

YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA UYGULANAN BAŞÖRTÜSÜ YASAĞI: HUKUKİ SÜREÇ VE MEVCUT DURUM

*The Headscarf Ban in Higher Education
Institutions: Legal Process and Current Situation*

Muhammed GÖÇGÜN*

Saliha Merve KAYA**

Öz

Ülkemizde diğer kamu kurumlarında olduğu gibi yükseköğretim kurumlarında da uzun yıllar devam eden başörtüsü yasağı, Yükseköğretim Kurulunun ya da ilgili yükseköğretim kurumunun tesis ettiği idari işlemlerle uygulanabilmiştir. Bununla birlikte yasal bir dayanağı bulunmayan söz konusu yasağa yüksek yargı organlarının

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: muhammed.gocgun@ankaramedipol.edu.tr., 0000-0003-3918-759X.

** Arş. Gör., İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: saliha.kaya@ihu.edu.tr., 0000-0002-4108-3725.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 16.04.2023.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 23.06.2023.

Atıf/Citation: Göçgün, Muhammed ve Saliha Merve Kaya. "Yüksek Öğretim Kurumların Uygulanan Başörtüsü Yasağı: Hukuki Süreç ve Mevcut Durum." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2023): 267-341.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



verdiği kararlarla da hukuki meşruiyet kazandırılmaya çalışılmıştır. Nitekim yükseköğretim kurumlarındaki öğrencilerin temel hak ve özgürlüklerinin Anayasa'daki açık düzenlemelere rağmen ihlali anlamına gelen başörtüsü yasağı uygulaması, herhangi bir yasal değişikliğe gerek duyulmadan hukuk devleti ilkesi doğrultusunda hareket eden kamu görevlilerinin tasarruflarıyla son bulmuştur. Anayasa Mahkemesi ise benimsemiş olduğu çoğulcu laiklik ilkesi doğrultusunda verdiği bireysel başvuru kararlarında başörtüsü yasağının; din özgürlüğünün, eğitim hakkının ve ayrımcılık yasağının ihlali anlamına geldiği yönünde hukuki gerekçeler ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesinin söz konusu içtihatlarından uzun bir süre geçtikten sonra Aralık 2022'de, yükseköğretim kurumlarında öğrenim gören başörtülü öğrencileri de kapsayacak şekilde tüm başörtülü kadınların temel hak ve özgürlüklerinin anayasal düzeyde güvence altına alınmasını amaçlayan Anayasa değişikliği teklifi Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanlığına sunulmuştur. Başörtüsü yasağına ilişkin bir Anayasa değişikliği yapılması durumunda; hukuki bir dayanağı bulunmamasına rağmen yükseköğretim kurumlarında çok uzun bir süre fiilen uygulanmış olan söz konusu yasak, anayasal olarak, daha somut ve kesin bir şekilde ortadan kaldırılmış olacaktır.

Anahtar kelimeler: Başörtüsü yasağı, Anayasa Mahkemesi, Temel Hak ve Özgürlükler, Kanunilik.

Abstract

The headscarf ban, which continued for many years in higher education institutions, as in other public institutions in our country, has been implemented through administrative actions taken by the Council of Higher Education or the relevant higher education institution. Furthermore, the ban, which has no legal basis, has been tried to uphold legality with the decisions of the higher judicial bodies. Thus, despite the clear regulations

in the Constitution, the headscarf ban, which means a violation of the fundamental rights and freedoms of students in higher education institutions, ended with public officials acting in line with the rule of law without the need for any legal amendment. On the other hand, the Constitutional Court of the Republic of Turkey stated that the headscarf ban in its individual application decisions, in line with the pluralist secularism principle, put forward legal justifications that include violating freedom of religion, the right to education and the prohibition of discrimination. In December 2022, long after the Constitutional Court's jurisprudence, a constitutional amendment proposal was submitted to the Presidency of the Turkish Grand National Assembly, aiming to constitutionally guarantee the fundamental rights and freedoms of all headscarved women, including headscarved students studying in higher education institutions. In the event of a constitutional amendment on the headscarf ban, the ban, which has been de facto applied in higher education institutions for a very long time despite having no legal basis, will be constitutionally abolished in a more concrete and definitive manner.

Keywords: Headscarf Ban, Constitutional Court, Fundamental Rights and Freedoms, Legality.

GİRİŞ

Türkiye’de yükseköğretim kurumlarının başörtülü öğrencilere yönelik sergilediği ilk olumsuz tutum, 1964 yılında, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesini birincilikle bitiren Gülşen Ataseven’in geleneksel olarak fakülte birincilerinin yaptığı mezuniyet konuşmasını yapmasına engel olunmasıyla ortaya

çıkıştır.¹ Lisans eğitimi devam ederken başörtüsü nedeniyle mağduriyet yaşayan ilk kişi ise 1968 yılında Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesinden başörtülü şekilde derslere girdiği gerekçesiyle ihraç edilen Hatice Babacan'dır.² Bu tarihten sonra özellikle 1982 yılının aralık ayından itibaren gerek Yükseköğretim Kurulunun (YÖK) idari tasarrufları ve yükseköğretim kurumlarının uygulamaları gerekse yüksek yargı organlarının başörtüsü yasağının hukuka uygun olduğuna ilişkin aldıkları kararlarla yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağı ülkemizde uzun yıllar uygulanmıştır.

Yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağının 2023 yılında yayımlanması planlanan bir makaleye konu yapılmasının çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Bu sebeplerin en önemlilerinden biri, başörtüsü yasağının hukuka aykırılı olduğunun, AYM'nin (AYM) bireysel başvuru sonucu 2018 yılında verdiği *Sara Akgül* kararıyla kesin biçimde tespit edilmiş olmasıdır. Zira bu kararla; gerek yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağına dayanak olarak gösterilen AYM'nin 1989 ve 1991 yıllarında verdiği kararların hukuki eleştirisi yapılmış gerekse yargı organları ve kamu görevlilerinin on yıllardan beri laiklik ilkesine yükledikleri anlam ve bu ilkeyi yorumlayışlarındaki çarpıklık ortaya konulmuştur. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin mezkur kararları ele alınarak başörtüsü yasağının ülkemizdeki seyri ve Mahkemenin başörtüsü yasağına ilişkin sahip olduğu bakış

¹ Fatma Barbarosoğlu, "Başörtülülerin Tarihine Küçük Bir Katkı," *Yenişafak Gazetesi*, erişim tarihi Şubat 1, 2023, <https://www.yenisafak.com/yazarlar/fatma-barbarosoglu/baortululerin-tarihine-kucuk-bir-katki-46735>

² Fatma Benli, *1964-2011 Türkiye'de Ve Dünyada Başörtüsü Yasağı Kronolojisi* (İstanbul: Mazlumder, 2011), 11, erişim tarihi Şubat 1, 2023, <https://www.mazlumder.org/fotograf/yayinresimleri/dokuman/turkiyede-dunyada-basortusu-yasagi-kronolojisi.pdf>

açısındaki değişikliğin incelenmesi önem arz etmektedir. Diğer yandan; konuya ilişkin olarak 2022 yılı sonunda Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) tarafından TBMM'ye sunulan Anayasa değişikliği teklifi, başörtüsü meselesinin güncelliğini muhafaza ettiğini gösteren ve konunun yeniden incelenmesini gerekli kılan bir diğer husustur.

Çalışma, yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağını konu edindiğinden başörtüsü yasağının farklı tezahürleri çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur. Bu kapsamda; yükseköğretim kurumlarına kayıtlı öğrenciler dışındaki kişilere uygulanan başörtüsü yasağına ilişkin yargı içtihatlarına ve tartışmalara çalışmada yer verilmemiştir. Bunun yerine çalışmada; üniversite öğrencileri bakımından yasağın başlangıcından itibaren YÖK'ün kabul ettiği konuya ilişkin düzenlemeler ve Danıştayın başörtüsü yasağına ilişkin verdiği kararlar özellikle idare hukuku bakımından ele alınmıştır. Bununla birlikte ülkemizde uzun yıllar yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağının dayanağı olarak gösterilen; AYM'nin 1989 ve 1991 yıllarında verdiği kararlar ile 2008'de yapılan *Anayasa değişikliğinin Anayasa'ya aykırı bulunduğu* ve bu nedenle özgün nitelik taşıyan karar da çalışmada yer bulmuştur. Son olarak yine AYM'nin başörtüsü yasağının temel hak ve özgürlüklerin ihlali anlamına geldiğine ilişkin 2014 ve 2018 yıllarında verdiği bireysel başvuru kararları ve 2022 yılında TBMM'ye sunularak Anayasa Komisyonunda kabul edilen Anayasa değişikliği teklifi de çalışmanın kapsamına dahil edilmiştir. Buna karşılık çalışma kapsamında; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) başörtüsü yasağının din özgürlüğü ve eğitim hakkı bakımından ihlal oluşturmadığı yönünde verdiği *Leyla Şahin* kararlarının çalışmanın kapsamını sınırlı tutmak ve hacmini daha fazla genişletmemek adına incelenmediği belirtilmelidir.

I. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA BAŞÖRTÜSÜ YASAĞI VE YÖK'ÜN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ

A. Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği Öncesi Dönem

Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği³, YÖK tarafından 1985 yılında kabul edilmişti. Bununla birlikte söz konusu Yönetmelik henüz yürürlüğe girmemişken yayımlanan 20.12.1982 tarihli genelgeyle, yükseköğretim kurumlarında başörtüsünü yasaklayan bir düzenleme getirilmişti. Söz konusu genelgede şu hükümler yer almaktaydı:

“b. Yabancı uyruklu öğrenciler de dahil olmak üzere, bütün kız ve erkek öğrencilerin, elbise, gömlek ve ayakkabıları temiz, düzgün ve sade olacak; başı açık olacak ve kurum içinde baş örtmeyecektir.”⁴

Bu düzenlemenin ardından 10.5.1984 tarihinde yayımlanan genelgede ise yükseköğretim kurumlarında “modern bir şekilde türban”ın serbest olduğu, şu şekilde ifade edilmekteydi:

“20 Aralık 1982 tarihli genelge ile ilgili olarak yapılan görüşmelerde, yükseköğretim kurumlarında öğrenim gören kız öğrencilerin başlarının açık olması esası yer almış olmasına rağmen, bazı yükseköğretim kurumlarında, sayıları az da olsa kız öğrencilerin müessese içinde başörtüsü kullandıkları konusu üzerinde durarak bu durumun etkin bir surette önlenmesi gerektiği; ancak modern bir şekilde ‘türban’ kullanılabilceği görüşü çoğunlukla benimsendi.”⁵

³ RG, 13.01.1985

⁴ YÖK, Karar No: 7327. Aktaran: Kübra Yanıkoğlu, “Modernleşme Ve Kadın Bedeni Bağlamında Türkiye’de Başörtüsü Sorunu,” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014), 55.

⁵ YÖK, Karar No: 84.15.527, Aktaran: Yanıkoğlu, “Modernleşme Ve Kadın Bedeni Bağlamında Türkiye’de Başörtüsü Sorunu,” 55.

YÖK'ün bu kararla başörtülü öğrencilere eğitim haklarını kullanabilmeleri bakımından bir imkan tanımış olduğu söylenebilecekse de düzenlemenin "türban"ın ne olduğu, modern ya da modern olmayan türbanın kim tarafından, hangi ölçütler çerçevesinde belirleneceği gibi soruları beraberinde getirmesi nedeniyle hukuki belirsizlik içeren ve başörtüsü sorununu çözmekten uzak bir idari tasarruf olduğu da açıktır.

B. Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği

13.1.1985 tarihli Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde⁶ kılık kıyafete ilişkin herhangi bir disiplin suçu öngörülmemiştir. Bununla birlikte Yönetmeliğin "Kınama cezasını gerektiren disiplin suçları" başlıklı 7. maddesine 8.1.1987 tarihinde eklenen (h) fıkrasıyla "*Yükseköğretim Kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak*", kınama cezası gerektiren disiplin suçları arasına

⁶ AYM'nin 8/9/2022 tarih ve E. 2022/54, K. 2022/99 sayılı kararıyla 2547 sayılı Kanun'un 65. maddesinde yer alan ve öğrencilerin disiplin işlemlerinin, disiplin amirlerinin yetkilerinin ve disiplin kurullarının teşkili ve çalışması ile ilgili hususların yönetmelikle düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmedilmiştir. AYM, bu doğrultuda verdiği iptal kararının, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Bkz: RG. 20.9.2022

Bunun üzerine 2547 sayılı Kanun'un "Öğrencilerin disiplin işlemleri" başlıklı 54. maddesinde 9.2.2023 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 7437 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucu öğrencilerin disiplin işlemlerine ilişkin düzenlemeler tümüyle 54. maddeye aktarılmıştır. Son olarak; Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği, 11.3.2023 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik'le yürürlükten kaldırılmıştır.

dahil edildi.⁷ Bu değişikliğin ardından 4.12.1987 tarihinde Yönetmeliğin yine 7. maddesinde yapılan değişiklikle ve parantez içerisinde belirtilmek suretiyle dinî inanç nedeniyle boyun ve saçların, örtü veya türbanla kapatılabileceği öngörüldü.⁸ Yönetmeliğin 7. maddesindeki son değişiklik ise 28.12.1989 tarihinde yapıldı ve 7. maddenin (h) fıkrası yürürlükten kaldırıldı.⁹ Böylelikle artık Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde kılık kıyafete ilişkin herhangi bir düzenleme kalmamıştı.

Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde yapılan değişiklikler bakımından ilk olarak YÖK'ün başörtüsünü yasaklamak için kullandığı, hukuki belirlilikten uzak ve ideolojik bir yaklaşımın tezahürü olan “çağdaş bir kıyafet ve görünüm” ifadesi üzerinde durmak gerekir. Zira hangi kıyafetin çağdaş ya da çağdaş olmayan bir kıyafet olduğunun nasıl ve kim tarafından belirleneceği bir yana; çağdaşlığın bir disiplin suçunun tespitinde ölçüt olarak kullanılmasının hukuki güvenlikle bağdaşmayacağı açıktır.

⁷ *“Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin Bir Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine Dair Yönetmelik*

Madde 1 — 13 Ocak 1985 tarih ve 18634 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği”nin 7. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

h) Yükseköğretim kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak.” Bkz., 8.1.1987 tarihli R.G.

⁸ *“Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin Bir Fıkrasının Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik*

Madde 1 — Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği’nin 7. maddesinin (h) fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

h) Yükseköğretim Kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak (Dini inanç nedeniyle boyun ve saçlar, örtü veya türbanla kapatılabilir.)” Bkz., 4.12.1988 tarihli R.G.

⁹ RG. 28.12.1989

Kaldı ki söz konusu ölçütün yasal bir dayanağının bulunmuyor olması da bir başka hukuksal sorundur. Bununla birlikte YÖK, bu düzenlemeden yaklaşık iki yıl sonra söz konusu Yönetmelik'te bir değişiklik yapmış ve, esasında mevzuat hazırlama tekniği bakımından problemlili şekilde, ilgili fıkranın sonuna “(Dini inanç nedeniyle boyun ve saçlar, örtü veya türbanla kapatılabilir.)” ifadesini eklemiştir. Burada YÖK'ün söz konusu değişiklikle dinî inanç nedeniyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılmasının çağdaş olmayan bir kıyafet ya da görünüm kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtme ihtiyacı hissetmiş olması dikkate değerdir. Öte yandan bu düzenlemeden çok kısa bir süre sonra yine Aralık 1988'de 2547 sayılı Kanun'a eklenen ek 16. maddeyle gerek yükseköğretim kurumlarında çağdaş bir kıyafet ve görünümde bulunmak zorunluluğu gerekse dinî inanç nedeniyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılabileceğine ilişkin düzenleme aynı şekliyle yasal düzenleme halini almıştır. Görülmektedir ki; “çağdaş bir kıyafet ve görünüm” ısrarı, YÖK'ten sonra kanun koyucuda da devam etmiştir. Ne var ki bu ısrar, Aralık 1989'da YÖK'ün ilgili fıkrayı yürürlükten kaldırmasıyla iradi şekilde; Anayasa Mahkemesinin Ek 16. maddeyi iptali sonrasında ise zorunlu olarak son bulmuştur.

C. Uygulamanın Devamını ve Kapsamının Genişlemesini Öngören İşlemler

Başörtüsü yasağı uygulaması, gerek yükseköğretim kurumlarının gerekse de YÖK'ün almış olduğu kararlarla devam ettirilmiş ve hatta uygulamanın kapsamı genişletilmiştir. bu duruma örnek olarak İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü tarafından 23.2.1998 tarihinde tesis edilen işlem¹⁰ verilebilir.

¹⁰ AİHM'in *Leyla Şahin* kararlarına konu olan bu işlemin, başvuruçunun din özgürlüğünü ve eğitim hakkını ihlal etmediği sonucuna varılmıştır. Bkz.

Öğrenci kimlik kartı olmayan öğrencilerin üniversite kampüslerine veya okul binalarına alınmamaları ve öğrencilerin başörtüsü ve sakallı olarak ders, staj ve uygulamalara kabul edilmemelerini öngören söz konusu işlemin¹¹ yürütmesi, İstanbul 6. İdare Mahkemesi tarafından durdurulmuştu.¹² Bu karara yapılan itiraz üzerine İstanbul Bölge İdare Mahkemesi ise söz konusu yürütmenin durdurulması kararını kaldırmıştı.¹³ Bu kararın ardından ise dönemin YÖK Başkanı Kemal Gürüz, 7.9.1998 tarihinde üniversitelere gönderdiği ve *"Bölge İdare Mahkemesince alınan 19.08.1998 tarih ve 1998/947 sayılı kararlar; öğrenci kimlik kartı olmayan öğrencilerin üniversite kampüslerine*

AİHM 4. Daire, Leyla Şahin/Türkiye, B.N. 44774/98, T. 29.6.2004; AİHM Büyük Daire, Leyla Şahin/Türkiye, B.N. 44774/98, 10.11.2005. Kararların eleştirisi için bkz. Kerem Altıparmak/Onur Karahanoğulları, "Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun," *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl 1, no. 3 (Temmuz-Eylül 2004): 5, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/turban.pdf>; Ali Ulusoy, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53, no. 4 (2004): 125-134; Fatma Benli, "Türkiye'de Başörtüsü Yasağı Sorunu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bakış Açısı," *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları- Birikimler II* (İstanbul: 2006), 231-250, erişim tarihi Şubat 1, 2023, <https://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerII/105.pdf>

¹¹ Söz konusu idari işlemin hukuka aykırılığı hakkında yapılan bir değerlendirme için bkz: Muharrem Balcı, *Üniversitelerde Disiplin Cezaları ve Hak Arama Yolları* (İstanbul: Danışman Yayınları, 1999), 86ff.

¹² İstanbul 6. İdare Mahkemesi, T. 26/6/1998, E. 1998/369. Aktaran: Özge Genç/Ebru İlhan, *Başörtüsü Yasağına İlişkin Değerlendirme ve Öneriler* (İstanbul: Tesev Yayınları, 2012), 13.

