

KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU

TAVSİYE KARARI

KARAR NO	:2013/2
ŞİKÂyetÇİNİN ADI, SOYADI/UNVANI	:M.Ö-Memur
ŞİKÂyetÇİNİN ADRESİ	:....
ŞİKÂyet EDİLEN İDARE VE ADRESİ	:1-T.C. Başbakanlık (Resen gözetildi) 2-T.C. İçişleri Bakanlığı-ANKARA
ŞİKÂyetİN KONUSU	:Turgutlu İlçe Emniyet Müdürlüğünde memur olarak çalışan M.Ö'nün kılık kıyafet yönetmeliğine aykırı davrandığı gerekçesiyle ikaz edilmesine ilişkin yazının iptali için idareye tavsiyede bulunulması istemine ilişkindir.
ŞİKÂyet BAŞVURU TARİHİ	:22/04/2013
KARAR TARİHİ	:20/09/2013

USÛL

I-ŞİKÂyet BAŞVURU SÛRECİ

Yukarıda açık kimliği yazılı başvuranın, Kuruma müracaatı üzerine tarafından yapılan inceleme ve araştırma sonucu ilgili Kamu Denetçisi 03.2013/175 şikâyet, 03.2013/255 karar sayılı dosya üzerinden Kamu Başdenetçisine sunduğu 2013/2 numaralı öneride 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 41/1-a maddesi uyarınca şikâyetin kabul edilerek ilgili idareye tavsiyede bulunulması gerektiği belirtilmiştir.

- 1) İlgili idare önce sözlü sonra yazılı olarak başvurunu başının kapalı olmasından dolayı uyarılmış, göreve başörtülü olarak devam etmek istemesi halinde, bu kişiyle ilgili olarak bir disiplin

soruşturması sürecinin başlatacağını anlatmak istemiştir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ek 19 ve 125. maddesi ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmeliğin 5 inci maddesi göz önüne alındığında, şikâyetçi ile ilgili olarak başlatılacak bir disiplin soruşturması sürecinin sonuçları itibariyle ağır olabileceği dolayısıyla telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunduğundan şikâyet başvurusu, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 17. maddesinin 4. fıkrası ve 28/03/2013 tarih ve 28601 (mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrası gereği idarî başvuru yolunun tüketilmesi beklenmeden incelemeye alınması zorunluluğu doğmuştur.

- 2) 25/10/1982 tarih ve 17849 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmeliğin 20. maddesinde, bu yönetmelik hükümlerini yürütmekle görevli olan kurumun Bakanlar Kurulu olarak gösterilmesi, Anayasamızın 112. maddesi gereği olarak Başbakanın Bakanlar Kurulunun başkanı olması karşısında, şikâyetçi tarafından gösterilmemesine rağmen Başbakanlık, Kurumumuzca Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğinin 20. maddesinin 3. fıkrası gereği resen uygulayıcı Bakanlık olan İçişleri Bakanlığıyla birlikte şikâyet edilen olarak kabul edilmiştir.
- 3) Ayrıca 28/03/2013 tarih ve 28601 mükerrer sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 1. maddesinde; (Bundan böyle kurum yönetmeliği diye bahsedilecektir.) “Bu Yönetmelik; kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak amacıyla idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden ve iyi yönetim ilkelerini gözeterek incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere kurulan Kamu Denetçiliği Kurumuna gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılacak şikâyet başvurularının usul ve esasları ile Kamu Denetçiliği Kurumunun çalışma usul ve esaslarını kapsar.” ve Yönetmeliğin 6. maddesinde ise; “Kurum, inceleme ve araştırma yaparken idarenin, **insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, karara karşı**

başvuru yollarının gösterilmesi, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetim ilkelerine uygun işlem ve eylem ile tutum veya davranışta bulunup bulunmadığını gözetir ve iyi yönetim ilkelerine uyar.’’ hükümleri yer almakta olup, Kurumumuz bu kurallara uyacak ve sonuca ulaşacaktır.

II-ÖN İNCELEME SÜRECİ

- 4) İlgili Kamu Denetçisi tarafından Kurum Yönetmeliğinin 19, 20, 21, 22. maddeleri uyarınca ön inceleme ve araştırma safhasına geçilerek bilgi belge istenmiş, Kamu Başdenetçiliğince İçişleri Bakanlığına şikâyet konusu iletilmiş ve görüşleri sorulmuştur.

OLAY VE OLGULAR

1-ŞİKÂYET KONUSU;

- 5) Şikâyet başvurusunda bulunanın dilekçesindeki olaylar özetle şöyledir;

Turgutlu İlçe Emniyet Müdürlüğü Trafik Tescil ve Denetleme Büro Amirliğinde görevli memur M.Ö'nün mesai saatleri içerisinde Kılık Kıyafet Yönetmeliğine uygun hareket etmediği gerekçesiyle Turgutlu İlçe Emniyet Müdürlüğü tarafından yazı ile ikaz edilmesi üzerine adı geçen tarafından “inancımдан ötürü kullandığım başörtülü olarak görevimi yapabilmem Anayasal hakkımdır. Bu çerçevede idarenin aldığı tasarrufun yanlışlığının tespiti, idarenin bu konuda bilgilendirilmesi, hukuksuz kararından vazgeçmesinin sağlanması” talebiyle kurumumuza başvuru yapılmıştır.

2-İLGİLİ BELGELER

- 6) Turgutlu İlçe Emniyet Müdürlüğünün 13/05/2013 tarih ve (81362)/13 sayılı cevabî yazısında; “Müdürlüğümüz Trafik Tescil ve Denetleme Büro Amirliğinde görevli 147675 sicil sayılı Bilgisayar İşletmeni M.Ö mesai saatleri içerisinde başı kapalı bir vaziyette görev yaptığından dolayı 05/04/2013 tarih ve (32378)/13 sayılı yazımız ile 16/07/1982 tarihli ve 8/5105 sayılı Bakanlar Kurulunca kararlaştırılıp 25/10/1982 tarih ve 17849 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmeliğin 5. maddesinde; kadınlar; elbise, pantolon, etek temiz, düzgün, ütülü, sade; ayakkabılar ve/veya çizmeler sade ve normal topuklu, boyalı; **görev mahallinde baş daima açık**, saçlar düzgün taranmış veya toplanmış; tırnaklar normal

kesilmiş olur. Ancak bazı hizmetler için özel iş kıyafeti varsa görev sırasında kurum amirinin izni ile bu kıyafet kullanılır. hükmünü ihlâl ettiğinden ilçe emniyet müdürü tarafından yazılı olarak “İKAZ” edilmiştir.” denilmek suretiyle işlemin sebep ve konusu belirtilmiştir.

7) Başvuru formu ve ek belge incelendiğinde, ilgili idarenin şikâyetçiye Kılık Kıyafet Yönetmeliğine uygun hareket etmediği gerekçesi ile ikaz konulu bir yazı tebliğ ettiği, söz konusu yazıda; “Müdürlüğümüz Trafik Tescil ve Denetleme Büro Amirliğindeki mesai saatlerinde görev yaptığınız süre içerisinde Kılık Kıyafet Yönetmeliğine uygun hareket etmediğiniz müşahede edilmiş, birim amirleriniz tarafından defaten şifâhi olarak yapılan uyarılara rağmen bu tutumunuzda ısrar ettiğiniz tespit edilmiştir. Bu sebeple; bundan sonraki görevinizde Yönetmelik hükümlerine uygun hareket etmeniz için sizi bir kereye mahsus olmak üzere yazılı olarak İKAZ ediyorum. Bu ve buna benzer olumsuz hareketlerinizin tekrerrü halinde hakkınızda disiplin soruşturmasının açılacağı bilinmesi hususunda bilgilerinizi rica ederim” denmektedir.

8) Turgutlu İlçe Emniyet Müdürlüğü şikâyetçinin İlçe Emniyet Müdürlüğünde Kamu görevlisi olarak çalıştığını kabul ettiğinden şikâyetçinin ayrıca Kamu görevlisi olup olmadığı araştırılmamış konuya ilişkin İçişleri Bakanlığının görüşleri sorulmuş İçişleri Bakanlığı 12/09/2013 gün ve 1304/12 sayılı yazısında adı geçen hakkında konuyla ilgili araştırma ve soruşturma yapılmadığını ve yargı organlarında görülmekte olan uyuşmazlık bulunmadığını belirtmekle yetinmişlerdir.

İçişleri Bakanlığı ve yetkililerinin temel hak ve özgürlüğü ilgilendiren ve otuz yıldır sorun olarak yaşanan önemli bir konuda çok kısa bir süre önce TBMM'nin başörtüsü (türban) takanları da kapsayacak şekilde af sayılabilecek yasayı kabul etmesine rağmen gerekli hassasiyeti göstermeyip savunma veya görüş bildirmedikleri görülmüştür.

9) III-İLGİLİ MEVZUAT

A-Ulusal Mevzuat

10) Anayasamızın ilgili hükümleri

Anayasamızın “**Devletin temel ve amaç ve görevleri**” kenar başlıklı **5. maddesinde**; “Devletin temel amaç ve görevleri ...kişinin temel hak ve hürriyetlerini... adalet ilkesiyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal... engelleri kaldırmaya insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”, “**Kanun önünde eşitlik**” kenar başlıklı **10. maddesinde**; “Herkes din, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir, Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde Kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorundadırlar.”, “**Din ve Vicdan Hürriyeti**” kenar başlıklı **24. maddesinde**; “Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14. 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...”, “**Çalışma hakkı ve ödevi**” kenar başlıklı **49. maddesinde**; “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır. “**Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma**” kenar başlıklı **90/5. maddesinde**; “...usulüne göre yürürlüğüne konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”, **Yönetmelikler kenar başlıklı 124. maddesinde**; “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Hangi yönetmeliklerin resmi gazetede yayınlanacağı kanunda belirtilir” hükümleri yer almaktadır.

11) 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun ilgili hükümleri

657 Sayılı Kanunun “**Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller**” başlıklı **125. maddesinin A fıkrasının (g) bendinde** “Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranma, **D fıkrasının (ı) bendinde** “Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak” fiillerinin uyarma cezasını gerektirdiği, anılan kanunun devlet memurluğundan çıkarma başlıklı **E fıkrasının (a) bendinde** de, “İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, kamu hizmetlerinin yürütülmesini engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak” fiilinin memuriyetten çıkarma cezası gerektirdiği hüküm altına alınmıştır.

Öte yandan, **Kıyafet mecburiyeti başlıklı ek 19. maddesinde**, “devlet memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin öngördüğü kılık ve kıyafet kurallarına uymak mecburiyetindedir” hükmü yer almaktadır.

02 Ağustos 2003 tarihli 28726 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 12/07/2003 tarihli ve 6495 Sayılı Kanunun 43. maddesiyle 5525 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı hakkında kanuna eklenen madde ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi aday memur statüsünde görev yapmakta iken 01.01.1990 ile bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih arasında 125. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendinin (g) alt bendinde yer alan fiili işlediği gerekçesiyle anılan Kanunun 56 ve 57. maddeleri uyarınca disiplin cezası veya olumsuz sicil almış olmaları nedeniyle memurlukla ilişkisi kesilip asli memurluğa atanamayanlar ve aynı gerekçelerle Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği Hükümlerine göre aldıkları disiplin cezasıyla Yükseköğretim Kurumlarında ilişkisi kesilenler için af çıkarılmıştır.

12) Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık Ve Kıyafetine Dair Yönetmeliğin İlgili Hükümleri

25/10/1982 tarihli 17849 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmeliğin **1. maddesinde**, bu yönetmeliğin kamu personelinin Atatürk devrim ve ilkelerine uygun, uygar, aşırılığa kaçmayacak şekilde

sade bir kılık ve kıyafette olmalarını, kılık ve kıyafette birlik ve bütünlük içinde bulunmalarını sağlamayı amaçlamakta olduğu, **2. maddesinde**, memurların bu yönetmeliğe tabi olduğu, **5. maddesinin (a) fıkrasında**, “Kadınlar; Elbise, pantolon etek temiz, düzgün, ütülü ve sade, ayakkabılar ve/veya çizmeler sade ve normal topuklu, boyalı, görev mahallinde baş daima açık, saçlar düzgün taranmış veya toplanmış, tırnaklar normal kesilmiş olur. Ancak bazı hizmetler için özel iş kıyafeti varsa görev sırasında kurum amirinin izni ile bu kıyafet kullanılır. Kolsuz ve çok açık yakalı gömlek, bluz veya elbise ile stretch, kot ve benzeri pantolonlar giyilmez. Etek boyu dizden yukarı ve yırtmaçlı olamaz. Terlik tipi (sandalet) ayakkabı giyilmez.” **(b) fıkrasında** ise “Erkekler; Elbiseler temiz, düzgün, ütülü ve sade; ayakkabılar kapalı, temiz ve boyalı giyilir. Sandalet veya atkılı ayakkabı giyilmez. Bina içinde ve görev mahallinde baş daima açık bulundurulur. Kulak ortasından aşağıda favori bırakılmaz. Saçlar, kulağı kapatmayacak biçimde ve normal duruşta enseden gömlek yakasını aşmayacak şekilde uzatılabilir, temiz bakımlı ve taranmış olur. Her gün sakal tıraşı olunur ve sakal bırakılmaz. Bıyık tabii olarak bırakılır, uzunluğu üst dudak boyunu geçemez, üstten alınmaz, yanlar üst dudak hizasında olur, alt uçları dudak hizasından kesilir. Kravat takılır, kravatı örtecek şekilde balıkçı yaka veya benzeri süveterler giyilmez. Hizmet gereğine uygun olarak verilmişse tek tip elbise giyilir. (Değişik : 07/08/1991-91/2048 B.K.K.) Bina içinde gömleksiz, kravatsız ve çorapsız dolaşmaz.” düzenlemelerine yer verilmiştir.

- 13) Yükseköğretim Kurumu, 20 Aralık 1982 tarihinde, yükseköğretim kurumlarında başörtüsü giyilmesiyle ilgili bir genelge yayınlamıştır. Bu genelgeyle anfilere başörtüsüyle girilmesini yasaklamıştır. Danıştay 13 Aralık 1984 tarihli kararıyla bu yönetmeliğin hukuka uygun olduğuna karar vermiş, anılan kararda “Başörtüsü takmak, önemsiz ve masum bir uygulama olmanın dışında, Cumhuriyetin temel ilkelerine ve kadınların özgürlüklerine aykırı bir simge olma yolunda ilerleyen bir süreçtir.” gerekçesine dayanmıştır.

Akabinde 10 Aralık 1988 tarihinde yürürlüğe giren 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun Ek 16. maddesinde “Yükseköğretim kurumlarında Dershane, Laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.” hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 07/03/1989 tarihli ve 1989/1 esas, 1989/12 sayılı kararıyla yukarıda geçen hükmün Anayasaya aykırı olduğunu belirterek iptaline karar vermiştir.

