

**İLKOKULLARDA BAŞÖRTÜSÜ YASAĞINA İLİŞKİN AVUSTURYA
ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 11 ARALIK 2020 TARİHLİ KARARI***

Selim MİSAFİR
Işık Şeyma MİSAFİR*****

ANAYASA MAHKEMESİ

G 4/2020-27

11 Aralık 2020

Anayasa Mahkemesi,
DDr. Christoph GRABENWARTER başkanlığında,
Dr. Verena MADNER başkanvekilliğinde
ve mahkeme üyeleri
Dr. Markus ACHATZ,
Dr. Wolfgang BRANDSTETTER,
Dr. Sieglinde GAHLEITNER,
Dr. Andreas HAUER,
Dr. Christoph HERBST,

* Avusturya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin G 4/2020-27 sayılı ve 11 Aralık 2020 tarihli kararının Almanca asıl metninin özet çevirisidir. Karar metnine, https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Erkenntnis_G_4_2020_vom_11.12.2020.pdf adresinden 10 Mart 2022 tarihinde erişilmiştir.

** **Dr. Arş. Gör.**, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı/ANTALYA, **e-posta:** selimmisafir@gmail.com,

ORCID: 0000-0002-9268-6104

*** **Mag. iur.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi/ANKARA, **e-posta:** isikseymamisafir@gmail.com,

ORCID: 0000-0001-9748-9313

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1124570

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01/06/2022

Yayımlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 24/06/2022

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Michael RAMI,

Dr. Johannes SCHNIZER,

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ ile

rapörtör Andreas Stefan HUBER'in katılımları ile toplanmış ve RIHS Avukatlık Bürosu tarafından temsil edilen başvuruçuların Avusturya Anayasa Mahkemesi'ne (Mahkeme)¹ yaptığı başvuruda Okul Eğitim Yasası² 43a maddesinin (İlgili Hüküm³) Avusturya Federal Anayasası'nın 140. maddesini ihlal ettiği iddiasını kabul ederek karara ilişkin aşağıdaki hükümleri ilan etmiştir:

- I. 1. Okul Eğitim Yasası'nın 43a hükmü, anayasayı ihlal gerekçesiyle iptal edilmiştir.
2. İptale konu düzenlemeden önceki yasal hükümler, tekrar yürürlüğe konmayacaktır.
3. İptal edilen kanun uygulanmayacaktır.
4. Federal Şansölye, bu kararı Resmi Gazete I'de ilan etmek ile yükümlüdür.
- II. Federal Hükümet (Federal Eğitim, Bilim ve Araştırma Bakanlığı) tarafından, başvuruçulara 3.640,80 Avro olarak belirlenen mahkeme masraflarının yasal temsilcileri aracılığıyla 14 gün içinde ödenmesine, ödenmemesi halinde icrai takip başlatılmasına hükmedilmiştir.

Başvuru Öncesi Süreç ve İddialar

1.1. Başvuruçular, başvurularında öncelikle mevcut aile ilişkilerini açıklamaktadırlar.

¹ Çevirmenler, parantez içinde verilen kısımları anlatımı işlevsel hale getirmek amacıyla kendileri eklemişlerdir. Asıl metin içerisinde parantez ile verilen atıfların ise, çeviride dipnot olarak verilmesi tercih edilmiştir.

² Okullarda Eğitim ve Öğretimin Düzenlenmesine İlişkin Federal Okul Eğitim Yasası (*SchUG*), Resmi Gazete No 472/1986 (*WV*), *idF* Resmi Gazete I No 54/2019.

³ Okul Eğitim Yasası'nın 43a maddesi, çevirinin devamında bu kısa ibare ile ifade edilecektir.

1.1.1. Birinci ve ikinci başvurucu Avusturya vatandaşı, evli ve üçüncü başvurucunun ve bir başka kız çocuğunun da ebeveynleridirler. Birinci başvurucu, Katolik inancına sahiptir ve başörtüsü takmamaktadır. Öğretmen olarak çalışmaktadır. İkinci başvurucu, Avusturya'daki İslam Dini Cemaatinde din öğretmenidir. Birinci ve ikinci başvurucu olan bu anne ve babanın ortak kararına uygun olarak Avusturya vatandaşı olan üçüncü başvurucu, Sünni İslam anlayışına göre yetiştirilmiştir. Anne ve baba, her iki kızlarına başörtüsü takmayı zorunlu tutmaktan kaçınmaktadırlar. Bununla birlikte, üçüncü başvurucu özgür iradesi ile zaman zaman babasının memleketindeki geleneklere uygun olarak saçlarını tamamen kapatan bir başörtüsü takmak istediğini ifade etmektedir. Birinci ve ikinci başvurucu olan anne ve baba, kızlarının bu isteğini reddetmek istememektedirler.