¹³ İstanbul Bölge İdare Mahkemesinin 19/8/1998 tarih ve E. 1998/947 sayılı kararının ilgili kısmı şu şekildedir: "Öğrenci kimlik kartı olmayan öğrencilerin üniversite kampüslerine veya binalarına alınmamaları ve bayan öğrencilerin başörtüsü, erkek öğrencilerin sakallı olarak ders, staj ve uygulamalara alınmamaları yolunda tesis edilen işlemlerin hukuka ve mevzuata uygun olduğuna karar verilmiştir." Aktaran: Genç/İlhan, *Başörtüsü Yasağına İlişkin Değerlendirme ve Öneriler*, 13.

alınmamaları ve bayan öğrencilerin başörtüsü, erkek öğrencilerin sakallı olarak ders, staj ve uygulamalara alınmamaları yolunda tesis edilen işlemin hukuka ve mevzuata uygun olduğuna karar verilmiştir.” ifadelerinin yer aldığı “Yargı kararı” konulu yazısıyla başörtüsü yasağının devam etmesi gerektiğini hatırlatmıştı.¹⁴

YÖK Başkanı Kemal Gürüz imzalı bir diğer düzenleme ise başörtülü öğrencilerin üniversitelere peruk, şapka ve bereyle girmelerini yasaklayan 27.3.2002 tarihli genelgedir. Söz konusu genelgede şu ifadelere yer verilmişti:

“...AYM'nin verdiği karar birlikte değerlendirildiğinde, yasal mevzuat, yargı kararları doğrultusunda, türbanlı olarak üniversiteye gelmek, üniversitenin huzur ve sükunetini bozan siyasi ve ideolojik bir eylem ve Yüksek Öğretim Kurumlarından çıkarmayı gerektiren bir fiil olarak kabul edilmektedir. ... Öğrencilerin, Akademik ve İdari Personelin Üniversitemize türbanla alınmamaları, bayan öğrencilerin başı açık, boyun kısımlarını kapatmayacak şekilde giysi içinde kampüslerimize alınmaları gerektiği gibi, türbanlı veya türban yasağını saklayıcı nitelikte (türban üzerine giyilen peruk, bere şapka v.b) giysilerle de kampüslere alınmamaları yasal zorunluluktur.”¹⁵

Söz konusu düzenlemede dikkat çeken hususların ilki, dönemin YÖK Başkanı'nın başörtülü olarak üniversiteye gelmeyi üniversitenin huzur ve sükunetini bozan siyasi ve ideolojik bir eylem olarak nitelemesi ve bunun sonucunda da başörtülü öğrencilerin Öğrenci Disiplin Yönetmeliği uyarınca yükseköğretim kurumlarından çıkarılması gerektiği yönündeki ifadeleridir. Öncelikle vurgulanmalıdır ki; YÖK Başkanı'nun AYM kararını, yasal mevzuatı ve diğer yargı kararlarını nasıl bir

¹⁴ YÖK, T. 10/5/1984 ve B.30.0 HKM. 06.10.001/ 2393 sayılı yazı. Aktaran: Balcı, *Üniversitelerde Disiplin Cezaları ve Hak Arama Yolları*, 93.

¹⁵ YÖK, T. 27/3/2002 ve B.30.2.MAR.0.00.00.01/2959 sayılı yazı. Aktaran: Benli, “1964-2011 Türkiye’de Ve Dünyada Başörtüsü Yasağı Kronolojisi,” 90.

değerlendirmeye tâbi tutarak bu sonuca vardığı ve başörtülü öğrencilerin üniversitenin huzur ve sükunetini ne şekilde bozduğu gibi hususlarda bir belirsizlik mevcuttur. Diğer yandan idarenin kolluk faaliyeti kapsamında tesis edeceği işlemlerin ancak kamu düzeninin korunmasına yönelik olabileceği ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin kanunda yer almayan bir yasağın idarece ihdas edilemeyeceği unutulmamalıdır. Bu çerçevede öğrencilerin başörtülü bir şekilde eğitim almalarını yasaklayan açık bir yasal düzenleme bulunmadığı sürece idarenin kanun koyucu gibi hareket ederek eğitim hakkından yararlanmayı başı açık olma şartına bağlaması, idari işlemin yetki unsurundaki bir sakatlık hali olan fonksiyon gasbına yol açacak niteliktedir. Bu durumda ise söz konusu işlemin yok hükmünde olduğu kabul edilmelidir.¹⁶ Ayrıca vurgulamak gerekir ki; başörtüsü yasağını uygulayan YÖK ya da yükseköğretim kurumlarının bu uygulama kapsamında tesis ettikleri idari işlemler, kamu düzeninin bozulmasına yol açabilecek somut herhangi bir fiil ya da durum olmaksızın kolluk faaliyeti kapsamında yürürlüğe konulan işlemler olmaları nedeniyle de hukuka aykırılık içermektedir. Zira idare hukuku bakımından kamu düzeni; korku, endişe ya da paranoyalarla korunmaya çalışılacak soyut ve subjektif bir düzen olmayıp somut, objektif ve maddi bir düzendir. Diğer bir ifadeyle “sokaktaki düzen”dir.¹⁷ Bu noktada kamu düzenini bozacak olan durumun öğrencilerin başörtülü şekilde eğitim almaları değil; aksine öğrencilerin temel hak ve özgürlüklerinin hukuk devletine aykırı şekilde sınırlandırılması sonucu uğradıkları ayrımcılık olduğu vurgulanmalıdır. Son olarak Genelge’deki dikkat çeken bir diğer husus ise YÖK Başkanı’nın; “başörtüsü yasağını saklayıcı nitelikte” şeklinde Türkçe dilbilgisi

¹⁶ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 420.

¹⁷ Özge Okay Tekinsoy, “Kolluk Faaliyetleri,” iç. *İdare Hukuku*, ed. Turan Yıldırım (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 620.

açısından bozuk bir ifade kullanarak sadece başörtüsünü değil peruk, bere ya da şapkeyi da yasak kapsamına sokması ve uygulamanın kapsamını genişletmiş olmasıdır.

D. Uygulamanın Sona Ermesi Yönünde Tesis Edilen İşlemler

2008 yılında dönemin YÖK başkanı Yusuf Ziya Özcan tarafından tesis edilen ve yükseköğretim kurumlarına gönderilen 24.2.2008 tarih ve 225 sayılı işlem, 2008 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinin sonucu olarak yükseköğretim kurumlarında uygulanan başörtüsü yasağının herhangi yasal ya da idari bir düzenlemeye gerek olmaksızın sona erdirilmesine yönelikti. Danıştay tarafından genelge olarak nitelenen ve yetki unsurundaki sakatlık nedeniyle yürütmesi durdurulan yazıda Rektörlüklere; 23.2.2008 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerine eklenen ibareler uyarınca uygulama yapılması hususu hatırlatılmaktaydı.

Bir başka kararda ise İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesinde bir öğrencinin başörtülü olduğu gerekçesiyle dersten çıkarılması üzerine konuya müdahil olan YÖK, İstanbul Üniversitesine gönderdiği 4.10.2010 tarihli yazıyla disiplin yönetmeliğine uymayan öğrencilerin dersten çıkarılmasının hukuken mümkün olmadığını belirtmişti. YÖK, söz konusu yazıda öğrencilerin “disiplin yönetmeliğine aykırı” durumu nedeniyle sınıftan çıkarılamayacağını; ancak konuya ilişkin tutanak tutulabileceğini ve öğrenciyi dersten çıkaran öğretim görevlisi hakkında soruşturma açılacağını vurgulamıştı.¹⁸

¹⁸ Aktaran: Benli, “Türkiye’de Başörtüsü Yasağı Sorunu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Bakış Açısı,” 219-220.

YÖK'ün bu kararıyla yükseköğretim kurumlarında keyfi bir şekilde uygulanan başörtüsü yasağı, anayasa değişikliğine ya da yasal bir düzenlemeye gerek duyulmaksızın basit bir yetki kuralının devreye girmesiyle sona erdirilmiştir. Böylelikle YÖK tarafından Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." kuralının zorunlu bir sonucu olarak; kimsenin, velev ki disiplin yönetmeliğine aykırı bir durum olarak değerlendirsin, başörtülü bir öğrenciyi dersten çıkaramayacağı vurgulanmıştır. Dolayısıyla da dersten çıkarılmak suretiyle başörtülü öğrencilerin eğitim hakkının engellenemeyeceği üniversite yöneticilerine hatırlatılarak başörtüsü yasağının hukuka aykırılığı bir kez daha ortaya konulmuştur.

II. DANIŞTAY VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Başörtüsü yasağının uygulandığı dönemde yasal bir dayanağı bulunmaması nedeniyle söz konusu yasağı hukuken gerekçelendirmek isteyen kişilerin başvurabildikleri tek yol yüksek yargı organları tarafından verilen kararlar olmuştur. Bu bakımdan başörtüsü yasağına ilişkin hukuki sürecin ele alınması, idari ve yasal düzenlemelerin yanı sıra Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarının tetkikini de gerekli kılar.

A. Danıştay Kararları

1. Disiplin Cezalarına İlişkin Kararlar

Danıştayın yükseköğretim kurumlarında uygulanan başörtüsü yasağına ilişkin vermiş olduğu kararlar ağırlıklı olarak başörtülü öğrencilere verilen disiplin cezaları hakkında olmuştur. 1980'li yılların ikinci yarısından itibaren vermiş olduğu kararlarda Danıştay, 1992 yılında verdiği ve daha sonra İdari Dava Daireleri Genel Kurulu (İDDGK) tarafından bozulan

bir karar¹⁹ hariç başörtüsü yasağını hukuka uygun bulmuş ve iptal istemlerini reddetmiştir. Ne var ki bu kararlarda başörtülü olarak derse girmek isteyen öğrencilerin bu tercihlerinin temel hak ve özgürlüklerle ilgisinin bulunup bulunmadığı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ölçütleri gibi konular üzerinde hiç durulmamıştır. Burada belirtmek gerekir ki; başörtülü öğrenciler hakkında tesis edilen disiplin cezalarının bir kısmı doğrudan ilgili düzenleyici işlemde yer alan "başı açık olma" kuralının uygulanması şeklinde tezahür etmiştir. Örneğin; Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi 1. sınıf öğrencisi tarafından açılan davada; Üniversite, 20.12.1982 tarihli YÖK genelgesinde yer alan kuralın ihlalini gerekçe göstererek davacıya disiplin cezası vermiştir. Danıştay, bu işlemin yargısal denetimi sonucunda oyçokluğuyla verdiği kararda şu ifadeleri kullanmıştır:

*"...Yükseköğretim Kurumunun yetkili organlarınca alınan ve çağdaş kıyafet ve görünümünde olmak düşüncesine uygun bulunan bu yoldaki karara aykırı bir tutum ve davranışı belirten başörtüsünü kullanmaktaki tutumunu sürdüren davacı hakkında verilen cezada yasalara aykırılık yoktur."*²⁰

Bu karar, YÖK'ün 1984 yılında üniversite rektörlerine gönderdiği ve öğrencilerin modern bir şekilde türban kullanabileceklerini öngören genelgesi yürürlükteyken verilmiş olduğundan karara gerekçe yönünden yazılan azlık oyunda bu husus dile getirilmiş ve türban ile başörtüsü ayrımı şu şekilde yapılmıştır:

"Bazı kız öğrencilerin ideolojik amaçla kullandıkları bilinen biçimi ile başörtüsü kullandığı anlaşılan davacı bu eylemi nedeni ile 4.6.1984 günlü fakülte disiplin kurulu kararı ile disiplin cezasına

¹⁹ Danıştay İDDGK, T. 17/6/1994, E. 1993/61, K. 1994/327, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

²⁰ Danıştay 8. Daire, T. 12/2/1987, E. 1986/105, K. 1987/63, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

çarpıtılmıştır. Burada uyuşmazlığın çözümü davacının kullandığı başörtüsünün Yükseköğretim Kurulu kararı ile kullanılmasına izin verilen türban sayılıp sayılmayacağına bağlıdır. Türban da bir çeşit başörtü olmakla birlikte biçim ve kullanım amacı yönünden başörtüsü ayrıdır. Başın yüz kısmı dışında kalan yerlerini sımsıkı kapatan ve kapatmasına özen gösterilen biçimi ile başörtüsü laikliğe aykırı bir ideolojinin simgesi olarak kullanılmaktadır. Türbanda ise böyle bağnaz bir kapalılık görünümü bulunmamaktadır. Bu nedenle disiplin kurulunca başörtüsünün türban sayılmaması yerindedir.”

Azlık oyu yazan üyelere göre başlarının yüz kısmı dışında kalan yerleri sımsıkı kapatmayan ve kapatmaya özen göstermeyen öğrenciler, YÖK genelgesi uyarınca “bağnaz olmayan modern türbanlı” sayılacaklarından söz konusu öğrencilerin üniversitede eğitim görmelerinde hiçbir sakınca yoktur. Buna karşılık başın yüz kısmı dışında kalan yerlerini sımsıkı kapatan ve kapatmaya özen gösteren bağnaz (!) öğrencilerin ise “Cumhuriyetin temel ilkesi laikliğe karşı din kurallarına dayalı bir devlet düzenini savunduklarını belirtmek amacı ile başörtüsünü ideolojilerine bayrak yaptıkları” bilindiğinden; “laik Cumhuriyet düzeninde her türlü kadın hakları eşitliğinden yararlanarak üniversite düzeyinde eğitim gören ve Cumhuriyet’imizin yaşam koşulu laikliğin değerini bilmesi gereken” bu kişilerin üniversite öğrencisi olmalarına müsaade edilmemesi gerekir.²¹

²¹ Karşı oy gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir: “Davacının başörtüsü kullanmasına gelince, üniversitelerimizde bazı kız öğrencilerin Cumhuriyetin temel ilkesi laikliğe karşı din kurallarına dayalı bir devlet düzenini savunduklarını belirtmek amacı ile başörtüsünü ideolojilerine bayrak yaptıkları bilinmektedir. Gerçi dar toplumsal çevre koşullarından kurtulamamış eğitimi yetersiz bazı kadınlarımız hala başörtüsü kullanmakta olduklarına göre her başörtüsü kullananı böyle bir eylem içinde sayma olanağı yoksa da laik Cumhuriyet düzeninde her türlü kadın hakları eşitliğinden yararlanarak üniversite düzeyinde eğitim gören ve

Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde, 8.1.1987 tarihinde yapılan değişiklikle “Yükseköğretim Kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak” yasaklanmış ve bu yasağa uymayanların kınama cezasıyla cezalandırılması öngörülmüştür. Danıştay da bu düzenlemenin getiriliş amacına uygun olarak başörtülü bir şekilde üniversite eğitimi almak isteyen öğrencilere yükseköğretim kurumları tarafından verilen disiplin cezalarını hukuka uygun bulmuştur. Danıştay, bu kararlarında başörtüsünün “çağdaş kıyafet ve görünüm” şartını sağlamadığı ön kabulüyle hareket ederek ve “*Başörtüsü; günümüz insanı için çağdaş bir kıyafet olmadığından anılan yönetmelik kuralı gereğince davacının eylemi kınama cezasını gerektirmektedir.*” gerekçesiyle davaları reddetmiştir.²²

Başörtülü öğrencilere verilen disiplin cezalarına dayanak gösterilen bir diğer düzenleme ise Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 9. maddesinin (d) bendi olmuştur. Bu düzenlemeye göre; dil, ırk, renk din ve mezhep açısından kutuplaşmalara yol açıcı faaliyetlerde bulunmak yükseköğretim kurumundan bir veya iki yarıyıl için uzaklaştırmayı gerektirmektedir. Danıştay da Buca Eğitim Fakültesi Türk Dili ve Edebiyatı Eğitim Bölümü 3. sınıf öğrencisi olan davacının bir yarıyıl yükseköğretim kurumundan

Cumhuriyet'imizin yaşam koşulu laikliğin değerini bilmesi gereken davacının böyle bir masum davranış içinde olmadığı açıktır. İnsan gönlünde yer alabilecek bazı kutsal değerlerin bir ideoloji maskesi yapılmasına özellikle yüksek eğitim kurumlarınca izin verilmemesi yerindedir. Öğrencilerin kullandığı başörtüsünün, bir kılık olarak çağdaş görünüme uygun olup olmamayı çok aşan boyutları karşısında davanın yukarıda açıklanan nedenlerle reddi gerektiği oyu ile karara gerekçe yönünden karşıyız.”

²² Danıştay 8. Daire, T. 3/10/1989, E. 1988/105, K. 1989/715; Danıştay 8. Daire, T. 13/12/1989, E. 1989/1239, K. 1989/1027; Danıştay 8. Daire, T. 10/11/1990, E. 1988/1016, K. 1990/15, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

uzaklaştırma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin Fakülte Disiplin Kurulu kararının iptali istemiyle açılan dava kapsamında; davacı başörtülü öğrencinin “20.11.1990 tarihinde Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi dersinde başörtüsü takan öğrencilerin dinin vecibelerini yerine getirdiklerini, takmayanların dine aykırı hareket ettiklerini, Cumhuriyet döneminde camilerin kapatıldığını, ibadet edilemez bir duruma geldiğini v.s. belirttiği ve dolayısıyla din ve mezhep açısından kutuplaşmalara yol açıcı faaliyetlerde bulunduğu gerekçesiyle bir yarıyıl Yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Disiplin Kurulu kararında mevzuata aykırılık bulunmadığını” belirterek İzmir 1. İdare Mahkemesinin 21.9.1993 tarihli kararını bozmuştur.²³

Danıştay, başörtülü öğrencilere verilen disiplin cezalarına ilişkin ilk derece mahkemesi kararlarını ağırlıklı olarak onamışsa da yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağının hukuka aykırı olduğuna hükmedilen ve dava konusu işlemlerin iptal edildiği Danıştay kararları da mevcuttur. Örneğin; 1992 yılında Mahkeme, derslere ve sınavlara başörtülü olarak girdiği gerekçesiyle kınama cezası alan bir öğrencinin açmış olduğu dava üzerine verdiği kararda, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde başörtülü öğrencilere ceza verilmesini gerektirecek bir hüküm bulunmadığını belirtmiştir: “Belirtilen maddede, yükseköğretim kurumlarında başörtülü olarak bulunmanın kınama cezasını gerektirdiği yolunda herhangi bir kural yer almamaktadır. Davacının eyleminin, Yönetmeliğin 7.maddesinin (a) ve (c) bentlerindeki

²³ Danıştay 8. Daire, T. 31/5/1994, E. 1994/104, K. 1994/1626, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

eylemlere de uymaması karşısında disiplin cezası ile cezalandırılmasında hukuka uyarlık görülmemiştir.”²⁴

Mahkemenin, açıkça ifade etmese de başörtülü öğrencilere verilen disiplin cezaları bakımından en temel hukuki sorunlardan biri olan “tipiklik” unsuruna vurgu yapması önemlidir. Zira tipiklik, disiplin cezalarında kanunilik ilkesinin bir tezahürü olmak cihetiyle işlenen fiilin mevzuatta suç olarak kabul edilen fiille örtüşmesi olarak tanımlanmaktadır.²⁵ Diğer

²⁴ Danıştay 8. Daire, T. 13/11/1992. E. 1992/609, K. 1992/2809, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr. Karara yazılan azlık oyu gerekçesi şu şekildedir: “...Son zamanlarda ülkemizde görülen laiklik karşıtı bir kısım hareketlerin, eğitim ve öğretim kurumlarında da etkinliklerini sürdürdükleri görülmektedir.

Geleneksel yaşamın egemen olduğu kırsal kesimler başka olmak üzere, ülkemizde bazı kızlarımız ve kadınlarımız hiçbir siyasal ya da özel amaç ve düşünceleri olmadan başlarını örtmektedirler. Bir kısım kadın ve kızlarımız ise kendilerine hiçbir toplumsal etki ve baskı olmaksızın ideolojik bir görüşle laik cumhuriyete karşı olmanın simgesi olarak örtünmektedirler. Böylece, islam dinini geleneksel biçimde yaşayan kişilerden farklı bir örtünme biçimi ile, laiklik karşıtı hareketlerle, toplumun ilgisini çekmeyi amaçlamaktadırlar. Bu durumun doğal sonucu olarak dini, kişisel inanç ve ibadet çerçevesini aşarak, siyasal bir güç durumuna getirmeye yönelik hareketler, laik eğitim ve öğretim kurumlarında, üniversitelerde, eğitimli ve örgütlü gruplar ortaya çıkarmaktadır.

Yükseköğretim kurumları, salt bilgi aktarılan, teknik bilgilerin alındığı yerler olmayıp, dersler dışında sosyal ve kültürel boyutu da olan ortamlardır. Bu ortamlarda gençlerin karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma içinde aşamaları ve eğitimlerini sürdürmeleri asıl ve arzulanan bir durum olmakla birlikte, laikliğe aykırı dinsel hareketler, üniversitelerde öğrenciler arasında bölünmeye ve kutuplaşmaya da zemin hazırlamaktadır.