B-Uluslararası Metinler ve Sözleşmeler

14) **Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel bildirgesinin 7. maddesinde** “Yasa önünde herkes eşittir ve herkes ayırım gözetilmeksizin yasanın koruyuculuğundan eşit olarak yararlanma hakkını taşır. Herkesin, bu Bildirgeye aykırı her türlü ayrıma ve bu tür ayırım gözetici işlemler için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır...”, **18. maddesinde**; “Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak din ya da inanç değiştirme; dinini ya da inancını tek başına ya da topluca, açık ya da özel olarak öğretim, uygulama, tapınma ve anma bağlamında açığa vurma özgürlüğünü içerir.”, **23. madde 1. fıkrasında**; “ herkesin çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır. **28. maddesinde**; “Herkesin, bu Bildirgede yer alan hak ve özgürlüklerin tam olarak uygulanmasını sağlayacak bir toplumsal ve uluslararası düzene hakkı vardır.”, düzenlemelerine yer verilmiş olup **29. maddenin (1) fıkrasında**; Herkesin, kişiliğinin özgürce ve tam gelişmesine olanak sağlayan topluluğa karşı ödevlerinin olduğu, **2. fıkrasında**, herkesin, haklarını kullanmak ya da özgürlüklerinden yararlanmak konusunda, salt başkalarının hak ve özgürlüklerinin tanınmasını ve bunlara saygı gösterilmesini sağlamak amacıyla ve demokratik bir toplumda törenin, düzenin ve genel esenliğin haklı gereklerini karşılamak için yasa ile saptanmış olan sınırlamalara bağlı kalacağı, **3. fıkrasında** da bu hak ve özgürlüklerin, hiçbir biçimde, Birleşmiş Milletler’in amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılmayacağı, **30. maddesinde**; “bu bildirgenin hiçbir unsuru, içinde açıklanan hak ve özgürlüklerin bir devlet, topluluk ya da bireyce ortadan kaldırılmasını amaçlayan bir etkinlik ya da girişime hak verir biçimde yorumlanamayacağı belirtilmiştir.”

15) **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin “Kanunsuz Ceza Olmaz” başlıklı 7. maddesinin 1. fıkrasında**, hiç kimsenin, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamayacağı, aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği, **2. fıkrasında** bu maddenin, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel olmadığı, **“Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü” başlıklı 9. maddesinin 1. fıkrasında**, herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğu bu hakkın, 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

içerdiği, **2. fıkrasında**, 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 sınırlanabileceği, “**Ayrımcılık Yasağı**” başlıklı **14. maddesinde**, bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanacağı, “**Hakların Kötüye Kullanımının Yasaklanması**” başlıklı **17. maddesinde** ise; bu sözleşme hükümlerinden hiçbirinin, bir devlete, topluluğa veya kişiye, sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamayacağı düzenlemelerine yer verilmiştir.

16) **Medeni Ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 18. maddesinin 1. fıkrasında** herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olacağı, bu hakkın, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin aleni veya özel olarak bireysel ya da başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını ibadet, icra, bunun icaplarını yerine getirme ya da öğretme bakımından ortaya koyma özgürlüğünü de içerdiği, **2. fıkrasında** hiç kimsenin, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu benimseme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıya maruz bırakılamayacağı, **3. fıkrasında**, bir kimsenin kendi dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlüğüne ancak yasalarla belirlenen ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlakını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebileceği, **4. fıkrasında da** bu sözleşmeye Taraf Devletlerin, ana-babaların ve, uygulanabilir olan durumlarda, yasalarca saptanmış vasilerin, çocuklarına kendi inançlarına uygun bir dinsel ve ahlaki eğitim verme özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlü oldukları düzenlenmiş **aynı sözleşmenin 19. maddesinin 1. fıkrasında**; herkesin, kimsenin müdahalesi olmaksızın istediği düşünceye sahip olma hakkına sahip olduğu, **2. fıkrasında** herkesin, düşüncelerini açıklama hakkına sahip olduğu; bu hakkın, herkesin, ülkesel sınırlara bağlı olmaksızın her çeşit bilgiyi ve fikri, sözlü, yazılı ya da basılı biçimde, sanat eserleri biçiminde ya da kendi seçeceği herhangi bir başka biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğünü de içerdiği, **3. maddesinde** ise, maddenin 2. fıkrasında öngörülen hakların kullanılmasının, özel bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiği, dolayısıyla bunlara bazı sınırlamalar da konulabileceği ancak bu sınırlamaların yasalarda öngörülmüş olması ve; başkalarının haklarına ve şöhretine saygı

bakımından ayrıca ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ya da kamu sağlığı ve genel ahlakın korunması bakımlarından gerekli olmasının zorunlu olduğu hususları düzenlenmiştir.

17) **Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türölü Ayrımcılığın Önleneğine İlişkin Sözleşmenin** taraf devletlerin yükümlölüklerini açıklayan **2. maddesinde**; taraf devletlerin, kadınlara karşı her türölü ayırımı kınayacakları, tüm uygun yollardan yararlanarak ve gecikmeksizin kadınlara karşı ayırımı ortadan kaldırııcı bir politika izlemeyi kabul edecekleri ve bu amaçla;

a) Kadın ile erkek eşitliği ilkesini kendi ulusal anayasalarına ve diğer ilgili yasalara, henüz girmemişse dâhil etmeyi ve yasalar ile ve diğer uygun yollarla bu ilkenin uygulanmasını sağlamayı,

b) Kadınlara karşı her türölü ayırımı yasaklayan ve gerekli yerlerde müeyyideler de ihtiva eden yasal ve diğer uygun önlemleri kabul etmeyi,

c) Kadın haklarının erkeklerle eşit olarak yasal himayesini tesis etmeyi ve yetkili ulusal mahkemeler ve diğer kamu kuruluşları aracılığıyla kadınların her türölü ayırımı karşı etkin himayesini sağlamayı,

d) Kadınlara karşı herhangi bir ayrımcı hareket yapılmasından veya uygulanmasından kaçınmayı ve kamu yetkilileri ile kuruluşlarının bu yükümlölüğe uyumlu olarak hareket etmelerini sağlamayı,

Taahhüt edecekleri hüküm altına alınmıştır.

Yine aynı sözleşmenin “**İstihdam ve Çalışma Haklarında Eşitlik**” başlıklı **11. maddesinde** taraf devletlerin, istihdam alanında kadınlara karşı ayırımı önlemek ve kadın erkek eşitliği esasına dayanarak eşit haklar sağlamak için özellikle belirtildikten sonra;

a) Bütün insanların vazgeçilmez hakkı olan çalışma hakkı,

b) İstihdam konularında eşit seçim kıstasları uygulanması da dahil, erkeklerle eşit istihdam imkânlarına sahip olma hakkı,

c)Serbest olarak meslek ve iş seçme hakkı, terfi, iş güvenliği, hizmetin tüm şartları ve avantajlarından faydalanma hakkı, çıraklık, ileri mesleki eğitim ve bilgi yenileme eğitimi dâhil mesleki eğitim ve mükerrer eğitim görme hakkı;

Konularında bütün uygun önlemleri alacakları ifade edilmiştir.

18) “**Avrupa Sosyal Şartı Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesinin**” **1. bölümünde**, sözleşmeci tarafların, ulusal ve uluslararası tüm uygun yolları izleyerek hak ve ilke olarak sayılan herkesin, özgürce edinebildiği bir işle yaşamını sağlama fırsatı, tüm çalışanların adil çalışma koşullarına sahip olma ve tüm çalışanların güvenli sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakkının etkin bir biçimde gerçekleşebileceği koşullara ulaşmayı politikalarının amacı saydığı belirtilmiştir.

Uluslararası Çalışma Örgütünün (İLO) Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesinin 1. maddesinde; bu sözleşme bakımından “Ayrım” deyiminin; ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi inanç, ulusal veya sosyal menşe bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı, ilgili üyenin; memleketin, varsa temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla istişare etmek suretiyle tespit edeceği, meslek veya iş edinmede veya edilen iş veya meslekte tâbi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı ifade edeceği, belirli bir iş için, o işin mahiyeti icabı yapılan, herhangi bir ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmanın ayrım sayılmayacağı, bu sözleşme bakımından “İş” ve “Meslek” terimlerinin, mesleki eğitime, bir işe ve çeşitli mesleklere girmeyi ve çalışma şartlarını kapsadığı, **2. maddesinde;** bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu üye memleketlerin, ulusal şartlara ve tatbikata uygun metotlarla; bu sözleşmede ele alınan anlamda her türlü ayrımı ortadan kaldırmak maksadıyla iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği geliştirmeyi hedef tutan milli bir politika tespit ve takip etmeyi taahhüt edeceği, düzenlemelerine yer verilmiştir.

19) **Din veya Dine veya İnanca Dayalı Müsamahasızlığın ve Ayrımcılığın Bütün Şekilleriyle Ortadan Kaldırılması Hakkında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 55 Sayılı Bildirisinin** düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne ilişkin **1. maddesinde;** herkesin; düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahip olduğu, bu hak, bir dine veya dilediği bir inanca sahip olma ve dinini veya inancını kendi başına veya başkaları ile birlikte toplu olarak ve aleni veya

gizli bir biçimde ibadet etme, gereklerine uyma, uygulama ve öğretme yoluyla açığa vurma özgürlüğünü de içerdiği, hiç kimsenin bir dine veya dilediği inancına sahip olma özgürlüğünü zedeleyecek bir zorlamaya maruz bırakılmayacağı, bir kimsenin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü, sadece hukuken öngörülen ve kamu güvenliğini, kamu düzenini, sağlığı, ahlakı veya başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli olduğu ölçüde sınırlamalara tabi tutulabileceği **2. maddesinde** hiç kimsenin din veya başka bir inancı sebebiyle bir Devlet, bir kurum, bir kişi veya kişi grubu tarafından ayrımcılığa maruz bırakılmayacağı, bildirinin amacı bakımından "din veya inanca dayanan hoşgörüsüzlük ve ayrımcılık" deyiminin, eşitlik üzerine kurulu bulunan insan haklarının ve temel özgürlüklerin tanınmasını, kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını hükümsüz kılma veya zedeleme amacı taşıyan veya bu sonucu doğuran, din veya inanca dayalı bir farklılaştırma, dışlama, kısıtlama veya ayrıcalık tanıma anlamına geleceği, **3. maddesinde** din veya inanca dayanan ayrımcılığın anlamının insanlar arasında din veya inanca dayanan bir ayrımcılık, insanlık onuruna karşı bir aşağılama ve Birleşmiş Milletler Şartı'nın prensiplerinin inkârı anlamına geldiği; bu ayrımcılığın, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde ilan edilen ve insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde ayrıntılı bir biçimde düzenlenen insan haklarının ve temel özgürlüklerini ihlal ettiği ve uluslararası dostane ve barışçıl ilişkilere karşı bir engel olduğu için yasaklanacağı, **4. maddesinde** bütün devletlerin, kişisel, ekonomik, siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın her alanında insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tanınması, kullanılması ve bunlardan yararlanılması sırasında din ve inanca dayanan ayrımcılığı önlemek ve tasfiye etmek için etkili tedbirler alması gerektiği, bütün devletlerin, bu tür ayrımcılığı yasaklamak için gerektiği takdirde mevzuat çıkarmak veya değiştirmek de dâhil, din veya bu konudaki diğer inançlara dayanan hoşgörüsüzlükle mücadele etmek üzere gerekli bütün tedbirleri almak için her türlü çabayı göstermesi gerektiği, **7. maddesinde ise** bu bildiride yer verilen haklar ve özgürlüklerin, herkesin bu hakları ve özgürlükleri uygulamada kullanabilmesini sağlayacak şekilde ulusal mevzuatta düzenlenmesi gerektiği hükümlerine yer verilmiştir.

- 20) **Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Şiddetin Tasfiye Edilmesine Dair Bildirinin 3 ve 4. maddelerinde**, yaşama hakkı, eşitlik hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, hukukun korunmasından eşit biçimde yararlanma hakkı, her türlü ayrımcılığa karşı korunma hakkı, elde edilmesi mümkün olan en yüksek standartta fiziksel ve ruhsal sağlık hakkı, âdil ve elverişli koşullarda çalışma hakkı, işkenceye veya diğer zâlimane, insanlık dışı veya onur

kırıcı muamele veya cezaya mâruz kalmama haklarının diğere temel haklara dâhil olduğu özellikle vurgulanmıştır.

IV-BAŐÖRTÜSÜNDE TARİHÇE VE ARKA PLAN

Kökleri kadim dinler tarihine kadar uzanan başörtüsü (türban diye de ifade edildiği görölmektedir), “kadınlarımızın kişisel tercihlerinin başında gelen bir olgudur. Ülkemizde de asırlardan beri bu topraklarda yaşayan kadınlarımızın tercih ettiği bir sembol, aksesuar vs. realitedir.” O halde başörtüsü gerçeğini inkâr etmek mümkün mü? Buradan hareketle şu soruyu sormamız kaçınılmazdır.

Bu kadar derin tarihi, kültürel, etnografik, folklorik temeli olan başörtüsü otuz yıldır ülkemizde neden sorun oluyor veya öyle görünüyor? Neden daha önceleri rejimi tehdit eden, laik demokratik cumhuriyete başkaldırı olarak algılanmayan başörtüsü son on yıllarda ciddi sorun olarak bazı kesimlerce nitelendiriliyor?

Bunun tek bir nedeni ve cevabı var mıdır? Bazı değerlendirmelere göre dayatmacı zihniyet ve yeni tip insan yetiştirme, (toplum mühendisliği), bazılarına göre herkesin aynı şekilde düşünme, giyinme, yaşam tarzı benimsemesi, bazı çevrelere göre de anti laik bir kalkışmadan kaynaklanmaktadır. Yasağı uygulayıcı çevreler, dönemin etkili kurum ve kuruluşlar ile basındaki yetkililerin mensubiyetlerine ve tercihlerine göre laik sisteme aykırı ve rejime en büyük tehditlerden biri olarak değerlendirmişlerdir

Soruyu şöyle de sorabiliriz;

“kamu gücü veya herhangi bir otorite insanların kılık kıyafet tercihlerine karışmalı mıdır? örneğin insanların neyi yiyip içecekleri, boş zamanlarını nasıl değerlendirecekleri, hangi kitabı okuyacakları gibi konularda devletin herhangi bir tercihi ... olabilir mi?” (Doç. Dr. Ulvi Saran “Kamuda Başörtüsü Yasağı-Analiz, Değerlendirme, Yol Haritası” başlıklı çalışma, 18/07/2013 Zaman Gazetesi 27/07/2013 ve 10/08/2013 tarihli star gazetesi “Açık Görüş”te yayınlanmıştır.)