1.1.2. Dördüncü ve beşinci başvurucu da evlidir ve altıncı başvurucunun anne babasıdır. Avusturya vatandaşı olan dördüncü başvurucu, Şii İslam mezhebine mensuptur ve özel bir okulda öğretmen olarak çalışmaktadır. Beşinci başvurucu İran vatandaşı olmakla birlikte “AB Süresiz Oturum” hakkına sahiptir ve aynı şekilde Şii İslam mezhebinin mensubudur. Dördüncü ve beşinci başvurucu ebeveynlerin ortak kararına uygun olarak Avusturya vatandaşı olan altıncı başvurucu, Şii İslam anlayışına göre yetiştirilmiştir. Altıncı başvurucu, özgür iradesi ile zaman zaman boş vakitlerinde ve okulda saçlarını tamamen kapatan bir başörtüsü takmaktadır. Dördüncü ve beşinci başvurucu olan bu anne baba, kızlarına başörtüsü takması için herhangi bir baskı yapmamışlardır. Altıncı başvurucu olan kızları, başörtüsü takmayı kendisi tercih etmiştir. Başörtüsü takmayı kendi din özgürlükleri ve kızlarının din özgürlüğünün bir ifadesi olarak değerlendirmelerinden ötürü kızlarına başörtüsü takmayı yasaklamamışlardır.

1.2. Ebeveyn olan birinci, ikinci, dördüncü ve beşinci başvurucular, Mahkeme'ye başvurmalarının altında yatan ortak nedeni, çocuklarını İslama uygun olarak yetiştirmek olarak açıklamışlardır. Üçüncü ve altıncı başvurucular, ilkokula gitmektedirler ve okul çağında olmakla beraber henüz on yaşını doldurmamışlardır. Başvurucuların tamamı, 26 Haziran 2019'dan bu yana yürürlükte olan ilgili hükmün düzenlediği başörtü yasağından kişisel olarak etkilenmektedirler. Üçüncü ve altıncı başvurucuların okulda başörtüsü takmaları, 26 Haziran 2019 tarihinden itibaren yasaklanmıştır. Üçüncü ve altıncı başvurucuların yasağı ihlal etmeleri durumunda, birinci, ikinci, dördüncü ve beşinci başvurucu ebeveynler bakımından yaptırımlar⁴ söz konusudur.

⁴ Okul Eğitim Yasası'nın 43a maddesinin 2. fıkrası uyarınca zorunlu görüşme talebi veya idari para cezası.

1.2.1. Çocukların Dini Eğitime İlişkin Federal Yasa'ya⁵ göre, birinci, ikinci, dördüncü ve beşinci başvuru olan ebeveynlerin çocuklarına dini eğitim verme özgürlükleri teminat altındadır. 14 yaşından sonra, çocuklar hangi dini mezhebe mensup olmak istediklerine karar verme hakkına sahiplerdir⁶. Bu yasal çerçeve bağlamında, çocuklar 14 yaşını doldurduklarında dini açıdan olgunluğa sahip kabul edilirler. Mevcut başvuruda, üçüncü ve altıncı başvuru olan ebeveynlerin başörtüsü takma konusundaki hür iradelerinin yanı sıra, ebeveynlerin kızlarına dini eğitim vermek konusunda özgür olmaları belirleyici olmaktadır. Mahkeme içtihatlarına göre, ebeveynlerin çocuklarına dini eğitim verme hakkı doğası nedeniyle bu kişilerin temel hakları arasında olan inanç ve vicdan özgürlüğü kapsamında ele alınmalıdır⁷. Dolayısıyla bu durum, üçüncü ve altıncı başvuru olan ebeveynlerin yanı sıra birinci, ikinci, dördüncü ve beşinci başvuru olan ebeveynlerinin de ilgili hükümle getirilen yasaktan etkilendikleri anlamına gelmektedir. Başörtüsü yasağı, anne babaların inanç ve vicdan özgürlüğü hakkının ihlali olarak nitelendirilmelidir.

