşı çıkılan tedbirin iç hukukta bir temeli olması gerektiği yönündeki yerleşik içtihadını vurgular. Aynı zamanda, yasanın, ilgili kişiler için erişilebilir olması, bu kişilerin –gerektiğinde uygun yönlendirme içererek- bu şartlarda makul olan ölçüde, belirli bir eylemin yol açacağı sonuçları öngörebilmelerini ve davranışlarını buna göre düzenlemelerini sağlayabilecek nitelik taşıması gerektiğine atıfta bulunur. (*Gorzelik ve Diğerleri – Polonya* [BD], no. 44158/98, § 64, AİHM 2004-...).

85. Mahkeme, başvuranın, Türk hukukunun iddia edilen öngörülemezliğine ilişkin argümanlarının, örtülü öğrencilerin ders, staj ve uygulamalara girmesini yasaklayan 23 Şubat 1998 tarihli genelgeyle bir ilgisi olmadığını gözlemler. Bu genelge, temel karar verme yetkisine sahip yetkili kişi olarak, üniversitenin işleyişinin idari ve bilimsel yönlerinin idare ve kontrolünden sorumlu olan İstanbul Üniversitesi Rektörü tarafından çıkarılmıştır. Rektör, genelgeyi, 2547 sayılı Kanun'un 13. bölümünde (bkz. yukarıda 52. paragraf) ortaya konan hukuki çerçevede ve daha önce kabul edilmiş olan düzenleyici hükümlere uygun olarak yayımlamıştır.

86. Ancak, başvurana göre, genelge, 2547 sayılı Kanun'un geçici 17. maddesine aykırıdır, çünkü bu madde İslami başörtüsünü yasaklamamaktadır ve düzenleyici hükme yasal dayanak oluşturabilecek hiçbir yasama kuralı mevcut değildir.

87. Mahkeme, bu nedenle, 2547 sayılı Kanun'un geçici 17. maddesinin genelgeye yasal bir dayanak oluşturup oluşturamayacağını değerlendirmelidir. Bu bağlamda, iç hukuku yorumlamanın ve uygulamanın, öncelikle ulusal makamların, özellikle de mahkemelerin görevi olduğunu yeniden ifade eder (bkz. *Kruslin – Fransa*, 24 Nisan 1990 tarihli karar, Seri A no. 176 – A, s. 21, § 29) ve genelgenin yasal olmadığı iddiasını reddederken, idari mahkemelerin, Danıştay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına dayandıklarını belirtir (bkz. yukarıda 19. paragraf).

88. Ayrıca, Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinde kullanılan “yasayla öngörülmüş olmak” ve “yasalar uyarınca” ifadeleriyle ilgili olarak, Mahkeme “yasa” terimini “şeklen” değil “özü” itibarıyla algıladığını her zaman vurgulamış, yasalardan daha alt düzeydeki kararnameleri (*De Wilde, Ooms ve Versyp – Belçika*, 18 Haziran 1971 tarihli karar, Seri A no.12, s. 45 § 93) ve parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kural koyucuların getirdiği düzenlemeleri (*Bartold – Almanya*, 25 Mart 1985 tarihli karar, Seri A no. 90, s., 21 § 46) kapsayan “yazılı hukuku” ve yazılı olmayan hukuku da dahil etmiştir. “Hukuk” sözcüğünden hem yazılı hukuk, hem de hakimler tarafından oluşturulan “hukuk” (diğerlerinin yanı sıra bkz. *Sunday Times – İngiltere* (no. 1) 26 Nisan 1979 tarihli karar, Seri A no. 30, s.30, § 47; yukarıda anılan, *Kruslin*, § 29 *in fine*; ve *Casado Coca – İspanya*, 24 Şubat 1994 tarihli karar, Seri A no. 285-A, s. 18 § 43) anlaşılmalıdır. Sonuç olarak, “hukuk”, yetkili mahkemeler tarafından yorumlandığı şekliyle yürürlükteki hükümlerdir.

89. Buna göre, konu sadece 2547 sayılı Kanun'un geçici 17. maddesinin lafzından hareketle değil, ilgili içtihat da esas alınarak incelenmelidir.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin 9 Nisan 1991 tarihli kararında belirttiği gibi (bkz. yukarıda 41. paragraf), bu maddenin lafzı, yüksek öğrenim kurumlarındaki kılık kıyafet özgürlüğünün mutlak olmadığını gösterir. Bu hükmün şartları uyarınca, “[seçimlerinin] yürürlükteki yasalara aykırı olmaması şartıyla ” öğrenciler istedikleri gibi giyinmekte özgürdürler.

90. Dolayısıyla, tartışma, yukarıda belirtilen hükümdeki “yürürlükteki yasalar” sözlerinin anlamına ilişkindir.

91. Mahkeme, öngörülebilirlik kavramı kapsamının, önemli ölçüde sözkonusu belgenin içeriğine, kapsaması amaçlanan konuya ve hitap ettiği kişilerin sayı ve konumlarına bağlı olduğunu yineler. Ayrıca, akılda tutulmalıdır ki, bir yasal hüküm ne kadar açık şekilde

düzenlenmiş olsa da, her zaman tereddütlü noktaların açıklığa kavuşturulması ve yasanın özel durumlara adapte edilmesi ihtiyacı mevcut olacağından, yasanın uygulanması, önlenemez şekilde yargısal yorum gerektirecektir. Belirsiz olaylara ilişkin şüphe payı, tek başına, bir yasal hükmü uygulanışını öngörülemez kılmadığı gibi, sadece böyle bir hükmün birden fazla şekilde yorumlanabileceği gerçeği de bu hükmün Sözleşme'nin amaçları için "öngörülebilirlik" koşulunu karşılayamaması anlamına gelmez. Mahkemelerin yetkili olduğu hüküm verme görevi, tam olarak, gündelik uygulamadaki değişiklikleri gözönüne alarak, böyle yoruma açık şüpheleri dağıtmaktır (yukarıda anılan karar, *Gorzelik ve Diğerleri*, § 65).

92. Mahkeme, bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin, yukarıda belirtilen kararında "yürürlükteki yasalar" ifadesinin kaçınılmaz olarak Anayasa'yı kapsadığını tespit ettiğini belirtir. Bu kararda, ayrıca, üniversitelerde öğrencilere "dini inanç nedeniyle boyun ve saç peçe veya başörtüsü ile örtmek" için izin vermenin Anayasa'ya aykırı olduğu açıkça belirtilmiştir (bkz. yukarıda 41. paragraf).

93. Hem bağlayıcı (bkz. 29 ve 54. paragraflar), hem de 31 Temmuz 1991 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmış olması nedeniyle erişilebilir olan Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, geçici 17. maddenin lafzını tamamlamakta ve Anayasa Mahkemesi'nin önceki içtihadını da takip etmektedir (bkz. yukarıda 39. paragraf). Ayrıca, Danıştay, o zamana kadar birkaç yıl boyunca sürekli olarak, başörtüsünün kadın özgürlüklerine ve Cumhuriyet'in temel ilkelerine aykırı bir görüşün sembolü haline gelme sürecinde olduğu için üniversitede İslami başörtüsü takmanın Cumhuriyet'in temel ilkeleri ile bağdaşmadığı kararına varmıştı (bkz. yukarıda 37. paragraf).

94. Başvuranın, yasamanın hiçbir aşamada başörtüsü takmaya yasak getirmediği iddiasına ilişkin olarak, Mahkeme, belirli bir alanda düzenleme yapmak için ilgili Devlet'in yasama organı tarafından seçilen yöntemlerin uygunluğu hakkında görüş ifade etmenin kendisine düşmediğini yineler. Görevi, kullanılan yöntemlerin ve onların yol açtığı etkilerin Sözleşme ile uyum içinde olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır (yukarıda anılan karar, *Gorzelik ve Diğerleri*, § 67).

95. Ayrıca, İstanbul Üniversitesi veya diğer üniversitelerin, her dersin içeriğini ve özel niteliklerini gözönüne almayı tercih ederek, bütün durumlarda titizlikle belirli bir kuralı -bu örnekte ilgili içtihadın ışığında yorumlanan 2547 sayılı Kanun'un geçici 17. maddesini- uygulamamış olmaları, tek başına sözkonusu kuralı öngörülmez kılmaz. Türk Anayasa sisteminde, üniversite yetkilileri, hiçbir konuda, hukuki bir dayanak olmadan temel haklara kısıtlama getiremez (bkz. Anayasa'nın 13. maddesi – yukarıda 29. paragraf). Üniversite yetkililerinin rolü, idari mahkemelerin kontrolü altında, yasalarla uyum içinde öğretim kurumunun iç kurallarını belirlemekle sınırlıdır.

96. Ayrıca, Mahkeme, üniversite iç tüzüğü gibi konularda, sınırları büyük isabetle belirlenmiş yasalar şekillendirmenin güç olabileceğini ve katı kurallar oluşturmaının uygun olmayabileceğini kabul eder (bkz., *mutatis mutandis*, *Gorzelik ve Diğerleri*, yukarıda anılan karar, § 67).

97. Aynı şekilde, İslami başörtüsü takılmasına ilişkin düzenlemelerin, İstanbul Üniversitesi'nde 1994 yılından bu yana, başvuranın üniversiteye kaydını yaptırmamasından çok önce mevcut olduğu kuşkusuzdur (bkz. yukarıda 43. ve 45. paragraflar).

98. Bu şartlarda, Mahkeme, müdahalenin Türk Hukukunda, yerel mahkemelerin içtihadının ışığında yorumlanan 2547 sayılı Kanun'un geçici 17. maddesi şeklinde bir yasal dayanağı bulunduğunu tespit eder. Kanun, aynı zamanda erişilebilirdir ve öngörülebilirlik şartını yerine getirmek anlamında kanunun yeterince kesin olduğu değerlendirilebilir. Başvuranın, İstanbul Üniversitesi'ne girdiği andan itibaren üniversite binalarında İslami başörtüsü takmaya yönelik kısıtlamalar olduğunu ve 23 Şubat 1998 tarihinden itibaren başörtüsü kullanmaya devam ettiği takdirde derslere ve sınavlara kabul edilmemeye maruz kalacağını bilmesi beklenirdi.

3. Meşru amaç

99. Davanın şartlarını ve yerel mahkemelerin kararlarının içeriğini dikkate alarak, Mahkeme, tartışma konusu olmayan, itiraz edilen müdahalenin öncelikle başkalarının hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin korunmasına yönelik meşru amaçlar taşıdığını -ki, bu taraflar arasında tartışılan bir konu değildir- kabul edebilmektedir.

4. “Demokratik bir toplumda gereklilik”

(a) Tarafların Büyük Daire önündeki savları

(i) Başvuran

100. Başvuran Daire'nin tespitlerine itiraz etmiştir. 27 Eylül 2004 tarihli görüşlerinde ve duruşmadaki sözlü ifadelerinde, “demokrasi” ve “cumhuriyet” kavramlarının birbirinden farklı olduğunu iddia etmiştir. Birçok totaliter rejim “cumhuriyet” olduğunu iddia ederken, ancak gerçek bir demokrasi, çoğulculuk ve geniş fikirlilik prensiplerine dayanabilir. Türkiye'deki yargı ve üniversite sistemlerinin yapısı, 1960, 1971 ve 1980 yıllarında birbirini izleyen askeri darbeler tarafından belirlenmiştir. Başvuran, ayrıca, Mahkeme'nin içtihadına ve Avrupa'da bazı ülkeler tarafından kabul edilen uygulamaya atıfta bulunarak, Sözleşme'ye taraf olan Devlet'lere öğrencilerin kılık kıyafetini düzenlemek için geniş bir takdir payı verilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Hiçbir Avrupa Devleti'nin üniversitede öğrencilere başörtüsü takmayı yasaklamadığını ifade etmiş ve yüksek öğrenim kurumlarında böyle radikal bir önlemi haklı çıkaracak hiçbir gerginlik belirtisinin olmadığını eklemiştir.