Bu konuda tartışmayı derinleştirmek, ayrıntılara girmek her zaman mümkündür. Ama bunun bir yararı olmayacaktır. O nedenle başörtüsü (türban) konusu Kurumun yetki ve görevi çerçevesinde, ulusal ve uluslararası mevzuat gözetilerek bağımsız ve tarafsız şekilde sonuçlandırılmaya çalışılacaktır.

21) Türkiye Cumhuriyeti 29 Ekim 1923'te kurulmuştur. Cumhuriyetin ilanından sonra, kamusal ve dinî alan bir dizi devrimci reformlarla birbirinden ayrılmıştır: 3 Mart 1923 tarihinde hilâfet kaldırılmış; 10 Nisan 1928 tarihinde Devletin dininin İslam olduğuna ilişkin anayasal hükmün yürürlükten kaldırıldığı açıklanmış ve son olarak, 5 Şubat 1937 tarihinde laiklik ilkesi anayasaya ilave edilmiştir. Bu reformlar sonrası başlangıçtaki kuruluş felsefesinden uzaklaşıldığı bir çok siyaset bilimci ve sosyolog tarafından ileri sürülmüştür. (Bkz. 1924 tarihli Anayasanın 2. maddesi, 1961 ve 1982 tarihli Anayasaların 2. maddesi).

Şüphesiz bu radikal tutumun yanında Medeni Haklarda ileri düzenlemeler de getirilmiştir. Kadınların, bireysel hakların kullanımında eşitlik kazanmasıyla birlikte, kadın haklarının sosyal durumla uyumlu hâle gelmesi cumhuriyetçi sistemin ana unsuru olmuştur. Bu süreç, özellikle boşanma, mîras gibi medeni hakların kullanımında cinsiyet eşitliğini sağlayan Medeni Yasanın 17 Şubat 1926 tarihinde kabulüyle başlamıştır. Arkasından, 5 Aralık 1934 tarihli anayasal bir değişiklikle (1924 tarihli Anayasanın, 10. maddesi) kadınlar, erkeklerle eşit siyasi haklar elde etmişlerdir.

Kıyafet sorunu, Cumhuriyet reformlarının uygulanmasıyla, on dokuzuncu yüzyılın toplumsal evriminden etkilenmiş; öncelikle tüm yurttaşların eşitliğinin garanti altına alındığı özgün bir dinî alan yaratmayı amaçladığı öne sürülmüş ve 28 Kasım 1925 tarihli Şapka Yasası çıkarılmıştır. (671 Sayılı Yasa). Benzer şekilde, 13 Aralık 1934 tarihli Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dâir Kanun (2596 Sayılı Yasa) kabul edilmiştir.

3 Mart 1924 tarihli Tevhid-i Tedrîsat Yasası (430 Sayılı Yasa) hükümlerine uygun olarak dinî okullar kapatılmış ve tüm okullar Millî Eğitim Bakanlığına bağlanmıştır.

Yukarıda açıklamaya çalışılan tespitlere yakın (bazı farklılıklara rağmen) bir yoruma İHAM'ın (Leyla Şahin-Türkiye) kararında yer verilmiştir. Bu kararda açıklandığı üzere;

“Türkiye’de, okul ve üniversitede türban kullanmak, 1980’li yıllarda başlamış bir fenomendir. Sorun üzerinde uzun tartışmalar yapılmış olup, söz konusu mesele Türk toplumunda hâla canlı bir tartışma konusu olmayı sürdürmektedir. Başörtüsü taraftarları, başörtüsü kullanmayı, dinî kimlikle bağlantılı bir ifade şekli ve/veya bir görev olarak görmektedirler; karşı olanlar ise, başörtüsünü, cumhuriyetçi sistemde kadınların kazanılmış haklarının temelini çürüten; iç huzursuzluğa neden olan bir tehdit ve dinî hükümlere dayalı bir rejim bir kurmaya yönelik siyasal İslam’ın bir sembolü olarak görmektedirler.”

12 Eylül 2010 referandumu öncesi Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlüklere ilişkin görüşü şöyledir.

Anayasa Mahkemesinin siyasî partilerin kapatılmasıyla ilgili iki kararında dikkate aldığı meselelerden birinin siyasal amaçlarla dinî simge kullanımı olduğu belirtilmelidir (9 Ocak 1998 tarihli Refah Partisi davası ve 22 Haziran 2001 tarihli Fazilet Partisi davalarına ilişkin kararlar). Anayasa Mahkemesi, söz konusu partilerin liderlerinin (inter alia) kamu sektöründe ve/veya okullarda türban giyilmesine ilişkin ifadelerinin şeriat temelinde bir rejim oluşturma niyetini ortaya koyduğu şeklinde değerlendirmiştir. (Bkz. “Leyla Şahin – Türkiye davası 44774/98 sayılı karar”)

Yükseköğretim Kurumlarında Kılık Kıyafete İlişkin Yasal Hükümler ve Anayasa Mahkemesinin İçtihatları

Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personel ile Devlet kurumlarındaki öğrenci ve personelin modern, ciddi ve sade giyinmesini zorunlu kılan, yükseköğretim kurumlarındaki kılık kıyafet üzerine yasal düzenlemenin ilk kısmı olan bir dizi yönetmelik yayınlanmıştır. (25/10/1982 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik (Bkz. p. 12)

YÖK, başörtüsüyle ilgili genelge yayınlayıp, Danıştay bunu yasaya uygun bulunca (Bkz. İlgili Mevzuat p. 13) yasa maddesi Anayasa Mahkemesine taşınmıştır.

TBMM 2547 sayılı YÖK yasasının 44. maddesini değiştirerek Ek 16. maddesinde. yasalaştırmıştır. Ancak bu madde Anayasa Mahkemesine götürülmüş, Anayasa Mahkemesi; 5 Temmuz 1989 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 7 Mart 1989 tarihli kararında, yukarıda anılı kuralın, Anayasanın 2. (laiklik), 10. (yasa önünde eşitlik) ve 24. maddesine (din özgürlüğü) aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, bu kuralın ayrıca, cinsiyet eşitliğinin yanı sıra (inter alia) devrimci değerler ve cumhuriyet ile bağdaşmadığına karar vermiştir.”

Anayasa Mahkemesi gerekçesinde; “İlk olarak, diğer dinlerle karşılaştırılan İslam’ın özellikleri ve ülkenin tarihsel deneyimi nedeniyle anayasal bir kazanım olan laiklik; yasa önünde eşitlik ve din özgürlüğünün bir garantörü olarak rol oynamış ve demokrasi için esaslı bir koşul olmuştur. Laiklik ayrıca, devletin, bir din ya da inancı tercih ettiğini göstermesini engellemiştir. Son olarak, laik bir devlet, yasama işlevini yerine getirirken, dini bir inanca

dayanamaz.” diyerek katı laik görüşünü sürdürdüğü Anayasa hukukçuları ve siyâset bilimcilerince ifade edildiği, Fransa laiklik kriterlerinin benimsendiği ifade edilmiştir.

“Anayasa Mahkemesi, herhangi bir dine özgü kıyafeti giymenin bir hak olarak görülemeyeceğini; ibadet, din ve vicdan özgürlüğünün öncelikle, bir dine uymak ya da uymamak bağlamında karar verme özgürlüğünü garanti altına aldığına dikkat çekmiştir. Mahkeme, vicdan özgürlüğünün kapsamının dışına çıkması halinde, kamu düzeni nedeniyle, laiklik ilkesini savunmak için birinin dini inancını ifade etme özgürlüğünün kısıtlanabileceğini açıklamıştır.”

Anayasa Mahkemesi kararında şu gerekçelere de dayanmıştır.

“Herkes, bir kadın ya da erkek, toplumun gelenekleri, dini ve sosyal değerleri açısından dilediği gibi giyinme konusunda özgür bırakılmıştır; ayrıca buna saygı duyulmuştur. Ancak, bir dinin dayanak gösterildiği özel bir kılık kıyafet yasası bireylere zorla kabul ettirilmişse, söz konusu dini inanç, çağdaş toplumla bağdaşmayan değerler grubu olarak sunulur ve algılanır. Buna ek olarak, nüfusun çoğunluğunun müslüman olduğu Türkiye’de, türban giymenin zorunlu bir dini ödev gibi sunulması dini gerekleri yerine getiren müslümanlar, getirmeyen müslümanlar ve inanmayanlar arasında kılık kıyafet yüzünden ayrımcılıkla sonuçlanabilirdi. Ayrıca başörtüsü takmayı reddedenler hiç kuşkusuz din karşıtı veya dinsiz olarak değerlendirilebilirdi.”

Yükseköğretim Yasasının (2547 Sayılı Yasa) 25 Ekim 1990 tarihinde yürürlüğe giren değişik 17. maddesine göre; “Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla, yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir.”

Anayasa Mahkemesi, 31 Temmuz 1991 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 9 Nisan 1991 tarihli kararında; yasada, hukukta ve uygulamada olmayan bir atıfla 7 Mart 1989 tarihli kararında oluşturduğu ilkelerin ışığında, yukarıda sözü edilen kuralın, yükseköğretim kurumlarında dinî inanç nedeniyle başörtüsü giyimine izin vermediğini ve bu nedenle Anayasa ile uyumlu olduğuna karar vererek iptal isteğini aşağıdaki gerekçe ile red etmiştir. Burada dikkati çeken en önemli konu, mahkeme kararlarının hüküm kısmının bağlayıcı olduğu, gerekçesinin bağlayıcılığının bulunmadığı yani hükmün sonuçlarını doğuramayacağı, hüküm gibi kabul edilemeyeceği gerçeğinin gözardı edilmiş olmasıdır.

“Yükseköğretim kurumlarında, dinî inanç nedeniyle, saçın ve boynun eşarp ya da çarşaf ile örtülmesi, eşitlik ve laiklik ilkesine aykırıdır. Bu koşullar altında, yükseköğretim kurumlarında, tartışmalı kural ile getirilmiş olan kılık kıyafet özgürlüğü, ‘bir dinî kıyafet biçimi ya da birinin saçını ve boynunu başörtüsü ya da çarşaf ile örtmesiyle ilgili değildir’... ‘Özgürlüğü doğuran kural (ek madde 17) yürürlükteki yasalara aykırı olmama koşuluna bağlıdır’. Anayasa Mahkemesi, 7 Mart 1989 tarihli kararında, birinin saçını ve boynunu başörtüsü ya da çarşaf ile örtmesinin ilkin ve öncelikle Anayasaya aykırı olduğunu ortaya koymaktadır. Sonuç olarak, yukarıda söz edilen maddeyle ortaya koyulan, kıyafet seçiminin yürürlükte olan yasaları ihlâl edemeyeceği şartı, boynun ve saçların örtülmesi işlemini kıyafet özgürlüğünün kapsamı dışında tutmaktadır.” (Bkz. Leyla Şahin-Türkiye)

Anayasada yapılan değişikliklerin 12 Eylül 2010 tarihinde referanduma sunulması ve “Evet” oylarının daha fazla çıkması sonucu Yüksek Mahkemeler, İHAM’ın birçok kararında gösterdiği özgürlükçü ve istikrarlı görüşüne uygun kararlar vermektedir. (Bkz. Davacı Kemal KILIÇDAROĞLU (CHP Genel Başkanı) ve 121 milletvekilinin 30/03/2012 günlü 6282 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun” bazı maddelerinin iptali ile ilgili açmış oldukları dava sonucunda verilen Anayasa Mahkemesinin 18/04/2013 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 20/09/2012 günlü ve 2012/65 E, 2012/128 K, sayılı kararı)

V-MUKAYESELİ HUKUK

22) Avrupa’da uzun yıllardan beri kamuda başörtüsünün yeri tartışma konusu olmuştur. Avrupa ülkelerinin birçoğunda bu tartışma yukarıda ifade edildiği gibi öğretim kurumlarında sürdürülmekte ilk ve ortaöğretim kurumları üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Ülkeler bazında uygulamadan örnekler vermek gerekirse:

23) **Fransa’da** laiklik ilkesi gereğince ilk ve orta dereceli devlet okullarında dinî tercihi yansıtan işaret taşıma veya kıyafet giymeyi düzenleyen 15 Mart 2004 tarihli yasa kabul edilmiştir. Bu yasa ile eğitim Kanununun I. 141-5-1 sayılı madde eklenmiştir. “İlk ve orta dereceli devlet okullarında öğrencilerin dinî eğilimlerini açıkça ortaya koyan işaretlerin taşınması veya kıyafetlerin giyilmesi yasaktır. Hukuk kuralları, disiplin işlemlerinin öğrenci ile diyalog kurulduktan sonra başlatılacağını kaydetmektedir... bu yasa, devlet üniversiteleri için geçerli değildir...”

Dikkat edilecek olursa bunların haricinde Fransa’da kamusal alanda başörtüsünün veya inancı gereği sembol ve simgelerin yasaklandığına dair bir hükme rastlanmamıştır.

24) **Belçika’da;** Fransız toplumunda, okulda dini işaretlerin taşınmasına ilişkin genel bir yasak yoktur. 1994 tarihli kararname eğitim ve öğretimin tarafsız olduğunu belirtmektedir. İlke olarak öğrenciler dini işaretleri taşıyabilirler ancak insanlar, başkalarının hakları, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve ahlakı koruduğu ve iç tüzüğe riayet edildiği sürece bu özgürlükten faydalanabilir. Kararname okul kurallarıyla kısıtlama getirilebileceğini kaydetmektedir. Ayrıca 19 Mayıs 2004 tarihinde **Fransız** toplumu, uygulamanın eşitliğine ilişkin kararnameyi kabul etmiştir. **Flaman** toplumunda ise, okullar arasında, dinî ve filozofik işaretlerin taşınmasına izin verilmesi ya da verilmemesi konusunda ortak bir politika bulunmamaktadır. Bazı kurumlar yasaklamakta, bazı kurumlar da izin vermektedir. İzin verilen kurumlarda, hijyen ve güvenlik kriterleriyle kısıtlamalar getirilebilmektedir.

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

26) 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.

27) **Avusturya’da** başörtüsü, türban ve kipa takılmasına ilişkin özel bir mevzuat bulunmamaktadır.

28) **İngiltere’de** öğrenciler tarafından dini işaretlerin takılmasına hoşgörülü bir yaklaşım sergilenmektedir. İslami başörtüsü takılmasına ilişkin zorluklar nadiren meydana gelmektedir. Görüşleri yalnızca tavsiye niteliğinde olan ırk 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 vesilesi ile, İslami başörtüsü sorununu ele almıştır. Okullarda, başörtüsünün takılmasını, sade ve lacivert olması (okul üniforması rengi) ve boyun hizasında bağlanması koşuluyla kabul etmiştir.