1.2.2. İptali talep edilen ilgili hüküm, üçüncü ve altıncı başvuru olan ebeveynlerin başörtüsü takmasını doğrudan yasaklamaktadır ve ihlal yaptırımları ebeveynlerine yöneliktir. İlgili hükmü ihlal etmeleri gerekçesiyle ebeveynlerine yasal yaptırımlar uygulanması makul değildir.

Gerekçeli Karar

Başvuru

Başvuru tarafından Okullarda Eğitim ve Öğretimin Düzenlenmesine İlişkin Federal Okul Eğitim Yasası 43a hükmünün Avusturya Federal Anayasası'nın 140. madde 1. fıkrası c bendine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talep edilmiştir.

Değerlendirme

1. Başvurunun Kabul Edilebilirliği

1.1. Federal Anayasa 140. madde 1. fıkrası c bendine göre Anayasa Mahkemesi, yürürlükte olan bir yasal düzenleme nedeniyle haklarının doğrudan ihlal edildiğini iddia eden kişilerin başvurusu halinde mahkeme kararı veya idari bir karara gerek duymaksızın söz konusu düzenlemenin anayasayı ihlal ettiğinden bahisle iptaline karar verebilir.

⁵ Resmi Gazete No. 155/1985 (WV), idF Resmi Gazete No. I 191/1999.

⁶ Çocukların Dini Eğitime İlişkin Federal Yasa m. 5.

⁷ VfSlg. 800/1927; Lienbacher, Religiöse Rechte, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte, Grundrechte in Österreich², 2014, § 12 Rz 23.

Federal Anayasa 140. madde 1. fıkrada c bendinde başvuru koşulları, bir yandan başvuru anayasaya aykırılığını öne sürdüğü bir yasal düzenleme nedeniyle haklarının doğrudan ihlal edildiğini iddia etmesi diğer yandan mahkeme kararı veya idari bir karara gerek duymaksızın söz konusu düzenlemenin başvurucuya doğrudan etki etmesi olarak sıralanmaktadır. Bir başvurunun temel kabul edilebilirlik koşulu, ihlal anlamında başvuru temel hak ve özgürlüklerine yönelik yasal düzenlemenin anayasaya aykırılığının tespit edilmesidir.

1.3. Üçüncü ve altıncı başvuru okulda bugüne kadar sorunsuz bir şekilde başvuru takabildikleri ve herhangi bir yasaklamaya tabi tutulmadıklarına dair Mahkeme'ye sundukları ve Mahkeme'nin de kabul edilebilir bulunduğu iddiaları karşısında başvuru yasağına dair ilgili hüküm, daha önceki tutumlarının sürdürmek isteyen başvuru bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 9. madde ile korunan haklarını doğrudan ve güncel olarak etkilediği kabul edilebilirdir⁸.

1.4. Benzer şekilde ilgili hüküm, ergin olmayan üçüncü ve altıncı başvuru yetiştirilmesinden sorumlu olan birinci, ikinci, dördüncü ve beşinci başvuru olan ebeveynlerin AİHS 9. madde ile korunan haklarını doğrudan ve güncel olarak etkilediği kabul edilebilirdir⁹. Zira ebeveynler, ilgili hükmün 2. ve 3. fıkrasına göre çocuklarının başvuru yasağını ihlal etmesi durumunda doğrudan sorumlu tutulmaktadırlar.

1.6. Başvuru, başvuru yasağına ilişkin ilgili hüküm maddesinin bütün olarak iptalini talep etmektedirler. İlgili 43a maddesinin 1. fıkrada c bendindeki başvuru yasağına yer veren hükmü aynı maddenin 2. ve 3. fıkrası ile bir bütün teşkil etmesi sebebiyle bu maddenin tamamının iptal edilme talebi kabul edilebilirdir¹⁰.

1.7. Yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı Mahkeme, başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.