101. Başvuran, yukarıda belirtilen görüşlerinde, ayrıca, öğrencilerin, yasal haklardan bütünüyle yararlanan ve kendileri için uygun olan davranışı seçebilen yetişkinler olduğunu ifade etmiştir. Sonuç olarak, İslami başörtüsü takarak başkalarının inançlarına saygısızlık gösterdiği veya diğer öğrencileri etkilemek ve onların hak ve özgürlüklerini kısıtlamak istediği iddiaları bütünüyle temelsizdir. Ayrıca, Devlet'in desteği veya müsaadesi ile herhangi bir özgürlüğe yönelik bir harici kısıtlama yaratmamıştır. Seçimi, çoğulcu, liberal demokrasinin ona sunduğu en önemli temel hak olan dini inanca dayanmıştır. Başvurana göre, insanların, uygun gördükleri takdirde, kendilerini kısıtlamalara maruz bırakmakta özgür oldukları tartışmasızdır. Ayrıca, sadece İslami başörtüsü takmanın kadın erkek eşitliği ilkesine aykırı olduğunu söylemek de haksızlıktır, çünkü bütün dinler insanların uyup uymamayı seçmekte serbest oldukları kılık kıyafet kısıtlamaları getirir.

102. Buna karşılık, başvuran, 27 Ocak 2005 tarihli görüşlerinde, başörtüsü takmanın her zaman din özgürlüğü tarafından korunmayacağını kabul edebildiğini söylemiştir (bkz. yukarıda 73. paragraf).

(ii) Hükümet

103. Hükümet Daire'nin tespitleriyle aynı görüştedir (bkz. yukarıda 71. paragraf).

(b) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin değerlendirmesi

(i) Genel ilkeler

104. Mahkeme, 9. maddede belirtildiği gibi, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün, Sözleşme'nin lafzı çerçevesinde, “demokratik toplum”un temellerinden biri olduğunu yineler. Dini yönden bu özgürlük, inananların kişiliklerini ve onların hayat görüşlerini oluşturan en yaşamsal unsurlardan birisidir, ancak, aynı zamanda, ateistler, agnostikler, kuşkucular ve ilgisizler için de önemli bir değerdir. Demokratik bir toplumun ayrılmaz bir parçası olan ve yüzyıllar sonra kazanılan çoğulculuk bu değere dayanır. Bu özgürlük, *aynı zamanda*, dini inanca sahip olma veya olmama ve dini uygulama veya uygulamama özgürlüğünü de beraberinde getirir (bkz., diğer içtihatlar arasında, *Kokkinakis – Yunanistan*, 25 Mayıs 1993, Seri A no. 260 – A, s. 17, § 3; ve *Buscarini ve Diğerleri – San Marino* [BD], no. 24645/94, § 34, AİHM 1999-I).

105. Din özgürlüğü esas olarak kişisel vicdan konusu olduğu kadar, diğerleri meyanında, kişinin dinini yalnız ve özel olarak veya başkalarıyla birlikte toplumda ve aynı inancı paylaşan insanların içinde göstermesini ifade eder. 9. madde ibadet, öğretim, uygulama ve dine uyma şeklindeki, kişinin dinini veya inancını göstermesinin çeşitli şekillerini sıralar (bkz., *mutatis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek – Fransa* [BD], no.27417/95, § 73 AİHM 2000-VII).

9. madde, bir din veya inançtan kaynaklanan veya esinlenen her eylemi korumaz (bkz., diğer içtihatların yanı sıra, *Kalaç – Türkiye*, 1 Temmuz 1997 tarihli karar, *Reports of Judgements and Decisions* 1997-IV, s. 1209, § 27; *Arrowsmith – İngiltere*, no. 7050/75, 12 Ekim 1978 tarihli Komisyon kararı, *Decisions and Reports* (DR) 19, s. 5; C. – *İngiltere*, no. 10358/83, 15 Aralık 1983 tarihli Komisyon kararı, DR 37, s. 142; ve *Tepeli ve Diğerleri – Türkiye* (karar), no. 31876/96, 11 Eylül 2001).

106. Çok sayıda dinin tek ve aynı nüfus içerisinde birarada bulunduğu demokratik toplumlarda, çeşitli grupların çıkarlarını uzlaştırmak ve herkesin inançlarına saygı gösterilmesini sağlamak için kişinin dinini veya inancını gösterme özgürlüğüne sınırlamalar getirmek gerekli olabilir (yukarıda anılan, *Kokkinakis*, s. 18, § 33). Bu gereklilik, hem 9. maddenin 2. paragrafı, hem Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca Devletin, yetkisi dahilinde, Sözleşme'de tanımlanan haklar ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğüne uygundur.

107. Mahkeme, sıklıkla, çeşitli din ve inançların uygulanmasında Devlet'in tarafsız düzenleyici rolünü vurgulamış ve bu rolün demokratik bir toplumda kamu düzeni, dini uyum ve hoşgörüye yardımcı olduğunu belirtmiştir. Aynı zamanda, Devlet'in tarafsızlık görevinin, Devlet'in dini inançların veya bu inançların ifade biçiminin meşruiyetini değerlendirme yetkisiyle uyumsuz olduğu (bkz. *Manoussakis ve Diğerleri – Yunanistan*, 26 Eylül 1996 tarihli karar, *Reports* 1996-IV, s. 1365, § 47; *Hassan ve Tchaouch – Bulgaristan* [BD], no. 30985/96, § 78, AİHM 2000-XI; yukarıda anılan karar, *Refah Partisi ve Diğerleri*, § 91) ve Devletin, karşıt gruplar arasında karşılıklı hoşgörüyü sağlaması gerektirdiği görüşündedir (*Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri – Türkiye*, 30 Ocak 1998 tarihli karar,

Reports 1998-I, § 57). Buna göre, bu gibi durumlarda makamların rolü, gerginliğin kaynağını, çoğulculuğu ortadan kaldırarak yok etmek değil, rakip grupların birbirlerine hoşgörü göstermesini sağlamaktır (*Serif – Yunanistan*, no. 38178/97, § 53, AİHM 1999 IX).

108. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik “demokratik toplum”un işaretleridir. Kişisel çıkarlar, gerektiğinde grubun çıkarlarına tabi olmalıysa da, demokrasi, her zaman, çoğunluğun görüşlerinin üstün gelmesi gerektiği anlamına gelmez: azınlık mensuplarına adil ve düzgün muamele yapılmasını ve hakim bir pozisyonun kötüye kullanılmamasını sağlayan bir denge sağlanmalıdır (bkz. *mutatis mutandis*, *Young, James ve Webster – İngiltere*, 13 Ağustos 1981 tarihli karar, Seri A no. 44, s. 25, § 63; ve *Chassagnou ve Diğerleri – Fransa* [BD], no. 25088/94, no. 28331/95 ve no. 28443/95, § 112, AİHM 1999-III). Çoğulculuk ve demokrasi, aynı zamanda, demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini muhafaza etmek ve geliştirmek amacıyla bireyler veya gruplar arasında çeşitli tavizler verilmesini beraberinde getiren bir diyalog ve uzlaşma ruhuna dayanmalıdır (bkz., *mutatis mutandis*, yukarıda belirtilen karar, *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri*, s. 21-22, § 45; ve yukarıda anılan karar, *Refah Partisi ve Diğerleri* § 99). Bu “haklar ve özgürlükler” Sözleşme veya onun Protokolleri tarafından teminat altına alınanlar arasında olduğu durumda, onları koruma gerekliliğinin Devlet’lerin, aynı şekilde Sözleşme’de öngörülen diğer hak ve özgürlükleri kısıtlamasına yol açabileceği kabul edilmelidir. Her bireyin temel hakları arasındaki bu sürekli denge arayışı “demokratik toplum”un temelini oluşturur. (yukarıda anılan karar, *Chassagnou ve Diğerleri* § 113).

109. Demokratik bir toplumda, üzerindeki görüşlerin büyük değişkenlik gösterebileceği din-Devlet ilişkilerine dair bir tartışma varsa, ulusal karar verme organının rolüne özel önem verilmelidir (bkz., *mutatis mutandis*, yukarıda anılan, *Cha’are Shalom Ve Tsedek* § 84; ve 25 Kasım 1996 tarihli *Wingrove – İngiltere* kararı, *Reports* 1996-V, s.1958, § 58). Bu durum, (mukayeseli hukuk belgelerinin yukarıda gösterdiği üzere – bkz., yukarıda, 55-65. paragraflar) ulusal makamların konuya yaklaşımlarının çeşitliliği gözönüne alınarak, öğrenim kurumlarında dini sembollerin kullanılmasını düzenlemeye sözkonusu olacaktır. Bütün Avrupa’da, toplumda ortak bir din anlayışı belirlemek mümkün değildir (*Otto-Preminger-Institut – Avusturya*, 20 Eylül 1994 tarihli karar, Seri A no. 295-A, s. 19, §50) ve bir dini inancın toplumdaki ifadesi veya etkisi zamana ve duruma göre değişkenlik gösterecektir (bkz., diğer içtihatlar arasında, *Dahlab – İsviçre* (karar) no. 42393/98, AİHM 2001-V). Bu alandaki kurallar, sonuç olarak, ulusal gelenekler ile kamu düzenini sağlama ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacının getirdiği gerekliliklere göre, bir ülkeden başka bir ülkeye değişiklik gösterir (bkz., *mutatis mutandis*, yukarıda anılan karar, *Wingrove*, s. 1957, § 57). Buna göre, böyle düzenlemelerin alması gereken ölçü ve şeklin seçimi, kaçınılmaz olarak, bir dereceye kadar sözkonusu Devlete bırakılmalıdır, zira bu husus, ilgili yerel koşullara bağlı olacaktır (bkz., *mutatis mutandis*, yukarıda anılan karar, *Gorzelik*, § 67; ve *Murphy – İrlanda*, no. 44179/98, § 73, AİHM 2003-IX (alıntılar)).

110. Bu takdir payı, hem yasayı hem de yasayı uygulayan kararları kapsayan Avrupa denetimi ile beraber hareket eder. Mahkeme’nin görevi, ulusal düzeyde alınan önlemlerin, ilke olarak haklı ve orantılı olup olmadığını belirlemektir (yukarıda anılan karar, *Manoussakis ve Diğerleri*, § 44). Mahkeme, bu davada, takdir payı derecesini sınırlarken demokratik bir toplumun yaşaması için önem taşıyan, başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma, kamu düzenini muhafaza etme ve sivil barış ve gerçek dini çoğulculuğu teminat altına alma gerekliliği hususlarını dikkate almak zorundaydı. (bkz., *mutatis mutandis*, yukarıda anılan karar, *Kokkinakis*, § 31; yukarıda anılan karar, *Manoussakis ve Diğerleri*, s. 1364, § 44; ve yukarıda anılan karar, *Casado Coca*, § 55).

111. Mahkeme, ayrıca, Sözleşme kurumlarının, demokratik bir toplumda Devlet'in kamu güvenliği ile düzenini ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amaçlarıyla uyumlu olmadığı takdirde, İslami başörtüsü takmaya kısıtlamalar getirme yetkisine sahip olduğunu *Karaduman – Türkiye* (no. 16278/90, 3 Mayıs 1993 tarihli Komisyon kararı, DR 74, s. 93) ve *Dahlab – İsviçre* (no. 42393/98, AIHM 2001-V) kararlarında tespit etmiş olduğunu kaydeder. *Karaduman* davasında, bazı aşırı dinci hareketlerin, dinini icra etmeyen veya başka bir dine ait olan öğrencilere baskı yapmasını önlemek amacıyla üniversitelerde alınan önlemlerin Sözleşme'nin 9 § 2. maddesi uyarınca haklı olduğu tespit edilmiştir. Bu bağlamda, yüksek öğrenim kurumları, bir dinin sembol ve törenlerinin tezahürünü değişik dinden öğrenciler arasında huzurlu ortak yaşamı sağlamak ve böylece kamu düzenini ve diğerlerinin haklarını korumak amacıyla böyle bir tezahürün yeri ve şekline sınırlamalar getirerek düzenleyebilir (bkz., diğer içtihatlar arasında, yukarıda anılan, *Refah Partisi ve Diğerleri* § 95). Küçük çocukların sınıfında görevli bir öğretmenle ilgili olan, *Dahlab* davasında, Mahkeme, diğer konuların yanı sıra öğretmenin başörtüsü takmasının temsil ettiği “güçlü dış sembol” üzerinde durmuş ve cinsiyet eşitliği ilkesiyle bağdaştırılması zor olan dini davranış kuralları kadınlara başörtüsü takma zorunluluğu getirmiş olduğuna göre, bunun bir tür başkalarını dini inancından vazgeçirme etkisi oluşturup oluşturmayacağını sorgulamıştır. Ayrıca, İslami başörtüsü takmanın, demokratik bir toplumda bütün öğretmenlerin öğrencilerine aktarması gereken hoşgörü, başkalarına saygı ve hepsinin ötesinde eşitlik ve fark gözetmeme mesajı ile kolaylıkla bağdaştırılamayacağını kaydetmiştir.

