

BAŞÖRTÜSÜ TARTIŞMASINDA YENİ BİR SAHNE: Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Görevlilerinin Din Özgürlüğüne İlişkin Kararı 'Birinci Perde'

Dr. iur. Ece GÖZTEPE*

I. Giriş

Göç alan bütün ülkelerin –ister gelişmiş ister gelişmekte olan ülke olsun– temel sorununu, göçmen olarak gelmiş insanların, geldikleri topluma entegrasyonlarını ve bir işgücü olmanın ötesinde, birey olarak kendilerini yeni çevrelerinde iyi ve güvende hissetmelerini sağlamak oluşturmaktadır. Sermayenin ve üretimin globalleşmesinin artık olağan kabul edildiği günümüzde, insan göçü halen istenmeyen, devletlerin olabildiğince kaçındığı ve kendilerini tekrar ulusal sınırlarına ve çıkarlarına geri çektiği bir alan olmayı sürdürmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrası işgücü açığını kapatmak için göç alan Almanya, Hollanda ya da Fransa gibi Avrupa ülkelerine bakıldığında, şu anda üçüncü kuşak göçmenlerde dahi entegrasyon sorunlarının tamamen çözülemediği, gerek günlük hayatta gerekse iş hayatında ayrımcılıktan ırkçılığa kadar pek çok başat sorunun varlığını sürdürdüğü görülmektedir. Bu sorunların boyutu ve çözüm olasılıkları, göçmenlerin yaşadığı ülkenin (özellikle kolonyal) tarihine vatandaşlık hukukunun dayandığı temel ilkelere ve felsefeye ya da oraya göç eden insanların kültür ve eğitim düzeylerine göre büyük farklılıklar göstermektedir. Cumhuriyetçi ve devlet merkezli bir vatandaşlık anlayışına sahip Fransa gibi bir ülkede göçmenler, (teorik olarak) ırklarına ve geçmişlerine bakılmaksızın, vatandaşlık hakkıyla birlikte Fransız toplumunun bir parçası haline gelmektedirler. Anadilleri Fransızca olmasa bile bu ülkedeki göçmenlerin, okulda aldıkları eğitimle birlikte, Fransa Devleti'nin dayandığı temel ilkeleri benimseyeceği, yani Cumhuriyetçi değerler yoluyla Fransız toplumuna entegre olacakları varsayılmaktadır. Benzer bir anlayışın, bireyin geçmişine ve kültür farklılıklarına biraz daha fazla ağırlık veren ya da özgürlük alanı tanıyan bir biçimde Hollanda için de geçerli olduğu söylenebilir.

* Münster Westfälische Wilhelms Üniversitesi öğretim üyesi.

Almanya'ya bakıldığında ise biçimsel vatandaşlık kurumunun ötesinde, kan bağı'nın merkezi bir yer tuttuğu, kültürel geçmişin ve etnik kökenin büyük önem taşıdığı bir aidiyet tasarımıyla karşılaşırız. Cumhuriyetçi anlayıştan farklı olarak Almanya'da hakim olan aidiyet anlayışında, Alman olabilmek için vatandaşlık bağı'nın ötesinde, kültürel ve dilsel olarak da Alman geleneğine dahil olmak gerekmektedir.¹ Bu anlayışın doğal bir sonucu olarak, Almanya'daki entegrasyon sorunu ve tartışması bir kimlik tartışmasına dönüşmektedir.

Son 10-15 yıllık dönemde, Türkiye'deki İslamlaşmaya ve siyasi İslam'ın siyasi ve toplumsal hayatta kazandığı öneme paralel olarak Almanya'daki Türk toplumunda da dinin kültürel kimliğin bir parçası olarak algılandığı ve üçüncü kuşak göçmenler arasında da giderek yaygınlık kazandığı görülmektedir. Bu bağlamda, başörtüsünün üniversiteli Müslüman kadınlar için ne anlam taşıdığı, başörtüsünün nasıl bir kültürel kod olduğu üzerine yapılan araştırmalar da büyük ilgi görmektedir.² Çoğunluğu Hıristiyan olan Alman toplumunun İslam'ın getirdiği yeni talep ve sorunlarla karşılaşması sadece başörtüsüyle de sınırlı değildir. Alman Defin Kanunu'na göre sadece bir tabutla mümkün olan defnetme işleminin, Müslümanların sadece kefenle defnedilme talepleriyle çatışması ya da hayvan kesimlerinin Alman kanunlarına göre sadece hayvanı önceden bayılarak mümkün olmasına karşılık, Müslümanların İslami usullere göre -yani hayvanları bayılmaksızın- kesim yapma talepleri,³ sözü edilen kültürel çatışmaya ve entegrasyon sorunlarına ilk elde verilebilecek örnekler.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin (FAYM) 24 Eylül 2003'te karara bağladığı ve kamuoyunu da fazlasıyla meşgul eden son bir karar ise, kamu sektöründe -somut olayda bir kamu okulunda- başörtüsünün devletin tarafsızlık yükümlülüğüyle bağdaşıp bağdaşmadığına ilişkindir. Afgan asıllı bir Alman vatandaşının ve öğretmen adayının 1998'den beri sürdürdüğü hukuki mücadele, bu kararla bir ara aşamaya gelmiş bulunuyor, ama gerek hukuki gerekse kararın getirdiği siyasi sorunların çözüldüğü

¹ Kültür ve devlet ulusları başlığı altında özetlenebilen iki temel anlayışın genel bir değerlendirmesi için bkz. Brubaker, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge 1992; Göztepe, "Yurttaşlığın Kamusal ve Ulusüstü Boyutu: Avrupa Yurttaşlığı ve Göçmen Forumu Örnekleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003/4 (yayında).

² Örneğin bkz. Yasemin Karakaşoğlu-Aydın, *Muslimische Religiosität und Erziehungsvorstellungen: eine empirische Untersuchung zu Orientierungen bei türkischen Lehramts- und Pädagogik-Studentinnen in Deutschland*, Frankfurt/a.M. 2000.

³ Bu talepleriyle Müslüman davacılar Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nde başarıya ulaşmışlardır. İki karar için bkz. BVerfGE, 1 BvR 1 83/99 (15.01.2002); 1 BvR 2284/95 (18.01.2002).

henüz söylenemez. Aşağıda önce, FAYM'nin özel hukuk alanında başörtüsü sorununa ilişkin ilk kararı, ardından beşe karşı üç oyla verdiği ve kamu görevlilerinin başörtüsü takmasıyla ilgili kararı incelenecek, sonrasında ise en az karar kadar büyük önem taşıyan ve neredeyse aynı uzunluktaki karşıoy yazısının analizi yapılacak, son olarak da kararın Alman anayasal yetki dağılımı çerçevesinde nasıl uygulamaya konmasının beklendiği açıklanacaktır.

II. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Özel Hukuk Alanındaki İlk Başörtüsü Kararı⁴

Büyük bir rastlantı sonucu FAYM, kamu görevlilerinin başörtüsü takma sorununu karara bağlamadan önce, özel hukuk alanındaki benzer bir sorunu karara bağladı ve Eylül 2003 sonunda vermesi beklenen kararı öncesinde din ve inanç özgürlüğünün kapsamı ve diğer temel hak ve özgürlüklerle çatışması halinde mahkemelerin dikkate alması gereken ölçütleri kısa bir kararda özetleme olanağını bulmuş oldu. Her ne kadar bu ilk karar, bir özel hukuk ilişkisindeki bir çatışmadan doğmuş olsa ve devletin tarafsızlığı ve kamu görevlilerinin bu tarafsızlığı işlerinde devam ettirme yükümlülüğüyle ilgili olmasa da, Almanya kamuoyunu Hıristiyanlıktan başka bir dinin gerekleri üzerine düşünmeye ve tartışmaya itmesi açısından büyük önem taşıyor.

Söz konusu dava FAYM'nin önüne bir anayasa şikayeti yoluyla gelmiştir. Federal Alman Anayasası'nın 93/I 4a maddesine ve Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 90. maddesine göre herkes, temel haklarından birinin bir kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla son merci olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilir. Negatif statü haklarının yanı sıra aktif statü hakları da anayasa şikayetinin konusu olabilmektedir ve bu kurumun öncelikli amacı temel hakların anayasal yargı yoluyla geliştirilmesini sağlamaktır. FAYM'nin iş yükünün büyük bir bölümünü oluşturan anayasa şikayeti kurumu, tüm eleştirilere rağmen, normların Anayasa'ya uygunluk denetimini soyut ve somut norm denetiminin yanı sıra tamamlayıcı bir unsur olduğu ve anayasal hukuk devletinin yurttaşlara en yakın biçimde gerçekleştirilmesine katkıda bulunduğu için, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Alman hukuk sisteminin ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir.⁵

⁴ 30.0.2003 tarihli BVerfGE, 1 BvR 92/03, Absatz-Nr. (1-2). 25 Ekim 2003 itibarıyla henüz FAYM Kararlar Dergisi'nde yayımlanmamış olan bu karar, (http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20030_30_1bvr0_9203.html) adresinde bulunabilir.

