

AVRUPA'DA BURKA YASAKLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME

AN ANALYSIS OF BURQA BANS IN EUROPE

Kemal Efe SAYIN*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 18/02/2020
Kabul: 28/04/2020

Anahtar Kelimeler

*Burka Yasağı,
Din ve Vicdan
Özgürlüğü,
Dini Semboller,
Dini Kıyafetler.*

Article Info

Received: 18/02/2020
Accepted: 28/04/2020

Keywords

*Burqa Ban,
Freedom of Religion,
Religious Symbols,
Religious Clothes.*

Özet

Herkes düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne sahiptir. Bu hakkın içsel bir alanı olduğu kadar devletin müdahalesine konu olma ihtimali yüksek bir dışsal alanı da bulunmaktadır. Dini inancı açığa vurma hakkı da bu kapsamda korunmaktadır. Kişiler dini inançlarını dışarıya yansıtırken, dini semboller ve kıyafetler kullanabilirler. Ancak devletler, kişilerin dini sembol ve kıyafetler kullanmasını birtakım amaçlarla sınırlayabilir. Bu sınırlamalar da ayrımcılık içerebilir. Son yıllarda Avrupa'ya doğru artan göç dalgası ile göçmenler beraberlerinde dini uygulamalarını, dolayısıyla dini sembol ve kıyafetlerini de getirmişlerdir. Bu da iş yaşamında, kamuya açık alanlarda, eğitim kurumlarında, güvenlik geçişlerinde hatta kimlik kartlarına koyulacak fotoğraflarda dahi tartışmalara sebep olmuştur. Bu çalışmanın konusunu ise kamuoyunda burka yasakları olarak bilinen, yakın zamanda Avrupa'da çoğu devlette peş peşe kanunlaşan yüzü örten kıyafetler giyme yasağı oluşturmaktadır. Makalede yasakların kanunlaşma süreci ulusal ve uluslararası mahkeme kararları ışığında ele alınacak ve yasaklara ilişkin devletler tarafından ileri sürülen meşru amaçlar ile kamuoyundaki ve literatürdeki tartışmalar karşılaştırmalı bir yaklaşımla ortaya konulacak ve incelenecektir.

Abstract

Everyone is entitled to the freedom of thought, religion and consciousness. Exposing one's religious belief is also protected within this scope. This right has an internal sphere as well as an external sphere that can be the subject of state violation. While exposing their religious beliefs, people can use religious symbols and wear religious clothes. However, for some purposes, states can restrict people's use of religious symbols and clothes. These restrictions may also include discriminatory measures. With the increasing flow of migration to Europe, people have also brought together their religious practices, and thus their religious symbols and clothes. This had repercussions with regards to the education, work life, public spaces, security points, and even photos on the IDs, and thus sparked a discussion regarding these issues. The subject of this study is the ban on clothes covering faces, which is widely known as burqa ban in public opinion and becoming a law day by day in European countries. This study will approach to this process from a comparative perspective within the light of national and supranational court decisions and will discuss the legitimate means regarding the bans raised by the respective countries and will evaluate the discussions in the public opinion.

I. GİRİŞ

Din ve vicdan özgürlüğü tarihsel bakımdan öncül haklardan biridir. Birinci kuşak haklardan olan bu hakkın ulusal ve uluslararası hukuk belgelerinde yer alması da gecikmemiştir. T.C. Anayasası'nın 24. maddesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 18. maddesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 18. Maddesi ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. maddesi din ve vicdan özgürlüğüne düzenleme getirmiştir.

Din ve vicdan özgürlüğünün güvence altına alınması hem farklı inanç ve düşüncelerin barış içinde bir arada yaşaması hem de inancın ibadet vb. biçimlerle açığa vurulması gibi halleri de güvence altına alır. İnsan Hakları literatüründe din ve vicdan özgürlüğü forum internum ve forum externum olarak iki boyuta ayrılır.¹ Forum internum öznel/bireysel alan anlamına gelir ve kişinin sınır konulamaz iç dünyasını ifade eder. Devletin bu husustaki yükümlülüğü telkin ve endoktrinasyondan kaçınmak ve bir dinin tarafını tutmamaktır. Forum externum ise dışsal alanı betimler, dini inancın açığa vurulması yani; dini ritüeller, uygulamalar ve ibadetler, dini topluluk yaşamı ve nihayetinde dini kıyafet ve semboller çeşitli sınırlandırmalara konu olabilir.