2. Esasa İlişkin Değerlendirme

2.1. Federal Anayasa'nın 140 maddesi uyarınca bir yasanın anayasaya uygunluğunun incelenmesi talebiyle yapılan bir başvuruda, Anayasa Mahkemesi yalnızca sunulan beyanlar kapsamında değerlendirme yapmakla görevlidir¹¹. Bu

⁸ Bkz. *VfSlg.* 17.731/2005, 18.096/2007, 18.305/2007, 19.662/2012.

⁹ Bkz. *VfSlg.* 19.349/ 2011.

¹⁰ Bkz. *VfSlg.* 14.068/1995, 18.305/2007.

¹¹ Bkz. *VfSlg.* 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003.

minvalde, itiraza konu hükmün yalnızca başvuruda belirtilen nedenlerle anayasaya aykırı olup olmadığı değerlendirilir¹².

2.2. Başvuru, usule ve esasa uygun biçimde temellendirilmiştir.

2.3. Mahkeme, değerlendirmeleri sonucunda başörtüsü yasağını düzenleyen ilgili hükme ilişkin aşağıdaki tespitleri yapmaktadır:

İlgili hükmün 1. fıkrası uyarınca, öğrencilerin 10 yaşını doldurdukları öğretim yılının sonuna kadar ideolojik veya dini çağrışımında bulunan kıyafetleri -buna başlarını örtmek de dahil olmak üzere- giymeleri yasaklanmıştır. İlgili hükmün 2. fıkrası uyarınca görevli eğitim müdürlüğü, bir öğrencinin bu yasağı ihlal etmesi durumunda ebeveynini yasanın getirdiği bahse konu yasak ve bu yasağa uyma sorumlulukları hakkında bilgilendirilecekleri zorunlu bir toplantıya davet etmelidir. Bu toplantıdan sonra yasağın tekraren ihlali olursa, ilgili hükmün 3. fıkrası uyarınca ebeveyne 440 Avro'ya kadar idari para cezası ve bunun tahsil edilememesi halinde ise iki haftaya kadar hapis cezası yaptırımları uygulanır. İlgili hükmün 1. fıkrası ikinci cümlesine göre bu yasağın amacı, çocukların yerel gelenek ve göreneklere uygun olarak sosyal entegrasyonunun sağlanması, Federal Anayasa'nın temel anayasal değerleri ile eğitim hedeflerinin ve kadın erkek eşitliğinin korunmasıdır.

2.3.2. İlgili hükmün uygulanma koşulları, farklı yorumlara neden olacak şekilde formüle edilmiştir. Bu hükmün getirdiği yasak, doğrudan İslami başörtüsüne atıf yapmamaktadır. İlgili hükmün yer aldığı yasa, hem kız hem de erkek öğrenciler bakımından geçerlidir. İlgili hükmün uygulama kapsamı, "ideolojik veya dini içerikli kıyafetlerin giyilmesi" ve buna bağlı olarak "başın kapatılmasını" içermektedir.

2.3.3. Konuya ilişkin olarak ilgili hükmün gerekçesinde¹³ sınırlı bir değerlendirme ortaya koyulduğu görülmektedir. Bu bağlamda, Avusturya Parlamentosu Eğitim Komitesi açıkça şu tespitleri¹⁴ yapmıştır: "Okul Eğitim Yasası'nın 43a(1) maddesi kapsamında, başın kapatılmasını da içeren ideolojik veya dini düşüncelerle tercih edilen giysiler, başın tamamını veya büyük kısımlarını kapatmaya yönelik giyilen her türlü kıyafet anlamına gelmektedir. Bu nedenle, örneğin belli yaşa gelmiş Sihler tarafından giyilen patka veya Yahudilerin kipası bu düzenlemenin kapsamına girmemektedir." Bu durum, yasa koyucunun niyetinin ilgili hükmün 1. fıkrası 1. cümlesinin özellikle İslami bir başörtüsü takmayı yasaklaması olduğunu açıkça

¹² VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003.

¹³ IA 495/A 26. GP, 2.

¹⁴ AB 612 BlgNR 26. GP, 3.

ortaya koymaktadır¹⁵. Bu nedenle Mahkeme, yasakoyucunun sınırlayıcı yaklaşımını yansıtan biçimde yasada bahsedilen “başını örtme” fiili ile kastettiğinin özellikle tesettür anlamında İslami geleneğe göre bir örtünme olduğunu yorumlamaktadır.