⁵ Anayasa şikayeti kurumunun kapsamı ve koşulları için bkz. Gören, "Anayasa Mahke-

FAYM'nin başörtüsüyle ilgili ilk kararında, tüzelkişiliğe sahip bir mağaza işleten davacı, yanında satıcı sıfatıyla çalıştırdığı Türkiye doğumlu davalının, dini inançlarından dolayı başörtüsü takma kararı vermesinden sonra, bu kıyafetin, davalının çalıştığı parfümeri bölümündeki işiyle bağdaşmadığı ve mağazanın genel görüntüsüne uymadığı iddiasıyla, aralarındaki iş akdini sona erdirmiştir. Davacı, iş akdinin başka koşullarda sürdürülmesinin olanaksızlığını beyan etmiş ve başörtüsüyle çalışmak isteyen işçisinin, mağazanın çalışma ilkeleriyle bağdaşmadığı için herhangi bir biçimde iş akdinin devamının söz konusu olmadığını da belirtmiştir. İş akdinin feshine karşı ilk derece mahkemelerinde başarılı olamayan işçiye Federal İş Mahkemesi, ilk derece mahkemelerinin aksine hak vermiş ve iş akdinin feshinin sosyal açıdan haksız ve dayanaksız olduğuna karar vermiştir. Son merci olan Federal İş Mahkemesi'nin kararına karşı işveren (davacı), FAYM'ye anayasa şikayeti başvurusunda bulunmuştur.

Federal İş Mahkemesi kararında işverenin, Anayasa'nın 12/I maddesindeki⁶ girişim özgürlüğüyle, işçinin Anayasa'nın 4/I ve II⁷ maddelerindeki din ve inanç özgürlüğünü tartmıştır. İş Mahkemesi'ne göre işçi, teorik olarak, dini inancından dolayı iş akdiyle yerine getirmeyi vaad ettiği işi yerine getiremeyecek olsa bile, somut olayda işçinin dini nedenlerden dolayı taşıdığı başörtüsü, iş sözleşmesiyle kararlaştırılmış olan satıcılık işini yapmasına engel oluşturmamaktadır. Kaldı ki işveren, işçiyi parfümeri bölümü dışında bir bölümde de çalıştırma olanağına sahiptir. İşverenin Alman Medeni Kanunu'nun 315. maddesinin 1. fıkrasına⁸ göre belirlediği işin kapsamı, işçinin kusurundan kaynaklanan bir nedenden dolayı iş akdinin feshini haklı kılmamaktadır. Medeni Kanun'un 315/I maddesine göre tanınan takdir yetkisi, Alman Anayasası'nın 4/I ve II maddelerindeki din ve inanç özgürlüğüyle birlikte düşünülmelidir. Bu nedenle işverenin işin kapsamını belirleme yetkisi, işçinin din ve inanç özgürlüğüyle birlikte

mes'i'ne Kişisel Başvuru", *Anayasa Yargısı* 11, 1995, s. 9-134; Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, Ankara 1998; Sabuncu, "Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1982, s. 6-86.

⁶ Federal Alman Anayasası'nın 12. maddesi, "meslek seçme özgürlüğü" başlığını taşımaktadır.

I. Bütün Almanlar mesleklerini, iş ve meslek eğitim yerlerini serbestçe seçebilirler. Mesleğin icrası yasayla ya da yasaya dayanılarak düzenlenebilir.

⁷ Federal Alman Anayasası'nın 4. maddesi, "İnanç ve vicdan hürriyeti, dünyevi görüş, savaşı vicdani red hakkı" başlığını taşımaktadır:

I. İnanç ve vicdan ile dini ve dünyevi görüş özgürlüğüne dokunulamaz.

II. Dinin serbestçe icrası güvence altına alınır.

⁸ Alman Medeni Kanunu'nun 315/I maddesine göre, eğer bir akdin ifası için gerekli olan eylem, akdin taraflarından birisi tarafından belirleniyorsa, anlaşmazlık halinde bu yetkinin, adil ve ölçülü biçimde takdir edildiği farz olunur.

ele alınmalı, bu hak, din ve inanç özgürlüğüne uygun biçimde yorumlanmalıdır. İşverenin girişim özgürlüğünün, işçinin başörtüsü nedeniyle ne derece kısıtlandığı ve bu hakkın ağır ihlaline neden olduğu, iş mahkemesine göre yeterince ortaya konamamıştır. Sonuç olarak mahkeme, işçinin din ve inanç özgürlüğünü girişim özgürlüğüne göre daha üstün ve korunması gereken bir temel hak olarak yorumlamış ve işverenin iş akdini feshinin yasal olmadığı sonucuna varmıştır.

Bunun üzerine işveren, son hukuk yolu olarak anayasa şikayetine başvurmuş ve son derece hukuk mahkemesinin, bu durumda Federal İş Mahkemesi kararının, girişim özgürlüğünü ve kişiliğini serbestçe geliştirme hakkını (AY madde 2/I)⁹ ihlal ettiği gerekçesiyle; Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Davacıya göre iş mahkemesi, işçinin ve işverenin çatışan temel haklarını yeterince ölçülü bir biçimde tartmamış, din ve vicdan özgürlüğüne, özel hukuk ilişkilerinde olması gerektiğinden fazla bir koruma sağlamıştır. Oysa bu hak, işverenin aynı derecede korunmaya değer sözleşme özgürlüğüyle sınırlanabilmelidir. Bu aşamada da davacının bu kez anayasa şikayetiyle ileri sürdüğü talebi reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin Birinci Senatosu'nun 2 numaralı dairesi, anayasa şikayetinin görüşülmeye değer olmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi, yerleşik içtihadına göre temel hak ve özgürlüklerin anayasal değerler olarak etkilerini, özel hukuk ilişkilerini düzenleyen normlar aracılığıyla gösterdiklerine dikkat çekerek temel hak ve özgürlüklerin, "yansıma etkisi"¹⁰ yoluyla devlet-birey ilişkisinin ötesinde, birey-bi-

⁹ Federal Alman Anayasası'nın 2. maddesi, "genel kişilik hakkı" başlığını taşımaktadır:

I. Herkes başkalarının hakkını ihlal etmediği ve anayasal düzene, ahlak kurallarına aykırı davranmadığı sürece, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.

¹⁰ Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen "temel hak ve özgürlüklerin yansıma/ışınma etkisi" (Drittwirkung der Grundrechte) ilkesine göre, temel haklar sadece devlet-birey ilişkisinde korunan hukuki değerler değildir. Yasa koyucunun, çıkardığı yasalarda bu hakları gözetmesinin kaçınılmaz olması bir yana, özel hukuk ilişkilerinde de bireylerin temel hak ve özgürlükleri dikkate alınmalıdır. Örneğin, bir yasa kölelik yaşama ilişkin açık bir düzenleme içermese de, Anayasa'daki kölelik ya da angarya yaşama ihlali anlamına gelebilecek bir sözleşme "yansıma etkisi" ilkesine dayanılarak iptal edilebilmelidir.