Cumhuriyetimiz temel niteliklerinden olan laiklik ilkesine karşı bir dünya görüşünü simgeleyen türban ve başörtüsünün, Yükseköğretim Kurumlarında kullanılması kabul edilemez ve hoşgörülemez bir durumdur.”

²⁵ Bahtiyar Akyılmaz, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2002): 9.

bir deyişle tipiklik şartı, ilgililer hakkında subjektif ve keyfi değerlendirmeler sonucu disiplin cezası verilmesini engelleyecek nitelikte hukuki güvenliği sağlamaya yönelik bir unsurdur. Bu nedenle başörtüsü yasağı söz konusu olduğunda da YÖK tarafından çıkarılan yönetmeliklerde ya da disipline ilişkin diğer mevzuatta açıkça başörtüsünün yasak olduğu belirtilmediği sürece; çağdaşlık, kurumların huzur ve sükununu bozma, kutuplaştırıcı/bölücü faaliyetlerde bulunma gibi gerekçelere dayanılarak verilen disiplin cezalarının tümü, diğer gerekçelere ilaveten, tipiklik şartına uyulmadığı için de hukuka aykırı olacaktır.²⁶

1992 yılında 8. Daire tarafından verilen yukarıdaki karar, dönemin şartları ve Danıştayın süregelen içtihatları dikkate alındığında şaşırtıcıdır. Ne var ki kararın Danıştay İDDGK tarafından bozulmasının aynı derecede şaşırtıcı olduğu söylenemez. İDDGK, hukuki tartışmalara girmek yerine ideolojik ve subjektif değerlendirme yapma alışkanlığını sürdürdüğü bozma kararında şu ifadelere yer vermiştir:

“Buna göre, öncelikle ve özellikle, yükseköğretim öğrencisi Atatürk inkılapları ve ilkelerini benimsemiş ve bu ilkeler doğrultusunda davranan kişi olmalıdır. Dolayısıyla, Atatürk İnkılap ve ilkeleri dışında davranışlarda bulunan öğrencinin, yüksek öğretim öğrencisi olma sıfatının gereklerini tam olarak yerine getirdiğinden söz etmenin imkanı bulunmamaktadır. Başka deyişle, çağdaş kıyafet ve

²⁶ “Uyuşmazlıkta, davacının kamu kurumunda başörtülü olarak çalışmak şeklindeki fiilinin, çalıştığı kurumun huzur, sükun ve çalışma düzenini hangi yönlerden bozucu nitelikte bulunduğu ortaya konulmadığı gibi, ideolojik ve siyasi amaçlarla yapıldığı da ortaya konulamamış olup, bu haliyle davacının eyleminin, yukarıda aktarılan Yönetmeliğin 11/a maddesindeki suç tanımına uymadığı ve disiplin hukukunda yer alan tipiklik şartının gerçekleşmediği anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir” Danıştay 8. Daire, T. 6/5/2015, E. 2014/1805, K. 2015/4319 sayılı kararı, E.T. Şubat 1, 2023, www.lexpera.com.tr Aynı yönde: Danıştay 12. Daire, T. 21/11/2012, E. 2012/3480, K. 2012/9158, E.T. Şubat 1, 2023, www.lexpera.com.tr.

görünüme ters düşen dinsel nitelikli kılık kıyafet giyen, başörtüsü veya türban takan öğrencinin Atatürk inkılap ve ilkelerine aykırı davrandığı böylelikle yükseköğretim öğrencisi olma sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarstığı açık bulunmaktadır. Bu itibarla, derslere başörtüsü ile giren davacıya, kınama cezası verilmesinde dayanak alınan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7.maddesinin (a) bendinde yer alan düzenleme, davacı fiiline denk düşmektedir. Ayrıca, öğretim elemanlarınca, birden fazla uyarılmış olmasına rağmen ısrarla başörtüsü takmaya devam eden davacının, okuldaki çalışma düzenini de bozduğu belirlenmekle, verilen cezanın, anılan 7 nci maddenin (e) bendine de uygunluk taşıdığı sonucuna varılmaktadır.”²⁷

Danıştay, bu kararda da alışlageldik şekilde disiplin hukukundaki tipiklik şartını dikkate almaksızın²⁸ ideolojik ve keyfi değerlendirmelere dayanarak başörtüsü yasağının hukuka uygun olduğunu savunmuştur. Mahkemenin bu kararında; başörtülü öğrencilerin yükseköğretim öğrencisi olma sıfatının gereklerini tam olarak yerine getiremeyeceği ve başörtülü olmanın yükseköğretim öğrencisi olma sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarstığı gibi subjektif ve bir o kadar da hukuki temelden yoksun değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Öte yandan Mahkemenin öğretim elemanlarınca birden fazla uyarılmış olmasına rağmen ısrarla başörtüsüyle

²⁷ Danıştay İDDGK, T. 17/6/1994, E. 1993/161, K. 1994/327, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

²⁸ Karara yazılan karşı oy gerekçesinde de bu husus dile getirilmiştir: “Türk Ceza Yasasının 1 inci maddesinde yer alan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralının disiplin cezaları yönünden de geçerli olduğuna kuşku bulunmadığına ve Disiplin Yönetmeliğinde davacının boyun ve saçlarını örtmesini cezalandıran (yaptırma bağlayan) bir hüküm bulunmadığına ve davacı davranışının kargaşaya yol açtığı, düzeni bozduğu yolunda, temyiz dosyasında bir bilgi ve belge de mevcut olmadığına göre Danıştay Sekizinci Dairesi kararının davacıya kınama cezası verilmesine ilişkin işlemin iptaline dair kısmının da onanması gerektiği düşüncesiyle aksine verilen karara katılmıyoruz.”

derse devam etmek isteyen öğrencinin, okuldaki çalışma düzenini ne şekilde bozduğuna ilişkin somut ve objektif hiçbir delil ortaya koyamadığı da dikkate değerdir.²⁹

Danıştayın başörtülü öğrencilere verilen disiplin cezalarının yargısal denetimi sonucu verdiği bir diğer karar ise davacı hakkında derslere başörtülü girmeye devam ettiği gerekçesiyle ve tekerrür hükümleri uygulanmak suretiyle yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilmesine ilişkindir.³⁰ Söz konusu kararda ilk derece mahkemesi; *“tekerrür halinde verilmesi gereken disiplin cezasının eyleme uygun görülen asıl cezanın bir üstü olan disiplin cezası olması gerektiği, olayda davacının kınama cezası verilmesi gerektiği kabul edilen eyleminden dolayı daha önce verilen disiplin cezaları nazara alınarak disiplin cezasının en ağırı olan yüksek öğretim kurumundan çıkarma cezası verilmesinde hukuka uygunluk görülmediği”* gerekçesiyle iptal kararı vermiştir. Danıştay ise bu kararı; *“Kınama cezasını gerektiren bu davranışın sürdürülmesi halinde ise her defasında daha ağır cezanın verilerek sonuçta bir çoğu T.Ceza Kanununa göre de suç oluşturan eylemlerin karşılığı olan Yükseköğretim Kurumundan çıkarma cezası tayininde yönetmeliğe ve hukuka aykırılık açıktır.”* şeklinde yaptığı değerlendirme sonucu onamıştır.³¹ Danıştayın bu yaklaşımı,

²⁹ Nitekim karşı oy gerekçesinde bu husus vurgulanmıştır: *“Davacının saçlarını türbanla kapatması, öğrencilik sıfatının gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak bir davranış olarak düşünülemeyeceği gibi, düzen bozucu hareket olarak değerlendirilmesi de mümkün görülememektedir.”*

³⁰ Danıştay 8. Daire, T. 16.5.1994, E. 1994/162, K. 1994/1579, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

³¹ Aynı yönde: Ankara 1. İdare Mahkemesinin davanın reddi yönünde verdiği 29/12/1992 tarih ve 1763 sayılı karar, *“Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin Disiplin Suçunun Tekerrürü başlıklı 12. maddesinde ‘Disiplin cezası verilmesine neden olmuş bir fiil veya halin öğrencilik süresince tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır.’ kuralının yer aldığı, bu maddedeki bir derece ağır ceza kavramından suçun niteliği*

yükseköğretim kurumlarının ilgili mevzuatta yer alan tekerrür hükümlerini “tekerrüre tekerrür uygulanmaz” ilkesiyle³² bağdaşmayacak şekilde uygulayarak, başörtülü öğrenciler hakkında verdikleri yükseköğretim kurumundan çıkarma cezalarının hukuka aykırılığını ortaya koyması bakımından önemlidir.

2. Üniversite Binasına ya da Sınava Girişin Engellenmesi Üzerine Verilen Kararlar

Yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağı, disiplin soruşturması sonucunda ilgili öğrencinin disiplin cezası alması şeklinde uygulandığı gibi başörtülü öğrencilerin fiilen üniversite binasına ya da sınavlara girişinin engellenmesi yoluyla da somutlaşmıştır. Bu uygulamaların birinde İstanbul Üniversitesi Eczacılık Fakültesinde kayıtlı bir öğrenci, başörtülü olduğu gerekçesiyle Fakülte binasına alınmamıştır. 1980’lerin başında gerçekleşen bu olay sonrasında açılan davada Danıştay, kararın verildiği yıllarda başörtüsü konusunda sahip olduğu genel yaklaşımını sürdürerek hukuki hiçbir tartışmaya girmemiş ve gerek hüküm kısmı gerekse gerekçe bakımından

hangi cezayı gerektiriyorsa bu cezanın bir derece ağırlığının anlaşılması gerektiğinin açık olduğu, aksi bir anlayışın cezaların derece derece ağırlaşarak öğrencinin fakülteden çıkarılması sonucunu doğuracağı, bunun da Anayasa ile güvence altına alınan öğrenim hakkını kısıtlayıcı bir duruma yol açacağı” gerekçesiyle Danıştay 8. Dairesi tarafından 2/3/1994 tarih ve 680 sayılı kararla bozulmuştur. Bu karar üzerine Ankara 1. İdare Mahkemesinin yeniden yargılama sonucu verdiği 8/6/1994 tarih ve 782 sayılı iptal kararı ise Danıştay 8. Dairesi tarafından onanmıştır. Bkz. Danıştay 8. Daire, T. 6/3/1996, E. 1994/5952, K. 1996/544, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

³² Danıştay 12. Daire, T. 24/5/2016, E. 2013/6845 K. 2016/3169, E.T. Şubat 1, 2023, www.lexpera.com.tr

Danıştay 12. Daire, T. 4/4/2017, E. 2016/7096, K. 2017/1186, aktaran: Burak Bozkurt, *Danıştay Kararları Işığında Disiplin Cezalarının Yargısal Denetimi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 183.

ideolojik ve subjektif değerlendirmeler içeren bir karar vermiştir:

“Yeterli öğretim görmemiş bazı kızlarımız hiçbir özel düşünceleri olmaksızın içinde yaşadıkları toplumsal çevrenin gelenek ve göreneklerinin etkisi altında başlarını örtmektedirler. Ancak bu konuda, kendi toplumsal çevrelerinin baskısına veya gelenek ve göreneklerine boyun eğmeyecek ölçüde eğitim gören bazı kızlarımızın ve kadınlarımızın sırf Laik Cumhuriyet İlkelerine karşı çıkararak dine dayalı bir devlet düzenini benimsediklerini belirtmek amacı ile başlarını örttükleri bilinmektedir. Bu kişiler için başörtüsü masum bir alışkanlık olmaktan çıkarak kadın özgürlüğüne ve Cumhuriyetimizin temel ilkelerine karşı bir dünya görüşünün simgesi haline gelmektedir. Davacı yüksek öğretim düzeyinde eğitim gördüğüne göre bu ilkelerin Cumhuriyetimizin kuruluşunda ve korunmasındaki önemini bilmesi gerekmektedir. Aydın, uygar ve Cumhuriyetçi gençler yetiştirmekle görevli eğitim kurumlarının bazı kuralları öğrencilere uygulaması doğaldır. Bu kurallar herkesce bilinen ve benimsenen Cumhuriyetin kurallarıdır. Bu kuralları öğretmek ve benimsetmekle görevli eğitim kurumlarının bunlardan ödün vermesi düşünülemez. ... Bu nedenle yüksek öğrenim görmek üzere okula geldiği sırada dahi başörtüsünü çıkartmamakta direnecek ölçüde laik devlet ilkelerine karşı bir tutum içinde bulunan davacının okula alınmamasında yasalara aykırılık olmadığından davanın reddine karar verildi.”³³

Bir başka olayda ise başörtülü olduğu gerekçesiyle 16.12.1998 tarihinde yapılan sınava alınmayan öğrencinin açtığı davada karar veren Danıştayın; başörtüsü yasağına bakış açısında herhangi bir değişiklik olmadığı görülür:

“Bu açıdan, Yükseköğretim Kurumlarının dersliklerinde ve eğitimle ilgili yerlerde dinsel inançları simgeleyen belirtilerden ve Yükseköğretimde karışıklık ve karmaşa yaratan ve huzur bozan durumlardan uzak kalınması zorunluluğu gözetildiğinden laik eğitim

³³ Danıştay 8. Daire, T. 23/2/1984, E. 1983/207, K. 1984/330, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

kuralına ve Yükseköğretim ilke ve amacına, yükseköğrenim düzeninin sağlanmasına aykırılık teşkil eden eylemlerin önlenmesi idarenin görevidir. Belirtilen bu durumlar karşısında, üniversitelerde eğitim birliği içinde; aklın ve bilimin öncülük ettiği, duygu ve görüş birliğini sağlamaya yönelik, özgür düşünceli, özgür vicdanlı, ulusal değerlere saygılı, çağdaş görüşlü ve çağdaş görünümlü insan yetiştirme amacına aykırılık teşkil etmeyen dava konusu işlemde hukuka ve ilgili mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.”³⁴

Danıştayın bu kararlarının ortak yönü; ne yazık ki hukuki açıdan oldukça zayıf hatta neredeyse hiçbir hukukilik barındırmayan, katı bir ideolojik bakış açısı çerçevesinde şekillenmiş ve ortalama düzeyde bir hukukçudan beklenen bilimsel derinlikten uzak metinler olmalarıdır. Nitekim bu hususu Gözler de “Danıştayın bu önermesi normatif bir önerme değil, tasviri bir önermedir. Bir mahkeme kararında değil, bir sosyoloji incelemesinde, tarih incelemesinde, bir siyaset bilimi çalışmasında yer alabilir. Bunun hukukla bir alakası yoktur. Yine Danıştayın ‘davacı yükseköğretim düzeyinde eğitim gördüğüne göre bu ilkelerin Cumhuriyetimizin kuruluşunda ve korunmasındaki önemini bilmesi gerekmektedir’ demesini de anlamak mümkün değil. Davacı bunları bilse ne olur? Bilmese ne olur?” ifadeleriyle gayet sarih ve net bir şekilde ortaya koymuştur.³⁵

Konuya ilişkin bir başka karar ise Ankara Üniversitesi öğrencileri tarafından yapılan şikayetler üzerine yaptırılan soruşturma kapsamında YÖK Başkanlığınca oluşturulan Kurulun verdiği 16/11/2015 tarih ve 2015/64 sayılı men-i muhakeme kararı hakkındadır. Danıştay 1. Dairesi yaptığı inceleme sonucunda aşağıdaki gerekçelerle söz konusu kararı bozmuştur:

³⁴ Danıştay 8. Daire, T. 27/12/2001, E. 2000/612, K. 2001/6307, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

³⁵ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II* (Bursa: Ekin Kitabevi, 2019), 343.

“...soruşturmada, Üniversiteye ait mekanlara, kampüslere veya derslere girmelerinin engellendiğini ve mağdur olduklarını iddia eden şikayetçi öğrencilerin ifadelerine başvurulmadığı, ayrıca dosya içeriğinde, 2011 yılında bu nedenle çok sayıda öğrenci hakkında tutanak düzenlendiğinin görüldüğü, bu öğrenciler arasında mağduriyet yaşayan öğrenciler olup olmadığı hususunun araştırılmadığı, genel olarak türbanlı öğrencilerin eğitim ve öğretimlerinin engellenip engellenmediği hususunun açıkça irdelenmediği ... görülmüştür.”³⁶

Yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağının fiilen büyük oranda son bulduğu bir dönemde verdiği bu kararda Danıştay, haklarında tutanak tutulan öğrencilere ilişkin, her ne kadar disiplin soruşturması başlatılmış olmasa da bu öğrencilerin derslere fiilen girmelerinin engellenip engellenmediğinin araştırılması gerektiğine hükmetmiştir. Danıştayın bu tutumu, başörtülü öğrencilerin derslere girmelerinin engellenmesinin suç teşkil edeceği yönünde sahip olduğu kanaatin bir göstergesi olup; başörtülü öğrenciler hakkında artık yalnızca tutanak tutma şeklinde tezahür edebilen yasakçı zihniyete 2018 yılında verilen, hukukun üstünlüğü konulu bir ders mahiyetindedir.

3. Mezuniyet Belgesi Verilmesi Talebinin Reddine İlişkin Karar

Danıştay, Eczacılık Fakültesini bitiren bir öğrencinin çıkış/mezuniyet belgesi verilmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; YÖK Başkanlığının 30.12.1982 tarihli genelgesinde kız öğrencilerin kıyafetleri belirlenirken başın açık olacağı belirtildiğinden çıkış/mezuniyet belgesinde de bu kurala uygun bir fotoğrafın yer alması gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemde hukuka aykırılık

³⁶ Danıştay 1. Dairesi, T. 14/2/2018, E. 2017/2178, K. 2018/185, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

görmemiştir.³⁷ Bu karar göstermektedir ki; Danıştay ve yükseköğretim kurumları, kararın verildiği dönem itibariyle başörtülü öğrencilerin yükseköğretim kurumlarına giremeyecekleri, girmiş olsalar bile başları açık fotoğraf vermedikleri sürece bu kurumlardan çıkmayacakları yönünde hukuk dışı bir bakış açısına sahiptirler.³⁸

4. Düzenleyici İşlemlerin Hukuka Uygunluğunun Denetlendiği Kararlar

Danıştayın başörtüsü yasağı öngören düzenlemeler hakkında vermiş olduğu çok sayıda karar olsa da doğrudan yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağı hakkındaki düzenlemelere ilişkin 1987, 1988 ve 1989 yıllarında verdiği üç karar özellikle ön plana çıkmaktadır. 1987 ve 1988 yıllarında verilen kararlara konu olan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin 7. maddesinin (h) fıkrasında esasında başörtülü olarak derslere ya da sınavlara girmenin yasak olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte

³⁷ Danıştay 8. Daire, T. 16/10/1989, E. 1989/694, K. 1989/772, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

³⁸ Karara karşı oy yazan üyenin görüşleri ise şu şekildedir: "Söz konusu yasa hükümleri ve bu hükümlere dayanılarak çıkarılmış bulunan yönetmelik ve genelgeler, öğrencilerin eğitim ve öğretim esasları ile disipline ilişkin kuralları düzenlemiştir. Bu kurallar öğrenciler hakkında ve eğitimleri süresinde uygulanabilir. Eğitim ve öğretim programı sona ermiş veya mezuniyet belgesi alma durumuna gelmiş kişiler hakkında bu kural ve düzenlemelerin uygulanma olanağı yoktur. Nitekim dava konusu işlemin dayanağı olan yönetmelik ve genelgeler, öğrencilerin kılık ve kıyafetleri ile ilgili olup diploma ve mezuniyet belgesi ile bunlarda kullanılacak fotoğraflar konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7/4 bendinde, çağdaş kıyafet dışında kıyafet taşıyan öğrenciler için kınama cezası öngörülmüş iken öğrenciliği sona ermiş ve mezuniyet belgesi alma durumuna gelmiş kişilerin, resimle ilgili kıyafetlerinden dolayı mezuniyet belgesi verilmemek suretiyle çok daha ağır bir yaptırımla tecziye edilmek istenilmesinde de hukuka uyarlık bulunmamaktadır."

bu düzenleme, yükseköğretim kurumlarında uygulanan başörtüsü yasağının dayanağı olarak kabul edilmiştir. Kural, yükseköğretim kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmanın kınama cezasını gerektirdiğine ilişkin olup iki ayrı davaya konu olmuştur. Her iki davada da Danıştay, 1984 yılında verdiği ve yukarıda aktarılan kararındaki³⁹ gerekçeyi tekrarlamıştır. Buna ek olarak 1987 yılında verilen kararda, davacı öğrencinin “Yükseköğretim görmek üzere dahi okula geldiği sırada başörtüsünü çıkarmamakta direnecek ölçüde laik devlet ilkelerine karşı bir tutum içinde bulunduğu anlaşıldığına” vurgu yapılmak suretiyle dava konusu işlem hukuka uygun bulunmuştur.⁴⁰ Bu vurgudan da anlaşılacağı gibi Danıştay, başörtüsü yasağı hakkında vermiş olduğu kararlarında mevcut düzenlemenin ya da uygulamanın; temel hak ve özgürlükler içerisindeki yerine, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma usul ve esaslarına ya da laiklik ilkesiyle din ve vicdan özgürlüğü arasındaki ilişkiyi, vb. ortaya koyabilecek hukuki yorum ve değerlendirmelere yer vermekten kaçınmaktadır.