İlgili hükmün 1. fıkrası 1. cümlesinin ortaya koyduğu bu anlayışa göre, devlet okulları veya yasal olarak kamusal yetkilerle donatılmış özel okullarda okuyan kız öğrencilerin 10 yaşını doldurdıkları öğretim yılının sonuna kadar İslami geleneklere göre başörtüsü takmaları yasaklanmıştır. Bu durum, Federal Eğitim, Bilim ve Araştırma Bakanı'nın hükmün yürürlüğe girmesinden sonra yayımlanan ve bu yasanın getirmiş olduğu yasağın uygulanmasına yönelik olan genelgesinde de açıkça belirtilmiştir¹⁶.

2.4. Başvurucular, ilgili hükmün AİHS m. 9 ve m. 10, Temel Hak ve Özgürlükleri Düzenleyen Yasa m. 2 ve m. 14, St. Germain Devlet Andlaşması m. 63/2 ve Federal Anayasa m. 7 ve m. 18'i ihlal ettiğini öne sürmektedirler. Çekincelerini ise, şu şekilde ifade etmektedirler: Başörtüsü takmak ne okulun işleyişini ne de okul huzurunu bozmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin *VfSlg.* 19.349/2011 sayılı kararında, eğitim kurumlarında dini sembollere yer verilmesinde hernagi bir sakınca olmadığı belirtilmektedir. Dini sahada eşit muamele ilkesi, bu içtihadın İslami başörtüsü bakımından da uygulanmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda farklı inanç veya düşüncelere sahip olan kişilerin inanmama özgürlüğünü ifade eden negatif din özgürlüğü, bu gibi bir yasağın gerekçesi olarak ileri sürülemez. Buna ek olarak ilgili hüküm, anayasal olarak koruma altına alınmış olan ebeveynlerin çocuklarını eğitime hakkını da ihlal etmektedir. Ebeveynlerin çocuklarını başörtüsü takabilmelerine ilişkin muhtemel talepleri, AİHS m. 9 ile korunmaktadır. Yasa koyucu, ilgili hüküm ile getirdiği yasağı görünüşte eşitlik mülahazasıyla gerekçelendirmektedir. Aynı zamanda, milletvekillerinin sunduğu bu yasa teklifinin gerekçesinde yalnızca “belirli İslami akımların, yönelimlerin veya geleneklerin destekçilerine” atıfta bulunmaktadır. Parlamento'nun Eğitim Komitesi raporunda, bilhassa “belli yaşa gelmiş Sihler tarafından giyilen patkanın ve Yahudilerin kipasını bu düzenlemenin kapsamına girmediğine” değinilmektedir. Böylece yasa koyucu, farklı dini kıyafetler arasında haklı gerekçelere dayanmaksızın hukuka aykırı bir ayırım yapmaktadır.

2.5. Federal Hükümet, başvuru kapsamında tüm bu argümanlara aşağıda özetlendiği şekilde yanıt vermiştir: İlgili hüküm, çocukların ve gençlerin okulda mümkün olan en iyi zihinsel, duygusal ve fiziksel gelişimlerine yönelik öznel hakları ile inanma ya

¹⁵ Yasa gerekçelerinin önemi hakkında bkz. *VfSlg.* 19.665/2012, 20.241/2018; *VfGH* 5.3.2020, G 178/2019).

¹⁶ Genelge No. 17/2019, § 43a *SchUG* Uygulanması talimatı [“Başörtü yasağı”], BMBWF-12.940/0006-II/3/2019.