29) R. davasında (2004) uzun kıyafet giymek isteyen öğrencinin başvurusunu reddetmiş ve dinî özgürlüğe ilişkin hiçbir ihlâl tespit etmemiştir. Ancak Mart 2005 yılında bu karar İngiltere’deki bir grup Müslüman azınlık kızların ergenlik yaşlarından itibaren Jilbab takma

dini zorunluluğunun bulunduğu düşünülür 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 kanıtlanamamıştır.

30) **İspanya’da** devlet okullarında öğrencilerin dini başlık takmaları bir mevzuatla açıkça yasaklanmamıştır. Genel olarak devlet okulları başörtüsü takılmasına izin vermektedir.

31) **Finlandiya ve İsveç’te**, okulda başörtüsü takılabilmektedir. Ancak burada, vücudun ve yüzün tamamını kapatan örtü ve niqap ve (gözler dışında vücudun üst kısmını kapatan örtü) arasında ayırım yapılmaktadır. Özellikle İsveç’te milli eğitim ajansı tarafından 2003 yılında yaptırım olan yönerge ile kabul edilmiştir. Bu yönergeler, kadın erkek eşitliği gibi ortak değerler konusunda diyalog kurma anlayışı içinde ve eğitim sisteminin dayandığı demokratik ilkelere riâyet etme koşuluyla, okullarda burka ve niqap’ı yasaklama yetkisi vermektedir.

32) İslami başörtüsü sorununun din özgürlüğü açısından değil, ayrımcılık açısından ele alındığı Hollanda’da başörtüsü genel olarak hoş görülmemektedir. 2003 yılında, bağlayıcı olmayan bir yönerge çıkarılmıştır. Okullarda, ayrımcı olmaması, okul rehberinde bulunması ve zorunluluğa uyulmamasının orantısız bir şekilde cezalandırılmaması koşuluyla öğrencilerine üniforma giyme zorunluluğu getirebilir. Burkanın yasaklanması, öğrencilerin tanınması ve onlarla iletişimin sağlanması amacıyla haklı gösterilebilir. Bunun yanı sıra, eşit muamele komisyonunun, 1997’de güvenlik gerekçesiyle genel derslerde kapalı olmanın yasaklamayı ayrımcılık olmadığına kanaat getirilmiştir.

33) Diğer birçok ülkede (Romanya, Macaristan, Yunanistan, Çek Cumhuriyet, Slovakya, Polonya) başörtüsü konusunun henüz ayrıntılı bir hukuki tartışma konusu olmadığı görülmektedir. (Bu bilgiler için bkz. Leyla Şahin-Türkiye davası Başvuru No:44474/98 Karar 10 Kasım 2005 paragraf 55 ila 65, Büyük Daire Strazburg Sayfa 13)

VI-KONUUYLA İLGİLİ UYGULAMALAR

34) AİHM’nin 4. Dairesinin Eweida ve Diğerleri V. Birleşik Krallık davasında 15 Ocak 2013 yılında verdiği kararda; “Çalışanlardan birinin iş yerinde üniforma yönetmeliğine uymayan bir parça taktığının rapor edilmesi halinde, British Airways’in uygulaması, çalışandan sözü geçen parçayı çıkarmasını istemek ya da gerekli görülürse, kıyafetlerini değiştirmesi için eve göndermektir. Üniformasını düzeltmek için çalışan tarafından harcanan zaman, çalışanın

maaşından kesilir. British Airways tarafından belirli dinlerde zorunlu olduğu düşünölen bazı giyim parçalarından ve üniforma ile gizlenemeyecek olanlardan, Sihizm dinine mensup erkek çalışanlara koyu mavi ya da beyaz türban takmaları ve eğer kısa kollu tişört giymelerine izin verildiyse, yaz aylarında Sihizm bileziklerini açık şekilde takmaları için izin verilmiştir. Kadın Müslöman yer personeli öyelerineyse, British Airways tarafından onaylanan renklerde başörtüsü takmaları için izin verilmiştir.”(pp.11), Dini inancın sergilenmesi ibadet şeklinde olabileceği gibi, öğretme, uygulama ve gözlem şeklinde de olabilir. Sözlör ve fiiliyatı birlikte uygulamak dini inancın gereğidir.(pp.80), “AİHM’e göre British Airways’in Eylül 2006 ile Şubat 2007 arasında başvuranın haçı gözle görünür şekilde takmak suretiyle görevinde kalmasına izin vermeyi reddetmiş olması başvuranın dinini sergileme hakkına müdahale teşkil etmektedir...(pp.91), Taraf Devletlerin büyük çoğunluğunda olduğu gibi (Bkz p. 47), Birleşik Krallık’ta da işyerlerinde dini giysileri giyilmesi ve dini semboller takılması konusunu düzenleyen mevzuat mevcut değildir...”(pp.92), “Mahkemenin görüşüne göre, sıralanan bütün bu unsurlar bir araya geldiğinde başvuranın uğramış olduğu müdahalenin etkileri hafifletilmiştir. Dahası, özel bir şirket tarafından bir çalışana karşı alınan tedbirlerin orantısızlığı tartıldığında ulusal makamların, özellikle de mahkemelerin belli bir takdir payına sahip oldukları da bir gerçektir. Yine de, mahkeme mevcut davada karara varırken adil bir dengenin gözetilmediği kanaatine varmıştır. Terazinin bir tarafında Eweida’nın dini inancını sergileme isteği bulunmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere, bu temel haklardan birisidir. Gerekeesi de sağlıklı bir demokratik toplumun çoğulculuğa ve çeşitliliğe saygı ve hoşgörü gösterme gereğidir. Ayrıca, dini yaşamının merkezine oturtan bir bireyin bu inancına başkalarına aktarabilme ihtiyacı da unutulmamalıdır. Terazinin diğer yanında ise, işverenin belli bir kurumsal imajı yansıtmaya isteği yer almaktadır. Mahkeme, bu amaç şüpheye yer bırakmayacak kadar meşru olsa da, yerel mahkemelerin buna gereğinden fazla ağırlık verdiği kanaatindedir. Eweida’nın taktığı haç mütevazı bir haç olup profesyonel görüntüsünü bozmuş olamaz. Önceden izin verilmiş olan türban ve başörtüsü gibi diğer dini giysilerin kullanılmasının British Airways’in markasına ya da imajına zarar verdiği yolunda herhangi bir kanıt bulunmamaktadır. Ayrıca, şirketin üniforma yönetmeliğini dini sembolik mücevherler takılabilecek şekilde değiştirebilmiş olması önceki yasağın çok da önemli olmadığını göstermektedir.” görüşünü benimsemiştir.

35) İHAM’ın din ve inanç hürriyetinin ihlali kapsamında Leyla Şahin tarafından kendisine yapılmış olan başvurular üzerine verdiği Leyla Şahin/Türkiye Başvurusu 44774/98 sayılı kararında kullandığı bazı ifadeler ise; “... Başka ölkelerde uzun süren hukuki tartışmalardan

sonra, devlet eğitimi yetkilileri Müslüman öğrencilerin islâmî başörtüsü takmalarına izin vermektedirler (Almanya, Hollanda, İsviçre, İngiltere). Tartışmanın öğretmenlerin İslami başörtüsü takıp takamayacağı konusunda yoğunlaştığı Almanya’da Anayasa Mahkemesi bir öğretmenle Baden Württemberg Eyaleti arasındaki bir davada 23 Eylül 2003’de, yasayla getirilmiş bir kısıtlamanın bulunmaması öğretmenlerin başörtüsü takabilecekleri anlamına geldiğini ifade etmiştir. İngiltere de, islâmî başörtüsü kullanılması çoğu öğretim kurumu tarafından kabul edilmekte ve nadiren ortaya çıkan anlaşmazlıklar da ilgili kurum içerisinde çözümlenmektedir... (Leyla Şahin-Türkiye, 44774/98, pp.56), bir dizi başka ülkede ise, islâmî başörtüsü kullanımı henüz önemli bir tartışma çıkmasına sebep olmamıştır(İsveç, Avusturya, İspanya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya ve Polonya pp.57) Mahkeme **sözleşmenin 9. maddesinde** düzenlenen düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün, “ demokratik bir toplumun” temellerinden biri olduğunu vurgular. Bu özgürlük, dini boyutuyla, inananların kimliğini ve yaşam anlayışlarını meydana getiren hayati unsurlardan biridir, ancak aynı zamanda ateistler, agnostikler, skeptikler ve bu konuyla ilgilenmeyenler için de çok önemli bir değerdir. Asırlar boyunca, büyük güçlükler sonucunda elde edilen ve demokratik bir toplumun ayrılmaz bir parçası olan çoğulculuk buna dayanır. Bu özgürlük, başka şeylerin yanı sıra, bir dini inanca sahip olma ya da olmama ve dinin gereklerini yerine getirme ya da getirmeme özgürlüğünü de içerir. Her ne kadar din özgürlüğü öncelikle bireysel vicdana ait bir konu olsa da başka konuların yanı sıra kişinin yalnız ve insanlardan uzakken veya başkalarının arasındayken veya aleni bir biçimde ve inancını paylaştığı kişilerin arasındayken dinini dışa vurma özgürlüğü anlamına da gelir. **Sözleşmenin 9. maddesi**, kişinin dinini veya inancını hangi şekillerde dışa vurabileceğini sıralamaktadır; bunlar ibadet etme (tapınma), öğretme, uygulama ve dini bir kuralı yerine getirmediir.(pp.66) ... başörtüsü takma kararının bir din veya inançtan kaynaklandığı ya da esinlendiği kabul edilebilir ve mahkeme bu tür kararların her durumda bir dini vecibeyi yerine getirmek için alınıp alınmadığına karar vermeksizin, üniversitelerde İslami başörtüsü takılmasını yasaklayan söz konusu düzenlemelerin, başvuruçunun dinini açıklama özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğu varsayımı üzerinden hareket etmektedir.(pp.71) şeklinde hüküm altına almıştır.

36) AİHM Leyla Şahin davası ile ilgili olarak büyük dairenin verdiği kararının başka bir paragrafında (pp.107) devletin din ve inançlar konusunda durması gereken yeri ve pozisyonunu şu şekilde açıklamıştır; mahkeme, sıklıkla, çeşitli din ve inançların uygulanmasında devletin tarafsız düzenleyici rolünü vurgulamış ve bu rolün demokratik bir toplumda kamu düzeni, dini uyum ve hoşgörüyeye yardımcı olduğunu belirtmiştir. Aynı

zamanda, devletin tarafsızlık görevinin, devletin dini inançların veya bu inançların ifade biçiminin meşruiyetini değerlendirme yetkisi ile uyumsuz olduğu ve devletin karşıt gruplar arasında karşılıklı hoşgörüyü sağlaması gerektirdiği görüşündedir. **Buna göre bu gibi durumlarda makamların rolü gerginliğin kaynağını, çoğulculuğu ortadan kaldırarak yok etmek değil, rakip grupların birbirlerine hoşgörü göstermesini sağlamaktadır. Hükümden de anlaşılacağı üzere devlet din ve inanç konusunda bir düzenleme yapmak zorunda ise bu düzenleme dinin içeriğinden bağımsız ve bu özgürlüğü ortadan kaldırmayacak şekilde hoşgörülü ve çoğulcu bir toplumsal ortam oluşturacak şekilde olmalıdır.** Örneğin din ve inanç özgürlüğüne getirilecek bir kısıtlamanın nedeninin günün şartlarına ve koşullarına uymadığı gerekçesine dayandırılmayacak olup, aksi haldeki düzenleme devletin bir inancın ifade biçiminin meşruiyetini belirlemesi olacaktır ki bu durumda devlet kendisi dinin emir ve gereklerini belirlemeye başlamış olacaktır, bu başta laiklik ilkesi ile bağdaşmayacaktır. **Yapılacak düzenleme toplumda gerginliğe neden olmayacak şekilde ve toplumun tüm kesimlerinin özgürlüklerinin korunduğu bir düzenleme olmalıdır.** Mahkeme yukarıdaki paragrafın devamında çoğulculuğu ve hoşgörüyü demokratik toplumun bir işareti olarak görmüş, demokrasinin her zaman çoğunluğun görüşlerinin üstün gelmesi gerektiği anlamına gelmeyeceği, azınlık olarak kalanlara adil ve düzgün muamele yapılması ve sahip olunan hâkim pozisyonun kötüye kullanılmaması gerektiği ve bu durumu sağlayacak bir denge sağlanması gerektiğini hüküm altına almıştır. Tüm bu ifadelerden, mahkemenin bu tür konularda düzenleme yapmak için yetkili yerel makamları işaret etmekle kalmadığı, bu tür düzenlemeleri yaparken çoğulculuğa ve hoşgörüye son derece önemli bir vurguda bulunarak dengeyi ön plana çıkardığı anlaşılmaktadır.

37) Amerika Birleşik Devletlerinin Anayasasında yapılan değişiklik sonucunda eklenen ve Haklar Bildirgesi olarak da adlandırılan Bildirgenin 1. maddesi Din, Söz ve Basın Özgürlüğü Toplanma ve Başvuru Hakkı başlığında olup, “ ... Kongre, ibadeti, söz söyleme özgürlüğünü ve basını sınırlayan, ya da halkı sükûnetle toplanmaktan yasaklayan yasalar çıkaramaz...” demek suretiyle insanın en temel yaşamsal unsurlarından olan düşünce, din, vicdan ve ibadet hürriyeti konusundaki özgürlükçü tavrını ortaya koymaktadır. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası bu konuda Kongreye dahi düzenleme yapma hakkı tanımamıştır.

38) Avrupa Birliğinin kurucu üyesi olan Federal Almanya Cumhuriyeti anayasasının ilgili hükümlerinde de rastlamak mümkündür şöyle ki; **4. maddesi**; “din ve vicdan özgürlüğü ile din ve dünyevi inanç özgürlüğüne dokunulamaz. Dinin müdahalesiz uygulanması güvence

altındadır.” **5. maddesi**; “herkesin, düşüncesini söz, yazı ve resimle serbestçe açıklayıp yayma ve herkese açık olan kaynaklardan, hiçbir engele uğramadan, bilgi edinme hakkı vardır.” **19. maddesinde** ise; “... bir temel hakkın özüne hiçbir şekilde dokunulamaz...” diyerek temel bir hakkı sınırlandırmayla özüne dokunulamayacağı yani o hakkın tamamen kullanılamaz hale getirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

39) İsviçre’de Yüksek Temyiz Mahkemesi Thurgau Kantonu, Bürglen kasabasındaki bir liseye başörtülü olarak alınmayan bir öğrencinin ailesinin alınan karara itirazı üzerine verdiği kararda lise ve dengi okullarda uygulanan başörtüsü yasağının hiçbir nedene dayanmadığını ve uygulanamayacağına hükmetmiştir.(11/07/2013, İsviçre Yüksek Mahkemesi başörtüsünü okullarda serbest bıraktı, <http://www.hurriyet.com.tr/planet/23706560.asp>)

40) Belçika’nın Gent şehrinde gişe personeli için yürürlükte olan ve başörtüsünü de kapsayan “dini, felsefi ve ideolojik simgelerin” kullanımına yönelik yasak belediye meclis üyelerinin oyçokluğuyla kaldırıldı. (<http://www.haber7.com/avrupa/haber/1032358-kamuda-basortusu-artik-serbest>) Avrupa’nın iki ayrı ülkesinde geçen olayların yerel makamların kararları ile genel bir düzenlemeye gerek olmadan ve tamamen bir kısıtlamaya gidilmeksizin çözüldüğü gözlemlenmektedir.