Temel hakların yansıma etkisi, Alman literatüründe bir dönem en çok tartışılan konulardan biri olduğundan, bu konuda engin bir literatür mevcuttur. Genel olarak bkz. Hans Heinrich Rupp, *Dienende Grundrechte, "Bürgergesellschaft", "Drittwirkung" und "soziale Interdependenz" der Grundrechte*, Juristenzeitung 2001, s. 21-2 ; Ingo von Münch, *Zur Drittwirkung der Grundrechte*, Frankfurt/a.M. 1998; Hans-Uwe Erichsen, *Die Drittwirkung der Grundrechte*, Jura 1996, s. 52-533.

rey ilişkilerinde de uygulama alanı bulduğuna bir kez daha değinmiştir.¹¹ Mahkemeye göre, Anayasa'nın 12/I maddesi işverene işletmesinde istediği kişileri çalıştırma ve çalışanların sayısını belirleme hakkı tanımaktadır. Bu madde aynı zamanda çalışanların, işyerlerinde kalma haklarını da güvence altına almaktadır. Her ne kadar çalışanların bu hakkı işten çıkarılmaya karşı doğrudan bir koruma sağlamasa da, İş Yasası'nın işten çıkarmalara ilişkin hükümlerine dayanak oluşturmaktadır.¹² Özel hukuk ilişkilerinde birbiriyle çatışan çıkarların karşılıklı etkileşimleri, genel mahkemelerce göz önüne alınmalı ve her iki hakkın da etki alanı olabildiğince az kısıtlanarak bir çözüm bulunmalıdır.¹³ (par. 16)

Somut olayda Anayasa Mahkemesi, Alman Anayasası'nda herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmezsizin güvence altına alınmış olan din ve inanç özgürlüğüyle ilgili içtihadına dayanmıştır. Buna göre, din ve inanç özgürlüğü için anayasada herhangi bir sınırlama nedeni yer almamaktadır ama bu hak, sınırsız olarak da tanınmamıştır.¹⁴ Din özgürlüğünün sınırını, başkalarının bu hakla çatışan temel hak ve özgürlükleri çizmektedir. Bu nedenle, somut olayda girişim özgürlüğüyle çatışan din özgürlüğü, genel mahkemelerce özel hukuk normları yorumlanırken dikkate alınmalı, aynı zamanda da diğer temel haklarla kesişme sınırları göz önünde bulundurulmalıdır. (par. 19-20) Federal İş Mahkemesi de çatışan iki temel hakkı dikkate almıştır. Ancak davacı işverenin talebinin aksine, din özgürlüğünün kısıtlanması için sektördeki genel geçer kanı ve alışkanlıklar, işyerinin huzurunun bozulacağına ya da ekonomik zarara yol açacağına dair doğrudan bir kanıt ya da karine oluşturamaz. Çünkü daha az dikkate çekecek bir bölümde davalı çalışanın görevlendirilmesi, somut olayda mümkün görünmektedir. (par. 24) Bu nedenle de çalışanın din özgürlüğünün bir "kuşku" nedeniyle kısıtlanması mümkün değildir, işyerinin iktisadi ve somut bir tehlikeyle karşı karşıya olduğunun kanıtlanması gerekir.

Sonuç olarak; Anayasa Mahkemesi, İş Mahkemesi'nin işverenin girişim özgürlüğünü de göz ardı etmeden birbiriyle çatışan iki temel hakkı ölçülü bir biçimde tarttığını ve anayasaya ve FAYM'nin yerleşik içtihatlarına uygun bir karar verdiği sonucuna vararak, anayasa şikayeti başvurusunu reddetmiş, böylelikle de dini inançları nedeniyle başörtüsü takmaya başla-

¹¹ Mahkemenin bu konudaki yerleşik içtihadından örnekler için bkz. BVerfGE , 198 (205); 42, 143 (148); 96, 1 1 (180); 96, 205 (210); 9 , 169 (1 5); 103, 89 (100).

¹² Ayrıca bkz. BVerfGE 9 , 169. (1 5/1 6)

¹³ FAYM'nin kararlarının her bir paragrafı, okumayı ve atfı kolaylaştırmak amacıyla numaralanmaktadır. "Par." kısaltması, kararın ilgili numaralanmış paragrafları için kullanılmıştır.

¹⁴ Krş. BVerfGE 52, 223 (246); 93,1. (21)

yan ve satıcı statüsünde bir mağazada çalışan işçinin iş akdinin bu nedenle feshinin yasaya uygun olmadığına karar vermiştir.

Kamu görevlilerinin başörtüsü sorununda olduğundan daha az tepki uyandıran bu karar, yine de içinde gelecekte sorunlar doğurabilecek bir potansiyel barındırmaktadır. Somut olayda özel hukuka dayalı bir iş ilişkisinde çalışan ve başörtüsü takmaya başlayan çalışanın görevinin görece önemsizliği, şu anda benzer çıkar çatışmalarına bir çözüm getirmiş gibi görünse de, bu aldatıcı bir durum teşkil etmektedir. Din ve inanç özgürlüğü bir işyerindeki hangi imaj hasarına ya da ekonomik zarara kadar girişim özgürlüğü karşısında korunması gereken bir temel haktır? İşverenin kanıt yükümlülüğü mutlak mıdır? Yoksa çalışan için de negatif bir kanıt yükümlülüğü getirilebilir mi? Bu ve benzeri sorular, Almanya'da ya da tüm modern toplumlarda yaşayan insanların çeşitliliği ve farklılıkları arttıkça hep yeniden gündeme gelecek ve yeni baştan tartışılması gereken çıkarları öne çıkaracak sorular olacak gibi görünüyor.

III. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Hukuku Alanındaki İlk Başörtüsü Kararı¹⁵

FAYM'nin 2003 yılında başörtüsüyle ilgili olarak verdiği ikinci karar, 1998 yılından beri çeşitli idare mahkemelerinde görüşülüp reddedilen bir davanın, yine anayasa şikayeti yoluyla önüne gelmesi nedeniyle verdiği ve FAYM'den kamu görevlilerinin pozitif din özgürlüğü çerçevesinde başörtüsü takıp takamayacağını tartışması beklenen bir davaya ilişkindi.¹⁶

1972'de Afganistan'da doğan davacı Feriştah Ladin, 1987 yılından beri Almanya'da yaşamaktadır ve 1995 yılından beri de Alman vatandaşıdır. 1998'de öğretmenlik mesleğini icra için gerekli olan ikinci devlet sınavını başarıyla tamamlayan davacı, ilkokulda Almanca, İngilizce ve ekonomi/

¹⁵ 24.09.2003 tarihli BVerfGE, 2 BvR 1436/02, Absatz-Nr. (1-140) 25 Ekim 2003 itibarıyla henüz *FAYM Kararlar Dergisi*'nde yayınlanmamış olan bu karar, (http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030603_2bvr143602.html) adresinde bulunabilir.

¹⁶ Davanın idare mahkemelerinde geçirdiği aşamaları incelemek isteyenler için davanın ilk derece mahkemesinden itibaren kronolojik sıralaması şöyle:

1. Stuttgart İdare Mahkemesi'nin 24.03.2000 tarihli kararı (15 K 532/99). Stuttgart Eğitim İşleri Müdürlüğü'nün 10.0.1998 ve 3.02.1999 (1 P L., F./13) tarihli kararlarına karşı açılan ilk idari dava.

2. Baden-Württemberg eyaleti Yüksek İdare Mahkemesi'nin 26.06.2001 tarihli kararı (4 S 1439/00).

3. Federal İdare Mahkemesi'nin 4.0.2002 tarihli kararı. (BVerwG 2 C 21.01)

hayat bilgisi derslerini verme hakkını kazanmıştır. Davacının Baden-Württemberg eyaletindeki bir okula öğretmen olarak atanma talebi Stuttgart Eğitim İşleri Müdürlüğü tarafından reddedilmiştir. Red kararı, davacının derslerde dini nedenlerden dolayı başörtüsü takmak istemesi, başörtüsünün ise kendini kültürel olarak sınırlama anlamına geldiği, bu nedenle de dini olmaktan öte siyasi bir sembol anlamını taşıdığı ve bu türden bir negatif entegrasyon anlamını taşıyan bir sembolün devletin tarafsızlık ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle verilmiştir. Davacı ise, başörtüsünün İslam dininin farzları arasında yer aldığı ve başörtüsü takma kararının sadece kişiliğiyle ilgili bir tercih değil, pozitif din özgürlüğünün bir unsuru olduğunu iddia etmiştir. Ayrıca davacıya göre devletin tarafsızlığı ilkesinin, din özgürlüğüyle bağdaşır biçimde yorumlanması ve çatışan çıkarlar arasında bir denge sağlanması gerekir.

Davacının itirazını reddeden Eğitim İşleri Müdürlüğü gerekçesinde şu noktalara değinmiştir: Anayasa'nın 33/I maddesi¹⁷ dine dayalı ayrımcılığı yasaklamakla birlikte, bir dine bağlı olarak kamu görevine atanmak için gerekli niteliklerin eksikliği halinde atamanın reddi olanağını dışlamamaktadır. Pozitif din özgürlüğünü ileri süren davacının bu hakkı öğrencilerin negatif din özgürlüğüyle, ebeveynlerin Anayasa'nın 6/II¹⁸ maddesindeki eğitim hakkıyla ve devletin tarafsızlık yükümlülüğüyle çatışmaktadır. Davacı her ne kadar İslam dini için misyonerlik yapmayacaksa da, derslerde sürekli olarak taşımak istediği başörtüsüyle öğrencilerini, onlara bu etkiden kurtulma olanağı tanımaksızın, İslam diniyle yüz yüze getirecek ve onların bu dinin gerekleri üzerine düşünmeye zorlayacaktır. Başörtüsünün henüz gelişme çağındaki ve kişilikleri henüz oturmamış öğrenciler üzerindeki objektif etkisi, okulların pedagojik yükümlülükleriyle çatışmaktadır.