Danıştayın 1989 yılında verdiği karar ise 4/12/1988 gün ve 20009 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulan “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin Bir Fıkrasının Değiştirilmesi Hakkındaki Yönetmelik”le getirilen ve parantez içerisinde yer verilen “Dini inanç nedeniyle boyun ve

³⁹ Bkz. dipnot 31.: Danıştay 8. Daire, T. 23/2/1984, E. 1983/207, K. 1984/330, E.T. Şubat 1, 2023 www.kazanci.com.tr

⁴⁰ Danıştay 8. Daire, T. 16/11/1987, E. 1987/128, K. 1987/486, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

Bu davada ayrıca Yönetmelikteki düzenlemeyle aynı içeriği taşıyan YÖK Başkanlığının 24.12.1986 tarihli genelgesinin de iptali istenmiştir. Aynı gerekçeyle davanın reddi yönünde karar verilen diğer dava ise Danıştay 8. Dairesinin 27/6/1988 tarih ve E. 1987/178, K. 1988/512 sayılı kararıdır. Karar için bkz: E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

saçlar örtü veya türban ile kapatılabilir.” kuralının iptali istemine ilişkindir. Mahkeme, 2547 sayılı Kanun’un aynı içerikteki ek 16. maddesinin AYM tarafından iptal edildiğini belirterek⁴¹ bu gerekçeyle Yönetmelik maddesini de iptal etmiştir:

*“Açıklanan nedenlerle; yasa kuralı haline getirilen “Dini inanç nedeniyle boyun ve saçlar örtü veya turbanla kapatılabilir” tümcesinin AYM’nin belirtilen kararı ile iptal edilmiş olması karşısında anılan yönetmelik kuralının, herhangi bir yasa kuralına dayanmaksızın Anayasanın öden verilmesi düşünülemeyecek Cumhuriyetin temel niteliklerine ilişkin laiklik ilkesine, 174. maddesinde yer alan devrim yasalarının korunması ilkesine ve ayrıca Anayasanın 10. ve 24. maddelerinde yer alan kurallara aykırı olduğundan iptaline, ... 7.7.1989 gününde oybirliğiyle karar verildi.”*⁴²

AYM tarafından iptal edilen bir yasa kuralıyla aynı içerikteki yönetmelik kuralının Danıştay tarafından iptal edilmesi beklenebilecek bir durum olsa da Danıştayın bir temel hak ve özgürlüğün kullanımı için yasal düzenlemeye dayanılması gerektiği yönündeki ifadelerine katılmak mümkün değildir. Zira Anayasa’nın 13. maddesinde bir temel hak ya da özgürlüğün kullanımı için değil, sınırlandırılması için kanunilik ilkesi şart koşulmuştur. Bu nedenledir ki; açık bir kanun hükmünün bulunmaması, başörtüsü serbestliğinin değil başörtüsü yasağının önündeki bir engel olabilir.

⁴¹ “İptali istenen bu yönetmelik kuralı daha sonra 27.12.1988 gün ve 20032 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve 2547 sayılı Yasanın 44. maddesine ek 16. fıkrayı ekleyen 3511 sayılı yasanın 2. maddesinde aynen yer alarak yasa kuralı niteliğini kazanmış, ancak bu yasa kuralının Anayasa’ya aykırı olduğu görüşüyle Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru sonucu sözü edilen 3511 sayılı Yasa kuralı Anayasanın başlangıç kısmı ve 2, 10 ve 174. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle 7.3.1989 gün ve E:1989/1, K:1989/12 sayılı kararla iptal edilmiş ve Anayasa Mahkemesi kararı 5 Temmuz 1989 gün ve 20216 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.”

⁴² Danıştay 8. Daire, T. 7/7/1989, E. 1988/1173, K. 1989/652, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

Danıştayın başörtüsü yasağına ilişkin düzenleyici işlemlerin yargısal denetimi sonucunda verdiği kararların bir diğeri ise YÖK Başkanlığının; 23/2/2008 tarih ve 26796 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la Anayasa’nın 10. ve 42. maddelerine eklenen ibareler doğrultusunda uygulama yapılması hususunda Başkan Yusuf Ziya Özcan imzasıyla yükseköğretim kurumlarına gönderdiği 24/2/2008 tarih ve 225 sayılı genelgesinin iptali istemi hakkındadır. Söz konusu genelgenin içeriğinde ise *"bazı kız öğrencilerin başlarını örtmekte kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğrenim hakkını kullanamadıkları"* belirtilmiş ve *"söz konusu Anayasa Değişikliği göz önünde bulundurulmak suretiyle uygulama yapılmasının kamu görevi ifa eden yükseköğretim kurumlarının yöneticilerinin görev, yetki ve sorumluluğunda olduğu"* vurgulanmıştır. Dava dilekçesinde; mezkur genelgenin üniversitelerde gruplaşmalara yol açacağı, yapılan Anayasa değişikliğinin doğrudan uygulanabilir nitelikte olmadığı, yasal düzenlemeyi gerektirdiği, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun YÖK Başkanına böyle bir yetki vermediği, temel hak ve özgürlüklerin ancak Anayasa’nın başlangıç hükümlerine ve Cumhuriyetin niteliklerine uygun bir biçimde kullanılabileceği ileri sürülmüştür.

Danıştay, kararında ilk olarak 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu uyarınca; yükseköğretim kurumlarının Kanun’da belirtilen amaç ve hedefler doğrultusunda geliştirilmesi, eğitim-öğretim faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi, yükseköğretim kurumları arasında birleştirici, bütünleştirici, sürekli ve geliştirici işbirliği ve koordinasyonun sağlanması gibi ülke çapındaki görevlerin Yükseköğretim Genel Kuruluna ait olduğunu ve bu görevlerin Yürütme Kuruluna devrinin mümkün olmadığını vurgulamıştır. Bu doğrultuda aşağıdaki gerekçelerle işlemin yetki unsuru bakımından sakatlığına hükmetmiş ve yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir:

“...Yukarıda alıntısı yapılan Anayasa, Yasa ve Yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; ancak, Yükseköğretim Genel Kurulu’nun tesis edeceği işlemle düzenleme getirilecek bir alanda Yükseköğretim Kurulu Başkanı’nın tek başına işlem tesis etmek suretiyle düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığı açıkça anlaşılmaktadır.”⁴³

Danıştayın başörtüsü yasağının kaldırılması söz konusu olduğunda sergilemiş olduğu çifte standarda örnek teşkil edecek bu kararın gerekçesinin, esasında, Kemal Gürüz’ün üniversitelere gönderdiği 7.9.1998 tarihli “Yargı kararı” konulu yazı bakımından da geçerli olması dikkat çekicidir. Zira Kemal Gürüz imzasıyla yürürlüğe konulan söz konusu işlem de aslında 2547 sayılı Kanun uyarınca YÖK Genel Kurulunun yetkisi dahilindeki konulara ilişkindir. Bu nedenle söz konusu işlemin de yetki unsuru bakımından hukuka aykırı hale geldiği tespit edilmelidir.⁴⁴

Öte yandan Danıştayın bu kararının idari yargılama usulü bakımından da ele alınması gerekir. Zira 2577 sayılı Kanun’un “Dilekçeler üzerine ilk inceleme” başlıklı 14. maddesine göre dava dilekçelerinin esasa girilmeden önce 3. fıkrada sayılan hususlar⁴⁵ bakımından incelenmesi gerekmektedir. İnceleme sonucu verilmesi gereken kararlar ise Kanun’un 15. maddesinde gösterilmiştir. Bu kapsamda ilk inceleme aşamasında dikkate alınacak hususlardan biri, dava konusu işlemin idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığıdır. YÖK Başkanı tarafından anayasa değişiklikleri yönünde uygulama yapılması gerektiğinin

⁴³ Danıştay 8. Daire, T. 10/3/2008, E. 2008/1501, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

⁴⁴ Gözler, *İdare Hukuku*, 343.

⁴⁵ İlk inceleme hakkında detaylı bilgi için bkz: Halit Eyüp Özdemir, *İdari Yargıda Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019)

hatırlatılması/bildirilmesi amacıyla tesis edilen işlemin, YÖK ve üniversiteler arasındaki ilişkinin niteliği de gözönünde bulundurulduğunda ilgili bakımından kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı; diğer bir ifadeyle doğrudan hukuki sonuç doğurmayacağı söylenmelidir. Dolayısıyla söz konusu işlemin Danıştay tarafından ilk inceleme kapsamında idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı yönünden de ele alınması gerekmektedir. Bu inceleme sonucunda dava konusu işlemin idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı tespit edildiğinde ise 2577 sayılı Kanun'un 15. maddesi uyarınca davanın esasa girilmeksizin reddedilmesi sonucu doğacaktır. Halbuki kararda Danıştay tarafından bu şekilde bir incelemenin yapılmadığı görülmüştür. Diğer yandan kararın idari yargılama usulü bakımından problemlilerinden bir diğeri de yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için 2577 sayılı Kanun'da aranan şartlar sağlanmadığı halde Danıştayın bu yönde bir karar vermiş olmasıdır. Zira 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinde yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Danıştay ise ele alınan kararda idari işlemin yetki unsuru yönünden hukuka aykırılığını tespit etmişse de; YÖK Başkanı'nın başörtüsü konusunda üniversite rektörlerine yönelik Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerine eklenen ibareler doğrultusunda uygulama yapılması hususunu hatırlatması sonucunda telafisi güç ya da imkansız herhangi bir zararın doğacağını kabul etmek kolay değildir. Dolayısıyla 2577 sayılı Kanun'da yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için aranan şartlar sağlanmadığı halde verilmiş olan kararın bu bakımdan da hukuka aykırı olduğuna işaret etmek gerekir.

B. Anayasa Mahkemesi Kararları

1. 2547 sayılı Kanun'un Ek 16. Maddesinin İptali

1988 yılında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na ek 16. madde eklenmiştir. Bu maddeyle; “Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç, sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.” düzenlemesi getirilmiştir.⁴⁶ Bunun üzerine dönemin Cumhurbaşkanı Kenan Evren, maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açmış; AYM ise yaptığı inceleme sonucunda ek 16. maddeyi oyçokluğuyla iptal etmiştir.⁴⁷

Kararda AYM, Anayasa'nın başlangıç bölümü yönünden yaptığı incelemede, özellikle laiklik ilkesi üzerinde durarak, laikliğin tüm diğer ilkelerin üzerinde ve onlara temel teşkil ettiğini ifade etmiştir. Mahkeme, ek 16. maddeyi laiklik ilkesinin bir bütün olduğu, Türkiye'nin yaşam felsefesi olduğu ve ayrıcalıklı bir yere sahip olduğu ön kabulü doğrultusunda şu şekilde ele almıştır:

“Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü lâiklikten almış, milliyetçilik ilkesi lâiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi lâiklikle anlam kazanmıştır. ... Demokrasiye geçişin de aracı olan lâiklik, Türkiye'nin yaşam felsefesidir. ... Eğitim ve öğretimde, dinsel inanca devlet gücünün özel bir katkı vermesi düşünülemez. Lâiklik bir bütündür. Özellikle eğitim-öğretim alanında lâikliğe bağlılık ve saygı, ulusun geleceği açısından da üzerinde önemle durulacak bir konudur. Siyasal alanda dinsel çabalar, dinsel geleneklere uygunluğu aranan düzenlemeler, eylem ve işlemler ne kadar geçersizse, öğretim ve eğitim

⁴⁶ Bkz. 3511 sayılı Kanun, RG, 27.12.1988

⁴⁷ AYM, T. 7/3/1989, E 1989/1, K. 1989/12, bkz: RG, 5.7.1989

alanında da din buyruklarıyla ilişki kurulamaz. Demokrasinin güvencesini ve Cumhuriyetin özgün niteliğini oluşturan bu ilkenin büyük bir duyarlık ve özenle korunması Anayasa gereğidir. Dersliklerde ve ilgili yerlerde dinsel inançları simgeleyen belirtilerden uzak kalınması zorunluluğu nedeniyle yükseköğretim kurumlarında dinsel gereğe bağlanan başörtüleri lâik bilim ortamıyla bağdaştırılamaz.

Lâikliğin, Türk Devrimi'nin, Cumhuriyetin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğu bir gerçektir. "Dinsel inanç gereği" sözcükleri kullanılmasa da Cumhuriyetin niteliklerine yönelik, bu amaç ve anlamdaki dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimler Anayasa karşısında geçerli olamaz. Özgürlükler Anayasa ile sınırlıdır. Anayasa'daki lâiklik ilkesine ve lâik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip lâiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur."

Kararda laiklik ilkesinin yorumlanması ve ilkeye yüklenen anlama karşılık 1982 Anayasası incelendiğinde görülecektir ki; Anayasa'da "laiklik ilkesinin bir bütün olduğu" ya da diğer ilkelerden üstün olduğuna ilişkin bir hüküm yer almamaktadır.⁴⁸ Laikliğin Türkiye'nin yaşam felsefesi olduğu iddiasının ise ne ölçüde hukuki ve sosyolojik bir temele sahip olduğu tartışmalıdır. Belirtmek gerekir ki; AYM'nin söz konusu kararında izhar ettiği ve daha sonraki kararlarında da sürdürdüğü kendine özgü ideolojik ve katı laiklik anlayışı, çoğulcu demokrasinin gerekleriyle uyumlu değildir.⁴⁹ Zira laiklik ilkesinin demokratik yorumu, din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi olarak çoğulcu ve özgürlükçü bir sistem kurmayı hedeflemektedir.

⁴⁸ Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 75.

⁴⁹ Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 201.

AYM'nin aktarılan kararı, ağırlıklı olarak laiklik ilkesi⁵⁰ ekseninde şekillendiğinden laiklik ilkesi üzerinde kısaca durmak gerekir. Laiklik ilkesinin, temelde, din özgürlüğü ile din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması şeklinde iki boyutu bulunmaktadır. Din özgürlüğüne ilişkin Anayasa'nın 24. maddesinde; kişilerin vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahip olduğu hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu özgürlük, ancak "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması" başlıklı Anayasa'nın 14. maddesine aykırı olması durumunda sınırlandırılabilir. Devletin vicdan ve ibadet hürriyetini kural olarak koruma, gerektiğinde ise sınırlandırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ne var ki; Anayasa'nın 13. maddesine göre sınırlandırma, bir mahkeme kararıyla değil ancak bir kanunla mümkün olabilir. YÖK Kanunu'nun ek 16. maddesi hakkında verilen AYM kararı ele alındığında ise kararda; başörtüsü kullanmanın laiklik ilkesine aykırı olduğuna ilişkin hiçbir somut dayanak gösterilmediği, üstelik din ve vicdan özgürlüğüne bir mahkeme kararıyla sınırlandırma getirilmiş olduğu tespitini yapmak mümkündür.

Laikliğin diğer boyutu ise din ve devlet işlerinin ayrılmasıdır. Bu ise devletin resmî bir dininin olmamasını, bütün din mensuplarına eşit davranılmasını, devlet kurallarının din kurallarına dayanmak zorunda olmamasını ve bunun sonucunda da herkes için din ve vicdan özgürlüğünün tanınmış ve güvence altına alınmış olmasını ihtiva etmektedir.⁵¹ Nitekim, inancı gereği kişilerin başörtüsü kullanmaları, laikliğin bu boyutuna da aykırılık teşkil etmemektedir. Söz konusu kararda karşı oy kullanan üye Mehmet Çınarlı, bu duruma

⁵⁰ Laiklik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Bihterin Dinçkol, *1982 Anayasası Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, (İstanbul: Kazancı Kitap, 1991); Abdulkadir Yıldız, *Din ve Vicdan Hürriyeti* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021).

⁵¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 84.

ilişkin görüşlerini şu cümlelerle gayet net bir şekilde ortaya koymuştur:

“Din ve vicdan hürriyetinin gereği olarak boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılmasının dinin Devlet işlerine karıştırılmasıyla bir ilgisi yoktur. Giyim-kuşam bir Devlet işi değil, bir fert işidir. Zorunluluk bulunmadıkça Devletin buna karışmaya hakkı yoktur. Başörtüsü veya türban kullanmayı serbest bırakan kanun hükmüyle Devletin temel düzeninin din kurallarına dayandırıldığı da ileri sürülemez. Başın örtülmesi veya açılması Devletin temel düzeniyle değil, kişinin zevki ve inancıyla ilgilidir. Dava konusu kanunla bu konuda kişiye serbestlik tanınmış olması Anayasa'nın lâiklik ilkesini ihlâl etmez.”

Diğer yandan kararda dikkat çeken bir diğer husus ise AYM'nin dini, vicdanlara iterek inancın izhar edilmesine imkân verilmemesi gerektiğine ilişkin şu ifadeleridir:

“Dogmatik değerlerin yerine akılcı ve insancıl değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır.”...“Dinsel kurallardan arındırılmış, akla ve bilime dayanan, dinsel inancı kişilerin vicdanlarına bırakan lâik devlette, hukuk düzeninin dinsel gereklerle sağlanıp sürdürülmesi benimsenemez.” Halbuki din ve vicdan özgürlüğü, dinin izhar edilmesini de içermektedir. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki dine vicdanlarda ve mabetlerde yaşamak dışında sosyal hayatta bir fonksiyon tanınmaması şeklindeki uygulamanın sosyolojik gerçeklerle örtüşmemesi bir yana, bu şekilde bir uygulamanın batı demokrasilerinde bile bir örneği bulunmamaktadır.⁵²

Kararda ayrıca şu değerlendirmelere de yer verilmiştir: “Yükseköğretim kurumlarında giysilerin başörtü ve türbanın dinsel inanca dayandırılması çağın gereklerine aykırıdır. Çağa,

⁵² Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 84-85.

güne, ortama, koşula, duruma uygun olarak herkes istediği biçimde giyinir.” AYM’nin hukukilikten uzak bu değerlendirmesine karşılık sorulabilecek; “Kıyafet konusunda çağın gerekleri nelerdir, bu gerekleri belirleme yetkisi/tekeli AYM’de midir?” ya da “Çağa, güne, ortama, koşula uymak ne anlama gelmektedir?” gibi sorular bulunmaktadır. Bu sorular, esasında, söz konusu kararın Mahkeme’nin iptal yönünde karar veren üyelerinin ideolojilerinin bir yansıması olarak tebarüz ettiğinin de bir göstergesi niteliğindedir.

AYM, Anayasa’nın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesi çerçevesinde ise şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “Dinsel nedenle başörtüsü ve türbanla boyun ve saçların örtülmesine serbestlik tanınması, bu tür yönlendirme, bir anlamda zorlamadır. Kişileri şu ya da bu yönde giyinip başını örtmeye zorlamak, ayrı ve hatta aynı dinlerden olanlar bakımından ayrılık yaratacaktır”. AYM’nin bu değerlendirmesine karşılık; gerekçede yer alan ifadelerden; başörtüsünün serbest olmasıyla başörtüsünün kişiler üzerinde zorlama aracı olması arasındaki illiyet bağının nasıl kurulduğunu ya da başörtüsünün serbest olmasının neden aynı dinden olan kişiler bakımından ayrılık yaratacağını anlamak güçtür.