(ii) Yukarıda belirtilen ilkelerin mevcut davaya uygulanması

112. Türk mahkemelerine göre (bkz.yukarıdaki 37,39 ve 41. paragraflar), Şahin'in üniversitede İslami başörtüsü takması gibi, öğrencilerin haklarına yer ve usulle ilgili kısıtlamalar getiren 23 Şubat 1998 tarihli genelgenin yol açtığı söz konusu müdahale, özellikle iki ilkeyi temel almıştır: laiklik ve eşitlik.

113. Anayasa Mahkemesi, 7 Mart 1989 tarihli kararında, demokratik değerlerin güvencesi olarak laikliğin, özgürlük ve eşitliğin buluşma noktası olduğunu belirtmiştir. Bu ilke, Devlet'in belli bir din veya inanca yönelik tercihini ortaya koymasını engellemiş, bu suretle tarafsız hakem rolünde Devlet'e yol göstermiş ve zorunlu olarak din ve vicdan özgürlüğünü beraberinde getirmiştir. Aynı zamanda, bireyi sadece Devlet tarafından yapılan keyfi müdahaleye karşı değil, aynı zamanda, radikal hareketlerden gelen dış baskılardan korumaya hizmet etmiştir. Anayasa Mahkemesi, kişinin dinini ifşa etme hakkının bu değer ve ilkeleri korumak için kısıtlanabileceğini eklemiştir (bkz. yukarıda 39. paragraf).

114. Daire'nin haklı olarak ifade ettiği gibi (bkz. kararın 106. paragrafı), bu tür bir laiklik kavramı Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin temelini oluşturan değerlerle uyumludur. Mahkeme, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı ile uyumlu olan ve şüphesiz Türk Devleti'nin temel ilkelerinden biri olan bu ilkenin desteklenmesinin Türkiye'de demokratik sistemin korunması için gerekli görülebileceği görüşündedir. Bu ilkeye saygı göstermeyen bir davranış, kişinin dinini ifşa etmesi özgürlüğü kapsamında kabul edilmeyecek ve Sözleşme'nin 9. maddesinin korumasından yararlanmayacaktır (bkz. *Refah Partisi ve Diğerleri*, yukarıda anılan karar, § 93).

115. Büyük Daire, tarafların iddialarını inceledikten sonra, Daire'nin aşağıda vardığı yaklaşımdan (bkz. Daire kararının 107-109. paragrafları) ayrılmak için geçerli bir sebep görmemektedir:

“... Mahkeme ... Türk Anayasa sisteminde kadın haklarının korunmasına verilen önemi kaydeder... Avrupa Mahkemesi tarafından Sözleşme’nin temelini oluşturan anahtar ilkelerden biri ve Avrupa Konseyi’ne üye Devletlerin ulaşması gereken bir hedef olarak tanımlanan cinsiyet eşitliği, Türk Anayasa Mahkemesi tarafından da Anayasa’nın temelinde yatan mutlak bir ilke olarak nitelendirilmiştir (bkz., diğerlerinin yanı sıra, *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali – İngiltere*, 28 Mayıs 1985 tarihli karar, Seri A no. 77, s. 38, § 78; *Schuler-Zraggen – İsviçre*, 24 Haziran 1993 tarihli karar, Seri A no 263, s. 21-22, § 67; *Burgharz – İsviçre*, 22 Şubat 1994 tarihli karar, Seri A no. 280-B, s. 29, § 27; *Van Raalte – Hollanda*, 21 Şubat 1997 tarihli karar, *Reports* 1997-I, s. 186, § 39, *in fine*; ve *Petrovic – Avusturya* 27 Mart 1998 tarihli karar, *Reports* 1998-II, s. 587, § 37).

... Dahası, Anayasa Mahkemesi gibi ..., Mahkeme de, Türkiye bağlamında İslami başörtüsü sorununun değerlendirilmesinde, zorunlu bir dini vecibe gibi takdim edilen veya algılanan böyle bir simgeyi takmanın, onu takmamayı seçenler üzerinde yaratacağı etkinin de göz önüne alınması gerektiğini değerlendirmektedir. Daha önce kaydedildiği gibi (bkz. yukarıda anılan *Karaduman* kararı; ve yukarıda anılan 95. paragraf *Refah Partisi ve Diğerleri* kararı), bahis konusu hususlar, nüfusunun çoğunluğu, kadın haklarına ve laik bir yaşam tarzına kuvvetli bir bağlılık sergilerken İslam inancına da bağlı olan bir ülkede, “diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin” ve “kamu düzeninin” korunmasını da içermektedir. Bu alandaki özgürlüğe uygulanan kısıtlamalar, bu sebeple, Türk Mahkemelerinin de belirttiği gibi, özellikle bu dini sembolün Türkiye’de son yıllarda siyasi önem kazanmasından beri ... , yukarıdaki iki yasal amaca erişmek için bir toplumsal ihtiyacın karşılanması olarak görülebilir.

... Mahkeme, Türkiye’de kendi dini sembollerini ve dini dogmalar üzerine kurulmuş bir toplum kavramını toplumun tümüne empoze etmeye çalışan aşırı siyasi hareketlerin olduğunu gözden kaçırmamıştır... Mahkeme, daha önce Taraf Devletlerin Sözleşme hükümlerine uygun olarak bu tür siyasi hareketlere karşı tarihsel deneyimleri dikkate alarak tutum alabileceğini belirtmiştir (bkz. yukarıda, *Refah Partisi ve Diğerleri*, § 124). Söz konusu düzenlemeler, bu bağlamda ele alınmalı ve yukarıda bahsedilen meşru hedeflere ulaşmaya ve üniversitedeki çoğulculuğu korumaya yönelik tedbir niteliğinde olmalıdır.”

116. Yukarıda bahsedilen açıklamalar gözönünde tutulduğunda, laiklik ilkesi, Anayasa Mahkemesi tarafından da vurgulandığı gibi (bkz. yukarıda 39. paragraf), üniversitelerde dini kılık kıyafet yasağının temelinde yatan başlıca nedendir. Çoğulculuk, başkalarının haklarına saygı ve özellikle kadın ve erkeğin kanun önünde eşitliği değerlerinin öğretildiği ve uygulamaya konulduğu böyle bir ortamda, ilgili makamların söz konusu kurumun laik yapısını muhafaza etmek istemeleri ve dolayısıyla bu davadaki gibi İslami başörtüsü takılması da dahil olmak üzere dini kılık kıyafete izin verilmesini söz konusu değerlere aykırı bulması makul karşılanabilir.

117. Bu noktada Mahkeme, söz konusu davada, izlenen yol ve müdahale ile güdülen meşru amaçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi olup olmadığı tespit etmelidir.

118. Daire gibi (bkz. Daire kararının 111. paragrafı) Büyük Daire de, başlangıçta, eğitimin idari kısıtlamaları uyarınca getirilen sınırlamalar çerçevesinde, Türk üniversitelerinde, ibadet etmek isteyen Müslüman öğrencilerin Müslümanlık inancının alışılmış ibadet şekilleri ile uyumlu olarak dini vecibelerini yerine getirmekte serbest olduklarını kaydeder. Buna ek olarak, İstanbul Üniversitesi tarafından kabul edilen 9 Temmuz 1998 tarihli karar, üniversitede diğer dini kıyafetin de yasaklanmış olduğunu göstermektedir (bkz. yukarıda 47. paragraf).

119. Ayrıca, öğrencilerin tıp derslerinde İslami başörtüsü takmalarına izin verilip verilmeme konusu 1994 yılında İstanbul Üniversitesi’nde gündeme geldiğinde, Rektör’ün, kıyafet kurallarının gerekçelerini anımsattığı kaydedilmelidir. Üniversitenin bütün kısımlarında İslami başörtüsü takmak için izin verilmesi taleplerinin yanlış olduğunu savunarak, tıp derslerine uygulanabilir olan kamu düzeni kısıtlamalarına işaret etmiş, öğrencilerden, hem yüksek mahkemelerin içtihadı, hem de mevzuat ile uyumlu olan bu kurallara uymalarını talep etmiştir (bkz. yukarıda 43-44. paragraflar).

120. Ayrıca, 9 Temmuz 1998 tarihli karara yol açan düzenlemelerin uygulandığı süreç, birkaç yıl sürmüş ve Türk toplumu ve öğretmenlik mesleği içinde geniş bir tartışmayı da beraberinde getirmiştir (bkz. yukarıda 35. paragraf). En yüksek iki mahkeme olan Danıştay ve Anayasa Mahkemesi, bu konuda yerleşik bir içtihat oluşturmayı başarmıştır (bkz. yukarıda 37, 39 ve 41. paragraflar). Bu karar verme süreci boyunca, üniversite yetkililerinin gelişen duruma, ilgili kişilerle sürekli diyalog yoluyla, başörtüsü takan öğrencilerin üniversiteye girişlerini engellemeyecek şekilde, ancak, aynı zamanda, düzenin korunduğunu teminat altına alacak ve özellikle ilgili dersin niteliğinin getirdiği gerekliliklere uyulacak şekilde uyum sağlamaya çalıştıkları oldukça açıktır.

121. Bu bağlamda, Mahkeme, başvuranın, kıyafet kurallarına uymamanın hiçbir disiplin cezası olmadığına hiçbir kuralın mevcut olmadığı anlamına geldiği görüşünü kabul etmemektedir (bkz. yukarıda 81. paragraf). İç kurallara uymanın nasıl sağlanmış olması gerektiği konusuna gelince, üniversite yetkilileri yerine görüş belirtmek Mahkeme'ye düşmemektedir. Öğrenim çevresiyle olan doğrudan ve sürekli ilişkileri nedeniyle, üniversite yetkilileri, ilke olarak, yerel ihtiyaçları ve şartları veya belli bir dersin gereklerini değerlendirmek bakımından uluslararası bir mahkemeden daha iyi bir konumdadır (bkz., *mutatis mutandis*, *Valsamis – Yunanistan*, 18 Aralık 1996 tarihli karar, *Reports* 1996-VI, s. 2325, § 32). Ayrıca, düzenlemelerin meşru bir amaç taşıdığı tespit edildiğinden, Mahkeme'nin, orantılılık kriterini, bir kurumun "iç kurallar" kavramını amaçsız kılacak şekilde uygulaması mümkün değildir. 9. madde, dini bir inanç tarafından yönlendirilecek şekilde hareket etme hakkını her zaman teminat altına almaz (*Pichon ve Sajous – Fransa* (karar), no. 49853/99, AİHM 2001-X) ve bu şekilde hareket eden kişilere haklılığı kanıtlanmış kurallara uymama hakkını vermez (bkz. yukarıda anılan *Valsamis* kararına eklenmiş 6 Temmuz 1995 tarihli raporda yer alan Komisyon görüşü, §51, s. 2337).

122. Yukarıda belirtilenlerin ışığında ve Sözleşme'ye taraf olan Devletlerin takdir payını gözönüne alarak, Mahkeme, sözkonusu müdahalenin güdülen amaçla orantılı ve ilke olarak haklı olduğunu tespit etmiştir.

123. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 9. maddesi ihlal edilmemiştir.

II. 1 NO'LU EK PROTOKOL'ÜN 2. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

A. Mevcut şikayetin ayrıca incelenmesine gerek olup olmadığı hakkında

1. Tarafların görüşleri

124. Mahkeme, başvuran Daire önünde Sözleşme'nin çeşitli maddelerine (8.,10. ve 14. maddeler ile 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesi) gönderme yapmış olsa da, esas olarak Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğini iddia ettiğini kaydeder. Başvuran davasının Büyük Daire'ye gönderilmesi için yaptığı talepte, Sözleşme'nin 10. maddesi hususunda herhangi bir hukuki argüman sunmamış, Büyük Daire'den Sözleşme'nin 8.,9.,10. ve 14. maddeleri ile 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmasını talep etmiştir.

125. Ne var ki başvuran 27 Ocak 2005 tarihli yazılı savunmasında, 23 Şubat 1998 tarihli düzenlemeye ilişkin argümanlarını, Daire önünde sunmuş olduğundan daha farklı bir açıdan ortaya koymuş görünmektedir. Başvuran sözkonusu savunmasında “öncelikle 1 No’lu Ek Protokol’ün 2. maddesinin ihlal edildiğini [iddia etmiş] ve Büyük Daire’den davayı bu yönden ele almasını talep [etmiştir]”. Başvuran Büyük Daire’den özellikle “başı örtülü olarak üniversiteye girişinin yasaklanması yönündeki kararın, mevcut davada, Sözleşme’nin 8.,9., ve 10. maddeleri ışığı altında değerlendirildiğinde, 1 No’lu Ek Protokol’ün 2. maddesi ile güvence altına alınan eğitim hakkının ihlalini teşkil ettiğini saptamasını” talep etmiştir.