Stuttgart İdare Mahkemesi de davacının itirazını reddetmiştir. Bu üst derece eyalet mahkemesi de öğrencilerin negatif din özgürlüğünün davacının pozitif din özgürlüğüyle çatıştığını ve öğrencilerin öğretmenlerini seçme olanakları olmadığı için devletin tarafsızlık yükümlülüğünün bu noktada öğrenciler açısından koruyucu bir unsur olarak devreye girdiğini belirtir.

¹⁷ Federal Alman Anayasası'nın 33. maddesi, "yurttaşlık hakları" başlığını taşımaktadır:

III. Medeni ve siyasi haklardan yararlanma, kamu görevlerine atanma ve kamu görevinde kazanılan haklar, ilgilinin dini inancına bağlı değildir. Hiç kimse bir dine inancından ya da bir dine inanmamasından ya da dünya görüşünden dolayı mağdur edilemez.

¹⁸ Federal Alman Anayasası'nın 6. maddesi, "evlilik, aile, evlilik dışı çocuklar" başlığını taşımaktadır:

II. Çocukların bakımı ve eğitimi ebeveynlerin doğal hakkıdır ve öncelikle onlara ait bir yükümlülüktür. Devlet ebeveynlerin bu faaliyetlerini gözler.

miştir. Temyiz mahkemesi olan Baden-Württemberg Yüksek İdare Mahkemesi de davacının temyiz başvurusunu reddetmiştir. Yüksek mahkeme de yukarıda belirtilen gerekçelere ek olarak, Anayasa'nın 7/I maddesinin¹⁹ devleti, atayacağı kamu görevlilerinin devlete yüklenen öğretim/ eğitim görevinin gereklerini ne derecede yerine getireceğini sınama ve buna göre karar verme konusunda yetkili kıldığını belirtmiştir. Eğer davacı bir kamu görevlisi olarak dini nedenlerden dolayı, devlete yüklenen tarafsızlık yükümlülüğünü yerine getiremeyecekse ve bu nedenle de bu göreve atanması reddediliyorsa, idare Anayasa'nın 33/III maddesindeki ayrımcılık yasağına aykırı hareket etmiyor demektir. Son temyiz mercii olan Federal İdare Mahkemesi de davacının iptal talebini reddederek idari yargıdaki son noktayı koymuştur. Federal İdare Mahkemesi de diğer gerekçelere ek olarak, din özgürlüğünün Anayasa'da bir sınırlama nedeni olmaksızın güvence altına alınmış olmasına karşın, sınırsız bir biçimde uygulanamayacağına dikkat çekmiştir. Kararda özellikle de belli bir dine bağlı olmayan zorunlu devlet okullarında devletin tarafsızlık yükümlülüğünün daha da büyük önem taşıdığı vurgulanmış ve toplumda artan kültürel ve dini çoğulculuğun okullarda da uygulanmasının zorunlu olmadığına değinilmiştir. Öğretmenler okuldaki görevlerini, devleti temsil eden bir otorite sıfatıyla ifa ettiklerinden, öğrencilerin karşısında sadece bir birey olarak değil, devlet otoritesinin bir temsilcisi olarak durmaktadırlar. Derslerde başörtüsü takan bir öğretmen, öğrencilerini bir dinle zorunlu olarak karşıya karşıya bırakacaktır ki bu da devletin tarafsızlık ve gözetim yükümlülüğüyle bağdaşmamaktadır. Davacının din özgürlüğü, ebeveynlerin eğitim hakkı ve öğrencilerin negatif din özgürlüğü karşısında geri planda kalmak zorundadır. (par. 2-15)

Davacı, hukuk yollarının tükenmesinden sonra idare mahkemelerinin verdiği kararlara karşı insanlık onurunun, (madde 1/I) genel kişilik haklarının, (madde 2/I) kanun önünde eşitlik ilkesinin, (madde 3/I) ayrımcılık yasağının, (madde 3/III) din özgürlüğünün (madde 4/I) ve yurttaşlık haklarının (madde 33/II ve III) ihlal edildiği gerekçesiyle Federal Anayasa Mahkemesi'ne anayasa şikayetinde bulunmuştur. Davacı ayrıca, Federal Alman Cumhuriyeti'nin laik ülkelerden farklı olarak, okullarda da dini etkinliklere karşı açık olduğunu ve çeşitli dinlere karşı saygılı bir tarafsızlık çerçevesinde gözetim görevini yerine getirdiğini ileri sürmüştür.

Dava Anayasa Mahkemesi'nin önüne geldikten sonra kamuoyunda, 1998'den beri her yargı mercisindeki karardan sonra tekrar tekrar tartışılan bu konunun nihai olarak çözüme bağlanması hususunda büyük bir

¹⁹ Federal Alman Anayasası'nın 7. maddesi, "okul işleri" başlığını taşımaktadır:
I. Tüm okul işleri devletin gözetimi altında yürütülür.

beklenti oluşmuştur. Çünkü somut olayda karara bağlanması beklenen sorun yalnızca, başörtüsünün kamu hizmeti verenler tarafından takılıp takılamayacağı değil, anayasal düzeni laikliği değil, dinlerin kamu alanında eşit temsilini öngören bir devletin, nüfusunun çoğunluğunun dini olan Hıristiyanlık dışındaki dinlere ne dereceye kadar açık olduğu, reformasyonu yaşamış Katolik ve Protestan dinlerinin dışındaki dinlerin Alman anayasal sistemiyle bağdaşmayabilecek dünya görüşlerinin kamu alanında ne oranda kabul edilebileceğidir. Özellikle kadınların ve erkeklerin anayasal eşitliği ilkesi çatışmaya elverişli bir konu oluşturmaktadır. Hıristiyanlık dışındaki dinlerin kadınlara biçtiği toplumsal rol ve ödevlerle Alman anayasal düzeninin bugün eriştiği noktadaki eşitlik anlayışı her zaman örtüşmeyebilmektedir. Bu noktada toplumsal hoşgörü, entegrasyon ve anayasal düzenin gerekleri, tartışılması ve karşılıklı tartılması gereken kavramlar olarak öne çıkmaktadır. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, hukuki sorunların çözümünü sosyolojik ya da siyasi dünya görüşlerine kurban etmemek ve hukuk düzeninin objektifliğinin toplumsal sorunların çözüm arayışlarının aracı olmasına fırsat tanımamaktır.

Beklenenin aksine somut olayda Anayasa Mahkemesi, esas olarak iki konuda karar vermiştir ve somut olaydaki anayasa şikayetinin kapsamı da bununla sınırlıdır: Baden-Württemberg eyalet yasalarının başörtülü bir öğretmeni atamamayı haklı kılacak yeterli bir düzenleme içerip içermediği ve Almanya'da giderek artan dini çoğulculuğun ve bununla bağlantılı toplumsal değişimin gereklerinin yasa koyucu tarafından bir yasayla düzenlenmesi gerektiği. Bu iki noktada somutlaşan karar, kamuoyunda ciddi tartışmalara neden olmuştur ve yasa koyucu açık bir yasal çerçeve sununcaya kadar da devam edecek gibi görünmektedir.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, yargı kararlarına karşı anayasa şikayetinde anayasal denetim, dava konusu kararı veren mahkemenin hukuk normlarını uygular ve yorumlarken temel hak ve özgürlüklerin anlam ve kapsamını doğru yorumlayıp yorumlamadığını ve bunu yaparken keyfi davranıp davranmadığını saptamaktan ibarettir.²⁰ Somut olayda da gerek ilk derece mahkemeleri, gerekse Federal İdare Mahkemesi yurttaşlık haklarını düzenleyen 33/II maddesini din özgürlüğüyle (madde 4/I ve II) bağlantılı olarak kararlarına dayanak olarak yorumladıklarından, Anayasa Mahkemesi'nin görevi bu temel hakların kapsamı ve yorumu üzerine karar vermektir. (par. 31) Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, birbiriyle çatışan temel hakların sınır ve kapsamını somut olay açısından yorumlama görevini yerine getirmiştir:

²⁰ BVerfGE 18, 85 (93).