da inanmamayı ihtiva eden din özgürlüklerini korumak, erken cinsiyet ayrımcılığını ve insan bedeninin damgalanmasını önlemek için gereklidir. İslam'ın radikal yorumlarında erken yaşta başörtüsü takmaya verilen önem dikkate alındığında, böyle bir damgalanma neredeyse kaçınılmazdır. Nitekim başörtüsü kuralı, örtünmeyi öngören birçok İslami gelenekte; adet gören ve bu nedenle fiziksel özellikleri erkekler için çekici olabilmesi sebebiyle cinsel açıdan olgun sayılan kadınlar için geçerli olmaktadır. Federal Hükümet'e göre ilkokul çağında başın örtülmesi, toplumda kabul edilen genel toplumsal normları karşılamayan "lüzumu olmayan gergin bir cinsel atmosfer" yaratmaya yol açmaktadır. Erkekler üzerinde cinsel açıdan rahatsız edici bir etki yaratabileceği savıyla kadınların saçlarının örtülmesi gerektiği inancına dayalı olarak takılan her başörtüsü, takan kişinin de böylece "potansiyel bir cinsel nesne" olarak damgalanmasına yol açmaktadır. Bu yaklaşım, çocuklar açısından herhangi bir şekilde kabul edilebilir değildir. Erken yaşta cinsel kimlik edindirilmesi nedeniyle kız çocuğunun kadın rolüne itilmekte ve cinsiyet ayrımcılığına sebep olan bu durum eğitim alanında başarılı sosyal entegrasyon hedefiyle çelişmektedir. Aynı zamanda bu yaklaşım, İslami başörtüsünü Sihlerin patkasından veya Yahudilerin kipasından ayırmaktadır. Ayrıca bu yasa, sözde dini örtünme geleneğine uymaları adına sınıf arkadaşlarının okul ortamında yoğun baskısına maruz kalan kız öğrencileri korumak için de gereklidir.

2.6. Mahkeme, başvuru tarafından ilgili hüküm aleyhine ileri sürülen argümanları haklı bulmaktadır: Eşitlik ilkesi, fiiliyatdaki nesnel olmayan farklılıklar sebebiyle meşru görülemeyecek ayrımcılık hallerinde, eşitliğe aykırı durumlarda eşit davranılmasında ve nesnel olmayan düzenlemelerin oluşturulmasında, yasama organının önüne önemli engeller koymaktadır¹⁷. Yasama organı, siyasi hedeflerini anayasal eşitlik ilkesi olarak çizilen bu çerçeveye uygun biçimde belirleyebilir¹⁸.

2.6.2 AİHS m. 9/1e göre, herkes düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, bireylerin din veya inançlarını değiştirme özgürlüğünü ve bireysel olarak veya başkalarıyla toplu, kamuya açık veya özel olarak ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yaparak din veya inançlarını yaşama özgürlüğünü içermektedir. AİHS m. 9/1, dini veya ideolojik bir inancın yönlendirdiği her eylem veya davranışı koruma altına almaktadır¹⁹.

¹⁷ Bkz. *VfSlg.* 17.315/2004, 17.500/2005.

¹⁸ Bkz. *VfSlg.* 16.176/2001, 16.504/2002.

¹⁹ *VfSlg.* 15.394/1998; bkz. Grabenwarter, Art. 9 *EMRK*, in: Korinek/Holoubek et al [Hrsg.], Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 6. Lfg. 2003, Rz 17 ff.. İnançlar belirli bir düzeyde bağlılık, ciddiyet, tutarlılık ve anlam göstermelidir (*EGMR* 7.12.1976, Fall Kjeldsen ua., Appl. 5095/71 ua. [Z 54]; 25.2.1982, Fall Campbell u. Cosans, Appl. 7511/76 [Z 36 f.]; 25.5.1993, Fall Kokkinakis, Appl. 14.307/88 [Z 31]; 18.12.1996, Fall Valsamis, Appl. 21.787/93 [Z 27 und 31]; bkz. Grabenwarter, Art. 9 *EMRK*, in: Korinek/Holoubek et al [Hrsg.],

2.6.3. Anayasa m. 7. ve Temel Hak ve Özgürlükleri Düzenleyen Yasa m. 2’de yer alan eşitlik ilkesi, AİHS m. 9/1 ile bağlantılı olarak, devletin din ve ideoloji açısından tarafsız davranma yükümlülüğünü ortaya koymaktadır²⁰. Yasama organı, okul sistemini düzenlerken çeşitli dini ve ideolojik inançları eşitlik ilkesi doğrultusunda ele alarak bu dini ve ideolojik tarafsızlık şartına uymakla sorumludur. Anayasa m.14/5a hükmünde düzenlenen anayasal eğitim yetkisi, okullarda başkalarının dini ve ideolojik düşüncesine saygılı olmanın öğretilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu nedenle okullar, anlayış ve hoşgörüyü içeren temel değerlere dayanmalıdırlar. AİHS m. 9 tarafından korunan öğrencilerin ve ebeveynlerinin haklarının sınırlandırılmasını ancak bu anayasal çerçevede orantılı ve nesnel ise meşru görülebilir. Bu nedenle belirli bir dini veya ideolojik inancı ayrıcalık tanıyarak veya ayrımcılık yapmak suretiyle hedef alan bir düzenleme, dini ve ideolojik tarafsızlık gerekliliğine ilişkin ayrıntılı bir nesnel gerekçelendirmeyi zorunlu kılmaktadır.