AYM, davaya konu yasal düzenlemeyi Anayasa’nın “Din ve vicdan hürriyeti” başlıklı 24. maddesi bakımından da ele almıştır. Mahkeme, başörtülü bireylerin yükseköğretim kurumlarında öğrenim görmeleri durumunda; öğrenciler arasında sosyal görüş, inanç, din ve mezhep ayrılıklarının ortaya çıkacağını, bunun sonucunda da devlet ve ulus bütünlüğünün, kamu düzeninin ve güvenliğinin bozulabileceğini bu nedenle de dinin toplumsal hayatta görünür olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Ne var ki Mahkemenin bu değerlendirmeleri, somut gerçeklerden uzak, objektif ve hukuki dayanağı bulunmayan; ancak paranoyak bir zihnin “başörtüsü yasağını meşrulaştırma çabaları” olarak dikkate alınabilecektir.

Sonuç olarak AYM, 2547 sayılı Kanun'un ek 16. maddesi hakkında verdiği kararda; varsayımlar üzerinden sosyolojik çıkarımlarda bulunarak, hiçbir hukuki dayanak ya da somut gerekçe göstermeden ideolojik bir bakış açısıyla yükseköğretim kurumlarında başörtüsüne serbestlik getiren yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bu noktada; özgürlüklerin kural, sınırlandırmaların istisna olması gerektiği dikkate alındığında kişilerin inançlarına uygun şekilde giyinmelerini serbest bırakan yasal bir düzenlemeye hukuki açıdan aslında gerek olmadığı da söylenebilir.⁵³ Ne var ki dönemin koşulları açısından fiilen uygulanan yasağın ortadan kalkmasını temin etmek amacıyla zorunlu olarak böyle bir düzenleme ihtiyacı duyulması da makul karşılanmalıdır.

2. 2547 sayılı Kanun'un Ek 17. Maddesine İlişkin Karar

25.10.1990 tarih ve 3670 sayılı Kanun'la⁵⁴ 2547 sayılı YÖK Kanunu'na "Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir." şeklinde bir ek madde eklenmiştir. Bu maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasında AYM, iptal isteminin reddine karar vermiştir.⁵⁵ Ancak AYM, bu kararında yukarıda ele alınan YÖK Kanunu'nun ek 16. maddesinin iptaline hükmettiği kararındaki değerlendirmelerine atıf yaparak dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılmasının, kılık-kıyafet serbestisi kapsamı dışında kaldığı değerlendirilmesinde bulunmuş; böylece hukuk literatüründe

⁵³ Hande Seher Demir, *Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü*, (Ankara: Adalet Yayınları, 2011), 131.

⁵⁴ RG, 28.10.1990

⁵⁵ AYM, T. 9/4/1991, E. 1990/36, K. 1991/8. Bkz: RG, 31.07.1991

“yorumlu ret”⁵⁶ olarak bilinen tartışmaların başlamasına sebep olmuştur.

İptal isteminin gerekçesinde dava konusu ek 17. maddenin, iptal edilen ek 16. maddeden bir farkı olmadığı, her iki hükmün de amacının aynı olduğu, AYM tarafından iptal edilen bir hükmün yeniden aynı şekilde yasalaştırılmasının mümkün olmayacağı, aksi halde bunun Anayasa’nın 153. maddesinin son fıkrasında yer alan AYM kararlarının yasama, yürütme, yargı organları ile tüm idari makamları, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı yönündeki düzenlemeye aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüştür.

Talebi değerlendiren AYM, öncelikle YÖK Kanunu’nun ek 17. maddesinin, ek 16. maddesine ilişkin verilen iptal kararını etkisiz hale getirip getirmeyeceğini ele almıştır. Mahkemeye göre, ek 17. maddede geçen “yürürlükteki kanunlar” ifadesi, sadece şekli anlamda kanunları değil; aynı zamanda Anayasa’yı ve AYM tarafından verilen iptal kararlarını da içermektedir. Dolayısıyla Mahkemeye göre, Anayasa’ya aykırı olduğuna karar verilen ek 16. maddenin devre dışı bırakılıp başörtüsüne serbestlik tanınması düşünülemez. Öte yandan AYM’nin bu kararı, iki farklı görüşün ortaya çıkmasına neden olmuştur. Birinci görüşe göre; AYM’nin vermiş olduğu ret kararlarının gerekçesi ve gerekçede yer alan hukuki yorumlar da bağlayıcıdır.⁵⁷ Bu bakımdan Mahkemenin ek 17. maddeye ilişkin verdiği ret kararındaki “yükseköğretim kurumlarında başörtüsünün serbest olmadığı” yönündeki yorumunun bağlayıcılığı bulunmaktadır. Diğer görüşe göre ise, AYM’nin kararlarının bağlayıcılığı, Mahkemenin sadece önüne gelen yasa hükmünün Anayasa’ya aykırı olup olmadığı; yani ilgili yasa

⁵⁶ Yorumlu ret hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: İsmail Yüksel, *Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013).

⁵⁷ M. Semih Gemalmaz, *Türk Kıyafet Hukuku ve Türban*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005), 530.

kuralının iptali ya da iptal isteminin reddi yönünde vereceği hükümle sınırlıdır.⁵⁸ Zira bu görüşe göre AYM kararlarının yorumlarının da bağlayıcı olduğunun kabulü, Anayasa'nın 153. maddesinin 1. fıkrasında yer alan; AYM'nin bir hükmü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareket ederek yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde karar veremeyeceği düzenlemesine aykırılık teşkil eder. Kararda değişik gerekçe yazan üye *Haşim Kılıç*, konuya ilişkin şu değerlendirmelerde bulunmuştur: *"...Verilen iptal kararlarında 'Kanunkoyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edememe' şeklindeki Anayasa kuralı, 'ret kararlarında' da geçerli olacaktır. Bu yasanın uygulamada nasıl anlaşılması gerektiğini öncelikle yorumlayacak olan, idarenin işlemlerinden doğacak adli ve idari sorunların çözüme kavuşturulduğu yer olarak bilinen Yargıtay ve Danıştay'dır."* Kılıç'ın vurguladığı gibi; Anayasa'nın 153. maddesi doğrultusunda iptal kararlarında kanun koyucu gibi hareket edemeyecek olan Anayasa Mahkemesi, ret kararlarında da bu sonucu doğuracak yorumlardan kaçınmalıdır. Nitekim Danıştay 8. Dairesi, 1988 yılında verdiği bir kararında konuya ilişkin: *"... Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmeyip yürürlükte bırakılan bir yasa kuralını görülmekte olan bir davada uygulayan yargı yerlerinin bu yasa kuralının yorumunda Anayasa Mahkemesi'nin yorumu ile bağlı olmadığı, ... duraksamaya yer vermeyecek ölçüde açıktır."* ifadelerine yer vererek AYM'nin yorumlarının bağlayıcı olmadığını vurgulamıştır.⁵⁹

Öte yandan AYM, 1987 tarihli bir kararında AYM'nin önüne gelen davayı kendi görüşüne göre yorumlayarak bir hüküm verdiğini ve hükmün de Anayasa'nın 153. maddesinin son

⁵⁸ İlkay Okdemir, "Din ve Vicdan Özgürlüğü ve Laiklik Bağlamında Üniversitelerde Türban Sorunu," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Antalya: Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005), 127.

⁵⁹ Danıştay 8. Dairesi, T. 17/3/1988, E. 1986/402, K. 1988/192, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

fıkrasına göre yasama, yürütme ve yargı organlarını, tüm idari makamları, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağını ifade etmiştir.⁶⁰ Ancak belirtilmelidir ki; AYM'nin Cumhuriyetin niteliklerini belirli bir formda yorumlaması, bu görüşe uygun olmayan tüm kanun değişikliklerinin de iptal edilmesi gerektiği anlamına gelir. Bu durum ise hukuk devleti ilkesi bakımından kabul edilemez olduğu gibi milli iradeyi temsil eden TBMM'nin görüşlerinin yok sayılarak devletin "yargıçlar devletine" dönüşmesine zemin hazırlayabilir.⁶¹ Benzer görüşte olan Haşim Kılıç'ın değişik gerekçe yazısındaki ifadeleri dikkat çekicidir:

"Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının bağlayıcılığı ilkesi, aynı konuda anayasal aykırılığı giderilmiş yeni bir yasal düzenlemenin yapılmasına engel değildir. Böyle bir yeni düzenlemenin Anayasa Mahkemesi kararlarını etkisiz hale getirdiği de söylenemez. Bilâkis iptal kararında belirtilen hukuki aykırılıklar giderilerek düzenleme yapıldığı için "yasama organını bağlayıcılık" ilkesinin de böylece etkinliğini göstermiş olduğu düşünülmür."

Kılıç'ın da ifade ettiği gibi iptal edilen ek 16. maddede geçen "dinî inanç sebebiyle" ifadesi, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecek şekilde sadece belli bir inanca sahip kişilere üstünlük tanınması amacıyla getirilmemiştir. Düzenleme, ilk başta ek 16. maddeyle sadece başörtülü öğrencilerin mağduriyetlerinin giderilmesi için getirildiği izlenimi uyandırsa da sonradan tüm inanç sahiplerini kapsayacak şekilde ek 17. maddeyle konuya ilişkin yeniden düzenleme yapılmıştır. Bununla birlikte, Kılıç'ın değişik gerekçe yazısında belirttiği üzere, asıl, inançları gereği başörtüsü kullananların ek 17. madde kapsamı dışında bırakılması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder.

⁶⁰ AYM, T. 13/1/1987, E. 1985/22, K. 1987/2, bkz: RG, 5.7.1987

⁶¹ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasa'nın Anlamı*, (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1986), 219.

Diğer yandan; yasama organının söz konusu düzenlemeyi getirmesindeki asıl amacın, yükseköğretim kurumlarında başörtüsü yasağını kaldırmak olduğu açıktır. TBMM, bu iradesini lafzen gayet açık bir şekilde ortaya koymuştur. Bu bakımdan AYM'nin, verdiği kararda yasama organın öngörmediği şekilde bir yorum yapmak suretiyle yasama organının iradesini yok saymış olduğu görülmektedir.⁶² Bu durum, kararda değişik gerekçe yazan Haşim Kılıç tarafından şu şekilde dile getirilmiştir:

Bu iptal kararını, yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafetin ne tür olacağı ya da 'nelerin giyilemeyeceğini' tesbit eden bir düzenleme olarak değerlendirmek mümkün değildir. ...Aksi halde kararı, belirtilen kıyafeti yasaklayan bir düzenleme olarak yorumlamak Anayasa Mahkemesi'ni "Kanunkoyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis eden" bir kurum haline getirir ki bu da Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık oluşturur...Bir alanın kanunla düzenlenmesine ihtiyaç olup olmadığına dair takdir ve yetki sadece yasama organına aittir. Bu sebeplerdir ki Anayasa Mahkemesi iptal kararı verirken, Yasama'nın yaptığı bir düzenlemeyi kimi noktalardan Anayasa'ya aykırı bulmanın dışında bir düzenleme yapmış sayılamaz. Aksi halde "uygunluk" denetiminin dışına çıkılarak "yerindelik" denetimi yapılmış olur."

Belirtmek gerekir ki; idari yargı mercileri bakımından geçerli olan idari işlemlere yönelik yerindelik denetimi yasağının AYM tarafından yasal düzenlemelere ilişkin yapılacak denetimler bakımından da geçerli olması, kuvvetler ayrılığı ve dolayısıyla hukuk devleti bakımından son derece önemli bir yargısal sınırı ifade etmektedir. Bu nedendir ki Haşim Kılıç'la aynı doğrultuda; AYM'nin, 2547 sayılı Kanun'un

⁶² Enis Duman, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi: Laiklik İlkesi Çerçevesinde Verilen Kararlar Üzerine Bir İnceleme," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018), 64.

17. maddesine ilişkin bir nevi yasama yorumu⁶³ yapmak suretiyle vermiş olduğu kararıyla kaynağını Anayasa'dan almadığı bir yetkiyi kullandığını ve bu yönüyle de bir fonksiyon gaspına yol açtığını söylemek mümkündür.

3. 2008 Anayasa Değişikliği

Yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağı sorununun anayasal düzeyde çözülmesi amacıyla 9.2.2008 tarihinde 5735 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesinin dördüncü fıkrasına "ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" ibaresi eklenmiştir.⁶⁴ Böylece 10. madde şu şekli almıştır: "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır". 5735 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle de Anayasa'nın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesine "Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir." şeklinde yedinci fıkra eklenmiştir.

AYM, söz konusu değişikliğin iptaline hükmettiği kararında⁶⁵, öncelikle YÖK Kanunu'nun ek 16. ve ek 17. maddelerinin iptali talebine ilişkin vermiş olduğu kararlarda ortaya koyduğu gerekçe ve yorumları yinelemiştir. Mahkeme, bu kapsamda; Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişiklikle kamu düzeninin bozulduğuna, düzenlemenin başkalarının haklarına müdahale oluşturması nedeniyle laiklik ilkesinin açıkça ihlal edildiğine, söz konusu Anayasa

⁶³ Yasama yorumu hakkında bkz. İsmail Köküsarı, "Osmanlı-Türk Anayasal Tarihinde Yasama Yorumu Ve Uygulaması," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 67, no. 4, (2018): 807-855.

⁶⁴ Bkz. RG, 23.2.2008

⁶⁵ AYM, T. 5/6/2008, E. 2008/16, K. 2008/116, bkz: RG, 22.10.2008

değişikliğinin cumhuriyetin temel niteliklerini değiştirdiği ve işlevsizleştirdiği gerekçesiyle Anayasa'nın "Değiştirilemeyecek hükümler" başlıklı 4. maddesinde yer alan değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırılık meydana geldiğine karar vermiştir. Mahkeme, Anayasa'nın 4. ve 175. maddelerine ilişkin ise şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

"Anayasa'nın 175. maddesine göre kullanılacak Anayasa'yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa'nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, teklif ve oylama çoğunluğuna uyularak ve nihayetinde ivedi görüşme yasağı ihlal edilmeden kullanılmış olması gerekir. Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle etkin kılınmasının gerekçesi olamaz."

Mahkemeye göre Anayasa'nın 4. maddesine aykırı olan bir düzenleme, Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan Anayasa değişikliği teklif koşuluna da aykırıdır. Dolayısıyla Anayasa değişikliğindeki şekil denetimi sadece teklif çokluğu koşuluyla sınırlı olmayıp aynı zamanda "geçerli teklif" koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik yapılacak denetimi de içermektedir.⁶⁶

Bu noktada belirtmek gerekir ki; Anayasa'daki hükümler arasında bir hiyerarşi öngörülmemiştir.⁶⁷ Bu nedenle bir Anayasa değişikliğinin Anayasa'nın başka bir hükmüyle çeliştiği varsayımında dahi AYM'nin, ilgili hükmü iptal etme yetkisi bulunmamaktadır. Böyle bir durumda birbiriyle çelişik

⁶⁶ Mahkemenin teklif edilebilirlik kriteri bakımından ulaştığı sonucun eleştirisi için bkz. Yıldız, *Din ve Vicdan Hürriyeti*, 151-152.

⁶⁷ Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, (Bursa: Ekin Kitabevi, 1999), 153.

ya da zıt iki hüküm aynı anda yürürlükte olacak ve bu hükümlerden biri diğerinin geçerliliğini etkilemeyecektir.⁶⁸

Karşı oy gerekçesinde kararı usul açısından değerlendiren *Haşim Kılıç*, Anayasa'da anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin tek hükmün 148. madde olduğunu; bu maddeye göre ise anayasa değişikliklerinin esastan incelemeye tâbi tutulamayacağını vurgulamıştır. Kılıç ayrıca, AYM'nin 1982 Anayasası döneminde verdiği tüm kararlarında esasa ilişkin denetim yapılamayacağını üzerinde durduğunu, oyçokluğuyla verilen kararlar esasında 148. maddeye yeni bir şekil şartı getirildiğini ve böylece Anayasa değişikliğinin esas yönünden de incelendiğini belirtmiştir. Belirtmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesinin bu tutumu, "esasın şekil olarak kabul edilmesi" suretiyle Anayasa'nın şekil denetimine ilişkin kurallarının berataraf edilmesi anlamına gelir.⁶⁹ Bu doğrultuda Kılıç, Anayasa'nın 6. maddesinde hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetkiyi kullanamayacağı ve 11. maddesinde Anayasa kurallarının yasama, yürütme ve yargı organları ile tüm idare makamlarını bağlayıcı temel kurallar olduğu hükümlerine AYM'nin de uyması gerektiğini ifade etmiştir.

AYM, esasa ilişkin yapmış olduğu değerlendirme kapsamında ise, değişiklikle 10. maddeye eklenen "*her türlü kamu hizmetinden yararlanılmasında*" ifadesine ilişkin; "*...Devlet organları ve idare makamlarının, kişilere yüksek öğrenim hakkında yararlanırken bu hakkın kullanımına hiçbir sınırlama getiremeyecekleri anlaşılmaktadır.*" sonucuna varmıştır. Ancak

⁶⁸ S. Alp Limoncuoğlu, "Türban Sorunu'nun Hukuksal Boyutu Anayasal Değişiklik Çözüm Olur Mu?," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 75 (2008): 159.

⁶⁹ Konuya ilişkin 1961 Anayasası döneminde kaleme alınmış detaylı değerlendirme ve tespitlerin yer aldığı bir çalışma için bkz. Mehmet Turhan, "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 33 (1976): 63-104.

Mahkemenin görüşünün aksine, Anayasa'nın 10. maddesi bakımından özel hüküm niteliği taşıyan 42. maddeye değişiklik sonucu eklenen *"Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir."* ifadesinden de anlaşılacağı üzere, eğitim ve öğrenim hakkının sınırlanmasına ilişkin kanun koyucuya açık ve geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. Bu nedenle Mahkemenin iptal yönünde karar veren üyelerinin yüksek öğrenim hakkına hiçbir sınırlama getirilemeyeceğine ilişkin endişe edecekleri bir durum mevcut değildir. Ancak doğal olarak eğitim ve öğrenim hakkına getirilecek sınırlamalar, eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı olamayacaktır. Diğer yandan değişiklik sonucu kamu hizmeti alan ve veren ayrımı yapılması, her ne kadar başörtülü olarak kamu hizmetlerinin sunumuna katılmak isteyen kadınların çalışma ve kamu hizmetlerine girme haklarının ihlali anlamına gelebilecekse de başörtülü kişilerin kamu hizmetlerinden yararlanırken eşit muameleye tâbi tutulmasına yönelik getirilen bir düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırılığından söz etmek mümkün değildir. Nitekim karşı oy gerekçesinde *Haşim Kılıç*, konuya ilişkin *"Kamu adına kamusal talep ve tercihleri yaşama geçirmek dışında herhangi bir meşruiyeti olmayacak olan devletin, bireylerin bir kısmını kamu hizmetlerinden yararlandırmasında ayrımcılık yapması olasılığı değişiklikten önce de Anayasa'ya aykırı olacaktır. Bu nedenle yapılan değişikliğin Anayasa'nın evrensel ilkelerinden olan eşitlik ilkesinin "somutlaştırılması"ndan başka bir anlamı bulunmamaktadır."* ifadelerini kullanarak bu hususa işaret etmiştir.

Kararda AYM, Anayasa'nın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesine eklenen 7. fıkraya ilişkin ise şu ifadeleri kullanmıştır: *"Bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı olsa da, kullanılan dinsel simgenin tüm öğrencilerin bulunmak zorunda olduğu dersliklerde veya laboratuvar ortamlarında, farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu olasılığın ortaya çıkması durumunda taşınan dinsel simgenin başkalarının"*

üzerinde yaratacağı baskı ve olası eğitim aksamaları ile kamu düzeninin bozulması karşısında, üniversite yönetimlerinin ve kamu kurumlarının müdahalesine olanak verilmemesi, herkesin eşit şekilde eğitim hakkından yararlanmasını engelleyebilecektir.