1. Her Alman vatandaşına ehliyetine, yeteneğine ve mesleki formasyonuna göre kamu görevine girmede eşitlik hakkı tanıyan 33/II maddesi mahkemeye göre, kamu görevine alınmada bir talep hakkı doğurmamaktadır ve bu hak, yasayla sübjektif koşullara bağlanabilir. Yasa koyucunun bu konuda oldukça geniş bir takdir yetkisi mevcuttur, ancak bu yetkinin sınırını anayasadaki değerler ve özellikle de temel hak ve özgürlükler oluşturmaktadır. Kamu görevine atanmada kamu otoritesi, başvuruda bulunan kişinin gelecekteki görevine ve işe uygunluğuna ilişkin bir karar verdiğinden, bu kararın yasal çerçeve içinde verilip verilmediği, anayasal ilkelerin gözetilip gözetilmediği incelenmelidir (par. 32-35).

2. Bir devlet memurundan, dinin gereği olan kıyafeti giymemesini beklemek ve onu görevi ile dininin gerekleri arasında seçim yapmaya zorlamak, bu kişinin din özgürlüğüne bir müdahale niteliği taşımaktadır. Anayasa'nın 4/I ve II maddeleri sadece inanma ya da inanmama özgürlüğünü değil, inancını dışa vurma hakkını da içermektedir. Din özgürlüğü herhangi bir sınırlama nedeni olmaksızın güvence altına alınmış bir anayasal hak olduğundan, ancak üçüncü kişilerin anayasadaki diğer temel hak ve özgürlükleriyle ya da anayasa hükmü niteliğindeki toplumsal değerlerle²¹ sınırlanabilir. Ayrıca böyle bir sınırlama için yeterli yasal dayanak olması zorunludur.²² (par. 36-38)

3. Kamu görevine atanmada bir dini inancın ayrımcılık nedeni olmayacağına ilişkin anayasa hükmünde ise (madde 33/III) mahkeme, bir kamu görevine atanmayla bir dini inanç arasında hiçbir biçimde bağlantı kurulamayacağını belirtmiştir. Ancak bu, kamu görevinin gereklerini tanımlarken kamu görevlilerinin ve adayların din özgürlüklerine müdahale edilemeyeceği anlamına gelmez. Bu türden sınırlamalar, dar yorumlanması gereken haklı sebeplerle mümkün olduğu gibi, tüm dinler için gerek sınırlama nedeninde, gerekse pratikte eşit oranda geçerli olmalıdır. (par. 39)

Anayasa Mahkemesi de tıpkı önceki ilk derece mahkemeleri gibi, davacının din özgürlüğünü sınırlayabilecek nitelikteki temel haklar olarak, devletin tarafsızlık yükümlülüğünü, ebeveynlerin eğitim hakkını ve öğrencilerin negatif din özgürlüğünü görmüştür. Buna göre, Alman Anayasası'nın öngördüğü özgürlükçü devlet anlayışı, tüm dinlere ve dünya görüşlerine açıktır ve insanlık onurunu, insanların kişiliğini serbestçe geliştirme hakkını bu ilkenin merkezine alır.²³ Devletin bu ilke çerçevesindeki tarafsızlığı devletle dinin kesin olarak birbirinden ayrılması biçiminde değil,

²¹ BVerfGE 28, 243 (260 vd.); 41, 29 (50 vd.); 52, 223 (24); 93, 1 (21).

²² BVerfGE 83, 130 (142).

²³ Krş. BVerfGE 41, 29 (50).

devletin bütün dinleri aynı ölçüde desteklemesi ve onlara açık olması şeklinde tezahür eder. Bu nedenle de devlet, bir dine üstünlük sağlayamayacağı gibi, kendisini bir dinle de özdeşleştiremez, bu yolla toplumsal barışı tehlikeye atamaz. Bu doğrultuda, okullarda da devlet her dine karşı açık olmak zorundadır. Devlet ancak bu yolla anayasanın kendisinden beklediği tarafsızlık yükümlülüğünü yerine getirebilir.

Ebeveynlerin anayasayla güvence altına alınmış bakım ve eğitim hakkı pozitif ve negatif din özgürlüğünü de kapsamaktadır. Çocukların dini eğitimleri öncelikle ebeveynlerin hakkı olup bu hak çocuklarını, istedikleri dinin gerekleri doğrultusunda eğitmenin yanında, kendilerince zararlı ya da yanlış buldukları dinlerin gereklerine karşı korumayı ya da bunlardan uzak tutmayı da kapsamaktadır. Ebeveynler bu haklarını, devletin okullardaki gözetim yükümlülüğüyle paralel olarak kullanırlar. (par. 45) Bunun yanında, çocukların negatif din özgürlüğü de davacının pozitif din özgürlüğüyle çatışmaktadır, şu kadar ki çocuklar devlet tarafından çerçevesi çizilmiş bir ortamda, belki de kendi dini inançları dışındaki bir dinin dışı vurulma biçimiyle kendi istemleri dışında karşı karşıya bırakılmaktadırlar. Bu temas, toplumda yaşarken olağan olarak gerçekleşen, ama yine de bireyin kendi iradesiyle uzak kalabildiği temastan farklıdır ve devletin gözetimi altındaki bir ortamda gerçekleştiğinden, bir dinin gereklerini yerine getirmeye zorlanmakla eşanlama gelebilir. (par. 46)

Birbiriyle çatışan bütün temel hakları ve bunların kapsamalarını, sınırlama nedenlerini ortaya koyduktan sonra Mahkeme, kararının temel noktalarından birini açıklamaktadır: Eğitimcilerin dini nitelik taşıyan kıyafet ya da benzeri dini unsurları okula taşımaları, potansiyel olarak devletin gözetim hakkını ve yükümlülüğünü, ebeveynlerin eğitim hakkını ve öğrencilerin negatif din özgürlüğünü zedeleyebilir. Bunun yanında böyle bir davranış, ebeveynlerin talepleriyle bir çatışmaya ve bu nedenle de okul huzurunun ve barışının bozulmasına neden olabilir. Ancak tüm bu anılan tehlikeler, somut değil, soyut tehlikelerdir. Eğer eğitimcinin çocukları etkilemeye yönelik misyonerce bir davranışına bağlı olarak değil de, yalnızca yukarıda anılan temel hakların çatışması olasılığı nedeniyle bir kişinin kamu görevine atanması için yeterli koşullara sahip olmadığı iddia ediliyorsa ve atama işlemi bu nedenle reddediliyorsa, bunun için açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Çünkü aksi takdirde herhangi bir sınırlama nedeni olmaksızın güvence altına alınmış olan pozitif din özgürlüğü anayasaya aykırı olarak sınırlanmış olmaktadır. (par. 49)

Anayasa Mahkemesi, dini sembollerin anlamı göz önüne alındığında okul idaresinin kararıyla sınıflara konan haç ile bir eğitimcinin kendi kara-

rıyla taşıdığı dini bir sembolün eşdeğer olmadığını belirtmiştir.²⁴ Ayrıca bir öğretmenın başörtüsü gibi dini bir kıyafeti taşımasına izin veren devletin, bu kişinin dininin gereklerini kabul ettiği ve bunun propagandasını yaptığı da ileri sürülemez. (par. 54)

Mahkeme'nin kararının ikinci önemli ayağını ise, eyalet²⁵ yasa koyucularını okullarda izin verilebilecek dini unsurların sınır ve kapsamını belirlemede serbest olduğunu belirtmesi oluşturmaktadır. Yasa koyucular bunu yaparken, yukarıda değinildiği gibi, eğitimcilerin ve öğrencilerin din özgürlüğünü, ebeveynlerin eğitim hakkını ve devletin tarafsızlık yükümlülüğünü göz önüne almak zorundadır. Dini çoğulculuk nedeniyle gerçekleşen toplumsal değişim, okullarda izin verilebilecek dini unsurların çerçevesinin de yeniden çizilmesine vesile olabilir. Böylelikle öğretmenler kamu görevlisi sıfatıyla hangi dini unsurların görevleriyle bağdaştığını –ya da bağdaşmadığını– somut olarak öğrenme olanağı bulacaklardır. Kısacası, anayasal ilkelere bağlı kalınması koşuluyla, din özgürlüğünü sınırlayan bu türden açık bir yasal düzenleme anayasaya aykırı olmayacaktır. Açık bir yasal düzenlemenin varlığı halinde, eğer kamu görevine atanacak kişinin yasal koşulları yerine getirmediği/getiremeyeceği baştan itibaren açıkça saptanıyorsa, bu durum o kişinin atanma engeli olarak uygulanabilecektir. Mahkeme somut olayda olduğu gibi, herhangi bir sınırlama nedeni olmaksızın güvence altına alınmış temel haklar söz konusu olduğunda, yasa koyucunun düzenleme yapmasının bir zorunluluk olduğunu belirtmiştir. Çünkü temel hakların geliştirilmesi ve anayasal güvencelerinin hayata geçirilmesi ancak bu türden bir yasal düzenlemeyle mümkündür. Bu ayrıca, farklı görüşlerin kamuoyunda tartışılmasına ve yasa koyucunun temel hakları düzenleyen işlemlerinin zorunluluğunun ve kapsamının gerekçelendirilmesine de katkıda bulunacaktır. (par. 62-70)