126. Hükümet ise 1 No’lu Ek Protokol’ün 2. maddesinin ilk cümlesinin ihlal edilmediğini savunmaktadır.

2. Daire’nin Kararı

127. Daire, başvuranın gönderme yaptığı Sözleşme’nin 8.,10. ve 14. maddeleri ile 1 No’lu Ek Protokol’ün 2. maddesi açısından hiçbir ayrı sorunun ortaya çıkmadığı, zira ilgili koşulların, ihlal kararı vermediği 9. madde kapsamında incelenen koşullar ile aynı olduğu sonucuna varmıştır.

3. Mahkeme’nin Değerlendirmesi

128. Mahkeme, yerleşik içtihatlarına göre, Büyük Daire’ye gönderilen “davanın”, başvurunun, daha önceden Daire tarafından incelenen tüm yönlerini kapsadığını ve davanın sadece kısmi olarak Büyük Daire’ye gönderilmesi için herhangi bir dayanak bulunmadığını hatırlatır (bkz., *Cumpănă ve Mazăre - Romania* [BD], no. 33348/96, § 66, AİHM 2004-...; ve *K. ve T. - Finlandiya* [BD], no. 25702/94, §§ 140-141, AİHM 2001-VII). Büyük Daire’ye gönderilen “dava”, kabuledilebilir bulunmuş olan başvurudur.

129. Mahkeme, davaya ilişkin özel koşullar ile eğitim hakkının temel niteliğini dikkate alarak ve tarafların tutumlarını gözönünde bulundurarak, her ne kadar sözkonusu şikayetin esası, Sözleşme’nin 9. maddesinde olduğu gibi, 23 Şubat 1998 tarihli düzenlemenin eleştirisi ise de, 1 No’lu Ek Protokol’ün 2. maddesinin ilk cümlesinin, Sözleşme’nin 9. maddesine dayanan şikayetten ayrı olarak değerlendirilebileceği kanaatine varmıştır.

130. Sonuç olarak Mahkeme sözkonusu şikayeti ayrı olarak ele alacaktır (bkz., *mutatis mutandis*, *Göç- Turkey* [BD], no. 36590/97, § 46, AİHM 2002-V).

B. Uygulanabilirlik

131. Başvuran aşağıda belirtilen 1 No’lu Ek Protokol’ün 2. maddesinin ilk cümlesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir.

“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. (...)”

1. 1 No’lu Ek Protokol’ün 2. maddesinin ilk cümlesinin kapsamı

a) Tarafların Büyük Daire önündeki savları

132. Başvuran eğitim hakkının, 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesinin ilk cümlesi ile öngörüldüğü şekliyle, yüksek eğitim için de geçerli olduğundan hiç kuşku duyulamayacağını, zira bu hükmün belli bir zamanda mevcut tüm kurumları ilgilendirdiğini belirtmektedir.

133. Hükümet bu konuda görüş bildirmemiştir.

b) Mahkeme'nin Değerlendirmesi

134. 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesinin ilk cümlesine göre, hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Bu hükümde yükseköğretimden bahsedilmemesine rağmen, hükmün, yüksek öğretim de dahil olmak üzere, eğitimin her düzeyine uygulanamayacağı yönünde de bir şey belirtilmemiştir.

135. Eğitim hakkının içeriği ve bundan doğan yükümlülüğün kapsamına ilişkin olarak ise Mahkeme, “*Belçika Dili*” kararında ((esas hakkında), 23 Temmuz 1968, A serisi no: 6, s. 31, §3), şu hususları kaydetmiştir. “Negatif formülasyonda belirtildiği ve hazırlık çalışmalarında da teyit edildiği gibi, Sözleşmeciler, eğitimi, masrafları kendilerine ait olacak ya da para yardımı yapmalarını gerektirecek şekilde belirli bir tarzda veya düzeyde düzenlemek zorunda kalacakları bir eğitim hakkını tanımamaktadırlar. Ancak bundan, 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesinin ilk cümlesinde güvence altına alındığı şekliyle, sözkonusu hakka uyulmasını sağlamak için Devletlerin hiçbir pozitif yükümlülüğü bulunmadığı sonucu çıkarılamaz. Bir ‘hak’ varsa, bu Sözleşme’nin 1. maddesi uyarınca, bir Sözleşmeciler Devlet’in yargı yetkisi alanında bulunan her kişiye temin edilir”.

136. Mahkeme, içeriği ekonomik ve toplumsal koşullarda zamana ve yere göre değişebilen eğitim hakkının, esas olarak toplumun ihtiyaçlarına ve kaynaklarına bağlı olarak geliştiğini gözden kaçırmamaktadır. Bununla birlikte Sözleşme’nin, güvencelerin teorik ve boş kalacak şekilde değil, somut ve etkili kılınacak şekilde yorumlanıp uygulanması büyük önem arz etmektedir. Ayrıca Sözleşme, günümüz koşullarının ışığı altında yorumlanması gereken canlı bir belgedir (*Marckx - Belçika*, 13 Haziran 1979, A Serisi no. 31, s. 19, § 41; *Airey- Irlanda*, 9 Ekim 1979, A Serisi no. 32, ss. 14-15, § 26; ve en son içtihat olan *Mamatkulov ve Askarov - Turkey* [BD], no. 46827/99 ve 46951/99, § 121, 4 Şubat 2005). 2. maddenin ilk cümlesi temelde, ilk ve orta öğretim kurumlarına girişi öngörmekteyse de, yüksek öğrenimi eğitimin diğer türlerinden ayıran herhangi bir duvar yoktur. Esasen yakın tarihlerde kabul edilen birçok metinde Avrupa Konseyi, insan hakları ve temel özgürlüklerin geliştirilmesi ile demokrasinin güçlendirilmesi için yüksek öğrenime giriş hakkının temel rolünü ve önemini vurgulamıştır (bkz, *inter alia*, Tavsiye Kararı no. R (98) 3 ve Tavsiye Kararı no. 1353 (1998) – yukarıda 68. ve 69. paragraflar). Avrupa Bölgesinde Yüksek Öğrenime İlişkin Niteliklerin Tanınması Hakkında Sözleşme’de vurgulandığı üzere (yukarıda 67. paragraf), yüksek öğrenim “bilginin ediniminde ve ilerlemesinde önde gelen bir rol oynamakta” ve “birey için olduğu kadar toplum için de bulunmaz bir kültürel ve bilimsel zenginlik teşkil etmektedir”.

137. Dolayısıyla, belli bir zamanda mevcut yüksek öğretim kurumlarının, 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesinin ilk cümlesinin alanına girmediğini tasavvur etmek güç olacaktır. Sözkonusu maddenin, Sözleşmeciler Devletlere yüksek öğrenim kurumu kurma görevi getirmemesine rağmen, yüksek öğrenim kurumu kuran Devletlerin bu tür kurumlara girişe ilişkin etkili hak tanıma yükümlülüğü olacaktır. Demokratik bir toplumda, insan haklarının varolması için vazgeçilmez olan eğitim hakkı o kadar temel bir yer işgal etmektedir ki, 1

No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesinin ilk cümlesinin kısıtlı bir şekilde yorumlanması, bu hükmün amaç ve hedefine uygun düşmeyecektir (bkz., *mutatis mutandis*, “yukarıda anılan *Belçika Dili davası*”, s. 33, § 9; ve *Delcourt -Belçika*, 17 Ocak 1970, A Serisi no. 11, s. 14, § 25).

138. Bu yaklaşım Komisyon'un “*Belçika Dili*” (bkz. Yukarıda anılan karar, s.22) davasındaki raporu ile uyum içindedir. Buna göre 1965'ten bu yana, 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesi ile güvence altına alınan hakkın uygulama alanının Sözleşme'de tanımlanmamış ya da belirtilmemiş olmasına rağmen, “mevcut davanın incelenmesi amacıyla”, sözkonusu hüküm “anaokulu, ilköğretim, ortaöğretim ve yüksek öğretimi” kapsamaktadır.

139. Daha sonra Komisyon birçok kararında, “2. maddede öngörülen eğitim hakkının, öncelikle ilköğretime ilişkin olduğunu, teknoloji gibi ileri öğretimle ilgili olmadığını” ortaya koymuştur (*X.- Birleşik Krallık*, no. 5962/72, 13 Mart 1975 tarihli Komisyon kararı, DR 2, s. 50; ve *Kramelius - İsveç*, no. 21062/92, 17 Ocak 1996 tarihli Komisyon kararı). Daha yakın tarihli davalarda ise Komisyon, 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesinin uygulama alanının kapısını üniversite eğitime de açarak, yüksek öğretim kurumlarına girişteki bazı kısıtlamaların meşruiyetini incelemiştir (yüksek öğretime girişteki kısıtlamalara ilişkin olarak bkz., *X.-Birleşik Krallık*, no. 8844/80, 9 Aralık 1980 tarihli Komisyon kararı, DR 23, s. 228; eğitim kurumlarından geçici ya da daimi olarak uzaklaştırma için bkz., *Yanaşık- Türkiye*, no. 14524/89, 6 Ocak 1993 tarihli Komisyon kararı, DR 74, s. 14; ve *Sulak- Türkiye*, no. 24515/94, 17 Ocak 1996 tarihli Komisyon kararı, DR 84, s. 98).

140. Mahkeme ise “*Belçika Dili*” kararının ardından yüksek öğretime ilişkin birçok kararı, 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesinin ilk cümlesinin kapsamı dışında olduğu için değil, fakat farklı gerekçelerden ötürü kabul edilemez bulmuştur (üniversiteye giriş için gerekli koşulları taşımayan özürlü bir kişinin şikayeti, *Lukach-Rusya*, (karar) no. 48041/99, 16 Kasım 1999; bir adayın tutukluluğu süresince, hukuk diploması almak için final sınavlarına hazırlanmasına ve bu sınavlara girmesine izin verilmemesi, *Georgiou - Yunanistan*, (karar) no. 45138/98, 13 Ocak 2000; yasalara uygun olarak verilmiş bir mahkumiyet kararı ve ceza nedeniyle yüksek öğrenime devam edilememesi, *Durmaz ve Diğerleri- Türkiye*, (karar) no. 46506/99, 4 Eylül 2001).

141. Yukarıda belirtilen mülahazaların tümü ışığında, belli bir zamanda mevcut yüksek öğretim kurumlarının 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesinin ilk cümlesinin uygulama alanına girdiği açıktır, zira sözkonusu kurumlara giriş hakkı bu hükümde öngörülen hakkın ayrılmaz bir parçasıdır. Burada Sözleşmeciler Devletlere yeni yükümlülükler getirecek şekilde genişletilmiş bir yorumlama sözkonusu değildir. Bu yorum, 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesinin ilk cümlesinin, kendi bağlamında ve kural koyucu bir anlaşma olan Sözleşme'nin amaç ve hedefleri açısından ele alınmasına dayanmaktadır (bkz., *mutatis mutandis*, *Golder-Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1975, A Serisi no. 18, s. 18, § 36).

142. Sonuç olarak 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesinin ilk cümlesi mevcut davaya uygulanabilir olup, bunun uygulanma biçimi ise eğitim hakkının özel koşullarına bağlıdır.

C. Esas hakkında

1. Tarafların Büyük Daire Önündeki Savları

a) Başvuran

143. Başvurana göre kamu mercileri tarafından İslami başörtüsü takmanın yasaklanması, açıkça eğitim hakkına yönelik bir müdahale teşkil etmiştir ve bunun sonucunda başvuran 12 Mart 1998 tarihli onkoloji sınavlarına alınmamış, 20 Mart 1998 tarihinde üniversiteye idari kayıt yaptıramamış, 16 Nisan 1998 günü nöroloji dersine ve 10 Haziran 1998 tarihinde halk sağlığı yazılı sınavına alınmamıştır.

144. Başvuran eğitim hakkının, doğası gereği Devlet tarafından düzenlenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Başvurana göre bu düzenlenmede kullanılacak ölçütler, Sözleşme'nin 8.,9.,10, ve 11. maddelerinde izin verilen müdahaleler için geçerli olan kriterlerle aynı olmalıdır. Bu itibarla başvuran, Türk Hukuku'nda yüksek öğretime devam edilmesini engelleyen böylesi bir hükmün yer almadığını vurgulamakta ve yürürlükteki yasaların üniversite rektörlerine başörtüsü takan öğrencilerin üniversiteye girmelerini reddetme yetkisi ya da gücü vermediğini belirtmektedir.