Dava konusu kurala bakıldığında "kanunda açıkça yazılı haller" in ne olduğu ve ne zaman geçerlilik kazanacağı hususu, yasa koyucunun aktif bir yasama tasarrufuyla anlaşılabilir. Anayasal düzenimizde yasa koyucuyu yasal düzenlemeye zorlayıcı bir hukuksal yaptırım mekanizması bulunmadığından, başkalarının özgürlükleri ve kamu düzenini koruyucu yasal önlemlerin alınmasının yasa koyucunun takdirine kalacağı açıktır. Yasa koyucunun temel siyasal karar mekanizması olduğu ve ülke nüfusunun büyük çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu dikkate alındığında, bu takdirin dinsel özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılmasının güçlüğü açıktır. Temel düzen normu olan Anayasa kuralları değiştirilirken, çoğunluk inancının dışında kalan insanların temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasının yasa koyucunun takdirine bırakılmaması, kayıtlar ve güvence mekanizmalarının doğrudan anayasada yer alması, demokratik anayasacılık deneyiminin sonucu olan insan haklarına dayalı devlet olmanın da bir gereğidir."

Karşı oy gerekçesinde ise Haşim Kılıç, 7. fıkra hakkında şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "...Çoğunluk gerekçesinde, 5735 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile Anayasa'nın 42. maddesine eklenen 'kanunda açıkça yazılı olmayan' ibaresinden, yasa ile açıkça yasaklanmadıkça yüksek öğretimde kıyafetin herhangi bir ölçüye tabi tutulmaksızın serbest bırakıldığı, yükseköğrenim hakkını kullananlara bu kıyafetleri taşımaktan dolayı herhangi bir yaptırım uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Oysa bu ifadenin temel amacının, yasakoyucu dışında hiçbir organın temel hak sınırlamasına tevessül etmemesini sağlamak olduğu unutulmaktadır. ... Diğer yandan yukarıda ifade edilen varsayım devam ettirilmekte, ülkede bireylerin dinsel özgürlüklerinden kaynaklanacak hak ihlalleri ve kamu düzeninin bozulması karşısında hiçbir yasal düzenlemenin bulunmadığı ve buna dayalı olarak da tüm devlet organlarının eli ve

kolunun bağlı olduğuna inanılmaktadır. Oysa 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesi başlı başına bu gereksinimleri karşılayacak niteliktedir. Genel nitelikli diğer yasalardan söz etmeye dahi gerek bulunmamaktadır."

2008'de yapılmak istenen Anayasa değişikliğiyle anayasa koyucu, başörtülü öğrencilerin maruz kaldıkları söz konusu fiili durumun, gerek eşit muamele hakkının gerekse eğitim hakkının ihlaline yol açması nedeniyle ortadan kaldırılmasını amaçlamıştır. Ne var ki ve ne yazık ki; 2008 yılında henüz AYM'ye bireysel başvuru olanağının bulunmadığı bir dönemde temel hak ve özgürlüklerin ihlaline yönelik bir tedbir niteliğinde hayata geçirilmek istenen bu girişim, AYM'nin Anayasa hükümlerini açıkça yok sayarak vermiş olduğu ideolojik bir kararlar bir kez daha engellenmiştir. Böylelikle, yani "Anayasa değişikliğinin Anayasa'ya aykırı bulunarak" iptal edilmesiyle başörtüsü yasağı, hiçbir kanuni dayanağı olmamasına rağmen; AYM ve Danıştay kararları gerekçe gösterilerek bazı yükseköğretim kurumlarında fiilen bir müddet daha uygulanmaya devam etmiştir.

III. İHLALİN TESPİTİ: AYM'NİN SARA AKGÜL KARARI

2010 Anayasa değişiklikleriyle Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasında bulunan kişilere AYM'ye bireysel başvuruda bulunma imkanı tanınmıştır.⁷⁰ Bu kapsamda gerek yükseköğretim kurumlarında öğrencilik statüsü devam ederken başörtüsü yasağına muhatap olanlar gerek kamu

⁷⁰ Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkında detaylı bilgi için bkz. Sibel İnceoğlu, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017) ve Tolga Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015).

kurumlarında çalışanlar⁷¹ ve gerekse de kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına kayıtlı kişiler⁷² AYM'ye başvurarak maruz kaldıkları hak ihlallerinin tespiti ve uğramış oldukları zararların giderilmesi talebinde bulunmuşlardır.⁷³

Başörtüsü yasağına muhatap olup AYM'ye bireysel başvuru yapanlardan biri de Sara Akgül'dür. 2000 yılında Boğaziçi Üniversitesi Fen Bilgisi Öğretmenliği Bölümüne kayıt yaptıran Akgül, 2000-2005 yılları arasında Millî Eğitim Bakanlığında (MEB) mecburi hizmet karşılığı burs almıştır. Akgül, bu bursla ilgili olarak 01.11.2000 tarihli bir taahhütname imzalamıştır. Üniversitede uygulanan başörtüsü yasağı nedeniyle başörtülü bir şekilde okula girmesi engellenen Akgül'ün üniversiteyle ilişkisi, kaydını yenilemediği gerekçesiyle 11.9.2007 tarihinde kesilmiştir. Bununla birlikte MEB tarafından, Akgül'ün üniversiteden ilişişinin kesilmesi nedeniyle, aldığı bursla ilgili taahhüdünü ihlal ettiğinden bahisle 4.972,50 TL tutarındaki miktarı geri ödemesi gerektiği yönünde 13.11.2012 tarihli bir işlem tesis edilmiştir. Akgül'ün bu işleme karşı yaptığı itiraz, MEB tarafından 25.12.2012 tarihinde reddedilmiştir.

Akgül, söz konusu ret işlemine karşı; Boğaziçi Üniversitesinde hukuka aykırı bir şekilde uygulanan başörtüsü yasağı nedeniyle okula gidemediğini, dolayısıyla okulla ilişişinin kesilmesinde kendisinin bir kusuru olmadığını ileri sürerek dava açmıştır. Açılan davada İstanbul 1. İdare Mahkemesinin verdiği iptal kararını bozan İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, tesis edilen işlemin hukuka uygun olduğuna

⁷¹ AYM, B.S. Kararı, T. 18/7/2018, B.N. 2015/8491, RG, 2.8.2018

⁷² AYM, Tuğba Arslan kararı, T. 25/6/2014, B.N. 2014/256, RG, 5.7.2014

⁷³ AYM, konuyla ilgili bir diğer kararında ise başvuruçunun inancı nedeniyle giydiği pardösüsünü çıkartmaya zorlanması nedeniyle din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz: AYM, Esra Nur Özbey kararı, T. 20/5/2015, B.N. 2013/7443, RG, 10.8.2015

hükmetmiştir. Bu karar üzerine Sara Akgül, AYM'ye bireysel başvuru yoluna giderek din özgürlüğünün ve eğitim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştü; Mahkemeden bu ihlallerin tespiti ile yeniden yargılanma ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

A. Din Özgürlüğü

Demokratik ve özgürlükçü bir anayasal devlette kurucu nitelik taşıyan⁷⁴ din özgürlüğü, herhangi bir dine inanma ya da inanmama arasında seçim yaparak inandığı dinin gereklerini bireysel ya da toplu olarak yerine getirebilme özgürlüğünü ifade eder.⁷⁵ Dinî inançlarının gereğini yerine getirmek amacıyla başörtüsü kullanmayı tercih eden kişilerin bu tercihlerine kamu gücü kullanan otoriteler tarafından yapılan müdahaleler, öncelikle bu kişilerin din özgürlüğüne yönelik sonuçlar doğurmaktadır. Diğer bir ifadeyle demokratik bir hukuk devletinde kişilerin dinî inançlarının gereğini yerine getirmek istemeleri karşısında kamu otoritelerinin meşru bir amaca hizmet etmeyen, yasal dayanağı olmayan ya da ölçülülük ilkesine aykırı şekilde gerçekleştirdikleri müdahaleler, ilk olarak bu müdahalelere muhatap olan kişilerin din özgürlüklerinin ihlali anlamına gelir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi, başörtüsü yasağına ilişkin bireysel başvuruları incelerken din özgürlüğünün önemi ve kapsamı üzerinde durmaktadır.

⁷⁴ Korkut Kanadoğlu, "Laiklik ve Din Özgürlüğü," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 109, (2013): 353-383, 356.

⁷⁵ İbrahim Kaboğlu, "Din Özgürlüğü: Sınırı ve Güvencesi," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 46, no. 1 (1991): 265-278, 268.

1. Din Özgürlüğünün Demokratik Devletteki Önemi ve Kapsamı

Sara Akgül'ün yaptığı başvuru üzerine AYM, vermiş olduğu kararda⁷⁶ din özgürlüğü ve laiklik ilkesine ilişkin önemli tespitlerde bulunmuştur.⁷⁷ Mahkeme, ilk olarak din özgürlüğünün Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarından biri olduğunu belirtmiştir. Bu doğrultuda Anayasa'nın 24. maddesinde yer bulan din özgürlüğü; hukukun üstünlüğüne dayanan, etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerinin kurulması ve sürdürülmesi için de vazgeçilmez niteliktedir. Mahkeme, din özgürlüğünün korunabilmesi için demokratik bir devletin; tanıma, çoğulculuk ve tarafsızlık olarak tezahür eden üç temel anlayış üzerine inşa edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Burada tanıma, devlet birey ilişkilerinde devletin tüm din veya inanç gruplarının varlığını eşit şekilde kabul etmesini gerektirirken tarafsızlık, bireylerin din ve vicdan özgürlüğünün eşit düzeyde korunmasının teminatı olan laiklik ilkesinden doğan bir tarafsızlıktır. Diğer bir deyişle; demokratik bir devlette tüm din veya inanç gruplarının varlığının tanınması yetmemekte, buna ek olarak söz konusu din veya inanç gruplarının din ve vicdan özgürlüklerinin devlet tarafından eşit düzeyde ve tarafsız bir şekilde korunması gerekmektedir.

Din özgürlüğünün korunabilmesi için demokratik bir devlette bulunması gereken bir diğer anlayış ise çoğulcudur. Burada AYM'nin çoğulculuğa ilişkin tespitlerini olduğu gibi aktarmak faydalı olacaktır:

“Çoğulculuk ise herkesin kendi kimliğiyle, kendisi olarak toplumsal ve siyasal yaşama katılmasıyla mümkündür. Farklılıkların

⁷⁶ AYM, Sara Akgül Kararı, T. 22/11/2018, B.N. 2015/269, RG, 11.12.2018

⁷⁷ Mahkeme, bu tespitlerde ağırlıklı olarak Tuğba Arslan ve Esra Nur Özbey başvurularında verdiği kararlara atıf yapmıştır.

ve farklı olanların tanınmadığı, tehditler karşısında korunmadığı bir yerde çoğulculuktan bahsedilemez. Çoğulcu toplumda devlet, bireylerin kendi dünya görüşlerinin ve inançlarının gereğine uygun olarak yaşamalarını sağlamakla yükümlüdür. Devlet, toplumda var olan görüşlerden veya yaşam tarzlarından birini yanlış olarak kabul etme yetkisine sahip değildir. Bu bağlamda Anayasa’da yer alan sınırlama sebepleri bulunmadıkça farklılıkların bir arada yaşatılması, çoğunluğun ya da azınlığın hoşuna gitmese de çoğulculuğun bir gereğidir.”⁷⁸

“...Çoğulculuğun ve siyasal tarafsızlığın bu gerekliliği yerine, toplumda gerilim konusu oluşturabilecek unsurları yasaklamaya kalkışmak, baskıcı, totaliter ve homojenleştirmeyi hedef alan bir rejim ortaya çıkartma potansiyeli taşır (benzer değerlendirmeler için bkz. Leyla Şahin/Türkiye, B. No. 44774/98, 29/6/2004, Tulkens’in muhalefet şerhi, § 1). Çoğulculuk, kimlikleri bastırılmış, özgürlükleri kısıtlanmış bireylerin bir arada yaşamasını ifade eden bir kavram değildir. Çoğulculuk, kişilerin kimlikleriyle ortak mekânlara katılabilmesini gerektirir.”⁷⁹

Kararın aktarılan kısmı bakımından; ülkemizde uygulanan başörtüsü yasağının temelini, esasen, yargı organlarının kılık kıyafet konusunda “doğru” ve “asıl” olanın başörtülü olmama/başı açık olma yönünde katı bir şekilde benimsediği ve dayattığı bir ön kabulün oluşturduğunu ilk ve en önemli tespitlerden biri olarak ortaya koymak gerekir. Bu husus, gerek AYM’nin verdiği norm denetimi kararlarında gerekse Danıştay kararlarında açıkça görülmektedir. Halbuki AYM’nin bireysel başvuru kararlarında da vurgulandığı üzere; yaşam tarzlarından birinin “yanlış” olarak kabul edilmesi, demokratik bir devletin vazgeçilmez unsurlarından olan çoğulculukla

⁷⁸ Tuğba Arslan kararı, prg. 54.

⁷⁹ Tuğba Arslan kararı, prg. 129.

bağdaşmaz.⁸⁰ Benzer şekilde anayasal/meşru bir sınırlama sebebi olmadığı müddetçe çoğunluğun ya da azınlığın hoşuna gidip gitmemesine bakılmaksızın farklılıkların bir arada yaşatılmasına imkan tanınması da yine çoğulculuğun bir gereğidir.

AYM'nin din özgürlüğüne ilişkin tespitlerinin bir kısmı ise Anayasa'nın 24. maddesinde yer alan bu özgürlüğün kapsamına ilişkindir. Mahkeme, din özgürlüğünün içsel ve dışsal alan olarak iki boyutunun bulunduğunu belirterek; kişinin herhangi bir inanca sahip olmasını veya olmamasını, inancını açıklamaya zorlanamamasını, bunlardan dolayı kınanamamasını ve baskı altına alınamamasını içsel alan olarak nitelemiştir. Din özgürlüğünün koruma altına alınan dışsal alanı ise Mahkeme tarafından; öğretim, uygulama, tek başına veya topluca ibadet ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açığa vurma hakkı olarak ifade edilmiştir.

2. Laiklik ve Din Özgürlüğü Arasındaki İlişki

AYM, *Sara Akgül* kararında ilk olarak laik bir siyasal sistemde, dinî konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzının devletin müdahalesi dışında ve

⁸⁰ Benzer yönde: Tuğba Arslan kararı, prg. 72: “Aynı şekilde başvuruçuların kendi dinleri ile ilgili yorumlarını ve “alışıldık dini uygulamaların” neler olduğunu sorgulamak yargı organlarının ilgisi dışındadır. Aksine bir yaklaşım mahkemelerin veya kamu gücünü kullanan organların kendi değer yargılarını fiilen başvuruçuların vicdani değerlendirmesinin yerine koyarak, onların din veya inancın uygulamaları konusunda neye inanmalarının “yerinde” olduğunu belirlemeleri anlamına gelecektir. ...başörtüsü yasağının toplumda “tarafsızlığı” ve “çoğulculuğu” sağlamak için gerekli olduğu yönündeki bir düşünce beraberinde din ve inanç alanında devletin “normal” ve “doğru” olanı belirleme yetkisine sahip olduğu düşüncesini getirir. Herhangi bir dinsel davranış gibi başörtüsünün de dini bir inancın değil de siyasi bir görüşün ifadesi olup olmadığına karar vermek Anayasa Mahkemesinin ilgi alanının dışındadır.”

fakat koruması altında bulunduğunu, dolayısıyla bu yönüyle laiklik ilkesinin din özgürlüğünün bir güvencesi olduğunu vurgulamıştır. Gerçekten de başörtüsü yasağı söz konusu olduğunda yargı organları ve yasağın uygulayıcılarının temel yanılığısı, laikliğin belli bir yaşam tarzının güvencesi olduğuna ilişkin sahip oldukları bakış açılarından kaynaklanmaktadır. Zira laiklik, yalnızca yaşam tarzlarında dinin belirleyici etkisi olmayan bireylerin mevcut yaşam tarzlarının bir güvencesi olarak tasavvur edildiğinde; başörtüsü yasağının, laiklik ilkesinin doğurduğu bir sonuç olarak görülebilmesi mümkündür. Halbuki laiklik, bir yönüyle, devletin belli bir yaşam tarzı ya da bireylerin kılık kıyafet konusundaki tercihlerinden bağımsız olarak dinî inançlar karşısındaki eşit ve tarafsız konumuyla alakalıdır.⁸¹ Diğer bir deyişle laiklik, bireylerin din özgürlüğü kapsamındaki davranış, tutum ya da tercihlerine yönelik bir müdahale aracı/gerekçesi şeklinde değil; bu alandaki farklılıkların devletin tarafsızlığı sayesinde korunmasına ilişkin bir güvence olarak ele alınmalıdır.⁸² Laikliğin tarafsızlığı kolaylaştıracağı; ancak bunu her zaman garanti etmeyeceği düşüncesi⁸³ karşısında tarafsızlığın gerçekleşmesi için laikliğin olmazsa olmaz bir nitelik taşımadığı ileri sürülebilir. Böylelikle laikliğin; devletin resmî bir dininin olmaması ve bu çerçevede hukuk kurallarının dinî kurallara dayanmak zorunda olmaması; öte yandan devletin, vatandaşlarının din özgürlüğünü sağlaması şeklinde iki temel yönünün olduğunu kabul etmek gerekir.⁸⁴ Burada belirtmek

⁸¹ Eren, Anayasa Hukuku Ders Notları, 195-196.

⁸² Hasan S. Vural, *Türkiye’de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 232-233; Yıldız, “*Din ve Vicdan Hürriyeti*,” 51.

⁸³ Hasan S. Vural, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü.” *Anayasa Yargısı* 31, no. 1 (2015): 343-353, 346.

⁸⁴ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 103.

gerekir ki; yürürlükteki hukuk kurallarının dinî kurallara dayanmak zorunda olmaması, din ve vicdan özgürlüğünün hayata geçirilmesi için gerekli düzenlemelerin yapılamayacağı anlamına gelmez. Bu, şüphesiz, devletin din özgürlüğü alanında negatif yükümlüğünün ötesinde bir işlev yüklenmesinin bir sonucu olabilir.⁸⁵ Zira önemli olan, din özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek bir toplumsal ihtiyaç ve talebin mevcut olmasıdır. Bu talep ya da ihtiyacın karşılanması sonucu kamu düzeninin bozulmayacak olması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerden yararlanmalarının engellenmiyor olması devletin bu alandaki pozitif yükümlüğünü yerine getirmesi bakımından yeterli olur. Kuşkusuz devletin din özgürlüğü alanındaki bu işlevi, çoğulcu ve esnek bir laiklik⁸⁶ anlayışının benimsenmesiyle ortaya çıkar. Diğer bir ifadeyle; laikliğin klasik uygulamasında hukukun toplumsal yaşamı din kurallarına göre değil insanların ihtiyaçlarına göre düzenleyeceğinin kabul edilmesi⁸⁷ söz konusudur. Buna karşılık devletin din özgürlüğü alanında birtakım pozitif yükümlülükleri yerine getirmesine yönelik bir toplumsal ihtiyaç ortaya çıktığında bu ihtiyacın yerine getirilmesi, esnek laiklik anlayışının bir gereği olarak belirir. Zira esnek laiklik yerine çoğulcu laiklik kavramını

⁸⁵ Yıldız, “*Din ve Vicdan Hürriyeti*,” 63-64. Bu konuda 8.2.2016 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 2016/1 sayılı Başbakanlık Genelgesi örnek gösterilebilir. Genelgeyle; “Anayasa ve ilgili mevzuatla güvence altına alınan dini inanç hürriyetinin bir gereği olarak; Cuma Namazı saatinin mesai saatine denk gelmesi halinde, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlardan isteyenlere mesai kaybına neden olmaksızın izin verilir.” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

⁸⁶ Esnek laiklik kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. Yıldız, “*Din ve Vicdan Hürriyeti*,” 62 vd. “Esnek laiklik” kavramı yerine “yumuşak laiklik” kavramını kullanan Kanadoğlu ise “Dinsel inanışlar ve bunlara uygun yaşama hakkı” gerekçesiyle sosyal ve kültürel yaşamın bütün dokularına din kurallarının ve dinci ideolojinin damgasının düşeceğini belirtmiştir. Bkz. Kanadoğlu, “Laiklik ve Din Özgürlüğü,” 356.