²⁴ Krş. BVerfGE 93,1 (18). Anayasa Mahkemesi'nin 1995 yılında verdiği ve literatürde "Kruzifix" kararı olarak anılan kararda dava konusu, sınıflarda asılı olan haçın, çocukların negatif din özgürlüğünü ihlal edip etmediğiydi. Çocuklarının her gün Hıristiyanlığın bu sembolüyle karşı karşıya kalmasını istemeyen bazı ebeveynlerin anayasa şikayeti başvurusu üzerine verilen ve hukuk literatüründe çok uzun tartışmalara neden olan kararında Mahkeme, zorunlu devlet okullarında okul yönetiminin sınıflara astığı haçın çocukların negatif din özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.

²⁵ Federal Almanya 16 federe devletten (eyalet) oluşmaktadır: Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein ve Thüringen. Bu 16 eyaletin 5 tanesi Batı ve Doğu Almanya'nın birleşmesinden sonra Federal Alman topraklarına dahil olmuşlardır. Almanca terminolojide "yeni eyalet" olarak anılan bu eyaletlerde (Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen) ülke geneline oranla çok az sayıda yabancı yaşadığı için bu eyaletler şu aşamada herhangi bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmemektedirler.

Mahkemenin dikkat çektiği bir diğer önemli nokta ise, yasa koyucunun yapacağı düzenlemede tüm dinleri eşit olarak değerlendirmesi gerektiğidir. Yani yasa koyucu, hangi dışa yönelik dini unsurların kamu göreviyle bağdaşıp bağdaşmadığına ilişkin kararı mahkemelere ya da idari makamlara bırakamaz. Her somut olayda dini unsurların etkisinin ve çatışmaya ne kadar açık bir öge olduğunun takdiri, yasa koyucu tarafından yapılmalı ve idareye olabildiğince az takdir alanı bırakılmalıdır ki dinlerin eşitliği Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği koşullarda sağlanabilsin.

Karşıoy

Sekiz kişilik Senato'nun üç üyesinin karşıoyuyla kabul edilen anayasa şikayeti başvurusunun karşıoy gerekçeleri de en az karar kadar önemli bir nitelik taşımaktadır. Neredeyse karar kadar uzun olan karşıoy yazısının temel tezleri şunlardır:

- Mahkeme, devletin tarafsızlık yükümlülüğünün eğitim alanındaki kapsamı konusunda önüne gelen davadaki soruyu yanıtsız bırakmıştır,
- Kararda, eyalet meclislerinin yasama faaliyetlerinde kendilerine yol gösterecek ve birbiriyle çatışan temel haklar arasında anayasal bir denge kurulmasını sağlayacak esaslara değinilmemiştir,
- Son olarak, eyalet meclisleri gerekli yasal düzenlemeleri yapınca dek idarenin ve yargının bu konuda nasıl hareket etmesi gerektiğine ilişkin hiçbir karar verilmemiştir.

Karşıoyda ilk olarak, kamu görevlileriyle öğrenci ve ebeveynlerin ileri sürdükleri temel hakların birbirine eşit olmadığı belirtilmektedir. Çünkü kamu görevlisi kamu görevini üstlendiği andan itibaren devletin hizmetindedir ve bir birey olarak kullandığı temel haklardan farklı olarak devletin tarafsızlık yükümlülüğünü de taşımakta, dışarıya karşı devleti temsil etmektedir. Bu nedenle de 33/II ve III. maddedeki işe uygunluk konusundaki takdir yetkisi ve eşitlik ilkesiyle 4/I maddesindeki din özgürlüğüne müdahale birbirine karıştırılmamalıdır. Bir kamu görevlisinin, devletin tarafsız olmayı garanti ettiği bir devlet okulunda dini amaçla bir başörtüsü takmak istemesi, onun normal bir yurttaş olarak yararlanacağı din özgürlüğünden farklı bir nitelik taşımaktadır ve öncelikle ebeveynlerin ve çocukların temel hak alanlarına bir müdahale niteliği taşımaktadır. (par. 76-87)

Karşıoy, kamu görevini üstlenen devlet memuruyla kamu hizmetinden yararlanan yurttaşın birbiriyle eşit olmadığını, kamu göreviyle yurttaşların temel haklarının birbirinin karşısında yer alan (belki bir ölçüde de çatışan) hukuki değerler olduğunu vurgulamaktadır. (par. 78) Buna göre kamu

hizmetine girme kararı, ilgili memurun özgür iradesiyle aldığı ve kamu yararına hizmet vermeyi ve devlete sadakati de kapsayan bir görev anlayışının kabul edildiğini varsayan bir akittir. Bu nedenle de memur olma kararını veren bir kişi, tarafsızlık yükümlülüğünü ve ölçülülük ilkesini reddedemez. (par. 79) Karşıyda ayrıca, 33/II maddesindeki özel eşitlik ilkesiyle 4/I maddesindeki temel hakka müdahalenin birbiriyle karıştırılmaması gerektiği vurgulanmaktadır. Diğer haklardan izole edilmiş ya da bir idari işlem talebiyle bağlantılı olarak ileri sürülen eşitlik haklarında, yasal sınırlama koşulunun uygulanması mümkün değildir. Yani, bu durumda eşitlik ilkesinin ihlali özgürlük haklarının ihlali anlamını taşımamaktadır. Karşıya göre böyle bir durumda tam aksine, devletin tarafsızlık yükümlülüğünü yerine getireceğine dair güvence vermek istemeyen öğretmen, dolaylı olarak ebeveynlerin ve öğrencilerin temel haklarını ihlal etmektedir. Bu bağlamda tartışılması gereken, ebeveyn ve öğrencilerin temel haklarını korumaya yönelik bir yasanın gerekli olup olmadığıdır. Kamuya açık alanlarda dini amaçlarla başörtüsü taşımak isteyen bir bireye bunu yasaklayan devlet, hiç kuşkusuz o kişinin din özgürlüğüne müdahale etmektedir. Bu durumdan farklı olarak, anayasayla tarafsızlığı garanti edilen bir alanda –zorunlu devlet okullarındaki derslerde– bir kişi, devleti temsil eden memur sıfatıyla böyle bir talepte bulunursa, kişisel din özgürlüğünün icrası söz konusu değildir, çünkü devlet memurları sadece devletin tarafında değildirler, aynı zamanda devlet onlar aracılığıyla eylemde bulunmaktadır. Eğer devlet memuru olarak öğretmenin, ebeveynlerin ve öğrencilerin eşit ölçüde temel haklara sahip olduğu varsayımından hareket edilecek olunursa, devletle toplum arasındaki ayırım aşılmış olur ve çatıştığı varsayılan bu temel haklar arasında sağlanması zor bir hukuki denge arayışına girilmiş olunur. (par. 87)

Karşıya göre, kamu görevlilerinin tarafsızlık yükümlülüğü anayasadan kaynaklanmaktadır ve bu nedenle de ek olarak bir eyalet yasasına gerek yoktur. Çünkü 33/II maddesi memurluk statüsüne alınmadaki eşitlik ilkesini bir yurttaşlık hakkı olarak düzenlerken, devlet memuru olmak için başvuruda bulunan kişinin kamu hizmetinde çalışmak için yeter ve gerek koşullara sahip olduğu düşüncesinden yola çıkmaktadır. Bu doğrultuda devlet, ilgili kişilerin kamu görevini ifa için yeterli koşulları taşıyıp taşımadığını saptamakla yükümlüdür. (par. 93) Mahkemelerin bu takdir yetkisi çerçevesinde yapılan işlemlere ilişkin denetimi, keyfilik, yasal ve anayasal dayanakların gereğince yorumlanıp yorumlanmadığının denetimiyle sınırlıdır. (par. 90-94)