145. Başvuran başörtülü olmasına rağmen üniversiteye kayıt yaptırabildiğini ve dört buçuk yıl boyunca hiçbir engelle karşılaşmadan eğitimini sürdürdüğünü belirtmektedir. Başvuran, üniversiteye kayıt yaptırdığı tarihte ve öğrenimini sürdürdüğü dönem boyunca, birkaç yıl sonra okuldaki dershanelere alınmayacağını öngörebilmesini sağlayacak hiçbir iç hukuk kaynağı bulunmadığını ileri sürmektedir.

146. Başvuran mevcut davada kullanılan yolların gözetilen amaçla orantısız olduğunu yineleyerek, yüksek öğrenim kurumlarının, sakin ve güvenli bir ortamda eğitim sağlamayı arzu etmelerinin prensip itibarıyla haklı olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte aleyhinde yapılan hiçbir disiplin işleminin olmayışının da gösterdiği üzere, başörtüsü takmakla ne kamu düzenini bozmuş ne de diğer öğrencilerin hak ve özgürlüklerine tecavüz etmiştir. Dahası başvurana göre, öğrencilerin davranışlarının Ceza Kanunu'na aykırı olması halinde, üniversite yetkililerinin elinde, disiplin mekanizması ya da cezai yollara başvurulması gibi kamu düzeninin korunmasını sağlamada yeterli araç bulunmaktadır.

147. Başvuran, öğrenimine devam edebilmesinin, başörtüsünü çıkarması koşuluna bağlanmasının ve bu koşula uymadığı takdirde öğretim kurumlarına girmekten men edilmesinin, eğitim hakkının esasına yönelik etkili ve haksız bir müdahale teşkil ederek, bu hakkın kullanımını imkansız hale getirdiğini ileri sürmektedir. Bu durum, başvuranın kişilik gelişimini tamamlamış, toplumsal ve ahlaki değerleri içselleştirmiş genç bir yetişkin olarak, eğitimine, inançları doğrultusunda Türkiye'de devam etmesi için gereken tüm olanaklardan yoksun bırakılmasıyla eşdeğerdir.

148. Tüm bu nedenlerden ötürü başvuran, Savunmacı Devlet'e tanınan takdir payının ölçüsü ne olursa olsun, Devlet'in sınırları aştığını ve Sözleşme'nin 8., 9. ve 10. maddeleri açısından ele alındığında, eğitim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

b) Hükümet

149. Hükümet Mahkeme içtihatlarına gönderme yaparak, Sözleşmeciler Devletler'in eğitim alanında düzenleme yapmada takdir payına sahip olduklarını hatırlatmaktadır.

150. Hükümet ayrıca başvuranın, başörtüsü taktığı Bursa Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde beş yıl eğitim gördükten sonra İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi'ne kaydolduğunu belirtmektedir. İstanbul Üniversitesi Rektörü, üniversitede başörtüsü takılmasını yasaklayan bir genelge yayınlamıştır. Bu yasak Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarına dayanmaktadır. Başvurudan ve Büyük Daire'ye gitme talebinden belli olduğu üzere, ilgili kişi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi'ne kayıt yaptırırken hiçbir engelle karşılaşmamıştır. Bu, başvuranın eğitim kurumlarına giriş konusunda eşit muamele gördüğünü kanıtlamaktadır. 23 Şubat 1998 tarihli genelgenin uygulanması nedeniyle maruz kaldığı müdahale konusunda ise Hükümet, bunun adli mercilerin denetimine tabi olduğunu belirtmekle yetinmektedir.

151. Sonuç olarak Hükümet, Sözleşmeciler Devletler'e tanınan takdir payı dikkate alındığında, davaya konu sözkonusu düzenlemelerin Mahkeme içtihatlarına aykırı olmadığını öne sürerek, Daire'nin kararının onanmasını talep etmektedir.

2. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

a) Genel İlkeler

152. 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesinin ilk cümlesinde öngörüldüğü şekliyle eğitim hakkı, Sözleşmeciler Devletlerin yargı yetkisi altında bulunan herkese “mevcut belirli eğitim kurumlarına giriş hakkı” tanımaktadır, fakat bu kurumlara girilmesi, eğitim hakkının sadece bir kısmını teşkil etmektedir. Bu hakkın “faydalı etkiler doğurabilmesi için, özellikle hak sahibinin, gördüğü eğitimden yarar sağlayabilecek olanağa sahip olması gerekmektedir, başka bir deyişle birey, her Devlette şu ya da bu şekilde yürürlükte olan yasalara uygun olarak, tamamladığı eğitimin resmi makamlarca tanınması hakkına sahip olmalıdır” (*Belçika Dili davası*, yukarıda belirtilen karar, ss. 30-32, §§ 3-5; ayrıca bkz., *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen-Danimarka*, 7 Aralık 1976, A Serisi no. 23, ss. 25-26, § 52) Aynı şekilde “hiç kimse...” ifadesi, eğitim hakkının kullanılmasında tüm vatandaşlara eşit muamele edilmesi ilkesini zımnen içermektedir.

153. Herkesin eğitim görme temel hakkı, devlet okullarındaki ve özel okullardaki öğrencilere ayırım gözetilmeksizin eşit olarak tanınır (*Costello-Roberts-Birleşik Krallık*, 25 Mart 1993, A Serisi no. 247-C, p. 58, § 27).

154. Önemine rağmen bu hak mutlak değildir; “doğası gereği Devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirdiğinden,” zımnen kabul edilen bazı kısıtlamalara tabi olabilir (*Belçika Dili davası*, yukarıda belirtilen karar, s. 32, § 5; ayrıca bkz., *mutatis mutandis*, *Golder* kararı, ss. 18-19, § 38; ve *Fayed – Birleşik Krallık*, 21 Eylül 1994, A Serisi no. 294-B, ss. 49-50, § 65). Şüphesiz eğitim kurumlarını düzenleyen kurallar, diğerlerinin yanı sıra toplumun ihtiyaç ve kaynakları ile eğitimin farklı düzeylerine has özelliklere göre zaman ve mekanda değişiklik gösterebilir. Dolayısıyla ulusal makamlar bu konuda belli bir takdir payından yararlanmaktadırlar; fakat Sözleşme hükümlerine uyulup uyulmadığı hakkında nihai karar vermek son kerte Mahkeme'ye aittir. Getirilen kısıtlamaların sözkonusu hakkı, özünü zedeleyecek ve etkinliğinden yoksun bırakacak düzeyde kısmamasını temin etmek amacıyla Mahkeme, bu kısıtlamaların ilgili kişiler açısından öngörülebilir olduğuna ve meşru bir amaç güttüğüne ikna olmalıdır. Bununla birlikte Sözleşme'nin 8.,9.,10. ve 11. maddelerindeki tutumundan farklı olarak Mahkeme, 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesi kapsamında “meşru amaçlar”ın tamamını sıralamak zorunda değildir (bkz., *mutatis mutandis*, *Podkolzina-Letonya*, no. 46726/99, § 36, ECHR 2002-II). Dahası,

ancak başvuru yollar ile güdülen amaç arasında makul bir orantısallık ilişkisi bulunduğu takdirde, bu türden bir kısıtlama 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesi ile uyumlu olacaktır.

155. Bu türlü kısıtlamalar, Sözleşme'de ve Protokoller'de benimsenen diğer haklarla da çatışmamalıdır (*Belçika Dili davası*, yukarıda belirtilen karar, s. 32, § 5; *Campbell ve Cosans – Birleşik Krallık*, 25 Şubat 1982, A Serisi no. 48, s. 19, § 41; ve *Yanasik*, yukarıda belirtilen karar). Sözleşme ve Protokoller'deki hükümler bir bütün olarak düşünülmelidir. Dolayısıyla 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesinin ilk cümlesi, gerektiğinde, Sözleşme'nin özellikle 8., 9. ve 10. maddelerinin ışığı altında ele alınmalıdır (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen* kararı, s. 26, § 52 *in fine*).

156. Eğitim hakkı ilkesel olarak, eğitim kurumlarının iç düzenlemelerine uyulmasını sağlamak üzere okuldan geçici ya da daimi olarak uzaklaştırma cezası dahil, disiplin önlemlerine başvurulmasını hariç tutmamaktadır. Disiplin cezası uygulaması, öğrencilerin kişiliklerinin ve zihinsel yetilerinin geliştirilip biçimlendirilmesi dahil olmak üzere, bir okulun kuruluşunda varolan hedefe ulaşmaya çalıştığı sürecin ayrılmaz bir parçasını teşkil etmektedir (bkz., özellikle, *Campbell ve Cosans* kararı, s. 14, § 33; ayrıca bir öğrencinin askeri okuldan atılmasına ilişkin olarak bkz., *Yanasi*, kararı, ve bir öğrencinin sahtekarlıktan ötürü okuldan atılmasıyla ilgili olarak, *Sulak* kararı).

(b) Bu ilkelerin mevcut davaya uygulanması

157. 9. madde bağlamında müdahalenin varlığı hakkındaki muhakeme ile kıyaslamada bulunan Mahkeme (bkz. paragraf 78), başvuranın üniversiteye girebilmesine ve üniversite giriş sınavında elde ettiği sonuç yoluyla tercih ettiği bölümü okuyabilmesine rağmen, İslami başörtüsü takması nedeni ile derslere ve sınavlara alınmamasının dayandırıldığı yönetmeliğin, eğitim hakkı üzerinde bir kısıtlama teşkil ettiğini kabul edebilmektedir. Ancak, 9. madde bağlamında gözönünde bulundurulan görüşler, 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin ilk hükmüne dayandırılan şikayet için de geçerli olduğundan ve ilgili mevzuatın eleştirisinden oluşan şikayet 9. maddeye dayandırılan şikayet ile aynı olduğundan, davanın eğitim hakkına atıfta bulunarak değerlendirilmesi 9. maddeye dayanılarak varılan karardan ayrı ele alınamaz (bkz. paragraf 122).

158. Bu bağlamda Mahkeme daha önce, sözkonusu kısıtlamanın, ilgili kişiler için tahmin edilebilir olduğu sonucuna varmış ve diğerlerinin haklarını ve özgürlüklerini korumaya ve kamu düzenini sağlamaya ilişkin yasal amaçları izlemiştir (bkz. paragraflar 98 ve 99). Kısıtlamanın aşıkâr amacı, eğitim kurumlarının laik karakterini muhafaza etmektir.

159. Ölçülülük ilkesine ilişkin Mahkeme, 118. ve 121. paragraflar arasında kullanılan yöntem ve izlenen amaçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisi bulunduğu sonucuna varmıştır. Sonucu, sözkonusu durumla açıkça ilişkili olan aşağıda kaydedilen etkenlere dayandırmıştır. İlk olarak, sözkonusu önlemler, öğrencilerin dini adetlerin alışlagelmiş şekillerince yüklenen görevleri yerine getirmelerini engellememektedir. İkinci olarak, iç mevzuatı uygulama hususundaki karar verme süreci, mümkün olduğu ölçüde, risk altındaki çeşitli menfaatleri dengeleme gereğini karşılamıştır. Üniversite makamları, İslami başörtüsü takan öğrencileri üniversiteye almamaktan kaçınma ve aynı zamanda, diğerlerinin haklarını ve eğitim sisteminin çıkarlarını koruma yükümlülüklerini yerine getirebilecekleri makul bir yol aramışlardır. Son olarak, sözkonusu sürece, öğrencilerin çıkarlarını korumaya elverişli tedbirler – kanuna ve adli teftişe uyum gerektiren kural – eşlik etmiştir (bkz. paragraf 95).

160. Ayrıca, bir tıp öğrencisi olan başvuranın, İstanbul Üniversitesi'nin dini kıyafetlerin giyilebileceği mekanları kısıtlayan içtüzüğünden haberdar olmadığını veya sözkonusu kısıtlamaların getirilme nedenleri hususunda yeterince bilgilendirilmediğini kabul etmek gerçekçi olmayacaktır. 23 Şubat 1998 tarihinden sonra İslami başörtüsü takmaya devam ettiği takdirde, derslere ve sınavlara girişinin reddedilmesi riskini aldığını makul bir biçimde öngörmüş olmalıydı ki, daha sonra bu gerçekleşmiştir.