2.6.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihadı ile bağlantılı olarak değerlendirildiğinde ilgili hükümde öngörülen İslami geleneğe ilişkin getirilen başörtü yasağı, bu yasaktan etkilenen öğrenciler ve ebeveynlerinin AİHS m. 9 ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini göstermektedir²¹. Federal Hükümet’in beyanlarının aksine Müslüman kadınların hangi yaşta örtünme zorunluluğu olduğu gibi konularda İslam’da farklı görüşlerin olup olmamasının bu bağlamda önemi bulunmamaktadır. Dini veya ideolojik saikli bir eylem veya davranışın AİHS m. 9’un koruma kapsamına girip girmediğinin değerlendirilmesi konusunda dini veya ideolojik topluluk içindeki herhangi bir fikir ayrılığı belirleyici değildir²². İlgili hüküm, İslami geleneğe göre başın kapatılmasını özellikle hedef alarak İslami başörtüsünü yasaklamaktadır. Bu düzenleme ile yasa koyucu, dini veya ideolojik bir çağrışım oluşturmakla birlikte yasaklanmamış diğer dini veya ideolojik çağrışım içeren kıyafet alışkanlıklarıyla eşdeğer olan bu giyim tarzını ayrımcı bir uygulamaya tabi tutmaktadır.

2.6.5.1. İlgili hüküm ile getirilen başörtüsü yasağı, Federal Hükümet tarafından “çocukların yerel gelenek ve göreneklere uygun olarak sosyal entegrasyonuna,

Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 6. Lfg. 2003, Rz 27; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁶, 2016, § 22 Rz 118.

²⁰ Bkz. Lienbacher, Religiöse Rechte, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte, Grundrechte in Österreich², 2014, § 12 Rz 50; Kalb/Potz/Schinkele, Religionsrecht, 2003, 42 f.; ferner VfSlg. 1430/1932; 19.349/2011.

²¹ EGMR 4.12.2008, Fall Dogru, Appl. 27.058/05 [Z 48]; 10.1.2017, Fall Osmanoglu und Kocabaş, Appl. 29.086/12 [Z 90]; vgl. VfSlg. 799/1927, 800/1927, 1206/1929, 5583/1967; zu Art. 2 Satz 2 1. ZPEMRK ferner EGMR 7.12.1976, Fall Kjeldsen ua., Appl. 5095/71 ua. [Z 51 und 54]; 18.12.1996, Fall Valsamis, Appl. 21.787/93 [Z 27 und 31].

²² VfSlg. 15.394/1998.

Anayasa'nın temel anayasal değerlerinin ve eğitim hedeflerinin korunmasına ve kadın erkek eşitliğine'' hizmet ettiği öne sürülerek savunulmaktadır. İlgili hükmün gerekçesine göre, bazı İslami akımların, yönelimlerin veya geleneklerin destekçileri için cinsel olgunluğa eriştikten sonra başın örtülmesi, dini rituellere bir parçasıdır. Bu bakış açısına göre başın örtülmesi, yetişkinliğe erişildiğini göstermektedir ve fiziksel olgunluk durumunu kamusal olarak ilan etmektedir. Hükümet'e göre işbu nedenlerle ilgili hüküm ile getirilen yasak, cinsiyet ayrımcılığını önlemeyi amaçlamaktadır²³. Buna binaen Federal Hükümet, ilkokul çağında İslami başörtüsü takmanın kız öğrencilerin erken cinsel kimlik edinmelerine ve dolayısıyla cinsiyet ayrımcılığına uğramalarına yol açtığını ve bu durumun başarılı sosyal entegrasyon ve eğitim hedefleriyle çeliştiğini vurgulayarak ilgili hükümdeki yasağı açıklık getirmektedir.