Anayasal devlet, halkın iradesini gerçekleştirmek için kamu hizmetine ihtiyaç duyar. Kamu hizmetiyle yasa koyucunun iradesi ve yürütmenin ka-

rarlarının uygulanması güvence altına alınır. Böylelikle Anayasa'nın 20/I²⁶ maddesindeki demokratik hukuk devleti ilkesi gerçekleştirilmiş olunur. Bu nedenle devletin, tarafsız ve kamu hizmetinin gereklerini en iyi biçimde ifa edecek bir kamu hizmeti anlayışına ihtiyacı vardır. Bu doğrultuda, kamu hizmetlilerinin temel hakları, devlet organına entegre edilmemiş kişilerin temel hakları karşısında daha baştan itibaren sınırlandırılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları 33/V²⁷ maddesinin memurlara kamu hizmetinin ifası sırasında tarafsızlık ve ölçülülük ödevi yüklediğini belirtmektedir. Eğer devlet memuru görevini ifa sırasında siyasi ya da dini olarak tarafsız davranmazsa, kamu hizmetini kusurlu bir biçimde yerine getirmiş sayılır.²⁸ Çünkü Alman Anayasası'na göre devlet, toplumsal barışı sağlamak için, dini meselelerde tarafsız olmakla yükümlüdür.²⁹ Bu nedenle de devlet memurları daha atanırken, görevlerini ifa ederken tarafsız, provokasyona neden olmayacak biçimde davranmayı garanti etmek zorundadırlar. (par. 95-100)

Karşıyoda ayrıca, öğretmenlik mesleğinin özel niteliklerine ve önemine değinilmiş, yukarıda anılan tarafsızlık ilkesinin bu meslek açısından taşıdığı özel önem açıklanmıştır. Buna göre öğretmenler, devletin eğitim işlevini üstlenirken, derslerde ebeveynlerinkine denk biçimde çocukların doğrudan pedagojik sorumluluğunu ve eğitimi de üstlenmektedirler. Kendilerine teslim edilmiş öğrencilerin gelişiminde en az ebeveynler kadar etkili olan öğretmenler bu yolla, ebeveynlerin eğitim hakkını da sınırlamış olmaktadır. Ebeveynlerin bu anayasal hakkına olabildiğince az müdahale etmek için devletin yapması gereken, eğitim ödevini mümkün olan en objektif ve tarafsız bir şekilde yerine getirmektir. Bu ilkeler, siyasi olduğu kadar dini alan içinde geçerlidir.³⁰ Bu nedenle soyut tehlikenin somut bir çatışmaya dönmesi beklenmeden, daha atanma aşamasında devlet memuru adaylarının gerekli ve yeterli niteliklere sahip olup olmadığı denetlenmelidir. Somut olayda, memurluğa atanma talebinde bulunan ama hizmeti ifa sırasında dini nedenlerle başörtüsü takmak isteyen davacı, daha baştan itibaren ilerideki bir çatışma halinde tarafsızlık ilkesine uymayacağını ve devleti dışarıya karşı temsil görevinde dini sembol niteliği taşıyan unsurlardan vazgeçmeyeceğini beyan etmektedir. Kaldı ki davacının bu dini sembolü

²⁶ Federal Alman Anayasası'nın 20. maddesi, "temel anayasal ilkeler ve direnme hakkı" başlığını taşımaktadır:

I. Federal Alman Cumhuriyeti demokratik ve sosyal bir federal devlettir.

²⁷ Madde 33 (V): Kamu hizmeti hukuku, meslek memurluğunun geleneksel temel ilkeleri göz önünde tutularak düzenlenir.

²⁸ BVerfGE 39, 334 (34).

²⁹ BVerfGE 105, 29 (294).

³⁰ Bkz. BVerfGE 41, 29 (48); 41, 88 (10).

hangi sübjektif nedenlerle taşıdığı hiçbir önem taşımamaktadır; burada belirleyici olan, dini sembolün objektif etkisidir. (par. 101-111)

Eğitim ve ders yükümlülüğü devlet tarafından Anayasa'yla zorunlu kılınmış ve kural olarak, ebeveynlerin kaçamayacağı bir sorumluluktur. Bunun yanında, kaliteli bir eğitim çocukların gelecekteki başarısının da garantisi olduğundan, okul içindeki her türlü çatışma doğrudan doğruya hem öğrencilerin hem de ebeveynlerin önemli bir yaşam alanına etki anlamını taşımaktadır. Özellikle ilkökul öğretmenlerinin çocukların gelişimi ve kişiliklerinin oturmasında önemli bir rolü vardır. Başörtüsü gibi kişiyle doğrudan bağlantılı dini bir sembol, çocuklarda aynı davranışı taklit etkisi yaratabilir. Bunun yanı sıra, ebeveynleri başörtüsünü reddeden ya da kınanayan bir çocuk, öğretmeni ile ailesi arasındaki çatışmayı duygusal olarak aşmak zorunda bırakılacaktır ki bunun çocuklar üzerinde negatif etkileri olduğu, bilim dünyasınca da onaylanmaktadır. (par. 112-118)

Davacı, kamusal alanda başörtüsüz olarak dolaşırsa, onurunun zede-leneceğini beyan etmiştir. Her ne kadar davacı açıkça belirtmemişse de, bu iddianın aksi yorumundan, başını örtmeyen kadınların onurlarını korumadığı sonucu çıkmaktadır. Böyle bir ayırım objektif olarak okullarda bir değerler çatışmasına yol açmaya elverişlidir. Başörtüsünün dini bir farz olup olmadığından bağımsız olarak, başörtüsünün kadının erkek karşısındaki ikincil konumunun bir simgesi olduğu pek çok Kuran yorumcusu tarafından dile getirilmektedir. Böyle bir erkek-kadın ayrımı Alman Anayasası'nın 3/II³¹ maddesindeki dünya görüşüne aykırıdır. Bu anlayışın bir adım ötesi, bazı İslam ülkelerinde uygulama bulan yüzün tamamen örtülmesi olabilir-kibu, özgür insan anlayışıyla bağdaşmaz. Çünkü mahkemeye göre özgür insan, karşısındakine yüzünü açan ve kendini gizlemeyen insandır. (par. 119-123) Karşıyda ayrıca, Alman Anayasası'nın değişime açık olduğu ve toplumdaki değerler dönüşümüne kendi kimliği çerçevesinde yanıt vermeye çalıştığı belirtilmektedir. Ancak bu hoşgörü ve açıklık devletin kamu hizmeti verirken çatışmaya neden olabilecek bu türden simgelere da açık olduğu anlamına gelmemektedir. Toplumdaki hoşgörü ve açıklık doğrudan doğruya devletin iç ilişkilerine aktarılamaz, çünkü devlet kamu hizmetlerini en az çatışma potansiyeliyle yerine getirme yükümlülüğü altındadır. (par. 124-125)

³¹ Federal Alman Anayasası'nın 3. maddesi, "Kanun önünde eşitlik ilkesi" başlığını taşımaktadır:

II. Erkekler ve kadınlar eşit haklara sahiptir. Devlet, kadınlar ve erkekler arasında gerçek eşitliğin sağlanmasını destekler ve varolan eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasında aktif olarak yer alır.

Karşıyda yer alan ve çoğunluk kararına yönelik en önemli eleştirilerden biri de, eyalet yasa koyucularının konuyla ilgili yasama faaliyetlerinde onlara yol gösterecek hiçbir anayasal ölçüt geliştirilmemiş olmasıdır. Özellikle çoğunluk kararında tartışılan temel hakların sınırlama sınırlarına ilişkin hiçbir ölçütün belirtilmemiş olması, büyük bir eksiklik olarak nitelenmektedir. Bunun yanı sıra karşıyda, yasal düzenlemenin ne derece somut olması gerektiği de sorulmaktadır: Yasa açıkça dini amaçlı başörtüsünün derslerde takılmasını mı yasaklamalıdır? Yasa koyucu yasayı çıkarmadan önce ampirik bir araştırma yaptırmak zorunda mıdır? Yoksa yasa koyucu dini semboller arasında hiçbir ayırım yapmaksızın ve okul içinde çatışma yaratıp yaratmayacağına bakmaksızın her türden dini sembolü tümünden mi yasaklamalıdır? (Örneğin, kolyenin ucuna takılan küçük bir haç ya da Yahudiliğin simgesi yıldızla başörtüsü eşdeğerde semboller olarak mı yorumlanmalı ve yasaklanmalıdır?) Bunun yanında diğer bir sorun da başörtüsüne ilişkin bir yasanın sadece okullardaki devlet memurlarını mı kapsayacağı, yoksa konuya ilişkin düzenlemenin eyaletlerin devlet memurları yasalarında mı düzenlenmesi gerektiğidir. Çünkü karşıyaya göre benzer bir sorun devletin diğer hizmetleri için de her an söz konusu olabilir. (örneğin, adalet, güvenlik, sosyal yardım ya da gençlik hizmetlerinde) (par. 130-133)