41) Tavsiyenin II. Bölümünde ifade edildiği üzere, kadınların başörtülü olarak kamu kurumlarında çalışmalarını kısıtlayan tek düzenleme Kılık Kıyafet Yönetmeliğinin 5 inci maddesindeki hüküm olmakla birlikte, kadınların başörtüyle öğretim kurumlarına girmelerini ve kamu kurumlarında çalışmalarını yasaklayan yasal bir mevzuat olduğu yönünde bir kısım kamuoyunda var olan yaygın ön kabulde, Anayasa Mahkemesinin verdiği kararların etkisi olduğu düşünülmektedir. Şu anda uygulanmakta olan hali ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda yapılan değişiklikle “Ek madde 17” olarak eklenen “ yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir” hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiş olup 31/07/1991 tarih ve 20946 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan kararıyla maddenin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine hükmetmiştir. Buradan hareketle, kadınların başörtülü olarak Yükseköğretim Kurumlarına girmelerinde ve kamu kurumlarında çalışmalarında var olan fiilî yasağın Anayasa Mahkemesinin geçmişte verdiği karara atfedilemeyeceği demokratik çevrelerce değerlendirilmektedir.

42) Anayasa Mahkemesinin 18/04/2013 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 20/09/2012 gün 2012/65 E., 2012/128 K. sayılı kararında daha özgür bir yaklaşımla laikliği tanımlamış ve değerlendirmiştir.

43) Kadınların din ve inançlarına başörtülü olarak çalışma yasağı şeklinde getirilen kısıtlama konusunda, Danıştay 8. Dairesi 15/11/2012 tarih ve 2012/5257 esas numaralı dosyada verdiği yürütmeyi durdurma kararıyla; Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 20. maddesinde yer alan "başları açık" ibaresi ile buna dayalı tesis edilen işlemin üst hukuk normlarına aykırı olması nedeniyle hukuka uygun olmadığı sonucuna varmış ve Türkiye Barolar Birliğinin işleminin yürütmesini durdurmuştur. Danıştay 8. Dairesi söz konusu kararda; “dayanağı üst hukuk normunda bu konuda herhangi bir kısıtlama ya da engelleme bulunmadığı halde söz konusu maddede yer alan bu belirlemenin, Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış olan çalışma hak ve özgürlüğünün ve yine bu düzenlemelerle güvence altına alınmış olan din ve vicdan özgürlüğüne bağlantılı olarak ihlal edilmesi sonucunu doğuracağı da açıktır.” diyerek bu konuda Anayasaya ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere açıkça atıfta bulunarak bir düzenleyici işlem hükmünün bunlara aykırı düzenlenemeyeceğini ifade etmiştir. Danıştay yine aynı kararında; “Bir düzenleyici işlemin hiyerarşik olarak bağlı bulunduğu üst hukuk normlarında düzenlenen konuların, genel ve objektif kuralları açıkça içermesi gerekmektedir. Üst hukuk normlarında açık bir düzenlemeye yer verilmediği durumlarda bir hakkın kullanımının engellenmesi ya da kısıtlanması sonucunu doğuran bir başka düzenleme yapılması hukuken mümkün değildir. Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ancak bu maddelerde belirlenen sebeplerin varlığı halinde özlerine dokunulmaksızın ve bu sebeplere dayalı olarak kanunla kısıtlanabilmesi mümkündür. Bu kısıtlamaların ise; Anayasanın özüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve **ölçülülük ilkesine** aykırı olamayacağı yine Anayasada düzenlenmiştir” diyerek temel hak ve hürriyetler kapsamındaki bir hakkın ancak bir kanunla ve özlerine dokunulmaksızın demokratik toplum düzenine aykırı olmadan düzenlenebileceğini açıkça belirtmiştir.

44) Yine Danıştay 12. Dairesinin Kılık Kıyafet Yönetmeliğine aykırı hareket ettiğinden dolayı kamu hizmetinden sürekli olarak uzaklaştırılan bir kamu görevlisinin itirazı üzerine verdiği 21/11/2012 tarih ve 2012/3480 esas ve 2012/9158 sayılı kararda; “Disiplin cezaları, kamu görevlilerinin mevzuata, çalışma düzenine, hizmetin gereklerine aykırı eylemlerine karşı

düzenlenen idari yaptırımlardır. Kamu hizmetlerinden sürekli uzaklaştırılabilmek gibi ağır sonuçlara uzanan disiplin cezaları, ağırlığı ve önemi sebebiyle Anayasanın 38. maddesindeki suç ve cezalara ilişkin kurallara tabi tutulmuşlardır. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi uyarınca, ceza yaptırımına bağlanan her bir eylemin tanımının yapılması ve yasanın ne tür eylemleri suç sayarak yasakladığının hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Sözü edilen suç tanımlaması yapıldıktan sonra, suçun karşılığı olan cezanın ve suç sayılan eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin hangi disiplin kuralını ihlal ettiğinin açık bir şekilde ortaya konulması da zorunludur. Söz konusu eylem, mevzuatta öngörülen tanıma uymuyorsa verilen disiplin cezasının hukuka aykırı olacağı açıktır. Uyuşmazlıkta **davacının derslere başörtülü olarak girmek şeklindeki fiili, çalıştığı kurumun huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozucu nitelikte bulunmadığı gibi, ideolojik ve siyasi amaçlarla yapıldığı da ortaya konulamamıştır.** Bu haliyle davacının eyleminin, anılan kanun hükmündeki suç tanımına uymadığı, diğer bir ifadeyle, 657 sayılı Kanunun 125/E-a maddesiyle örtüşmediği ve disiplin hukukunda yer alan tipiklik şartının gerçekleşmediği anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık, davacıya isnat edilen fiilin sübuta erdiği gerekçesiyle davanın reddi yolunda İdare Mahkemesince verilen kararda ise hukuki isabet görülmemiştir.” demek suretiyle ağır sonuçları olan disiplin suçlarına bağlanan her türlü eylemin yasada hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi gerektiğini ve en önemlisi bir kadın çalışanın başörtülü olarak görevine devam etmesinde huzuru, sükûnu ve çalışma düzenini bozacak bir hareket olup olmadığının tespitini zorunlu kılmıştır.

45) Mukayeseli Hukuk bölümünde de açıklandığı üzere; Başörtüsü veya türban yasağının uzun tartışmalar sonucu 2004’te çıkarılan bir kanunla sadece devlet okullarında (ilk, Orta ve lise) yasaklandığı Fransa’da, tartışmalar hiçbir zaman yükseköğretim kurumları seviyesine dahi gelmemiş olmakla birlikte 2004 yılında çıkarılan kanundan öncede Fransız yargı mercîlerinin vermiş olduğu karar ve görüşlerin içeriği şu şekildedir; Fransız Danıştay’ı 27 Kasım 1989 tarihli görüşünde, din ve vicdan özgürlüğünün herkes gibi öğrenciler için de geçerli olduğunu ve bu özgürlüğün öğrencilerin dini inançlarını okul içinde de ifade edebilmelerini ve teşhir edebilmelerini de kapsadığını belirtmiştir. Ayrıca, bu özgürlüğün tek sınırının eğitim ve öğretim hizmetlerinin normal işleyişinin engellenmesi olduğunu ve sorunun genel ve soyut yasaklamalarla değil de yerel boyutta okul yöneticileriyle öğrencilerin aileleri arasında uzlaşma yoluyla çözümlenmesi gerektiğini de eklemiştir. (Doç. Dr. Ali ULUSOY, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Eylül 2004, sy. 204) Her ne kadar konu öğrencileri ilgilendiriyorsa da Fransız Danıştay’ı son derece özgürlükçü ve çoğulcu bir görüş belirterek,

din ve inanç konusunda bir kısıtlamanın genel ve herkesi kapsayan bir şekilde olmaması gerektiğini, somut olaylar üzerinden değerlendirilerek gerekiyorsa sadece ilgili bireyin cezalandırılması bunun bile diyalog yoluyla yapılması gerektiğini belirtmiştir. Fransız idari yargısı yukarıdaki gibi sadece görüş belirtmekle kalmamış aynı zamanda başörtüsü konusunu yargısal olarak ta incelemiş olup, bu bağlamda ilk kararını 1992 yılında vermiştir. Fransız Danıştay'ı bu kararında bir öğretim kurumunda dinsel amaçlı giysi veya işareti genel ve soyut olarak yasaklayan bir iç düzen işlemini hukuka aykırı bulmuş ve türban takma fiilinin kurumun iç düzenini bozup bozmadığının ve hizmetin normal işleyişini engelleyip engellemediğinin her somut olayda münferit olarak incelenmesi gerektiğine ve sadece bunlara uymayanlara ceza verilebileceğine hükmetmiştir. (Doç. Dr. Ali ULUSOY, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Eylül 2004, sy. 204) Fransa'da çok yakında kabul edilen burka ve çarşaf yasağı güvenlik ve kimliklerin belirlenmesi açısından değerlendirildiğinden başörtüsüyle ilgili olmadığını ifade etmekte yarar var.

VII-İNCELEME, ARAŞTIRMA VE SONUÇ

A-ANALİZ

46) Kamu Denetçiliği Kurumunun (Ombudsmanlık) konuyu değerlendirmesi şu şekilde olacaktır:

1-Temel Hak ve Özgürlüklerden düşünce, vicdan ve din özgürlüğü açısından

2-Çalışma Hakkı ve ödevine müdahale olup olmadığı özgürlüklerden yoksun bırakma olup olmadığının, bunun ulusal ve uluslararası mevzuata aykırılığın bulunup bulunmadığının tespiti ile bunlarla bağlantılı olarak;

3-Ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğini hukuk, kanun ve hakkaniyete uygunluk yönünden değerlendirilip sonuçlandırılacaktır. Hemen ilave edelim ki; İHAM'ın da benimsediği üzere özgürlüklerden yoksun bırakma ile özgürlüğün kısıtlanması aynı olmamakla birlikte, **özü itibariyle farklı olmadığını altını çizmek gerekir.**

Yukarıda ilgili III. bölümde ve ilgili paragraflarda bu hakla ilgili olarak gerek ulusal, gerekse uluslararası metinlere yer verildiğinden tekrardan kaçınmak için sadece atıfta bulunulmakla yetinilecek, "Anayasanın 90/5 maddesine öncelik verilerek İHAS ve İHAM yönünden incelenecektir.

B-TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

1-DÜŞÜNCE, VİCDAN VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ

47) Temel Hak ve Özgürlükler, klasik olarak negatif boyutuyla kavranır. Bu anlamda “haklar, devlete karşı kullanılır” Diğer bir anlatımla bunun anlamı devletin, temel hak ve özgürlüklerin kullanımına müdahale etmemesi yani saygı gösterme yükümlülüğüdür.

Devletin bir de pozitif yükümlülüğünün bulunduğu durumlar vardır. İnsan haklarının gerçekleştirilmesindeki koruyucu işlevi yani “koruma yükümlülüğü” bulunmaktadır.

48) İHAS’ın 9. maddesindeki düzenlemenin temel dinamiği din ve inancın bireysel veya kolektif olarak açıklanmasıdır. Kapsamı “**ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak**” şekillerinde ifade edilebilecektir. Özgürlüğün bireysel boyutu öncelikle bireyin dinini “açıklamama” özgürlüğüdür. Bunun yanında diğer önemli bir boyutu ise “bireye dini görüşlerine aykırı eylem ve davranışların” dayatılmamasıdır. **İHAM Bussorani ve diğerleri/son marine**, davasında mecliste İncil üzerine yemini Sözleşmenin 9. maddenin ihlâl olarak nitelendirmiştir.

49) İHAM, bir dinî vecîbenin yerine getirilmesinin yasaklamasını da Sözleşmenin 9. maddesine müdahale olarak kabul etmektedir. Bu kabullerin içerisinde misyonerlik faaliyetlerinin yasaklanması, dini kıyafetlerin giyilmesinin yasaklanması ve cezalandırılması gibi (Kokkinas v-Greece. 14307/88.25011983 pp. 20.58. Ahmet Arslan and other v-Turkey 41135/98-23/02/2010 Leyla Şahin/Türkiye)

50) Şikâyet konusu olmasa bile yeri gelmişken özgürlüklerin kolektif yönüne de değinmek, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün, kapsamını belirleme yönünden önemli bir gösterge sayılır. Buna göre “... din özgürlüğü öncelikle bireyin bireysel tercihi ile ilgili olmakla birlikte aynı zamanda bireysel tercihini aşan biçimde, kendisi dışında toplumun aynı inanışa sahip bireyleriyle birlikte toplum önünde paylaşılabilmesini ifade eder...” (İHAS ve ANAYASA, Editör Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU Avrupa Konseyi yayınları, Yrd. Doç. Dr. Lami Bertan TOKUZLU, “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü. sy. 333-353”)

51) Mahkemenin “devletlerin takdir yetkisi doktrini” çerçevesinde geliştirdiği “Avrupa Konsensusu” standardına geçmeden önce 1982 Anayasası ve Türk Anayasa Mahkemesinin bu özgürlüğü değerlendirmesine bakmakta yarar vardır. Zaten başörtüsü sorununun toplum

katmanlarında ve bireylerde derin travma yaratması Türk Anayasa yargısının gerçek anlamda uluslararası kriterlere uymaması, onu ölçüt almamasından kaynaklandığı tarafsız hukuk çevrelerince değerlendirilmektedir.

Bu bağlamda şunları ifade edebiliriz;

“Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Türkiye Cumhuriyet Devletinin temel karakterini belirleyen ve temel haklar rejiminin de ötesinde etkiler doğuran laiklik ilkesi ile bağlantısı nedeniyle, bugüne değin Anayasa Mahkemesinin tartışmalı kararlarına konu olmuştur... Anayasa Mahkemesi ..15. madde de olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak şekilde alanın içinde bulunan...bu özgürlüğü yorumlayış şekli sınırları oldukça daraltmıştır...” (Bkz. TOKUZLU age sy. 340-341) Yine Anayasa Mahkemesinin kararları yorumlayışı “metinden” değil, özellikle bu özgürlüğü katı laiklik çerçevesinde ele alışından kaynaklandığı için, İHAM kararları ile çelişmektedir.