Batı Avrupa'da günümüze kadar gerçekleşen dini tartışmalar kilise-devlet-toplum ilişkileri ve Hristiyanlığın mezhepsel ayrışmalarla dönüşümü eksenindedir.² Din ve vicdan özgürlüğü de böyle bir iklimde muhafaza altına alınmış ve Avrupa'nın liberal demokrasiyle beraber bireyselleşmesi ve sekülerleşmesi ile devam etmiştir. Son yıllarda ise Avrupa'ya milyonlarca Müslüman göçmüş ve toplum hayatında görünür olmuştur.³ Bu durum da tartışmalara yeni bir boyut katmıştır. Dini farklılıklara hoşgörünün sınırı nedir? Dini inancın açığa vurulması hangi durumlarda sınırlandırılabilir?

11 Eylül 2001 tarihinde El-Kaide'ye bağlı olduğu düşünülen kişilerce kaçırılan uçaklarla ikiz kulelere ve Pentagon binasına yapılan saldırı ve daha sonra Avrupa'nın çeşitli yerlerinde meydana gelen radikal İslam ile ilişkilendirilen saldırılar, Avrupa'da yaşayan Müslümanların hayatını daha da zorlaştırmıştır. Müslümanların yaşayış biçimlerinin Avrupa toplumuna uymadığı, liberal demokratik toplum değerlerini kökünden sarsacakları gibi yargılar tartışılmıştır. Bu tartışmaların görünür olduğu ve hukukta yasalastığı konulardan biri de başörtüsü (hicap), nikap (peçe) ve burka; islami kıyafetler, örtüler ve semboller hakkındaki düzenlemelerdir.

Bu çalışmanın konusunu ise belirli olarak “burka yasakları” oluşturmaktadır. Fransa'da 2004 yılında yürürlüğe giren düzenleme ile ilk ve orta dereceli okullarda öğrencilerin “gösterişli dini semboller ve kıyafetler” kullanması yasaklanmıştır. Burka yasakları bağlamında ise Fransa'da Nisan 2011'de yürürlüğe giren düzenleme ile kamuya açık alanda burka ve peçe takmak yasaklanmıştır. Fransa'yı ilk olarak Belçika takip etmiş ve Temmuz 2011'de yüzü tamamen veya kısmen kapatan kıyafetlerin giyilmesi kamuya açık alanlarda yasaklanmıştır. Kanunların isimleri her ne kadar “kamuya açık alanlarda yüzün kısmen veya tamamen kapatılmasına ilişkin kanun” şeklinde olsa da, söz konusu kanun “burka yasağı” olarak anılmış ve bu çalışmada da başka bir İslami örtünme biçimi olan nikabı (peçe) da içine alarak, bu ifade ile tekrarlanmıştır. Burka yasağını diğer dini sembol ve kıyafet yasaklarından ayıran nokta temelde yüzü kapatmasıdır. Yapılan kanuni düzenlemelerde de yüzün kapatılması yasaklanmaktadır. Örneğin; burkini giyen kadınların da plaj ve havuzlarda para cezası veya burkininin çıkarılması vb. yaptırımlara uğradığı muhakkaktır. Ancak bu çalışmada belirli olarak yüzü örten burka yasakları incelendiğinden, burkini, başörtüsü veyahut diğer islami dini sembol ve kıyafetlere değinilmemiştir.

Bu çalışmada öncelikle yasakların kanunlaşma sürecinden söz edilecek, daha sonra İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin konuya ilişkin kararları incelenecek ve nihayetinde yasakların gerekçelerine ilişkin tartışmalara dair zıt görüşler karşılaştırılarak değinilecektir. Kanunlaşma sürecinin incelenmesine yasakların gündeme geldiği ve yoğun olarak tartışıldığı ilk ülke olan Fransa'dan başlanarak takip eden ülkelerin benzer kanunlaştırmaları belirtilecektir. İHAM ve İnsan Hakları Komitesi'nin burka yasakları hakkında detaylı bir inceleme yaparak içtihatlarını oluşturdukları ve benzer maddi

¹ DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.2, Legal, İstanbul, 2013, s.121.

² Ayrıntılı bilgi için bkz., ROBERT, Jacques: Batı'da Din-Devlet İlişkileri, çev. İzzet Er, İstanbul: İz Yayıncılık, 1998.