Yasal düzenleme için geçiş süresi verilmemiş olması karşıyadaki son eleştiri noktasını oluşturmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi geçmiş kararlarında idareye, belirli bir geçiş dönemi süresince dava konusu edilen ve yasa koyucunun bir yasama işlemiyle düzenlemesi gerektiğine karar verilen temel hakka, kararda talep edilen yasama işlemi yürürlüğe girinceye kadar müdahale etme hakkını tanımıştır. Böylelikle ilgili yasa çıkana kadar, örneğin cezaevlerinin ve okulların iç işleyişlerine zarar vermemek amacıyla, yeterli yasal dayanaktan yoksun olduğuna karar verilmiş olsa da, mahkumların mektuplarının kontrol edilmesine ve okuldan men cezası verilmesine olanak tanınmıştır.³² Karşıyda, somut olay için büyük bir muğlaklığın söz konusu olduğu belirtilmektedir. Anayasa şikayetinin başarıya ulaşmasıyla nihai yargı mercii olarak ilgili kararını düzeltmesi istenen Federal İdare Mahkemesi bu durumda nasıl bir karar vermelidir? Çünkü kararı anayasaya aykırı bulunan mahkeme bu durumda davacının öğretmenliğe atanmama işlemi iptal etmek zorundadır. Bunun sonucunda da Baden-Württemberg eyaletinin davacıyı memurluğa ataması gerekmektedir ki bu da eyalet yasa koyucusunun düzenlemesinin hangi yönde olacağını henüz bilinmediği bir zamanda, ileride geri alınması başka sorunlar yaratacak bir idari işlemin idareye dayatılması anlamına gelecektir.

³² BVerfGE 33, 1(12 vd.); 40, 2 6 (283); 58, 25 (280 vd.).

Bu nedenle karşıyda, İdare Mahkemesi'ne davayı, yasa çıkıncaya kadar bekletme hakkının açıkça tanınmasının gerektiği, ama bunun ihmal edildiği belirtilmektedir. (par. 134-138)

Gerek kararda gerekse karşıyda, dikkate değer tezler ileri sürülmüş, birbiriyle çatışan temel haklar çok kültürlü toplumlardaki dönüşümü de dikkate alan bir dikkatle tartılmıştır. Dikkat çeken önemli bir nokta ise, karşıyoların devlet anlayışının, devlet hizmetindeki bireyleri memur statüleri dolayısıyla birey kimliklerinden neredeyse tamamen soyutlayan, devletin nötr bir biçimde hizmet vermesini temel hedef sayan ve Almanya'da özellikle Bismarck ile başlayan otoriter devlet anlayışına çok yakın olmasıdır. Bu anlayışta devlet, yurttaşların hizmetinde olmakla birlikte, bir çatışma halinde Hegelci bir anlayışla bireyler, kendilerini var eden devletin iradesine boyun eğmeye ve kamu çıkarını kendi bireysel çıkarlarının önüne koymakla yükümlü kılınabilirler. Günümüzün özgürlükçü anayasal devlet anlayışıyla bağdaşmayan bu devletçi anlayış, Alman Anayasa hukukunda halen varlığını bir ölçüde sürdürmektedir ve Alman Anayasa Mahkemesi'ndeki temsilcileri aracılığıyla da geçerliliğini en üst düzeyde korumaktadır.

IV. Sonuç Yerine: Neden Birinci Perde?

Federe Devletlerin Düzenleme Yetkisi ve Sorunlar

Federal bir devlet olan Almanya'da eyaletlerin (Länder) ve merkezi yönetimin (Bund) yasama görev ve yetkileri anayasanın 70-75. maddelerinde düzenlenmiştir. Kural olarak, Anayasa'da merkezi yönetim lehine aksi öngörülmedikçe yasama yetkisi eyaletlerdedir (madde 70). Anayasa, yasama yetkisini üç kategori altında toplamıştır: Merkezi yönetimin mutlak yasama yetkisine sahip olduğu alanlar; (açık yetki verilmedikçe eyaletler bu alanlarda yasama faaliyetinde bulunamazlar) (madde 71 ve 73) yarışan yasama yetkisi (eyaletler, merkezi yönetim bu alanlarda herhangi bir düzenleme yapmadığı sürece yasama yetkisine sahiptir) (madde 72, 74 ve 74a); çerçeve yasama yetkisi (merkezi yönetim belli bir alanda genel ilkeleri belirler, ama uygulama yasalarını çıkarma yetkisi eyaletlerdedir) (madde 72 ve 75).³³

Bu kategoriler çerçevesinde Alman Anayasası eğitim işlerinin düzenlenmesini eyaletlere bırakmaktadır. Bu nedenle de her eyalet, Anayasa

³³ Federal Alman Cumhuriyeti'nin yapısı için bkz. Christoph Degenhart, *Staatsorganisationsrecht*, 19. baskı, Heidelberg 2003; Franz-Joseph Peine, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. baskı, Heidelberg 2002; Hartmut Maurer, *Staatsrecht I*, 3. baskı, München 2003.

Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarında da dile getirildiği gibi,³⁴ negatif ve pozitif din özgürlüğünün, ebeveynlerin eğitim hakkıyla devletin gözetim yetkisinin çatıştığı ve bir uzlaşmayı gerektiren durumlarda, kendi okul geleneklerine, eyalet halkının ağırlıklı olarak mensup olduğu dine, dinin halk için taşıdığı öneme göre, kendi takdir yetkisi çerçevesinde yasal düzenleme yapabilir. FAYM'nin kararı sonrasında eyaletlerin eğitim bakanları bir araya gelerek görüşmelere başladılar ve mahkemenin kararını nasıl bir yasayla uygulamaya koyacaklarını tartışmaya açtılar. İlk görüşmeden çıkan sonuca göre, dört eyalet³⁵ başörtüsünü yasaklamayı düşünmediklerini belirtirken, dokuz eyalet³⁶ başörtüsünü kamu görevlilerine yasaklayan bir yasal düzenleme yapmayı amaçladıklarını, kalan üç yeni eyalet³⁷ ise herhangi bir yasal düzenleme ihtiyacı görmediklerini açıklamışlardır.³⁸

Almanya'daki başörtüsü tartışmasının ilk perdesi kapandı, ama ikinci perdenin oynanmasına çok az bir zaman var. Eyaletler gerekli yasal düzenlemeyi yaptıktan sonra da çok sayıda davanın açılacağını bilmek ve eninde sonunda bir başka davanın FAYM'nin önüne geleceğini, mahkemenin şimdi açıklığa kavuşturmaktan kaçındığı sorunla tekrar uğraşması gerekeceğini söylemek için kâhin olmaya gerek yok. Yukarıda anılan hukuki belirsizlik ve çelişkilerin çözüme kavuşturulması bir yana, Almanya'yı bekleyen bir diğer önemli görev de çok kültürlülük tartışmasını korkusuz bir biçimde tartışmaya açmak gibi görünüyor. Devletin dayandığı temel ilkeler ile din özgürlüğünün ne kadar bağdaştığı, Alman Anayasası'nın şimdiye dek dik-kate aldığı ve kurumsal olarak hukukuna dahil ettiği Katolik ve Protestan Kiliseleri dışında hangi dinleri ne ölçüde kurumsal muhatapı olarak kabul edebileceği, başörtüsü sorunuyla birlikte ortaya çıkan sorunlardan sadece birkaçı. Kurumsal örgütlenmesi Hıristiyanlıktan çok farklı olan İslam'ın Almanya gibi Kilise hukuku ve geleneği güçlü bir ülkede kendisini ne kadar kabul ettireceği ve bunu yaparken de hangi İslami anlayışın esas alınması gerektiği de ayrı bir konu. Dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise, yanlış ve abartılı bir hoşgörüyü dayanarak dinin, seküler bir devletteki yerini ve işlevini ölçüsüz bir biçimde artırmamak olacaktır elbette.

³⁴ Yerleşik içtihat için bkz. BVerfGE 41, 29 (50 vd.); 93, 1 (22 vd.).

³⁵ Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Brandenburg ve Hamburg.

³⁶ Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Saarland, Schleswig-Holstein ve Thüringen.

³⁷ Sachsen, Sachsen-Anhalt ve Mecklenburg-Vorpommern.

³⁸ Bkz. Süddeutsche Zeitung, 4/5 Ekim 2003, s. 10.