Şöyle ki; “diğer yandan Anayasanın 2. maddesinde öngörülen laiklik ilkesi 24. maddedeki özgürlüğü güvence altına alan ama aynı zamanda bu özgürlüklerle çatışabilen bir anayasal ilkedir. din ve vicdan özgürlüğünün özellikle kollektif boyutu çerçevesindeki uygulaması laiklik ilkesiyle sık sık karşı karşıya gelmektedir...” (Bkz. TOKUZLU age sy. 350)

O halde Türk Anayasa Mahkemesinin özellikle geçmişteki karar ve yorumlarını İHAS ve İHAM’la uyumlu, evrensel hukuka uygun olduğunu söyleyebiliriz miyiz? Bu itibarla, zamana toplum dinamiklerine, uluslararası hukukun gösterdiği gelişime uygun olarak Anayasa Mahkemesinin (1986/11 E. 1986/26 K. 04/11/1986 tarihli kararındaki) devlet, laiklik, din yorumuna katılmak mümkün değildir. Ancak daha sonra Anayasa Mahkemesinin bu görüşünü özgürlüklerin genişletilmesinden yana kullanmış ve katı tutumunu terk etmiştir. (Bkz.p. 42)

İHAM’ın bir çok kararında “Avrupa Konsensusu” standardını uyguladığı bilinmektedir.

52) O halde nedir Avrupa Konsensusu standardı ? Bu, devletin takdir yetkisi doktrini çerçevesinde geliştirdiği ilkedir. Buna göre “sözleşmede düzenlenen standardın belirli bir yönde yorumlanması konusunda taraf devletler arasında bir konsensus mevcut ise, söz konusu uzlaşmadan uzaklaşacak bir uygulamaya yönelen devletin takdir yetkisi sınırlıdır.” Bu bağlamda (Bkz. Yukarıda V Mukayeseli Hukuk bölümü) mukayeseli hukuk gözetildiğinde başörtüsü konusunda Avrupa Konsensusunun hemen hemen sağlandığını söylemek abartılı bir yorum sayılmamalıdır. Yüzde olarak Avrupa ülkelerinin çoğu dini ritüelleri, giyimi, takıları,

örtüyü İHAS 9. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. O halde sözleşmeyi imzalayan Türkiye Cumhuriyeti Devletinin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü bağlamında başörtü konusunda takdir yetkisi sınırlıdır ve konsensus çerçevesinde İHAS ve İHAM uygulamalarına göre kamuda başörtüsü yasağının olmaması gerektiği söylenebilir. Diğer bir anlatımla başörtüsü tercihi sözleşmenin 9. maddesi kapsamında kalmaktadır.

53) Bu özgürlük “sözleşme” de mutlak bir hak olarak düzenlenmemiştir. 9. maddenin 2. fıkrasında belirtildiği üzere devlet bazı koşullar altında bu özgürlüğü sınırlayabilir. İstisnai de olsa bu sınırlamanın sözleşmeye uygun olduğunu devlet ispatlamak zorundadır. Kaldı ki Anayasanın 15. maddesindeki düzenleme İHAS’ın 9. maddesinden daha ileri bir düzenleme olup “kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı...” hükmünü içermektedir.

İHAM bu konuda üç ayrı ölçüt ortaya koymuştur;

1-Hukukilik; özgürlüğe müdahalenin meşru sayılabilmesi için “öngörülebilirlik” şarttır. Bir diğer anlatımla birey keyfi ve beklenmedik devlet müdahalesiyle karşılaşmaksızın belirli bir yasal çerçevede hareket edebilmelidir. Yasa yeterli derecede erişilebilir, öngörülebilir ve devletin keyfi müdahalelerini engelleyebilir olmalıdır. Yasa kavramı şeklen değil özü itibarıyla bu ölçüte uymalıdır.

2-Meşru Amaç: Bunlar “kamu güvenliğinin, kamu düzeninin genel sağlık veya ahlâkın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” amaçlarından biri olmalıdır. (Bu amaçlar İHAS’ın “özel hayatın ve aile hayatının korunması” ile ilgili 8. madde, ifade özgürlüğü ile ilgili 10. madde, Dernek kurma ve toplantı özgürlüğüyle ilgili 11. maddelerdeki amaçlara göre dar kapsamdadır.)

3-Demokratik Toplumda Gereklik: Bunun anlamı özetle, müdahalede bulunmak için zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç bulunup bulunmadığıdır. Bunu kuvvetli ölçülerde makul ve makbul gerekçelerle devlet ortaya koymalıdır. Ayrıca “Avrupa Konsensusunu” göz ardı etmemelidir. Şüphesiz bu durumda İHAM’ın “ikincilik ilkesi” uyarınca devletlere takdir yetkisi tanımaktadır. Ancak bunu yaparken “Etkili koruma ilkesi” yani özgürlükleri korumaya yönelik güvencelerin “teorik veya içi boş değil” fiili ve etkili olması gözetilecektir.

54) **Bu özgürlüğün sınırlandırılmasında toplumsal gereklik ne kadar baskın ise özgürlüğe müdahaleyi kabullenmek mümkün olabilir.** Ayrıca İHAM’ın gereklik

değerlendirilmesinde aradığı bir diğer önemli kriter, kamu menfaati ile bireysel menfaat arasındaki dengedir. Kamusal yarar (geniş toplum katmanları) ile bireysel yarar arasındaki denge gözetildiğinde kamusal yarar ön plana çıkmalıdır. Zira kadınlarımızın büyük çoğunluğu kılık kıyafetle ilgili başörtüsü yasağının mağduru olup, bu yasa toplumsal barışa büyük engel oluşturmaktadır.

55) Gereklilik değerlendirmesinde bir diğer önemli ölçüt “ölçülülük” ilkesidir. İHAM bir çok kararında bunu göz önüne almıştır. “Kullanılan araçlar ile izlenen amaç arasında makul ve ölçülü ilişki bulunmalıdır.” (Bkz. Cha’are Sholom ve Tsedek-Fransa. Por. 87.age sh.348)

56) Son olarak sınırlama rejiminin, sözleşmenin 15. maddesi açısından da önemli bir boyutu vardır. Devletler buna yanlış anlam vererek temel hak ve özgürlükleri sınırlandırırken maddenin özünü ve uygulamayı göz ardı edebilmektedir. 15. madde olağanüstü hallerde taraf devletlere yükümlülüklerini askıya alma yetkisi verirken, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemelidirler... Hatta İHAM “... sözleşme hükümlerinin çatışması karşısında dini inançlara (ve dolayısıyla 9. maddeye) daha fazla önem verilmesi gerektiğini belirttiği **Otto-Preminger davasında** ele almıştır. Bu davada; Devlet, ağırlıklı olarak Katolik inancına mensup kişilerin yaşadığı bir bölgede, yerel nüfusun dinî duygularını incitmesi muhtemel bir filmin gösterilmek istenmesi karşısında filme el konularak ve film üzerindeki hakkın kaybedilmesi kararı verilerek başvurusunun ifade özgürlüğüne (10. madde) müdahalede bulunmuştur. Mahkeme filme engel getirmesini başkalarının (dini) haklarının ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre; “... dinî görüşler ve inançlar bağlamında (kişiler için) başkalarını sebepsiz yere inciten ifadelerden elden geldiğince kaçınılması yönünde meşru bir yükümlülük öngörülebilir...” (D.J. Harris-M-O’BOYLE: E. P. Bates-C. M. Buckley, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku Avrupa Konseyi (2013) sh.450)

57) İHAM, Otto-Preminger davasının kararında eleştiri olmasına karşın bu yukarıdaki tutumunu sürdürmüştür. **Wingrove v. Birleşik Krallık davasında**, bir rahibenin çarpmıha gerilmiş İsa ile ilgili erotik düşleri hakkındaki bir filme Birleşik Krallık yetkililerince ruhsat verilmemesinin hristiyanların hassasiyetini koruma ihtiyacı ile haklı kılındığına karar vererek sürdürmüştür.” (Bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku age. sh. 451)

58) Bu konuda son yıllarda Türkiye’de Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve İlk Derece İdare Mahkemeleri, İHAS ve İHAM doğrultusunda kararlar verdikleri ve bu kararların da yukarıda

ifade edildiği gibi özgürlükçü bir anlayış sergilediği anlaşılmaktadır. (Bkz. Konuyla ilgili uygulamalar için p. 34, 35, 36) Bu paragraftaki tespitler en azından ilkeler bazında özgürlükle ilgili görüşleri içermektedir. (Bkz. p. 41, 42 ve en son Anayasa Mahkemesinin 2012/65 E., 2012/128 K. ilerde p. 60)

59) Leyla Şahin/ Türkiye davasındaki tespitler “başörtüsü yasağının” kaldırılmasına engel değildir. Bölüm V paragraf 33, 34’de ayrıntıları yazılı olduğu üzere bu konuda devlete takdir hakkı vermektedir. Ancak bu takdir hakkının mahkemenin denetiminde olduğu açıktır. Aynı kararda bu görüşümüzü destekleyen tespitlere yer verilmiştir. Şöyle ki;

60) Mahkeme, Karaduman-Türkiye (no.16278/90, 3 Mayıs 1993 tarihli komisyon kararı DR74,b.93) ve Dahlab/İsviçre (No 42393/98,AHİM 2001-V.) kararlarında; sözleşme organlarının, demokratik bir ortamda eğer türban giyilmesi takip edilen kamu düzeni, kamu güvenliği ve diğerlerinin hak ve özgürlüklerini koruma amacıyla uyumsuz ise, Devletin türban giyilmesini kısıtlamak için yetkili olduğuna karar verdiklerini dikkat çekmektedir... (Bkz. Leyla Şahin Türkiye davası 4. Daire Başvuru No 44774/98 sy. 20) Ancak kısıtlamalar yönünden devletin bu takdir hakkı mahkemenin denetimindedir.

İHAM kararlarında “sözleşme mekanizmasının rolünün temel olarak ikincil olduğunu ifade ederek, prensip olarak ulusal yetkililerin, yerel koşulları ve gereksinimleri, uluslararası bir mahkemeye göre çok daha iyi şekilde değerlendirme konumuna sahip olduğunu belirtmiştir.” (Bkz. Leyla Şahin Türkiye davası sy. 21, aynı yönde 7 Aralık 1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık kararı, Seri A no. 24)

Dolayısıyla ilgili yasal çerçevede hem de yüklenen özel önlem açısından, müdahale için “zorunluluğun” ilk değerlendirmesi/takdiri ulusal yetkililere aittir. Bu şekilde yapılacak değerlendirmenin kapsam ve sınırı, ulusal yetkililere bırakılmakla birlikte, yetkililerin kararı, sözleşme koşullarına uygunluk açısından, mahkemenin incelemesine tabîdir. (Bkz. Mutadis mutandis, Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık (GC), no.63022/97, 101,AİHM 2003-VIII.)

Devletlere bırakılan takdir yetkisinin sınırların belirlenirken sözleşme tarafından garanti altına alınan hakkın önemi, yasaklanan faaliyetlerin doğası ve yasaklamaların amacı dikkate alınmak zorundadır. (Bkz. Mutadis mutandis, Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 101 ve 25 Eylül 1996 tarihli) Bu davalarda, farklı çıkarlar ve tehlikede olan diğerlerinin hakları ve

özgürlükleri, yurttaşlar arasında huzursuzluğun önlenmesi kamu düzeninin gerekleri ve çoğulculuk arasında sağlanmak durumunda olan adil dengenin hesaba katılması zorunludur.”

Leyla Şahin-Türkiye kararında “başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu düzeninin ve güvenliğin korunması gereğiyle” çatışıyorsa başörtüsüyle üniversiteye girmenin yasaklanacağı belirtilmiştir. Diğer bir anlatımla “tehdit” varsa yasak söz konusu olabilir. O halde Türkiye için böyle bir tehdidin olup olmadığı değerlendirilmelidir. Türkiye’de baş örtülü olarak çalışanların kamu düzenini, güvenliğini salt başörtüsü kullanmaları sebebiyle ne şekilde tehdit ettikleri maddî vakıalarla ortaya konmamıştır. Bu sebeple anılan yasağın savunulması ve devamı mümkün görülmemektedir.

Anayasa Mahkemesi yukarıdaki ifade edildiği üzere daha önceki görüşlerinin aksine Resmî Gazetenin 18/04/2013 tarihli sayısında yayımlanan 20/09/2012 gün 2012/65 E., 2012/128 sayılı kararında laikliği iki kategoride incelemiştir. Anayasa Mahkemesi “katı laiklik” ve “özgürlükçü laiklik” olarak iki anlayış ve uygulama olduğunu belirterek, “Katı laiklik anlayışına göre dinin, bireyin sadece vicdanında yer bulan bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgu olduğu, laikliğin daha esnek ya da özgürlükçü yorumunda ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu tespitinden yola çıkmaktadır. Bu laiklik anlayışı, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsedmemekte, onu bireysel ve kollektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır. ...Demokrasi ve laiklik; devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak, bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasi düzenleri inşa etmektir... Laik devlet, resmi bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dini inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukukî düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir. Devletle dinin ayrılığı, din ve vicdan hürriyetinin bir gereği olmanın yanında, dinin siyasi müdahalelerden korunması ve bağımsızlığını sürdürmesi için de gereklidir. Devlet din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleşebileceği ortamın hazırlanmak için gerekli önlemleri almak zorundadır.” şeklindeki açıklamaları kadınların başörtüsü takmaları veya bu şekilde çalışmalarının evrensel laiklik ölçütüne aykırı olmadığını desteklemektedir.

2-ÇALIŞMA HAKKI VE ÖDEVİ;

61) Ayrıntıları ilgili hukuk ve mevzuat bölümünde açıklandığı üzere Anayasanın 49. maddesinde ifadesini bulan çalışma hakkı ve ödevi temel hak ve hürriyetlerden olup devlet, çalışma hayatını pekiştirmek, çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemek, çalışma barışını sağlamak gibi önemli görevler üstlenmiştir. Keza “**Devletin Temel Amaç ve Görevleri**” başlıklı 5. maddesinde “Devletin...kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir.”