161. Sonuç olarak, sözkonusu kısıtlama, başvuranın eğitim hakkına zarar vermemektedir. Ayrıca, başvuranın dayandığı diğer maddeler bağlamında ulaştığı sonuçlar ışığında Mahkeme (bkz. paragraflar 122 ve 166), kısıtlamanın, Sözleşme ve Protokollerinde belirtilen diğer haklar ile çelişkili bir durum oluşturmadığını gözlemlemiştir.

162. Sonuç olarak, 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesi'nin ilk hükmü ihlal edilmemiştir.

III. SÖZLEŞME'NİN 8, 10 VE 14. MADDELERİNİN İHLAL EDİLMİŞ OLDUĞU İDDİASI

163. Daha önce de Daire önünde yapmış olduğu gibi başvuran, itiraz edilen mevzuatın özel hayatına saygı ve ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini ve ayrımcı olduğunu ileri sürerek Sözleşme'nin 8, 10 ve 14. maddelerinin ihlal edilmiş olduğunu iddia etmiştir.

164. Ancak Mahkeme, başvuran tarafından ileri sürülen iddiaların, Sözleşme'nin 9. maddesine ve 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesine dayandırdığı şikayetin yalnızca yeniden şekillendirilmesi olduğu ve Sözleşme'nin 8. veya 10. maddelerinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

165. 14. maddeye veya Sözleşme'nin 9. maddesi veya 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin ilk hükmü ile birlikte 14. maddeye dayandırılan şikayete ilişkin olarak Mahkeme, başvuranın Büyük Daire huzurunda sunduğu iddialarında yeterli detaylara yer vermediğini belirtmiştir. Ayrıca, daha önce de belirtilmiş olduğu gibi (paragraflar 99 ve 158), İslami başörtüsü hususundaki yönetmelikler, başvuranın dini inancı aleyhinde olmayıp diğerlerinin yanında düzeni ve diğer kişilerin hak ve özgürlüklerini korumaya ilişkin yasal amacı izlemekte ve eğitim kurumlarının laik niteliğini muhafaza etmeyi amaçlamaktadır. Sonuç olarak, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 9. maddesinin veya 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin ihlal edilmemiş olduğu sonucuna varmasına yol açan nedenler, tek başına veya yukarıda anılan hükümlerle birlikte 14. maddeye dayandırılan şikayet için de geçerlidir.

166. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 8, 10 ve 14. maddelerinin ihlal edilmemiş olduğu kararını vermiştir.

YUKARIDAKİ GEREKÇELERE DAYALI OLARAK, MAHMEKE

1. Bire onaltı oyla, Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edilmemiş olduğuna,
2. Bire onaltı oyla, 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin ilk hükmünün ihlal edilmemiş olduğuna,
3. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmemiş olduğuna,
4. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmemiş olduğuna,
5. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmemiş olduğuna *karar vermiştir.*

İngilizce ve Fransızca olarak hazırlanmış ve 10 Kasım 2005 tarihinde Strazburg'daki İnsan Hakları Binası'ndaki halka açık duruşmada tefhim edilmiştir.

Luzius WILDHABER

Başkan

T.L. EARLY

Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Bu karara, Sözleşme'nin 45 § 2. maddesine ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74 § 2. maddesine uygun olarak aşağıda kaydedilen ayrık görüşler eklenmiştir:

- (a) Sn. Rozakis ve Vajić'in ortak ayrık oy görüşü,
- (b) Sn. Tulkens'in muhalefet şerhi,

L.W.

T.L.E.

HAKİMLER ROZAKIS VE VAJİC'İN AYRIK OY GÖRÜŞÜ

Sözkonusu davada Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edilmemiş olduğu hususunda çoğunluk ile muvafakat etmekteyiz. Ayrıca, karar metninin, sözkonusu iki bulguyu birbirinden ayırmayı zorlaştıracak biçimde hazırlanmış olması nedeniyle 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin ilk hükmünün de ihlal edilmemiş olduğu yönünde oy vermiş bulunuyoruz. Kararda belirtildiği gibi "...9. madde bağlamında gözönünde bulundurulan görüşler, 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin ilk hükmüne dayandırılan şikayet için de geçerli olduğundan ve ilgili mevzuatın eleştirisinden oluşan şikayet, 9. maddeye dayandırılan şikayet ile aynı olduğundan, davanın, eğitim hakkına atıfta bulunarak değerlendirilmesi, 9. maddeye dayanılarak verilen karardan ayrı ele alınamaz" (§ 157).

Ancak aslında, Daire kararında yapıldığı gibi, davanın yalnızca 9. maddeye dayanılarak değerlendirilmesinin daha uygun olacağı görüşündeyiz. Bize göre, Mahkeme önündeki temel konu, Devlet'in başvuranın Üniversite'de başörtüsü takma ve bu yolla, halk huzurunda dini görüşlerini açığa vurma hakkına müdahale etmesiydi. Bu nedenle, davadaki esas sorun, Sözleşme'nin 9. maddesinde belirtildiği gibi başvuranın din özgürlüğünün korunmasıdır. Sözkonusu koşullarda 9. madde, dava olaylarını örten açık bir *lex specialis*'tir ve başvuranın aynı olaylara ilişkin ve 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesine dayandırılan şikayeti, açıkça kabuledilebilir olsa da, Sözleşme uyarınca ayrı bir sorunu açığa çıkarmamaktadır.

HAKİM TULKENS'İN MUHALEFET ŞERHİ

(Çeviri)

Birbirini destekleyen bir grup nedene dayanarak Sözleşme'nin 9. maddesi ve 1 No.lu Protokol'ün eğitim hakkına ilişkin olan 2. maddesi hususunda oyumu çoğunlukla aynı yönde kullanmadım. Ancak, ikinci hükmün lise ve üniversite eğitimi kapsadığı hususunda Mahkeme ile tamamen görüş birliği içerisinde bulunmaktayım.

A. Din özgürlüğü

1. Kararda tekrarlanan genel ilkelere ilişkin olarak çoğunlukla büyük oranda görüş birliğinde olduğum esaslar bulunmaktadır (bkz. kararın 104-108 arası paragrafları). Sözleşme'nin 9. maddesince teminat altına alınan din özgürlüğü hakkı, yalnızca inananlar için değil, aynı zamanda ateistler, agnostikler, kuşkucular ve dinle ilgilenmeyenler için de “çok değerli bir servettir”. Sözleşme'nin 9. maddesinin, bir din ya da inancın doğurduğu veya telkin ettiği her fiili korumadığı ve birçok dinin birlikte yer aldığı demokratik toplumlarda, çeşitli grupların menfaatlerini korumak ve herkesin inancına saygı duyulmasını sağlamak için kişinin dinini sergilemesine kısıtlamalar getirmenin gerekli olabileceği bir gerçektir (bkz. kararın 106. paragrafı). Ayrıca çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik, demokratik bir toplumun işaretleridir ve bu durum belli sonuçlar doğurur. İlki, demokratik bir toplumun bu idealleri ve değerlerinin, kişilerin karşılıklı ödün vermelerini gerektirecek bir diyaloga ve uzlaşma ruhuna dayanması gerektiğidir. İkincisi, sözkonusu koşullarda yetkili makamların görevlerinin, çoğulculuğa son vererek gerginliğin nedenini ortadan kaldırmak değil, aksine Mahkeme'nin yakın geçmişte yinelemiş olduğu gibi, rekabet eden grupların birbirlerine hoşgörü göstermelerini sağlamaktır (*Ouranio Toxo ve Diğerleri/Yunanistan*, 20 Ekim 2005 tarihli karar, § 40).

2. Çoğunluğun, üniversite binasında İslami başörtüsü takmaya getirilen yasağın, başvuranın Sözleşme'nin 9. maddesi uyarınca sahip olduğu dinini sergileme hakkına müdahale teşkil ettiğini kabul ettiği ve yasağın kanunca öngörülmüş olup yasal bir amacı izlediği – sözkonusu davada kişilerin hak ve özgürlükleri ile kamu düzenini koruma – şu durumda, asıl sorun, sözkonusu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı” haline gelmiştir. Tabiatı gereği, Mahkeme'nin davayı yeniden incelemesi, prensip olarak üç kriterle değinerek *in concreto* yürütülmelidir. Sözkonusu kriterler, ilk olarak, risk altına girmiş meşru menfaati korumaya muktedir olması gereken sözkonusu müdahalenin, uygun olup olmadığı, ikinci olarak, seçilmiş tedbirin, ilgili hak ve özgürlüğü en az kısıtlayan tedbir olup olmadığı ve son olarak, rekabet halindeki menfaatlerin hakkaniyete uygun şekilde eşitlenmesi sorununu ortaya çıkaran müdahalenin orantılı olup olmadığıdır.

Çoğunluğun, ulusal makamlarca kullanıldığı kabul edilen takdir marjını gözetken yaklaşımı, aynı zamanda bu makamların, konuları gereği hassas bir konuda sözleşme yükümlülüklerinin en iyi şekilde nasıl yerine getirileceğine daha doğru karar verebilecekleri fikrini yansıtmaktadır (bkz. kararın 109. paragrafı). Mahkeme'nin yargı yetkisi yardımcı niteliktedir ve görevi, dini topluluklar arasındaki fikir ayrılıklarına ilişkin diğer birtakım kararlarda her zaman aynı adli sınırlamayı göstermemiş olsa dahi (*Serif/Yunanistan*, 14 Aralık 1999 tarihli karar, *Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri/Moldova*, 13 Aralık 2001 tarihli karar), özellikle “Kiliseler ve Devletler arasında hassas ilişkilerin kurulmasına ilişkin” (*Cha'are Shalom Ve Tsedek/Fransa*, 27 Haziran 2000 tarihli karar, § 84) tekdüze çözümler getirmemektir. Bu nedenle, Mahkeme'nin evrensellik ve çeşitlilik arasında

uzlaşma sağlamaya çalışması gerektiğine ve görevinin, herhangi bir dini model üzerine görüş bildirmek olmadığına dair görüşe tamamıyla katılıyorum.

3. Sözkonusu davada, iki unsur davayla olan ilgisini büyük ölçüde azaltmamış olsaydı, benim de takdir-eşiği-yaklaşımını izlemem mümkün olabilirdi. İlk unsur, çoğunluğun eşiğin genişliğini haklı göstermek için kullandığı, eğitim kurumlarında dini sembollerin giyilmesinin düzenlenmesi hususunda Devletler arasındaki uygulama farkına ve bu nedenle, sözkonusu alanda bir Avrupa görüş birliği eksikliğine ilişkin iddia ile ilgilidir. Karşılaştırmalı hukuk esasları, üye Devletlerin hiçbirinde dini sembollerin giyilmesine getirilen yasak, baskıya karşı uysal davranmayan genç erişkinler için amaçlanan üniversite eğitimini kapsamadığı için bu tür bir sonuca varılmasına izin vermez. İkinci unsur, takdir eşiğine eşlik etmesi gereken ve ulusal makamların takdir eşiğine sahip olmadığı davalarda olduğundan daha az kapsamlı olsa da, sözkonusu eşikle el ele giden Avrupa denetimi ile ilgilidir. Ancak, Türkiye'nin kendine özgü tarihi geçmişi ile bağlantılı olması yanında, Avrupa denetimi oldukça basit bir biçimde yargılama dışında tutuluyor gibi görünmektedir. Ancak, sözkonusu başvuruda ortaya çıkan ve AİHS tarafından teminat altına alınan din özgürlüğü hakkı için teşkil ettiği önem açık olan mesele, yalnızca “yerel” bir mesele olmakla kalmayıp tüm üye Devletler için de önem taşımaktadır. Bu nedenle, yalnızca takdir eşiğine müracaat edilerek Avrupa denetiminden kaçınılamaz.

4. Başvuranın din özgürlüğüne müdahale edildiği başörtüsü yasağının dayandığı temeller nelerdir? Mevcut durumda, bütünüyle ulusal makamların ve mahkemelerin sunduğu gerekçelere bakıldığında, genelde iki temel argüman ortaya çıkıyor: Laiklik ve eşitlik. Bu ilkelerin her birine tamamıyla katılmakla birlikte, bu ilkelerin burada uygulanmasına ve başörtüsü takılması bakımından yapılan yazım şekline katılmıyorum. Laiklik, özgürlük ve eşitlik ilkelerinden birinin diğerine ağır basması değil, bu ilkeler arasında bir uyum aranması gerektiğine inanıyorum.