⁸⁷ Metin Feyzioğlu, “Laiklik ve Teokrasi Üzerine Bir Deneme,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 2, (1997): 157-180, 167.

kullanan AYM'nin de ifade ettiği gibi “çoğulcu laiklik anlayışı, dinin, toplumsal görünürlüğüne imkân tanınarak ve dini konulardaki bireysel tercihleri devletin müdahalesi dışında, ancak koruması altında tutarak din özgürlüğünün güvencesi hâline gelir. Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir.”⁸⁸

AYM'nin demokratik bir toplumun gereği olarak nitelendirdiği çoğulcu laiklik anlayışına göre “farklı dinî inançlara sahip olanlar ya da herhangi bir inanca sahip olmayanlar devletin koruması altındadır. Nitekim Anayasa'nın 2. maddesinin gerekçesinde yapılan tanıma göre Hiçbir zaman dinsizlik anlamına gelmeyen lâiklik, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dinî inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tâbi kılınmaması anlamına gelir.’ Bu nedenle laik devlet, din özgürlüğünün gerçekleşebileceği ortamı hazırlamak için gerekli önlemleri almak zorundadır.”⁸⁹

Diğer yandan laiklik ilkesinin din özgürlüğünün sınırlanma gerekçelerinden biri olmayıp aksine din özgürlüğünün kullanımının bir güvencesi olma niteliği, Anayasa'nın 13. maddesinde de ortaya konulmuştur. Şöyle ki; bu maddede temel hak ve hürriyetlere yapılacak sınırlamaların, laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamayacağı vurgulanmıştır. Burada laiklik ilkesinin din özgürlüğüne ilişkin bir sınırlamanın gerekçesi değil bu sınırlamanın bir sınırı olabileceği görülür.

Sara Akgül kararında AYM, laikliğin devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemekte olduğunu vurgulamıştır. Buna göre, “negatif yükümlülük, bireylerin din özgürlüğüne zorunlu nedenler olmadıkça müdahale edilmemesini gerektirmektedir. Pozitif yükümlülük ise devletin din özgürlüğünün önündeki engelleri

⁸⁸ Tuğba Arslan kararı, prg. 139-140.

⁸⁹ AYM, T. 20/9/2012, E. 2012/65, K. 2012/128, RG, 18.4.2013; Tuğba Arslan kararı, prg. 137; Esra Nur Özbey kararı, prg. 85.

kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkânları sağlaması ödevini beraberinde getirmektedir.”⁹⁰

Ülkemizde uygulanan başörtüsü yasağı bakımından devletin laiklik ilkesinden kaynaklı pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği aşıkardır. Zira kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamın sağlanması bir tarafa, başörtüsü yasağının muhataplarının laiklik temelli gerekçelerle inandıkları gibi yaşamaları engellenmek istenmiştir. Negatif yükümlülük bakımından ise; din özgürlüğüne yapılan müdahalelerin zorunlu/zorlayıcı nedenlerden kaynaklanması gerektiği düşünüldüğünde, AYM’nin de ifade ettiği gibi; *“laiklik gerekçesinin din özgürlüğüne yönelik müdahale bakımından meşru bir sebep olarak ileri sürülebilmesi için müdahalenin makul bir temelinin bulunması, bu kapsamda müdahaleye maruz kalan kişinin davranış, tutum ya da eylemlerinin laiklik ilkesini ihlal ettiğine dair yeterli kanıt ileri sürülmesi ve laiklik gerekçesinin delillendirilmesi gerekir. (Tuğba Arslan, § 141). Bu anlamda laikliğin sınırlama sebebi olduğundan bahsedilebilmesi için dinî bir gereklilik olarak kullanıldığı belirtilen başörtüsünün saldırgan ya da başkalarının inançlarına müdahale eden, baskıcı, tahrik edici, kendi inancını zorla dayatma amacı bulunduğu veya toplumsal işleyişi tahrip ettiğinin, birtakım karışıklıklara ve düzensizliklere neden olduğunun gösterilebilmesi gerekir (Tuğba Arslan, § 142).”⁹¹*

AYM’nin bu değerlendirmeleri doğrultusunda vurgulanmalıdır ki; ülkemizde uygulanan başörtüsü yasağının makul ve izah edilebilir bir yönünün olabilmesi için başörtülü bireylerin bu tercihlerini saldırgan, başkalarının inançlarına müdahale eden, baskıcı ve tahrik edici bir şekilde ve kendi inancını zorla kabul ettirme amacıyla ortaya koyduklarının

⁹⁰ B.S. kararı, prg. 59.

⁹¹ Sara Akgül kararı, prg. 89-90.

somut ve objektif bir biçimde delillendirilebilmesi şarttır.⁹² Halbuki yasağın ülkemiz uygulamasında bilhassa yargı organları tarafından ihtimallerin ve varsayımların gerekçe olarak kullanıldığı göze çarpmaktadır. Sara Akgül kararının en önemli kısımlarından biri, tam da bu hususla alakalıdır:

“Bir dinin herhangi bir dışa vurum davranışının tek anlamının laik devlete dinî bir meydan okuma olduğu şeklindeki yorum ise bu dinin mensuplarının kendi eylemlerini tanımlama kapasitesini yok saymak anlamına gelir. Anayasa’da güvence altına alınan herhangi bir temel hakka yönelik sınırlandırmanın meşru kabul edilebilmesi, kaygılar ve varsayımlarla değil yalnızca tartışılmayacak olan gerçekler ve hukuki olarak şüphe götürmeyecek nedenlerin ortaya konulması ile mümkün olabilir. Bu sebeple doğru yargılama ilkesi gereğince bir din veya inancın dışa vurum davranışının laikliğin çoğulcu anlamına aykırı olduğunu somut delillerle kanıtlama yükümlülüğü başvuruçuya değil bu gerekçeyle sınırlandırma yapan devlete düşer. Hukuk, olanı esas alır; kuşkuya ve gelecekteki olasılıklara göre karar verilemez (Tuğba Arslan, § 143).”

Bu noktada İslam dininin kadınlar açısından bir dışavurum aracı olarak nitelendirilebilecek olan başörtüsünün; kaygı, endişe, korku, ihtimal ya da varsayımın ötesine taşarak laikliğin çoğulcu anlamına aykırılık teşkil etmesi anlamına gelebilecek nitelikte somut herhangi bir vaka ya da duruma yol açtığına ilişkin ciddi bir verinin bulunmadığı ortadadır. Dolayısıyla çoğulcu laiklik ilkesi bakımından “olan”ın esas alındığı bir değerlendirme sonucunda başörtüsünün yasaklanması gibi bir sonuca varmanın mümkün olmadığını vurgulamak gerekir.⁹³

⁹² Benzer yönde: Bkz. Tuğba Arslan kararı, prg. 142.

⁹³ Benzer yönde: Bkz. Tuğba Arslan kararı, prg. 130.

B. Eğitim Hakkı

Sara Akgül kararında AYM, başvuruçunun eğitim hakkının ihlali iddiasıyla ilgili olarak öncelikle eğitim hakkına ilişkin önceki kararlarına atıfta bulunmuş ve eğitim hakkının; ilk, orta ve yükseköğrenim seviyelerini kapsadığını⁹⁴, belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına etkili bir biçimde erişimin sağlanmasını güvence altına aldığını⁹⁵ ve kamu otoritelerine bireyin eğitim ve öğrenim almasını engellememe şeklinde bir negatif ödev yüklediğini⁹⁶ hatırlatmıştır. Bunun ardından yaptığı değerlendirmede ise yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağının eğitim hakkının ihlalini doğurduğu sonucuna varmıştır:

“... Eğitim hakkının belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına erişimin sağlanmasını güvence altına aldığı gözetildiğinde başvuruçunun başörtüsü yasağı nedeniyle Üniversiteye devam edememiş olması eğitim hakkına yönelik bir müdahaledir. Eğitim hakkına yönelik müdahale konusunda din özgürlüğü bağlamındaki şikâyetler bakımından müdahalenin kanunilik koşulunun sağlanmaması nedeniyle hak ihlali sonucuna varıldığı (bkz. § 114) dikkate alınarak başvuruçunun Anayasa’nın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkının da ihlal edildiği neticesine ulaşılmıştır. Açıklanan gerekçelerle başvuruçunun Anayasa’nın 24. maddesinde korunan din özgürlüğünü kullanması nedeniyle Üniversiteye

⁹⁴ AYM, Hikmet Balabanoğlu kararı, T. 17/9/2013, B.N. 2012/1334, prg. 28, RG, 30.10.2013; AYM, İhsan Asutay kararı, T. 20/2/2014, B.N. 2012/606, prg. 34, RG, 19.3.2014

⁹⁵ AYM, Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri kararı, T. 10/12/2014, B.N. 2013/583, prg. 68, RG, 4.4.2015

⁹⁶ AYM, Adem Öğüt ve diğerleri kararı, T. 22/11/2017, B.N. 2014/20527, prg. 44, RG, 22.12.2017; AYM, Yüksel Baran kararı, T. 26/6/2014, B.N. 2012/782, prg. 36, RG, 11.9.2014

devam edememiş olmasının Anayasa'nın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkının ihlali niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerekir."⁹⁷

AYM, yükseköğretim kurumlarında başörtülü bir şekilde öğrenim görme talebinin eğitim hakkının din özgürlüğüyle birlikte kullanılmasının bir tezahürü olduğunu, dolayısıyla da bu iki hak ve özgürlüğün birbirinden ayrı düşünülemeyeceğini vurgulamıştır. Bunun sonucunda Mahkeme, kanunilik kriterini her iki hak ve özgürlük bakımından ele alarak yükseköğretim kurumlarında başörtüsünün yasaklanması suretiyle din özgürlüğüne yapılacak bir müdahaleyi haklı kılacak yasal bir dayanağın bulunmamasının eğitim hakkı bakımından da geçerli olduğuna işaret etmiştir.

C. Kanunla Sınırlama

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin yapılacak sınırlamalara ilişkin en önemli ilke, bu sınırlamaların "ancak kanunla" yapılabilecek olmasıdır. Diğer bir deyişle bir temel hak ya da özgürlüğün sınırlanmasına ilişkin açık bir yasal düzenleme bulunmadıkça o hak ya da özgürlüğe idari düzenlemelerle veyahut içtihat yoluyla sınırlama getirilemez. Aksi durumda yasama fonksiyonunun yürütme ya da yargı organı tarafından kullanılması şeklinde tezahür edecek bir fonksiyon gasbından söz etmek gerekir. Bu, şüphesiz, millet iradesinin de gasp edilmesidir. Nitekim AYM'nin de belirttiği üzere: "*Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması ölçütü anayasa hukukunda önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren*

⁹⁷ Sara Akgül kararı, prg. 122, 124-126.

bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır.”⁹⁸

Bununla birlikte ülkemizde yükseköğretim kurumlarında başörtüsünü yasaklayan herhangi bir kanun bulunmamasına rağmen AYM'nin özellikle 1989 ve 1991 yıllarında verdiği kararlar, başörtüsü yasağına gerekçe ve dayanak olarak gösterilmiştir. Öte yandan belirtmek gerekir ki; hukukumuzda başörtüsünü yasaklayan bir kanun olmadığı gibi 2547 sayılı Kanun'un ek 17. maddesi de hâlâ yürürlüktedir. Bu maddeye göre ise yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir. Bu nedenle sorun, AYM'nin ek 17. maddenin iptali istemiyle açılan davada, ilgili kanun maddesinin başörtüsü serbestisini kapsamadığı yönünde yaptığı yorumdan kaynaklanmıştır.

AYM, *Sara Akgül* kararında ise konuya ilişkin net bir tavır ortaya koyarak, gerek AİHM'in gerekse diğer mahkeme kararlarının ya da idari tasarrufların Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında kanun olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir:

“Başvuru konusu olayda başvurucunun başörtüsü ile Üniversiteye devam etme talebi, kamu gücünü kullanan makamlar tarafından AYM'nin 1989 ve 1991 tarihli kararları ile AİHM'in Leyla Şahin/Türkiye kararına ve bu kararlara dayanılarak çıkarılan bazı idari düzenleyici işlemlere istinaden engellenmiştir.

Yukarıda zikredilen ilkeler çerçevesinde somut olay değerlendirildiğinde başvurucunun din ve inanç özgürlüğünü sınırlandıran, Anayasa'nın 13. maddesinin aradığı anlamda kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak, erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.

⁹⁸ AYM, Sevim Akat Eşki kararı, T. 19/12/2013, B.N. 2013/2187, prg. 36, RG, 7.1.2014. Aynı yönde: Tuğba Arslan kararı, prg. 87.

Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hakların sınırlandırılması için mutlaka kanuni dayanağa ihtiyaç vardır. Öğrencilerin üniversite eğitimlerini başları açık olarak sürdürmeleri gerektiğine dair kanuni bir sınırlama bulunmamaktadır. Gerek AİHM'in Leyla Şahin kararı ve gerekse de AİHM'in dayandığı ve Türkiye'de öğrencilerin kılık ve kıyafetlerine ilişkin uygulamanın dayanağı hâline gelen AYM'nin 1989 ve 1991 tarihli kararları, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan kanunilik şartını taşıyan kurallar olarak kabul edilemez.”⁹⁹

Görülmektedir ki AYM, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan “kanun” ibaresinin yalnızca maddi anlamda kanunu ifade etmediğini; aynı zamanda şekli anlamda kanun olarak da anlaşılması gerektiğini benimsemektedir. Bu nedenle AYM tarafından; yasama organınca “kanun” adıyla çıkarılan bir düzenleme olmadığı sürece kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanamayacağı vurgulanmıştır. Mahkeme, bu doğrultuda yaptığı değerlendirme sonucunda yükseköğretim kurumlarına başörtülü olarak devam etmek isteyen öğrencilere getirilen engellemenin kanunilik şartını sağlamadığı ve başörtüsü yasağı içeren uygulamaların hak ihlali oluşturacağı tespitinde bulunmuştur.

IV. 2022 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TEKLİFİ

14 Mayıs 2023 tarihinde yapılan milletvekili genel seçimlerinden kısa bir süre önce Cumhuriyet Halk Partisi (CHP), başörtüsü veya benzeri bir ifadeye yer vermeksizin ve fakat başörtüsünü de kapsayacak şekilde bir serbestinin sağlanabilmesi için bir kanun teklifi hazırlamış ve TBMM Başkanlığına sunmuştur. Teklifin ilgili kısmı şu şekildedir: “(1) Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile üst kuruluşlarına bağlı olarak bir

⁹⁹ Sara Akgül kararı, prg. 111-113.

mesleği icra eden kadınlar, yürüttükleri mesleğin icrası kapsamında giyilmesi gerekli cübbe, önlük, üniforma vb. dışında kıyafet giymek ya da giymemek gibi temel hak ve özgürlükleri ihlal edecek biçimde herhangi bir zorlamaya tabi tutulamaz.”

CHP tarafından hazırlanan kanun teklifinde, hizmet veren pozisyonundaki kadınların kıyafetlerine ilişkin olarak genel bir serbesti getirilmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda hizmet veren pozisyonundaki kadınların, icra ettikleri meslek dolayısıyla giymeleri gereken cübbe, önlük, üniforma gibi kıyafetler dışında bir kıyafet giymeye zorlanmaları engellenmek istenmiştir. Bu teklifte, yukarıda da belirtildiği üzere, “başörtüsü” ifadesine doğrudan yer verilmemiş olmasına rağmen teklifin ilk maddesinin başörtüsünü de kapsadığı kabul edilmelidir. Nitekim teklifin TBMM Başkanlığına sunulması ile kamuoyunda kamuda hizmet veren kadınların başörtüsü serbestisine sahip olmasının kanuni güvenceye alınmak istendiği yönünde yorumlar yapılmıştır.

CHP tarafından hazırlanan kanun teklifine ilişkin olarak Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) yetkilileri, konunun yasal düzenlemeyle değil yapılacak bir Anayasa değişikliğiyle güvence altına alınması gerektiğini belirtmişlerdir. Konuya ilişkin Anayasa değişikliği yapılması yönündeki çağrısındaki temel saikin konunun bir daha istismar edilmesinin önlenmesi olduğu Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan tarafından vurgulanmış, gerekirse Anayasa değişikliğinin referanduma da götürülebileceği ifade edilmiştir.¹⁰⁰

Başörtüsü özgürlüğüne ilişkin Anayasa değişikliği yapılması gerektiği yönündeki yaklaşım, Anayasa’da çeşitli değişikliklerin yapılmasını öngören bir teklifin hazırlanarak

¹⁰⁰ <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/cumhurbaskani-erdogan-basortusune-anayasa-degisikligi-teklifi-ihhtiyac-olursa-bu-isi-referanduma-da-goturebiliriz/2761173#>

TBMM Başkanlığına sunulmasıyla sonuçlanmıştır.¹⁰¹ Söz konusu değişiklik teklifinin ilk maddesi, Anayasa'nın 24. maddesine iki yeni fıkra eklemeyi öngörmektedir. Bu maddeler ile başörtüsü özgürlüğüne anayasal güvence kazandırılması amaçlanmaktadır. Söz konusu düzenleme kapsamında yer verilen ilk fıkra hükmü şu şekildedir:

“Temel hak ve hürriyetlerin kullanılması ile kamu veya özel kesim tarafından sunulan mal ve hizmetlerden yararlanılması, hiçbir kadının başının örtülü veya açık olması şartına bağlanamaz.”

Anayasa değişiklik teklifinde yer alan bu düzenlemenin oldukça detaylı olması, Türkiye’de daha önce yaşanmış olan süreçlerde konuya ilişkin ortaya çıkan problemlerin doğrudan çözümünün amaçlandığını göstermektedir. Anayasa değişiklik teklifi ile; Anayasa'nın “Din ve vicdan hürriyeti” başlığını taşıyan 24. maddesinde yapılmak istenen ilk değişiklik, başörtülü ya da başı açık kadınların kamusal alanda sunulan mal ve hizmetlerden herhangi bir ayrımcılığa uğramadan yararlanabilmelerinin sağlanmasına dönüktür. Diğer yandan teklifte kamusal hizmet alanında olduğu gibi özel kesim

¹⁰¹ Teklifin gerekçesi şu şekildedir: “Teklif ile, temel hak ve hürriyetlerin kullanılması ile kamu veya özel kesim tarafından sunulan mal ve hizmetlerden yararlanılmasının hiçbir kadının başının örtülü veya açık olması şartına bağlanamaması, hiçbir kadının dini inancı sebebiyle başını örtmesinden ve tercih ettiği kıyafetinden dolayı eğitim ve öğrenim, çalışma, seçme, seçilme, siyasi faaliyette bulunma, kamu hizmetlerine girme ile diğer herhangi bir temel hak ve hürriyeti kullanmaktan ya da kamu veya özel kesim tarafından sunulan mal ve hizmetlerden yararlanmaktan hiçbir surette yoksun bırakılamaması, söz konusu sebeplerle kınanamaması, suçlanamaması, herhangi bir ayrımcılığa tabi tutulamaması, bir hizmetin gereği olan kıyafet söz konusu olduğunda Devletin, başörtüsünü ve tercih edilen kıyafeti hiçbir surette engellemek kaydıyla gerekli tedbirleri alabilmesi, yalnızca kadın ve erkek olmak üzere iki farklı cinsiyetten bireylerin birbiriyle evlenerek evlilik birliğini oluşturabilmesi, bunun dışındaki hiçbir birlikteliğin evlilik birliği olarak kabul edilmemesi, düzenlemenin halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanması amaçlanmaktadır.” Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr>

tarafından sunulan mal ve hizmetlerden yararlanmada da kadınların başlarının açık veya örtülü olması “olumlu veya olumsuz bir şart olarak öngörülemeyecektir”. Değişiklik teklifinin bu maddesine ilişkin gerekçede; “... *“kamu veya özel kesim tarafından sunulan mal ve hizmetlerden yararlanma”, Anayasada müstakil bir temel hak ve hürriyet olarak düzenlenmemiştir. Ancak bu yararlanma, Anayasada düzenlenen pek çok temel hak ve hürriyetin bilfiil kullanımına tekabül etmekte veya bu kullanımın tezahür biçimlerinden biri olarak kendini göstermektedir. Bu nevi bir yararlanma, temel hak ve hürriyetler blokuna sıkı sıkıya bağlı bir nitelik taşıdığından kadının başının açık veya örtülü olması şartına bağlanamayacak ve Anayasal temel hak ve hürriyetlerle aynı teminata sahip olacaktır.*” ifadesine yer verilmiştir. Böylelikle temel hak ve özgürlükler alanında daha önce ortaya çıkmış olan bu sorunun bir daha tekrarlanması engellenmek istenmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere; “Fıkra, bu haliyle hem Devlet hem de gerçek ve tüzel kişilere negatif bir yükümlülük getirmektedir.” Dolayısıyla hem devletin hem de gerçek ve tüzel kişilerin kadınların başörtülü olup olmamaları konusunda bir nevi “nötr davranma/müdahalede bulunmama yükümlülükleri” bulunmaktadır.