Yine İLO (Uluslararası Çalışma Örgütü) çerçevesinde imzalamış olduğumuz Ayrımcılık (İş ve Meslek Sözleşmesi) de çalışanlar açısından uyulması ve uygulanması zorunlu uluslararası metinlerdir. Dolayısıyla toplumun yarı nüfusunu ve bu nüfusun içerisinde önemli bir oranı oluşturan başı kapalı hanımların çalışma hayatında, hukuka ve kanuna yanlış anlam yüklenerek dışlanması toplumumuzda önemli bir sorun olarak durduğu, bunun çözümünün gerektiği tartışmasızdır. Getirilen yasakla Anayasanın 5. ve 49. maddeleri gözetildiğinde devletin görevlerini yaptığını ve sayılı koşulları sağladığını söyleyebilir miyiz? Bu sorunun artık devlet tarafından ivedî çözüme kavuşturulması gerekliliği açıktır. Bu hakkın uluslararası andlaşmalar ile Anayasa çerçevesinde amaca uygun, ölçülülük ve toplumsal zorunluluk ölçütlerine göre kısıtlanabileceği koşullar ülkemizde bulunmamaktadır.

Yukarıda ifade edilen Eveyda ve diğerleri ve Birleşik Krallık davasında temel sorun sadece düşünce, vicdan ve dini özgürlüğüyle ilgili olmayıp, haç taktığı için işinden olan başvurucunun çalışma hakkıyla da ilgilidir. Başvurucunun dinini sergileme hakkına müdahale ve sonuçta işine son verme çalışma hakkının da ayrılmaz parçasıdır.

Başörtüsü yasağının kadınların çalışma hayatını kısıtladığı, bunu etkilemesinin sadece kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan veya çalışmak isteyen kadınlarla sınırlı olmadığı, söz konusu yasağın dolaylı olarak özel sektörde çalışan veya çalışmak isteyen kadınları da etkilediği bilinmektedir. (Bkz. TESEV Ekim 2010. “Başörtüsü Yasağı ve Ayrımcılık” isimli raporu)

O halde başörtüsü yasağı tartışılırken çalışma hak ve ödevi göz ardı edilmemeli birlikte değerlendirilmelidir.

3-AYRIMCILIK YASAĞI

Farklı Muamelenin Belirlenmesi;

62) Burada tespiti gereken şikâyet başvurusunda bulunanın asıl amacının ne olduğudur. İHAM bu konuda başvuruçunun farklı muamele gördüğü iddiasını aramakta olup şöyle dile getirmiştir; “Olağan bir ayrımcılık vakasında, başvuranın kendisi ile benzer durumda olan başka kişilerin daha olumlu muamele gördüğünü, kendisinin bu kişilerden farklı muamele gördüğünü iddia edecektir.” Vandel Mussele v. Belçika A.70 (1983); 6 ehrr 163 para 46 PC. D.J. Harris-M. O’Boyle- E. P. Bates-C. M. Buckley (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku D.J. Harris-M. O’Boyle- E. P. Bates-C. M. Buckley Avrupa Konseyi yayınlara 2013 sy. 602) Türkiye’de ise özellikle ceza mahkemesinde yargıç asıl maksada bakmakta ve onu aramaktadır. Diğer bir anlatımla kişi veya kişilerin asıl amaçları önemlidir.

Başvurucu farklı muamele gördüğünü öne sürmese de amacının bu olduğu, idarenin yazılı uyarısının ayrımcılık olduğunu öne sürdüğünün kabulü gerekir.

63) Ayrımcılık yasağına gelince başka cinsiyette olanlara ve başörtüsü kullanmayanlara bu uygulamanın yapılmadığı gibi başı açık kadınlara sağlanan iş imkânı başvurandan esirgenmemelidir.

İHAS’ın 14. Maddesi “Ayrımcılık yasağını” düzenlemektedir. Olayımızda şikâyet edenin amaç ve maksadına baktığımızda aynı zamanda cinsiyet ayrımcılığının da önlenmesini, ortadan kaldırılmasını istediği açıktır. Burada ülkenin sosyo-ekonomik durumunu ve cinsiyet ayrımcılığında kadının durduğu konum önem arz etmektedir.

64) Bu açıklamalar ışığında konu değerlendirildiğinde; başkalarının hak ve özgürlüklerini ve kamu düzenini koruma adına kadın çalışanların din ve inanç özgürlüğüne, çalışma hak ve ödevine başörtüsü yasağı yoluyla getirilen kısıtlama, bir cinsiyet grubu ile sınırlı kalmaktadır. Bu durum, sadece kadınların kamu düzenini bozacağı ön kabulü ile hareket edildiği anlamına gelmektedir. Ancak toplum ve istihdam alanı sadece kadınlardan ve kadın çalışanlardan oluşmamakta olup, toplumdaki cinsiyet çeşitlerinin kadın ve erkek olarak şekillendiği göz önüne alındığında dini yaşama ve onun emirlerini yerine getirme konusunda başörtülü kadınlarla aynı konumda olan erkeklere herhangi bir kısıtlamanın getirilememesi (en azından bir erkek başı kapalı diye veya favori, bıyığı vb nedenlerle uyarıldığı, disiplin cezası aldığı işten atıldığı tespit edilememiştir.) bir cinsiyet grubunun sırf cinsiyetinden dolayı

cezalandırılması anlamına geleceği düşünülmektedir. Bu durum devletin, başını hangi sebeple olursa olsun kapatma ihtiyacı hisseden vatandaşlarını veya çalışanlarını peşinen kamu düzenini bozduklarını kabul ettiği anlamına gelecektir. Demokratik bir toplumda cinsiyet ayrımcılığı anlamına gelecek olan bu durum söz konusu yönetmelik hükmünü açıkça Anayasaya aykırı hale getirecektir. Kaldı ki söz konusu yönetmeliğin belirttiği bütün hususlar (yukarıda örnekleri verilen) fiiliyatta uygulanmamaktadır.(ütülü ve sade ayakkabılar ve/veya çizmeler sade ve normal topuklu, boyalı, tırnaklar normal kesilmiş olur. Kolsuz ve çok açık yakalı gömlek, bluz veya elbise ile stretch, kot ve benzeri pantolonlar giyilmez. Etek boyu dizden yukarı ve yırtmaçlı olamaz. Terlik tipi (sandalet) ayakkabı giyilmez. vb. hükümler)

65) Çalışan bir kadının başını örtmesi, kendi gibi düşünmeyen insanların haklarına herhangi bir tecavüz olarak düşünülemeyeceği gibi; bu durum kamu ve çalışma düzenini bozucu hareket olarak da algılanmamalıdır. Zira kişinin başının açık ya da kapalı olmasının çalışma verimliliği üzerinde herhangi bir olumsuz etkisi olduğu düşünülemez. Aksine mevcut yasak, nüfusun çalışma niyetinde olan eğitilmiş, dinamik, üretken ve nitelikli bir kısmının üretim potansiyeli dışında tutularak katma değer üretmesi engellenmek suretiyle toplumun gelişmiş toplumlar seviyesine ulaşmasında değerlendirilememiş ve âtil bırakılmış olur.

66) Kaldı ki ülkemizde başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacını meşru gösterebilecek, din ve inanç hürriyetini kısıtlamayı haklı çıkarabilecek hiçbir veri ve olaya rastlanmamıştır. Bu nedenle yapılacak kısıtlamalar, varsayımlara dayanan muhtemel bir tehlike için temel bir hak olan din ve inanç özgürlüğünün tamamen kullanılmaz hale gelmesine izin vermek demek olacaktır. Hâlbuki demokratik ve çoğulcu bir toplumda temel hak ve özgürlükler korkulara dayalı varsayımlarla kısıtlanmamalıdır.

67) Temel hak ve hürriyetler konusunda Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu andlaşma ve sözleşme hükümlerine raporun III. Bölümünde yer verilmiş olup, özetle statü ayrımı yapılmaksızın her vatandaşın istediği dine inanabileceği, bu dinin gereklerini serbestçe yerine getirmesinin bireyin hakkı olduğu, bunlardan dolayı bireyin suçlanamayacağı ve kınanamayacağı bu hakların hiçbir şekilde kullanılamaz hale getirilemeyeceği, ancak istisnai olarak bazı durumlarda kısıtlanabileceği ifade edilmiştir.

“Başörtüsünün kamu çalışanlarınca görev mahallinde kullanılmasına getirilecek herhangi bir kısıtlama, bireyin kendi bedeni üzerindeki tasarruf hakkını ortadan kaldırmakla eşdeğer olup, bireyler arasında eşitsizliğe neden olmakla birlikte bireyin devletine olan güvenini

zedeyecek, toplumdaki düzeni bozabilecektir...Esasen çağdaş ve demokratik bir toplumda kılık kıyafet düzenlemesi kişilerin bireysel hakları ve tercih özgürlükleriyle çelişen uygulamalar yer almamalıdır.” (Bkz. Doç. Dr. Ulvi SARAN agm’ler)

Bu değerlendirme bizce de yerinde olup değerlendirmenin İHAS ve İHAM kararlarıyla bir çelişkili olmadığı aksine paralellik arz ettiği görülmektedir. Saran’ın da ifade ettiği gibi, siyâset bilimcilerinin evrensel hukuk kuralları ve özgürlükler çerçevesinde yapacakları çalışmalar ile önerilerinin sorunun çözümünde yol gösterici olacağı kuşkusuzdur.

68) Yukarıda değinildiği üzere konunun diğer ve yine önemli bir boyutu cinsiyet ayrımcılığı ve sosyo-ekonomik hayatta kadının rolüdür. Ülkemizde kamu istihdamının büyüklüğü ve etki alanı göz önüne alındığında, başörtülü kadınların geniş istihdam olanakları olan böyle bir alandan peşinen dışlanmaları anlamına gelebilecektir. Söz konusu yasak, dünya kamuoyunun da dikkatini çekmiştir. Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi(CEDAW) 2010 yılında yayımlanmış olduğu tavsiye kararlarında toplumsal hayatta ve eğitim hayatında başörtüsü yasağının etkilerinin istatistiksel olarak bir çalışmasının yapılmasını tavsiye ederek bu konudaki endişesini belirtmiştir. Ayrıca, Türkiye’de sosyal, ekonomik ve politik hayatta kadınların rolüne ilişkin Avrupa Parlamentosu Önergesinde; başörtüsü kullanan kadınlara çalışma hayatında cinsiyet ayrımına dayanan dolaylı bir ayrımcılık yapıldığını ifade ederek konunun cinsiyet ayrımı boyutuna dikkat çekmiştir. (13 Şubat 2007, Strasbourg (2006/2214(INI))

69) Öte yandan ayrımcılık veya farklı bir muamelenin tespitinde İHAM üç kriteri esas almaktadır.

1-Olaydaki işlemin, eylemin ya da eylemsizliğin amacı ile sonucu arasındaki ilişki

2-Araç ile gerçekleştirilmek istenen sonuç arasındaki orantılılık

3-Bu işlemin toplumun yaşamını düzenleyen hukuki ve fiili unsurlara bakılarak değerlendirilmesidir. (Prof. Dr. Osman Doğru. Dr. Atilla Nalbant. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (açıklama ve önemli kararlar) ikinci cilt sy. 603-607 T.C. Yargıtay Başkanlığı 2013 1. baskı)

Nitekim İHAM Sidabras ve Dziautas-Litvanya davasında eski rejimde gizli servisin hizmetinde çalışmış olan başvuruculara bazı kamu ve özel sektör alanlarında çalışma yasağı getirilmiş idi. Çalışma yasağını ihlal eden bu başvuruda mahkeme olayı çalışma hakkının ihlâli yönünden değerlendirmeyip bu olayın 8. madde kapsamına girdiğini belirlemiştir.

“...çünkü devletin koyduğu kısıtlama ‘bu kişilerin dış dünya ile ilişkiler kurma imkânının çok ciddi ölçüde etkilemiş, geçimlerini temin etme bakımından onlar için ciddi zorluklar yaratmış ve bu durum onların özel yaşamları üzerinde çok açık sonuçlar doğurmuştur” diyen mahkeme yukarıdaki ölçütleri de gözeterek bu davada ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. (Bkz. Doğru-Nalbant age sy. 606-607)

Mahkeme “cinsiyet” temelinde ayrımcılığın “şüpheli kategori” olduğunu Abdülaziz davasında ortaya koymuştur. Bu Birleşik Krallıkta çalışan evli kadınların eşlerinin Birleşik Krallığa alınmaması ile ilgili dava idi. Mahkemeye göre; “cinsiyet eşitliğini ilerletmenin bugün Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin başlıca hedeflerinden biri olduğu söylenebilir. Bu demektir ki cinsiyet esasına dayanan farklı bir muamelenin sözleşme’ye uygun görülebilmesi için çok önemli sebepler ileri sürülmelidir... Kadınlara her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılması Avrupa Konseyi üyesi devletlerinde genel bir ilke olarak kabul edilmiş iç hukukta ve bölgesel ve uluslararası sözleşmelerde teyit edilmiştir.” **Ünal Tekeli-Türkiye davasında “Farklı bir muameleyi haklı kılacak ‘mücbir sebepler’ gösterilmeden muafiyetlerin veya yardımların kural olarak erkeklere ve kadınlara adil bir biçimde sunulmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir.” (Bkz. Doğru-Nalbant age sy. 612-613)**

Ayrımcılığın bir de din temelli ayrımcılık yönüne kısaca değinmek gerekir. Din özgürlüğü hakkı sözleşmenin 9. Maddesinde korunmaktadır. “Sözleşmede yer alan bir haktan yararlanma bakımından din temelli ayrımcılık ile din özgürlüğü hakkının kendisinden yararlanma ile ilgili ayrımcılık arasında potansiyel olarak fark gözetilmelidir.” sonucuna varılmıştır... Eğer bir devlet bir din açısından bazı dinlerde insan hakkı tanıyıp bazı dinlerde tanımazsa 9. madde ile birlikte 14. Madde gündeme gelebilecektir, ancak tüm dinlere eşit davranıldığı sürece ayrımcılık ortaya çıkmayacaktır. (Bkz. (Bkz. Doğru-Nalbant age sy. 615-616)

70) Sonuç olarak on yıllardır ülkemizde zoraki soruna haline getirilen “kılık kıyafet” diğer bir ifadeyle “başörtüsü yasağı” konusunun çözümü gerekir. Toplumsal dinamikler bunu zorunlu kılmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere “başörtüsü yasağı” ve bunun dayanağı olarak gösterilen 25/10/1982 tarihli ve 17849 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmeliğin” kaldırılması ya da değiştirilmesi gerekmektedir.

Bu yasak özetle;

Temel hak ve özgürlüklerden Anayasada belirtilen (madde 5, 10, 24, 49) din ve vicdan özgürlüğüne, çalışma hak ve ödevlerine, ayrımcılık yapmama yasağına aykırıdır.

İmzalamış bulunduğumuz BM Evrensel Bildirgesi (madde 7) İHAS (madde 9, 14, 17, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (madde 18,19), Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin Maddi Hükümleri (madde 2, 11), Avrupa Sosyal Şartı (Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi) (bölüm I) Ayrımcılık (İş ve Meslek Sözleşmesi) (madde 1, 2), Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri (madde 1, 2, 3, 4, 5, 7) Kadınlara Karşı Şiddetin Tasfiyesine Dair Bildiri vb. gibi ulusal ve uluslararası metinlere aykırıdır.