5. Öncelikle, laikliğin, vazgeçilmez bir ilke ve Anayasa Mahkemesi'nin 7 Mart 1989 tarihli kararında da belirtildiği üzere, Türkiye'de demokratik sistemin korunması açısından kuşkusuz gerekli olduğunu yinelemek isterim. Bununla birlikte, dini özgürlük, demokratik toplumların da temel ilkesidir. Bundan dolayı; Büyük Daire'nin laiklik ilkesinin gücünü kabul ettiği gerçeği, başvurana uygulanan türban yasağının, bu ilkeye uyulmasını sağlamak açısından gerekli olduğu sonucuna varmamakta; “yoğun toplumsal ihtiyaç”a cevap vermektedir. Kaygılar ve tasalar değil de, yalnızca tartışılmayacak olan gerçekler ve yasal olarak şüphe götürmeyecek nedenler bu gerekliliğe cevap niteliğinde olabilir ve Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakka müdahaleyi haklı çıkarabilir. Ayrıca temel hakka müdahalenin var olması durumunda, Mahkeme'nin bu yöndeki içtihadı basit iddiaların yeterli olmadığını, bu iddiaların somut örneklerle desteklenmesi gerektiğini ortaya koymuştur. (*Smith ve Grady- Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1999 tarihli karar, § 89). Mevcut olayda, bu durumun sözkonusu olmadığı düşüncesindeyim.

6. Sözleşme'nin 9. maddesi uyarınca, burada sözkonusu olan, bir dine sahip olma hakkı (içsel inanç) değil, dini eğilimlerini ortaya koyma özgürlüğüdür. (inancın ifadesi) Şayet Mahkeme, dini duyguların korunması hususunda korumacı ise (hatta aşırı korumacı) (*Otto-Preminger-Instint-Avusturya*, 20 Eylül 1994 tarihli karar; *Wingrove- Birleşik Krallık*, 25 Kasım 1996 tarihli karar) ikinci derecede korunuyor gibi görünen (§ 105), dini vecibelerin yerine getirilmesi ile ilgili olarak daha az müdahaleci davranmıştır. (*Cha'are Shalom Ve Tsedek-Fransa*, 27 Haziran 2000 tarihli karar; *Dahlab-İsviçre*, 15 Şubat 2001 tarihli karar). Oysa ki Mahkeme, burada dini özgürlüğün şimdiye kadar çok sık karşılaşmadığı başka bir boyutuyla karşı karşıyadır ve bu Mahkeme'ye, inançlara göre sembolik önemi farklılık gösterebilecek

kıyafetlerin giyilmesi gibi dinsel uygulamalara ilişkin dış semboller konusunda konumunu belirlemesine henüz olanak vermemiştir².

7. 13 Şubat 2003 tarihli *Refah Partisi ve diğerleri-Türkiye* kararına bakıldığında, karar, “bu ilkeye (laiklik) uymayan bir tutumun dini inancı açığa vurma özgürlüğünün bir parçası olduğunun kabul edilmesi gerekliliği bulunmadığı”nı (§ 114) desteklemektedir. O halde çoğunluk, başörtüsü takma eyleminin laiklik ilkesine bir ihlal teşkil ettiğini düşünmektedir. Bunu yaparak, başörtüsü takılması ve bunun laiklik ilkesiyle ilişkisi gibi ihtilaflı bir konuda tutum takınmıştır.³

Mevcut olayda bu türde bir genel değerlendirme en az üç zorluğu beraberinde getirmektedir. Öncelikle karar başvuranın argümanlarına cevap vermemektedir. Hükümet’in de karşı çıkmadığı bu argümanda, başvuran kendisinin de benimsemiş olduğu laiklik ilkesini tartışma konusu yapma niyetinde olmadığını belirtmiştir. Diğer yandan, başvuranın davranış, tutum ya da eylemlerinin bu ilkeyi ihlal ettiğine dair bir kanıt bulunmamaktadır. Bu, Mahkeme’nin içtihatlarında her zaman uyguladığı bir sınamadır. (*Kokkinakis-Yunanistan*, 25 Mayıs 1993 tarihli karar; *Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri-Türkiye*, 30 Ocak 1998 tarihli karar). Son olarak karar, öğretmenlerle öğrenciler arasında hiçbir ayırım yapmamaktadır. Oysa ki bir öğretmenin başörtüsü takması ile ilgili 15 Şubat 2001 tarihli *Dahlab-İsviçre* kararında, Mahkeme tarafından başörtüsü takma şekilleri kesin olarak ifade edilmiştir (s.14). Şayet laiklik ilkesi her türlü dini sembolden soyutlanmış bir eğitim gerektiriyorsa ve tarafsız bir alanda gönüllü olarak görev alan bütün öğretmenler ve kamu çalışanlarında uygulanıyorsa, öğrencilerin ve çocukların durumlarının farklı olduğu görüşündeyim.

8. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, özel alan ya da kamu alanında, başkalarının hak ve özgürlüklerine müdahale etmemek ve kamu düzenini bozmamak şartıyla (madde 9 §2), her bireyin tek başına ya da toplu olarak bu özgürlüğünden yararlanabilmesini sağlamak anlamına gelmektedir.

Birinci koşulla ilgili olarak, başvuranın dini bir sembol olarak taktığı başörtüsü saldırgan ya da gösteri mahiyetli olsa idi ya da başkalarının inancına müdahale eden -ya da edebilecek olan- baskıcı, tahrik edici, kendi inancını yayma amacıyla ya da propaganda içerikli bir eylem niteliğinde olsa idi, bu koşul yerine getirilmiş olurdu. Fakat bu iddia Hükümet tarafından desteklenmediği gibi, Bayan Şahin’in de böyle bir niyeti olduğunu gösteren kanıt Mahkeme’de bulunmamaktadır. İkinci koşulla ilgili olarak, başvuranın takmış olduğu başörtüsünün, eğitimi ya da üniversite hayatını etkilediği, birtakım düzensizliklere yol açtığı ileri sürülmemiş ve ortaya konulmamıştır. Nitekim, başvurana karşı hiçbir disiplin soruşturması başlatılmamıştır.

9. Bununla birlikte çoğunluk “İslami başörtüsü sorunu Türkiye açısından incelendiğinde, başörtüsü takmayanlar üzerinde, zorlayıcı bir dini zorunluluk gibi tanıtılan ya da algılanan bu simgenin taşınmasının yaratabileceği etki gözardı edilmemelidir.” görüşünü savunmaktadır. (Bakınız kararın 115. paragrafı)

Din özgürlüğü hakkının korunma düzeyi bu kapsama indirgenmedikçe, bir simge olarak sunulan başörtüsünün takılmasının, takmayanlar üzerinde yaratabileceği olası etkinin, Mahkeme’nin içtihadı ışığında, kaçınılmaz bir sosyal ihtiyaç gerekliliğine cevap niteliğinde

² E. BREMS, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Din Yaklaşımı”, in Th.MARAUHN (éd.) *Die Rechtsstellung des Menschen im Völkerrecht. Entwicklungen und Perspektiven*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, ss.1.

³ E. BRIBOSIA VE I. RORIVE, “Okulda Başörtüsü: bölünmüş bir Avrupa”, *İnsan Hakları Dergi* 2004 s.958.

olduğunu düşünmüyorum. *Mutatis mutandis*, ifade özgürlüğü bağlamında (madde 10), bu hakkın kullanılmasıyla ilgili olarak, fikir ya da beyanların herkes tarafından benimsenmediği ve başkalarını rahatsız edebileceği gerekçesiyle müdahalelerin yapıldığına yönelik açıklamaları, Mahkeme tarafından hiçbir zaman kabul edilmemiştir. 4 Aralık 2003 tarihli *Gündüz-Türkiye* kararında, Mahkeme, Müslüman bir tarikat liderinin Türkiye’de laik düzeni şiddetle eleştirmek, Şeriat çağrısı yapmak ve yalnızca laik makamlar tarafından gerçekleştirilen evliliklerden doğan çocukları “gayri meşru” olarak nitelendirmek suçlarından mahkum edilmesini, ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahale olarak nitelendirmiştir. O halde, başörtüsü takarak dinin açıklanması yasaklanabilirken, aynı bağlamda, dini kine teşvik olarak nitelendirilebilecek sözler ifade özgürlüğü⁴ ile korunmaktadır.

10. Esasen, Mahkeme için “toplumun geneline dini simgelerini ve dini kurallar üzerine kurulu toplum anlayışlarını empoze etmek” niyetinde olan “aşırı siyasi hareketlerin” oluşturduğu tehdit, “bir üniversite kurumunda çoğulculuğu korumaya yönelik tedbir” (§ 115 *in fine*) niteliğinde olan dava konusu düzenlemeleri haklı kılar niteliktedir. Mahkeme, bu konudaki düşüncelerini açıkça belirttiği 13 Şubat 2003 tarihli *Refah Partisi ve Diğerleri-Türkiye* kararında, “nüfusunun büyük bir çoğunluğunun belirli bir dine ait olduğu Türkiye gibi bir ülkede, aşırı dinci hareketleri ve sözkonusu dinin gerekliliklerini yerine getirmeyenler ya da başka bir dine mensup olanlar üzerinde baskı kurulmasını engellemek amacıyla üniversitelerde alınan tedbirler Sözleşme’nin 9 § 2 maddesi ile açıklanabilir” (§ 95).

Herkes, radikal islami engellemek gerektiği düşüncesinde hemfikirse de, böylesi bir açıklama yine de ciddi bir itirazı gündeme getirmektedir. Basit anlamda başörtüsü takılması aşırı dincilikle bağdaştırılamaz. Başörtüsü takanlarla, diğer dini simgeler gibi başörtüsünü zorla kabul ettirmek isteyen “aşırı uçtakileri” ayırt etmek gerekir. Başörtüsü takan kadınların hepsi aşırı dinci değildir ve başvuranın durumunda bunu gösterecek bir neden bulunmamaktadır. Başvuranın, genç bir bayan ve üniversite öğrencisi olarak, baskılara direnme kapasitesinin yüksek olması beklenebilir. Bu çerçevede, başvuranın din özgürlüğü hakkını kullanmak ve dış simgeyle bunu göstermeye yönelik olan kişisel isteğinin, aşırılıkla mücadele konusundaki kamu yararı içinde eritilmemesi gerekmektedir.⁵

11. *Eşitlik* ilkesiyle ilgili olarak, çoğunluk, kadın haklarının korunması ve cinsiyet eşitliği ilkesi (§§ 115 ve 116) konusuna odaklanmaktadır. *A contrario*, başörtüsü takmanın kadının yabancılaşmasının bir göstergesi olacağından hareketle, yasaklama erkeklerle kadınlar arasındaki eşitliğin ilerlemesini sağlayan bir unsur olarak görülmektedir. Ancak, başörtüsü yasağı ile cinsiyet eşitliği arasındaki gerçek ilişki nedir? Karar, buna değinmemektedir. Öte yandan başörtüsü takmanın ifade ettiği anlam nedir? Alman Anayasa Mahkemesi’nin de 24 Eylül 2003 tarihli kararında da belirttiği üzere, başörtüsü takmanın tek bir anlamı yoktur ve farklı gerekçelere dayanmaktadır.⁶ Başörtüsü, mutlaka kadının erkeğe tabi olmasını ifade etmemektedir ve bazı durumlarda insanların bir kısmı, kadının yabancılaştırılması için başörtüsünün bir araç olabileceğini düşünmektedirler. Bu tartışmada, eksik olan, başörtüsü takan ve takmamayı tercih eden kadınların düşüncesidir.

12. Büyük Daire bu konuda 15 Şubat 2001 tarihli *Dahlab-İsviçre* kararının fikrimce en tartışmalı olan gerekçe bölümüne atıfta bulunmaktadır. Kararın bu kısmında, başörtüsü takmanın “güçlü bir dış işaret”, “cinsiyetlerin eşitliği ilkesiyle bağdaştırılması zor olan bir dinsel buyrukla, kadınlara zorla kabul ettirilmiş gibi görünen” bir simge olup olmadığı ve herşeyin ötesinde bu

⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, “Strazburg ve Başörtüsü”, Hukuk Dergisi 2004, no:34, s.10.

⁵ E.BRIBOSIA ve I. RORIVE, “Okulda Başörtüsü , bölünmüş bir Avrupa”, op. Cit., s.960.