Yalnızca kız çocukları için geçerli olan ve 10 yaşını doldurdukları öğretim yılının sonuna kadar İslami başörtüsü takmalarını yasaklayan ilgili hükümdeki ayrımcı düzenleme, başından itibaren yasama organının yukarıda vurgulanan hedeflere ulaşması için uygun değildir. Aksine ilgili hükümdeki ayrımcı yasak, bundan etkilenen kız öğrencilerin üzerinde olumsuz bir etki yaratabilmekte ve Müslüman kız çocuklarının eğitime erişimini zorlaştırma veya onları toplumdan dışlama riskini haiz olduğu için ayrımcılığa yol açabilmektedir²⁴. İlgili hüküm, İslami köken ve geleneği bu yasakçı uygulama ile ayrımcılığa maruz bırakmaktadır. Tek bir dini veya ideolojik temelli giyim tarzını ayrımcı bir şekilde hedef alan İslami başörtüsü yasağı, bu şekilde belirli bir grup insanı damgalamaktadır.

2.6.6. İlgili hükmün getirdiği ayrımcı yasak, yalnızca Müslüman kız öğrenciler için geçerli olmakla beraber onları dışlayıcı bir şekilde diğer öğrencilerden ayırmaktadır. Her ne kadar devletin dini ve ideolojik tarafsızlık ilkesi bireysel hakların kısıtlanmasını belirli çerçevede meşrulaştırabilmekte ise de belirli bir dinin veya inancın getirdiği yasaklanmış giyim alışkanlıklarıyla eşdeğer olan diğer din ve inanca ait bir giyim tarzını ayrımcı bir şekilde hedef alan bir uygulama, tarafsızlık gerekliliği ile bağdaşmamaktadır. Yalnızca belirli bir grup kız öğrenci için geçerli olan ve dini ve ideolojik tarafsızlığın yanı sıra cinsiyet eşitliğini sağlamak adına ayrımcı bir sonuca götüren düzenleme, yasa ile amaçlanan hedeflere uymamakla beraber nesnel olmayan bir uygulamaya da yol açmaktadır. Bu sebeblere dayanılarak ilgili hükmün, AİHS m. 9/1 ile bağlantılı biçimde Federal Anayasa m. 7, Temel Hak ve Özgürlükleri Düzenleyen Yasa m. 2 ve m. 14/2'yi ihlal ettiği sonucuna varılmaktadır.

²³ IA 495/A 26. GP, 2.

²⁴ Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, ECRI Avusturya Raporu, Altıncı Denetim Turu, 2020, Rz 17.

Sonuç

1. Okul Eğitim Yasası'nın 43a maddesinin, AİHS m. 9/1 ile bağlantılı olarak Federal Anayasa'nın m. 7, Temel Hak ve Özgürlükleri Düzenleyen Yasa m. 2 ve m. 14/2'yi ihlal etmesi nedeniyle iptaline karar verilmiştir.
2. Federal Anayasa m. 140/6'nın 1. cümlesine göre, iptale konu düzenlemeden önceki yasal hükümler tekrar yürürlüğe konamayacaktır.
3. Federal Anayasa m. 140/7'nin ikinci cümlesine göre, yürürlükten kaldırılan hüküm uygulanamayacaktır.
4. Federal Anayasa m. 140/5 1. cümlesi ve Anayasa Mahkemesi Yasası m. 64/2 ile bağlantılı olan Resmi Gazete Kanunu m. 3/3 bendine göre Federal Şansölye, bu kararı Resmi Gazete'de ilan etmekle yükümlüdür.
5. Anayasa Mahkemesi Yasası m. 19/4'e göre, bu karar kapalı bir oturumda duruşma yapılmaksızın verilmiştir.
6. Mahkeme harçlarına ilişkin karar, Anayasa Mahkemesi Yasası m. 65a'ya dayanmaktadır. Mahkemece hükmedilen bu tutarlara, 654 Avro müşterek dava arkadaşlığı harcı, 566,80 Avro vergi ve 240 Avro başvuru harcı dahildir.

Viyana, 11 Aralık 2020

Başkan:

DDr. GRABENWARTER

Raportör:

Dr. HUBER