Teklifle Anayasa'nın 24. maddesine eklenmek istenen ikinci fıkra ise şu şekildedir: *Hiçbir kadın; din"î inancı sebebiyle başını ,örtmesi ve tercih ettiği kıyafetinden dolayı eğitim ve öğrenim, çalışma seçme, seçilme, siyasi faaliyette bulunma, kamu hizmetlerine girme ile diğer herhangi bir temel hak ve hürriyeti kullanmaktan ya da kamu veya özel kesim tarafından sunulan mal ve hizmetlerden yararlanmaktan hiçbir surette yoksun bırakılamaz. Bu nedenle kınanamaz, suçlanamaz ve herhangi bir ayrımcılığâ tâ.bi tutulamaz Alınan veya verilen bir hizmetin gereği olan kıyafet söz konusu olduğunda Devlet, ancak dinî inancı sebebiyle kadının başını örtmesini ve tercih ettiği kıyafetini hiçbir surette engellemek ".sartıyla gerekli tedbirleri alabilir*

Anayasa'nın 24. maddesine eklenmek istenen bu madde ile "dinî inancı sebebiyle" başörtüsü kullanan kadınların eğitim ve öğrenim hakkı dahil birçok hak ve özgürlüğü, kıyafetleri nedeniyle herhangi bir ayrımcılığa uğramaksızın kullanabilmeleri sağlanmak istenmektedir. Bu açıdan ülkemizde başörtüsü yasağı söz konusu olduğunda yalnızca "hizmet alan" konumunda bulunan kişilerin başörtüsü özgürlüğünü savunan anlayış da kabul görmemektedir. Diğer bir ifadeyle yalnızca hizmet alan kişilerin değil kamu hizmeti sunan kişilerin de başörtüsü özgürlüğünden yararlanabilmeleri arzu edilmiştir. Öte yandan Yükseköğretim kurumlarında uzun süre başörtüsü yasağının devam ettiği düşünüldüğünde eğitim ve öğrenim hakkına bu fıkra hükmünde bilinçli şekilde yer verildiğini söylemek yanlış olmaz. Benzer bir durum, çalışma hakkı bakımından da geçerlidir. Yine seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının fıkra hükmünde sayılmış olması ise ülkemizde daha önce yaşanan tecrübelerin tabii bir sonucudur. 1999 genel seçimleri sonrasında milletvekili Merve Kavakçı'nın yemin etmek üzere TBMM Genel Kuruluna geldiği esnada ve sonraki dönemlerde yaşanan tartışmalar bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiş olmasının nedenini anlamak bakımından önemlidir. Bu ve benzeri gerekçe ve dayanaklar çerçevesinde fıkranın devamında dinî inancı sebebiyle başını örten kadınların kınanamayacağı, suçlanamayacağı ve ayrımcılığa tâbi tutulamayacağı hüküm altına alınmaktadır. Ayrıca teklif uyarınca bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi veya bir hizmetten yararlanılması hallerinde giyilmesi gereken bir kıyafetin söz konusu olması durumunda "Devlet, ancak dinî inancı sebebiyle kadının başını örtmesini ve tercih ettiği kıyafetini hiçbir surette engellemek şartıyla gerekli tedbirleri" alabilme imkanına sahip olacaktır.

Yukarıda yer verilen Anayasa değişikliği teklifinde yer alan "dinî inancı sebebiyle" ifadesi muhalefet partileri tarafından eleştirilmiş ve bu ifadenin madde metninde bulunmaması

gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak belirtmek gerekir ki; Anayasa değişiklik teklifinde “dinî inancı sebebiyle” ifadesine yer verilmiş olması, daha önceki dönemlerde başörtüsü yasağını savunan kişilerce ileri sürülen, başörtüsünün “siyasi simge” olarak kullanıldığı şeklindeki argümanın bertaraf edilmesine matuftur. Dolayısıyla teklifte “dinî inancı sebebiyle” ifadesine yer verilmemiş olması durumunda başörtüsü ve dinî inanç nedeniyle tercih edilen kıyafetin siyasi simge veya başka bir şekilde nitelendirilerek yasaklanmaya çalışılması söz konusu olabilecektir.

Bununla birlikte 08.04.2023 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan TBMM kararıyla 14 Mayıs 2023 tarihinde Cumhurbaşkanlığı seçimiyle birlikte yapılan 28. dönem milletvekili genel seçimi nedeniyle TBMM, 07.04.2023 tarihi itibarıyla tatile girmiştir. Bunun sonucunda TBMM İçtüzüğü’nün “Seçimlerin yenilenmesi halinde kanun tekliflerinin durum” başlıklı 77. maddesi¹⁰² uyarınca söz konusu değişiklik teklifi hükümsüz kalmıştır. Bu durumda Anayasa değişiklik teklifinin yürürlüğe girebilmesi için teklifin, 28. yasama döneminde TBMM’ye yeniden sunulması yasama süreçlerinin tamamlanmasının ardından TBMM üyelerinin en az beşte üç çoğunluğuyla ya da referanduma sunulmak suretiyle kabülüne gerekecektir.

SONUÇ

Ülkemizde, yükseköğretim kurumlarında eğitim gören öğrenciler bakımından uzun yıllar uygulanan başörtüsü

¹⁰² TBMM İçtüzüğü Madde 77- “Bir yasama döneminde sonuçlandırılmamış olan kanun teklifleri hükümsüz sayılır. Ancak, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri bu kanun tekliflerini yenileyebilirler. Yenilenen kanun teklifinin tümü üzerindeki görüşmelerden sonra önceki dönemlere ait rapor ve metinler, açıkça belirtilmek kaydıyla, komisyonca benimsenebilir.”

yasağına dayanak olarak Danıştay, AYM ve AİHM kararları gösterilmiştir. Bununla birlikte mezkur yüksek yargı organlarının yasağın meşruluğuna ilişkin verdiği kararların sonuç bakımından olduğu gibi gerekçe itibarıyla de tatmin edici olmadığı ortadadır. Bu husus, hiç şüphesiz, ideolojik olarak başörtüsüne ve inançları doğrultusunda yaşamak isteyen bireylere karşı olumsuz bir tutum içinde olan yargıçların hukuku ideolojilerine feda etmelerinin bir sonucudur. Diğer yandan uygulanma gerekçeleri ve koşulları düşünüldüğünde başörtüsü yasağı, Türkiye’de siyasi şart ve gelişmelerin hukukçular vasıtasıyla kişiler üzerinde gösterdiği yansımalarını da net bir şekilde ortaya koymaktadır. Türkiye’de hukuku etkileme ve araç olarak kullanma gücünü elinde bulunduran siyaset, başka konularda olduğu gibi başörtüsü konusunda da keyfiliğe ve mağduriyete yol açmıştır. Hukukun kurumsallaşmadığı, bir kültür olarak devlet ve toplum tarafından içselleştirilemediği ülkelerde hukuk devleti olamamanın somut yansıması, en çok kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlali şeklinde tebarüz eder. Hukukun üstün olduğu ülkelerde ise hukuk devleti bilinci, ilk başta ve aslında basit bir şekilde, normatif hukukun herkese eşit bir şekilde uygulanması ve bunun bir sonucu olarak da kimsenin kendisini hukukun ve dolayısıyla hukuk kurallarının üstünde görememesi olarak karşımıza çıkar.

Başörtüsü yasağı söz konusu olduğunda ülkemizde, mahkemelerin yanı sıra YÖK, ÖSYM ya da yükseköğretim kurumlarının yöneticileri kendilerini kanunun üstünde görmüştür. Böyle olunca da başörtüsü yasağı, ülkemizde aslında “Ben yaptım, oldu.” mantığıyla uygulanabilmiştir. Ya da “Ben karar verdim, oldu.” Belirtmek gerekir ki; kendini hukukun ve Anayasa’nın üstünde gören bu anlayış, Anayasa’nın 6. maddesinde yer alan “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” ilkesinin açık bir şekilde ihlalinin somutlaşmasından ibarettir.

Yükseköğretim kurumlarında başörtülü öğrencilere uygulanan ve 1960'lı yıllarda başlayan yasağın hukuka aykırılığı, nihai olarak AYM tarafından 2018 yılında verilen bireysel başvuru kararıyla ortaya konulmuş ve başörtülü oldukları gerekçesiyle okula alınmayan öğrencilerin din özgürlüklerinin ve eğitim haklarının ihlal edildiği, Mahkemece tespit edilmiştir. AYM, bu kararında başörtüsü yasağına dayanak olarak gösterilen laiklik ilkesinin demokratik bir devlette din özgürlüğünü sınırlayan bir araç olamayacağını vurgulamıştır. Bunun yanında Mahkeme, bireylere din özgürlüğü sağlanmasının demokratik bir devlette olmaz olmaz derecede öneme sahip olduğunu ve bu nedenle de farklı yaşayış ve inançta sahip kişilerin bir arada yaşamalarının sağlanması bakımından laikliğin çoğulcu yorumunun kabul edilmesinin bir zorunluluk olduğunu belirtmiştir. Bu doğrultuda; devletin, insanların inanç ve yaşayış biçimleri hakkında “doğru” ya da “yanlış” şeklinde değerlendirmelerde bulunamayacağı veya belli bir yaşam tarzını, dini ya da ideolojiyi “normal” ya da “asıl” kabul edip diğer tercihleri ötekileştiremeyeceği gibi başörtüsü kullanan bireylerin bu tercihlerini hangi saikle yaptıklarına ilişkin bu kişilerin beyanlarının esas olduğu da AYM tarafından vurgulanmıştır.

AYM'nin bir diğer önemli tespiti ise temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği yönündeki Anayasal kural varlığını sürdürdüğü ve yürürlükte de başörtüsünü yasaklayan şekli anlamda bir kanun olmadığı müddetçe idari tasarruflarla, mahkeme kararlarıyla veyahut mahkeme yorumlarıyla başörtüsünün yasaklanamayacağıdır. Halbuki başörtüsü yasağı bakımından sağlanmadığı son derece açık olan kanunilik şartının neredeyse hiçbir yargı organı ya da idare tarafından dikkate alınmadığı da bir gerçektir. Kanunilik şartının idari kolluk faaliyetinin temel bir özelliği olması dikkate alındığında ise idarenin kanunda yer almayan bir zorunluluğu öğrencilere dayatmasının idare hukuku bakımından da kabul

edilemeyeceği görülür. Diğer yandan ise başörtüsü yasağı öngören idari işlemlerin; yine kanunilik şartının bir sonucu olarak yetki unsurunda fonksiyon gasbı mahiyetinde bulunan sakatlık nedeniyle yok hükmünde oldukları vurgulanmalıdır. Başörtüsü yasağının öğrenciler açısından en sık ve somut uygulanma yöntemi olan disiplin cezaları bakımından ise gerek bu cezaları veren yükseköğretim kurumlarının gerekse Danıştayın, disiplin suç ve cezalarındaki tipiklik unsurunu görmezden gelmesi, başlıca hukuka aykırılık nedeni olarak ifade edilebilir. Diğer bir deyişle başörtüsünü açıkça yasaklamayan ve başörtülü olmayı disiplin suçu olarak düzenlemeyen bir disiplin mevzuatı uygulanarak başörtülü bir öğrenciye; çağdaş görünüme sahip olmama, kurumların huzurunu bozma ya da eğitim öğretimi engelleme gibi gerekçelerle disiplin cezası verilemeyeceğinin altını çizmek gerekir. Ne var ki altı çizilmesi gereken bu husus, gerek yükseköğretim kurumları gerekse Danıştay tarafından dikkate alınmamış ve disiplin hukukundaki bu temel ilke, başörtülü öğrenciler söz konusu olduğunda yok sayılabilmektedir.

Sonuç olarak ülkemizde uygulama itibarıyla son bulmuş olan başörtüsü yasağının ilgililer bakımından hak ihlali sonucunu doğurduğunun AYM tarafından tespit edilmiş olması oldukça önemli bir aşamadır. Bununla birlikte, başörtüsünü yasaklayan hiçbir hukuki norm olmaksızın yıllarca uygulanan ve yine normatif olarak hiçbir değişiklik olmaksızın uygulamada sona eren başörtüsü yasağının ülkemizdeki siyasi şartlar ve ortam değiştiğinde veyahut hukukun bir şekilde devre dışı kaldığı bir konjonktürde tekrar gündeme gelme ihtimalinin varlığını da hesaba katmak gerekir. Bu durumda her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nun eğitim hak ve özgürlüğünün engellenmesine ilişkin hükümlerinin ya da Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu tarafından uygulanacak yaptırımların devreye girmesi söz konusu olabileceksede bu noktada önemli olan, yıllar sonra yeniden hukuk devletinden ve

hukukun üstünlüğünden kabuk bağlamış bir yaranın yeniden kanamaya başlaması anlamına gelecek şekilde uzaklaşması olacaktır. Bu nedenle 9 Aralık 2022 tarihinde TBMM'ye sunulan anayasa değişikliği teklifi, hem kamu gücü kullanan kişi ve kurumlar hem de özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri karşısında dinî inançları nedeniyle başlarını örten kadınların hak ve özgürlüklerinin anayasal güvenceye alınması bakımından son derece kıymetlidir. Bununla birlikte TBMM'nin 7 Nisan 2023 tarihinden itibaren tatile girmiş olması nedeniyle hükümsüz kalan söz konusu değişiklik teklifinin 28. yasama döneminde tekrar gündeme gelmesi ve kabul edilerek yürürlüğe girmesi durumunda; başörtülü kadınların maruz kaldıkları ya da kalabilecekleri her türlü ayrımcılığın önüne geçilmesi söz konusu olabileceği gibi başörtüsünün siyasi simge olduğu gerekçesiyle yasaklanmak istenmesi de kalıcı olarak engellenmiş olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author did not indicate whether he received financial support for this study.

Conflict of Interest: The author stated that there is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author did not specify whether ethics committee approval is required.

KAYNAKÇA

- Altıparmak, Kerem ve Onur Karahanoğulları. "Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun." Hukuk ve Adalet Dergisi Yıl 1 no. 3 (Temmuz-Eylül 2004): 249-276.
- Akyılmaz, Bahtiyar. "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar." Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6 no. 2 (2002): 0-0
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. Türk İdare Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Atar, Yavuz. Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Balcı, Muharrem. Üniversitelerde Disiplin Cezaları ve Hak Arama Yolları. İstanbul: Danışman Yayınları, 1999.
- Barbarosoğlu, Fatma. "Başörtülülerin Tarihine Küçük Bir Katkı." Yenişafak Gazetesi. Erişim tarihi Şubat 1, 2023. <https://www.yenisafak.com/yazarlar/fatma-barbarosoglu/baortululerin-tarihine-kucuk-bir-katki-46735>
- Benli, Fatma. "Türkiye'de Başörtüsü Yasağı Sorunu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bakış Açısı" İç. Genç Hukukçular Hukuk Okumaları- Birikimler II, 231-250. İstanbul: 2006.
- Benli, Fatma. 1964-2011 Türkiye'de Ve Dünyada Başörtüsü Yasağı Kronolojisi. İstanbul: Mazlumder, 2011. Erişim tarihi Şubat 1, 2023. <https://www.mazlumder.org/fotograf/yayinresimleri/dokuman/turkiyede-dunyada-basortusu-yasagi-kronolojisi.pdf>
- Bozkurt, Burak. Danıştay Kararları Işığında Disiplin Cezalarının Yargısal Denetimi. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

- Demir, Hande Seher. Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü. Ankara: Adalet Yayınları, 2011.
- Duman, Enis. “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi: Laiklik İlkesi Çerçevesinde Verilen Kararlar Üzerine Bir İnceleme.” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Eren, Abdurrahman. Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Feyzioğlu, Metin. “Laiklik ve Teokrazi Üzerine Bir Deneme”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi no. 2 (1997): 157-180.
- Gemalmaz, M. Semih. Türk Kıyafet Hukuku ve Türban. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005.
- Genç, Özge ve Ebru İlhan. Başörtüsü Yasağına İlişkin Değerlendirme ve Öneriler. İstanbul: Tesev Yayınları, 2012.
- Gözler, Kemal. Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu. Bursa: Ekin Kitabevi, 1999.
- Gözler, Kemal. İdare Hukuku Cilt II. Bursa: Ekin Kitabevi, 2019.
- İnceoğlu, Sibel. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Kaboğlu, İbrahim. “Din Özgürlüğü: Sınırı ve Güvencesi.” Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 46, no. 1 (1991): 265-278.
- Kanadoğlu Korkut. “Laiklik ve Din Özgürlüğü.” Türkiye Barolar Birliği Dergisi no. 109 (2013): 353-383.
- Köküsarı, İsmail. “Osmanlı-Türk Anayasal Tarihinde Yasama Yorumu Ve Uygulaması.” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67, no. 4 (2018): 807-855.

- Limoncuoğlu, S. Alp. "Türban Sorunu'nun Hukuksal Boyutu Anayasal Değişiklik Çözüm Olur Mu?" Türkiye Barolar Birliği Dergisi no. 75 (2008): 138-164.
- Okay Tekinsoy, Özge. "Kolluk Faaliyetleri." İç. İdare Hukuku, ed. Turan Yıldırım, 619-681. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Okdemir, İlkey. "Din ve Vicdan Özgürlüğü ve Laiklik Bağlamında Üniversitelerde Türban Sorunu." Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya: Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005.
- Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Özdemir, Halit Eyüp. İdari Yargıda Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Soysal, Mümtaz. 100 Soruda Anayasa'nın Anlamı. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1986.
- Şirin, Tolga. Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Tanör, Bülent-Yüzbaşıoğlu, Necmi. 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Turhan, Mehmet. "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri." Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33, (1976): 63-104.
- Ulusoy, Ali. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar." Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 53. no. 4 (2004): 125-134.
- Vural, Hasan S. Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Vural, Hasan S. "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü." Anayasa Yargısı 31, no. 1 (2015): 343-353.

Yanıkoğlu, Kübra. “Modernleşme Ve Kadın Bedeni Bağlamında Türkiye’de Başörtüsü Sorunu.” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

Yıldız, Abdulkadir. Din ve Vicdan Hürriyeti. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Yüksel, İsmail. Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

Çevrimiçi Kaynaklar

www.kazanci.com.tr.

www.lexpera.com.tr.

www.mazlumder.org.

www.muhammedbalci.com

www.resmigazete.gov.tr.

www.tbmm.gov.tr.