⁶ Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, İkinci Daire’nin 24 Eylül 2003, 2BvR 1436/042 tarihli kararı.

uygulamayı “demokratik toplumda, her öğretmenin öğrencisine aktarması gereken, hoşgörü, başkalarına saygı ve özellikle de eşitlik ve ayrımcılığın yapılmamasına dair verilen mesajla”(§ 111 *in fine*) bağdaştırmanın zor olduğu vurgulanmaktadır.

Olumsuz ve tek taraflı bir durumda, tıpkı genel ve soyut bir şekilde başörtüsü kullanımını açıklamanın ve başvurana bakış açısını kabul ettirmenin kendisine düşmeyeceği gibi, dini bir inanç ve uygulama hakkında böylesi bir değerlendirme yapmak Mahkeme’ye düşmemektedir. Üniversiteli ve genç bir yetişkin olan başvuran, başörtüsünü özgür iradesiyle taktığını belirtmiştir ve hiçbir şey bu iddianın doğru olmadığını göstermemektedir. Bu açıdan, aksini ispatlayacak bir delil sunulmadığı sürece, bir bayana özgürce kabul ettiği bir davranışı benimsemesinin yasaklanmış olmasının cinsiyet eşitliği ilkesiyle açıklanmasını anlamakta zorlanıyorum. Eşitlik ve ayrımcılığa uğramama subjektif haklar olup, bundan yararlanacakların iradesine bırakılmalıdır. “Koruyuculuğun” bu şekli, 8. maddeye dayanarak gerçek bir kişisel özerklik hakkını düzenleyen Mahkeme’nin içtihadına aykırı düşmektedir. (*Keenan-Birleşik Krallık*, 3 Nisan 2001 tarihli karar, § 92 ; *Pretty- Birleşik Krallık*, 29 Nisan 2002 tarihli karar, §§ 65-67 ; *Christine Goodwin-Birleşik Krallık*, 11 Temmuz 2002 tarihli karar, § 90).⁷ Sonuç olarak, şayet başörtüsü takma eylemi her durumda erkeklerle kadınlar arasında eşitlik ilkesine gerçekten aykırı ise, bu durumda Hükümet’in, başörtüsünü ister özel, ister kamu alanında olsun ⁸, her alanda yasaklamak gibi pozitif bir yükümlülüğü olurdu.

13. Üniversite bünyesinde İslami başörtü takılmasının yasaklanması, kanaatimce geçerli ve yeterli nedenlere dayanmadığı ölçüde, Sözleşme’nin 9 § 2 maddesi uyarınca “demokratik bir toplumda gerekli” olan bir müdahale olarak değerlendirilemez. Bu şartlarda, başvuranın Sözleşme tarafından güvence altına alınan din özgürlüğüne bir müdahale sözkonusudur.

B. Eğitim Hakkı

14. Çoğunluğun, başvuranın şikayetinin 1 No’lu Ek Protokol’ün 2. maddesi çerçevesinde de incelenmesinin uygun olacağı düşüncesine tamamen katılıyorum. Nitekim, bu hükmün üniversite ve yüksek eğitimde uygulanabilirliği görüşü, “*Belçika’daki eğitimde dillerin kullanımına ilişkin yasaların bazı yönlerine ilişkin*” dava hakkındaki 24 Haziran 1965 tarihli Komisyon raporunda da yer almıştı. Karar, haklı olarak, yüksek eğitimin diğer eğitim şekillerinden kesin olarak ayrılmadığını işaret etmekte ve Avrupa Konseyi’nin, “insan haklarının ve temel özgürlüklerin geliştirilmesi ve demokrasinin güçlendirilmesinde yüksek öğretimin önemi” (§136) görüşüne katılmaktadır. Ayrıca, eğitim hakkı, herkesin eğitim olanaklarından faydalanabilmesi hakkı anlamına geldiği için, Büyük Daire, yüksek eğitim kurumları açan bir Devlet’in ayırım gözetmeksizin bu kurumlara fiili olarak erişim hakkını sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmektedir. (§ 137)

15. Bununla birlikte, Büyük Daire’nin demokratik bir toplumda eğitim hakkının, insan haklarının ilerletilmesinde vazgeçilmez olduğunu vurgulamasına rağmen (§ 137), fikrimce ilgili ve doğru olmayan gerekçelerle başvuranın bu haktan mahrum bırakılması şaşırtıcı ve üzücüdür. Başvuran, dini inancına dayanarak, kayıtlı olduğu üniversitenin eğitim programında düzenlemeler ya da muafiyetler yapılması talebinde bulunmamıştır. (7 Aralık 1976 tarihli *Kjeldsen, Busk, Madsen ve Pedersen-Danimarka* kararındaki tutumun aksine). Üniversiteye kaydolduğu ve başörtüsünün herhangi bir sorun teşkil etmediği dönemde var olan koşullar altında eğitimini bitirmek arzusundadır. Tıp Fakültesi’ndeki programın parçası olan derslere ve yazılı sınavlara girme yasağı getirilerek, başvuran *de facto* üniversiteye

⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, “Strazburg ve Başörtüsü”, *op.cit.*

⁸ E. BRIBOSIA ve I. RORIVE, “Okulda Başörtüsü: Bölünmüş bir Avrupa”, *op. cit.*, s. 962.

girme ve eğitim görme hakkından mahrum bırakılmıştır.

16. Büyük Daire gerekçelendirmesini, kıyas yoluyla Sözleşme'nin 9.maddesi uyarınca bir müdahalenin varlığına dayandırmış ve eğitim hakkı bakımından yapılacak incelemenin “mahkemenin 9. maddeye ilişkin varmış olduğu sonuçtan ayrılamayacağı” sonucuna varmıştır. Esasında bu bakımdan dile getirilen mülahazalar “açıkça, 1 No’lu Protokol’ün 2. maddesine ilişkin yapılan şikayet için geçerli olmaktadır” (§ 157). Bu koşullarda, Daire’nin, 30 Kasım 2004 tarihli kararında, 1 No’lu Ek Protokol’ün 2. maddesi açısından hiçbir ayrı sorunun ortaya çıkmadığı, zira ilgili koşulların, 9. madde kapsamında incelenen ve ihlal kararı vermediği koşullar ile aynı olduğu sonucuna varmakta haklı olduğu kanaatindeyim.

Her ne olursa olsun, dini özgürlük konusunda yapılan gerekçelendirmenin, eğitim hakkı bakımından açıkça uygulanabilir olduğundan şüpheliyim. Hiç kuşku yok ki, eğitim hakkı mutlak bir hak değildir ve özü bakımından bu hakkın ihlal edilmesine ve etkinliğinden mahrum bırakılmasına gidilmediği sürece sınırlamalara tabi olabilir; ancak bu sınırlandırmalar, hükümlerinin bir bütün halinde tasavvur edilmesi gereken Sözleşme’nin yer verdiği diğer haklarla çelişemez. Ayrıca, negatif yükümlülükler için takdir marjı daha dardır ve Mahkeme her hal ve karda Sözleşme’nin gerekliliklerine riayet edilip edilmediğine karar vermek durumundadır. Son olarak, sınırlandırma, hedeflenen amaçla kullanılan araçlar arasında makul orantı ilişkisi varsa, eğitim hakkıyla tutarlı olur.

17. Bu davada durum nasıldır? Ben burada dini özgürlük hakkına ilişkin tartışmayı sürdürmeyip, başvuranın eğitim hakkına yapılan kısıtlamaların orantılı olmasıyla ilgili ek unsurları vurgulamakla yetineceğim.

Öncelikle başvuranın derslere ve sınavlara girişini yasaklamadan önce, yetkililer başörtüsünü çıkararak eğitimine devam etmesi için (örneğin aracı vasıtasıyla) ya başvuranı ikna etmeye çalışmalı ya da gerçekten düzen tehlikedeyse, üniversite içinde düzenin korunmasını sağlamak için başka tedbir almalıydılar.⁹ Oysa eğitim hakkına daha az zararlı başka hiçbir tedbir bu davada uygulanmamıştır. Daha sonra eğitimine devam etmesini başörtüsünü çıkartmaya bağlamanın ve bu zorunluluğa riayet etmediği takdirde üniversiteye girişini yasaklamanın, başvuranı ülkeyi terk edip eğitimini Viyana Üniversitesi’nde tamamlamaya zorladığına itiraz edilmemektedir. Başvurana başka seçenek bırakılmamıştır. Oysa bu hakkın ihlal edilmediği sonucuna vardığı 27 Haziran 2000 tarihli *Cha’are Shalom ve Tsedek-Fransa* kararında (§§ 80-81) Mahkeme, alternatif seçeneklerin varlığını gözönünde bulundurmuştur. Sonuç itibariyle, Büyük Daire’nin kararı, bir yandan dini inançları nedeniyle eğitimini Türkiye’de tamamlama olanağından mahrum bırakılmakla birlikte, yurtdışı diplomalarının tanınmasındaki zorluklar nedeniyle mesleğini ülkesinde icra etmek için geri dönmesinin sorun yaratmasından dolayı başvurana verilen zarar ve diğer yandan Türk toplumu için üniversite içinde başörtüsü takılmasının yasaklanmasından doğan avantaj gibi mevcut çıkarlar arasında karşılaştırma yapmamıştır.

Bu koşullarda başvuranın derslerinden ve sınavlarından ve dolayısıyla üniversiteden dışlanmasının eğitim hakkından fiili olarak mahrum bıraktığı ve bu hakkın özünü ihlal ettiği makul olarak savunulabilir.

18. Ayrıca eğitim hakkına yönelik bu türden bir ihlalin, son tahlilde başvuran için dine dayalı bir ayrımcılık sözkonusu olduğunu açıkça kabul etme anlamına gelip gelmediğini

⁹ O. DE SCHUTTER et J.RINGELHEIM, “Temel haklardan feragat”, CRIDHO Working paper series 1/2005.

sorgulamak gerekir. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, 4 Ekim 2005 tarihli 1464 (2005) sayılı kararında, üye Devletlere “topraklarında yaşayan bütün kadınları dine dayalı veya bağlı haklarının her ihlaline karşı bütünüyle koruma” zorunluluğu getirdiğini hatırlatmaktadır.

19. Daha temel olarak, laiklik ve eşitlik adına başvuranın üniversiteden dışlanmasını kabul ederek, çoğunluk, bu değerlerin oluşabileceği ve anlam kazanabileceği özgürlük alanından da dışlanmasını kabul etmektedir. Üniversite her türlü merciden bağımsız ve özgür bilgilere erişim sağlamaktadır. Bu tür bir deneyim, laiklik ve eşitlik ilkeleri konusunda bilinçlendirme için, gönüllü olarak benimsenmeyip empoze edilen bir yükümlülüğten daha etkin bir yöntemdir. Hoşgörüye dayanan dinler ve kültürler arası diyalogun kendisi, eğitimin bir parçasıdır. Dolayısıyla başörtüsü takan genç kızları bunun için eğitimden mahrum bırakmak çelişkili bir durumdur. Kadınlar için özgürlük ve eşitlik istemek, onları kendi gelecekleri hakkında karar verme şansından mahrum bırakma anlamına gelemmez. Yasaklama ve dışlama, alınan bu tedbirlerin mücadelesini verdiği aşırı dincilikte yankı bulacaktır. Burada olduğu kadar başka yerde de, inançların radikalleşmesi, sessiz dışlama, dini okullara geri dönüş gibi benzer riskler bulunmaktadır. Ülkesindeki kanun tarafından reddedilen genç kadınlar, kendi kanunlarına geri gönderilmektedir. Oysa hepimiz biliyoruz ki, hoşgörüslük hoşgörüslüğü besler.

20. Sonuç olarak, bu sorunların tümü, İslam dinine inanan kişilere karşı düşmanlık ortamından endişe duyan ve bu durumun gelecekte dikkat ve faaliyet gerektirdiğine kanaat getiren Irkçılık ve Hoşgörüslüğe Karşı Avrupa Komisyonu’nun (ECRI) Haziran 2005 yıllık faaliyet raporunda yer alan görüşler ışığında değerlendirilmelidir¹⁰. Hepsinden daha önemlisi, fanatizm ve aşırılığı önlemenin ve onlarla mücadele etmenin en iyi yolunun insan haklarını geliştirmek olduğu mesajı sürekli tekrarlanmalıdır.

¹⁰ IRKÇILIK VE HOŞGÖRÜSÜZLÜĞE KARŞI AVRUPA KOMİSYONU, 1 Ocak-31 Aralık 2004 dönemini kapsayan ECRI yıllık faaliyet raporu, belge. CRI (2005) 36, Strazburg, Haziran 2005.