Devlet kişilerin (kamuda veya özelde) bıyığı, favorisi, pantolonu, elbisesi, saç, baş, ayakkabısıyla vs. ilgilenmez. Tüm demokratik ülkelerde kabul görmüş genel ve soyut ifadelerle düzenleme ihtiyacı olabilir. Devlet büyüklerine atıfta bulunarak yönetmelikte yer verme, bu tür yasaklar onlara atfedilebileceğinden, onların büyüklüklerini ve halkın gönlündeki müstesna yerini zedeler. Kurallarda evrensel, makul, kabul edilebilir olmak, aşırılığa kaçmayacak, kadın ve erkeğin yaptığı göreve uygun vb. ibareler yeterli olabileceği gibi bu bağlamda yönetimin gözetimi de vurgulanabilir.

Ayrıca bu yasak İHAM'ın kararlarında temel hak ve özgürlükler bakımından "Hukukilik" "Meşru Amaç", "Demokratik Toplumda Gereklik" ölçütlerine dayanarak yaptığı yorumlara, (Bkz. p. 53 ila 60) "Avrupa Konsensusu" (p. 52) ve kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengenin gözetilmesi gerekliliğine de uygun değildir.

Öte yandan, toplumda "ötekileştirmenin" başlangıcı olan bu uygulamadan ivedi olarak vazgeçilmesi toplumsal barış açısından zorunludur. Başörtüsü yasağının sürdürülmesi istekleri kamusal yarar ve ötekileştirmenin zararları gözetildiğinde her yönden ülkemiz ve halkımız yararına değildir.

VIII-HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A-HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ

Anayasamızın 5. maddesinde, "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve

hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”, 10. maddesinde, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.”, 13. maddesinde; “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”; 24. maddesinde “Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.”; 38. maddesinde, “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”, 48. maddesinde; “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir...”, 49. maddesinde “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alır. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.”, 90. maddesinde ise; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." kurallarına yer verilmiştir.

Düşünce din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 18. maddesinde; düzenlemeler yapılarak hiç kimsenin kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu benimseme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıya maruz bırakılmayacağı, bir kimsenin kendi dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlüğüne ancak yasalarla belirlenen ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlâkını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebileceğine işaret edilmiştir.

Öte yandan, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun “Kıyafet mecburiyeti” başlıklı Ek 19. maddesinde “Devlet memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin öngördüğü kılık ve kıyafet

kurallarına uymak mecburiyetindedir” hükmü yer almakta olup, 25/10/1982 tarih ve 17849 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fıkrasında devlet memurları olarak çalışan kadınların elbise, pantolon, eteklerinin temiz, düzgün, ütülü olması, ayakkabılar ve/veya çizmelerin sade ve normal topuklu ve boyalı olması, **görev mahallinde başlarının daima açık**, saçlarının düzgün taranmış veya toplanmış olması, tırnaklarının normal kesilmiş olması, ancak bazı hizmetler için özel iş kıyafetleri varsa görev sırasında kurum amirinin izni ile bu kıyafetlerin kullanılması, kolsuz ve çok açık yakalı gömleğin, bluz veya elbise ile stretch, kot ve benzeri pantolonların giyilmemesi, etek boyunun dizden yukarı ve yırtmaçlı olmaması, terlik tipi (sandalet) ayakkabı giyilmemesi gerektiği hususlarında düzenlemelere yer verilmiştir.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri ile Anayasamızın 13. ve 38.maddeleleri birlikte değerlendirildiğinde; temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilceği, ikincil mevzuatla bir sınırlandırmanın mümkün olmadığı, kanunlarda ikincil düzenlemelere atıf yapılarak bir sınırlandırmanın yapılamayacağı, ayrıca kanunlarda açıkça tanımlanmayan eylemlere suç sayarak ceza verilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Şikâyet dosyanın incelenmesinden; Turgutlu İlçe Emniyet Müdürlüğünde memur olarak çalışan şikâyetçinin mesai saatleri içerisinde Kılık Kıyafet Yönetmeliğine uygun hareket etmediği gerekçesiyle Müdürlük tarafından yazı ile ikaz edildiği, bunun üzerine şikâyetçi tarafından “inancımдан ötürü kullandığım başörtülü olarak görevimi yapabilmem Anayasal hakkımdır. Bu çerçevede idarenin aldığı tasarrufun yanlışlığının tespitini, idarenin bu konuda bilgilendirilmesini, hukuksuz kararından vazgeçmesinin sağlanmasını” konulu talebi ile kurumumuza şikâyet başvurusu yapıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, şikâyet konusuna ilişkin ilgili idarenin konuya ilişkin görüşleri istenilmesine rağmen söz konusu ikaz yazısının neden tesis edildiğine ilişkin bir görüş gönderilmemiş ise de; şikâyetçinin başvuru formu ve ek belge incelendiğinde, ilgili idarenin şikâyetçiye Kılık Kıyafet Yönetmeliğine uygun hareket etmediği gerekçesi ile ikaz konulu bir yazı tebliğ ettiği, söz konusu yazıda; “Müdürlüğümüz Trafik Tescil ve Denetleme Büro Amirliğindeki mesai saatlerinde görev yaptığınız süre içerisinde Kılık Kıyafet Yönetmeliğine uygun hareket etmediğiniz müşahede edilmiş, birim Amirleriniz tarafından defaten şifahi olarak yapılan uyarılara rağmen bu tutumunuzda ısrar ettiğiniz tespit edilmiştir. Bu sebeple; bundan sonraki görevinizde Yönetmelik hükümlerine uygun hareket etmeniz için sizi bir kereye mahsus

olmak üzere yazılı olarak İKAZ ediyorum. Bu ve buna benzer olumsuz hareketlerinizin tekerrürü halinde hakkınızda disiplin soruşturmasının açılacağı bilinmesi hususunda bilgilerinizi rica ederim” şeklinde ihtarda bulunulduğu açıktır. Yazıda da ifade edildiği üzere şikâyetçinin içinde bulunduğu tutumun devam etmesi halinde kendisi ile ilgili olarak bir disiplin soruşturmasının başlayacağı anlaşılmaktadır. Şikâyetçinin, tutumunun Anayasal bir hakkı olduğu gerekçesi ile idarenin kararını hukuksuz görmekte ileride karşı karşıya kalmak durumunda olabileceği herhangi bir soruşturmaya ve cezaya engel olmak düşüncesiyle kurumumuza gereği için başvuruda bulunduğu anlaşılmıştır.

Anayasamızın 13. maddesi uyarınca; bir düzenleyici işlemin hiyerarşik olarak bağlı bulunduğu üst hukuk normlarında düzenlenen konuların, genel ve objektif kuralları açıkça içermesi gerekmektedir. Üst hukuk normlarında açık bir düzenlemeye yer verilmediği durumlarda bir hakkın kullanımının engellenmesi ya da kısıtlanması sonucunu doğuran bir başka düzenleme yapılması hukuken mümkün değildir. Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ancak bu maddelerde belirlenen sebeplerin varlığı halinde özlere dokunulmaksızın ve bu sebeplere dayalı olarak kanunla kısıtlanabilmesi mümkündür. Bu kısıtlamaların ise; Anayasanın özüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı yine Anayasada düzenlenmiştir.

Diğer yandan, Anayasamızın 38. maddesindeki “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi uyarınca, ceza yaptırımına bağlanan her bir eylemin tanımının yapılması ve yasanın ne tür eylemleri suç sayarak yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Sözü edilen suç tanımlaması yapıldıktan sonra, suçun karşılığı olan cezanın ve suç sayılan eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin hangi disiplin kuralını ihlal ettiğinin/edeceğinin açık bir şekilde ortaya konulması da zorunludur. Şikâyetçinin söz konusu eylemi, mevzuatta öngörülen tanıma uymuyorsa verilen disiplin cezasının hukuka aykırı olacağı açıktır. Bu hâliyle, anılan eylemin 657 Sayılı Kanun'un 125. maddesindeki hükümlerle örtüşmediği ve disiplin hukukunda yer alan tipiklik şartının gerçekleşmediği de ortadadır.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere; şikâyet konusu olayın dayanağı olan 25/10/1982 tarih ve 17849 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “**başları daima açık**” ifadesi Anayasamızın 13. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekirken düzenlenmediği, dolayısıyla Kanunda yer almayan bu ibâreye anılan

yönetmelikte yer verilmek suretiyle Kanunun amacını aşan nitelikte bir kısıtlama getirildiği anlaşılmıştır. Böylece, dayanağı üst hukuk normunda bu konuda herhangi bir kısıtlama ya da engelleme bulunmadığı halde söz konusu maddede yer alan bu belirlemenin, Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış olan çalışma hak ve özgürlüğünün ve yine bu düzenlemelerle güvence altına alınmış olan din ve vicdan özgürlüğüne bağlantılı olarak ihlal edilmesi sonucunu doğuracağı da açıktır.

Nitekim 43 ve 44. paragraflarda yer alan Danıştay 8. Dairesinin 15/11/2012 tarih ve E:2012/5257 sayılı yürütmeyi durdurma kararı ile Danıştay 12. Dairesi'nin 21/11/2012 tarih ve E:2012/3480, K:2012/9158 sayılı kararları görüşümüzü destekler mahiyettedir.

Bu itibarla, yukarıda yer açıklamalar dikkate alındığında; Anayasaya ve hukuka aykırı bir şekilde yönetmelikle getirilen bir sınırlama esas alınarak Turgutlu İlçe Emniyet Müdürlüğünün şikâyetçiye hitaben yazdığı 05/04/2013 tarih ve 51144362.57335.(32378)/13 sayılı yazının da hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

B-HAKKANİYETE UYGUNLUK DENETİMİ

Hukuka aykırı olan bir işlemin hakkaniyete aykırı olacağı tartışmasızdır. Bir an için işlemi hukuka uygun olduğu savunulsa dahi yukarıda îzah edildiği üzere kamu yararı toplumsal barış, büyük bir kesimin mağduriyeti, şikâyet konusu olmamakla birlikte aynı yasak kapsamında değerlendirilmesi zorunlu olan okullarda “başörtüsü yasağı” kızlarımızın eğitim hakkını ve ayrımcılık yasağını ihlâl, kamuda çalışan kadınlarımız yönünden de temel hak ve özgürlükleri, ayrımcılık yasağını vb. ihlâl oluşturduğu açıktır. O halde işlem ve yasağın sürmesi, raporun 9, 10, 11, 12, 13 numaralı paragraflarda yer alan ulusal mevzuat hükümleri, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 numaralı paragraflarda yer alan uluslararası mevzuat hükümleri, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 numaralı paragraflarda yer alan mukayeseli hukuk düzenlemeleri, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45 numaralı paragraflarda yer alan şikâyet konusuna ilişkin uygulamalar, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60 numaralı paragraflarda yer alan düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne ilişkin açıklamalar, 61 numaraları paragrafta yer alan çalışma hakkı ve ödevine ilişkin açıklamalar, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70 numaralı paragraflarda yer alan ayrımcılık yasağına ilişkin uygulamalar uyarınca hakkaniyete de aykırıdır. Yasak ve şikâyette bulunana karşı yapılan işlemde “ihtiyaca uygunluk”da bulunmamaktadır.

IX-HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN İLGİLİ MEVZUAT

1-Dava açma süresinin yeniden başlaması

14/06/2012 tarihli ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 21. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bu tavsiye kararı üzerine otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis edilmez veya eylemde bulunulmaz ise durmuş olan dava açma süresinin kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır.

2-İlgili idarenin işlemine karşı yargı yolu

2709 Sayılı 1982 Anayasası'nın Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması Başlıklı 40. maddesinin 2. fıkrasında, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." Hükmü yer almakta olup, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ilgili idarenin işlemine karşı 60 günlük dava açma süresinden arta kalan süre içinde Manisa İdare Mahkemesine yargı yolu açıktır.

X-KARAR

Yukarıda izah ve açıklanan gerekçelere göre:

1) 25.10.1982 tarih ve 17849 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 16/07/1982 tarih ve 82-5105 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına ilişkin Kamu Kurum ve Kuruluşlarında çalışan personelin Kılık ve Kıyafetine dair Yönetmeliğin 1. ve 5. maddelerinin; Anayasamızın Cumhuriyetin Temel Nitelikleri başlıklı 2. maddesi, Devletin Temel Amaç ve Görevleri başlıklı 5. maddesi, Kanun Önünde Eşitlik başlıklı 10. maddesi, Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü başlıklı 11. maddesi, Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği başlıklı 12. maddesi, Din ve Vicdan Hürriyeti başlıklı 24. maddesi, Çalışma Hakkı ve Ödevi başlıklı 49. maddesi, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. Maddesinin D fıkrasının (ı) bendine, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 7. maddesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin; Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü başlıklı 9. maddesi, Ayrımcılık Yasağı başlıklı 14. maddesi, Hakların Kötüye Kullanımının Yasaklanması başlıklı 17. maddesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 18 ve 19. maddeleri, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi başlıklı 2 ve 11. maddelerine aykırı olduğundan iptali ile yürürlükten

kaldırılması, “Aşırılığa kaçmayacak sade bir kılık kıyafet” çerçevesinde kısa ve öz yeni bir yönetmeliğin çıkarılmasının uygun olduğu,

2) Bu olmadığı takdirde 1 nolu bent çerçevesinde anılan yönetmeliğin 1 ve 5. maddelerinin yürürlükten kaldırılması,

3) İlk iki bent yerine getirilmesi mümkün görülmediği takdirde, anılan yönetmeliğin 5. maddesinde yazılı “görev mahallinde baş daima açık” ibaresinin yönetmelikten çıkarılması hususlarında,

Başbakanlık Makamına,

Şikâyet Başvurusunda bulunan hakkında işlem yapan Turgutlu İlçe Emniyet Müdürlüğünün yazılı uyarısının geri alınması yönünde tasarrufta bulunması için hiyerarşik makam olan **İçişleri Bakanlığına TAVSİYE’de (ÖNERİ)** bulunulmasına,

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, merciince (Başbakanlık, İçişleri Bakanlığı) bu karar üzerine tesis edilecek işlem ya da tavsiye edilen çözüm uygulanabilir nitelikte görülmediği takdirde gerekçesinin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna, bu kararın gereği için Başbakanlığa ve İçişleri Bakanlığına, bilgi için şikâyetçiye ve Turgutlu İlçe Emniyet Müdürlüğüne tebliğine, Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisince karar verildi.

M. Nihat ÖMEROĞLU

Kamu Başdenetçisi