³ Avrupa'da Artan Müslüman Nüfusu Hakkında Yapılan Bir Araştırma İçin Bkz.: Europe's Growing Muslim Population, Pew Research Center <https://www.pewforum.org/2017/11/29/europes-growing-muslim-population/>

olayları içeren takip eden davalarda rehber edindikleri önemli kararlar ise bu çalışmada incelenecek kararların seçiminde göz önüne alınacaktır.

II. DİNİ SEMBOL VE KIYAFETLERİN TANIMI İLE İSLAMİ ÖRTÜNME BİÇİMLERİ

Dini sembol ve kıyafetler dar ve geniş anlamda tanımlanabilir. Dar anlamda dini sembol ve kıyafetlerin kullanımı, kişinin inandığı dinin emrettiği şekilde giyinmesi ve o dine ait semboller taşımasıdır. Ancak hakkın kapsamını sınırlamamak adına, kavramı bu dar alana hapsetmemek gerekir.

Geniş anlamda dini sembol ve kıyafetleri tanımlamak kolay değildir. Zira veganizm, pasifizm veyahut çevrecilik gibi “yaşam biçimleri” veyahut “felsefi inançlar” en kadim inanışlar kadar takipçi bulmaktadır. Bu yaşam biçimlerini ifade eden sembol ve kıyafetler de dini sembol ve kıyafetler arasında kabul edilebilir mi? Dini ve kültürel yaşayışta uygulanagelen ancak dinin emretmediği kıyafet ve semboller için de aynı soru sorulabilir. İHAS’ın düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesinin kapsamına binlerce yıldır var olan büyük ve eski dinler ile nispeten yeni inançların yanında tutarlı ve samimi olarak karşılanabilecek olan felsefi inançlar da girer. Örneğin pasifizm, askerlik hizmetine ilke olarak karşı çıkma (vicdani ret), veganizm vb. vicdani kanaatler 9. maddenin koruması altındadır.⁴ Öyleyse dini sembol ve kıyafet tanımı yalnızca dinlerin emrettiklerinden ibaret değil, kişisel kanaatlere ve felsefi inançlara ilişkin semboller ve kıyafetleri de kapsayan bir tanım haline gelmiştir. Kipa, haç, başörtüsü, burka, nikap (peçe), barış sembolü, Sih türbanı ve kirpanı hatta Greenpeace tişörtü dini sembol ve kıyafetler arasında sayılabilir.⁵ İnsan hakları ve bu bağlamda din ve vicdan özgürlüğü söz konusu olduğunda kesin tanımlamalar yapmaktan kaçınmak gerekmektedir. Zira özellikle kişinin iç dünyasının ve bu çalışmada konu edilen iç dünyanın dışa vurumunun sınırlandırılması söz konusu olacaktır. Bu konuda kesin çerçeveler çizmek ve sınırlamaları geniş yorumlamak, iktidarları keyfiyete varan uygulamalara başvurmaya götürebilecektir.⁶

Çalışmanın konusu olan İslami semboller esasında çeşitli olmakla birlikte üç ana kategoriye ayrılmıştır: başörtüsü, nikap (peçe) ve burka. Öğretide nikap ve burkayı bir çeşit başörtüsü olarak da ifade edenler bulunsa da bu çalışma bağlamında bu ayrımın önemi bulunmamaktadır. Zira önemli olan; giyilen kıyafetin yüzü kapatmasıdır. TDV İslam Ansiklopedisi’nin doğrudan tanımına göre “Burka bedevî kadınların giydiği, gözler için iki delik bırakılmış torba gibi bir giysidir.” Nikabın ise ağız bölümünü de kapatan bir çeşit başörtüsü olduğu veyahut başörtüsüne eşlik eden bir peçe olduğu söylenebilir.⁷

III. YASAKLARIN KANUNLAŞMA SÜRECİ

Burka yasaklarının her ne kadar tartışmalı olduğunu belirtilmişse de, Fransız Ulusal Meclisi ve Senatosu’nda büyük anlaşmazlıklar olduğunu söylemek güçtür. Hükümetin önermiş olduğu “Kişilerin Kamuya Açık Alanlarda Yüzlerini Kapatmalarının Yasaklanmasına İlişkin Kanun” önerisi Fransız Ulusal Meclisi’nden 336 evet oyuna karşılık 1 hayır oyuyla geçmiştir.⁸ Senato önüne gelen teklif yine ezici bir çoğunluk ile 246 evet oyuna karşılık 1 hayır oyuyla kabul edilmiştir.⁹

Nisan 2011’de yürürlüğe giren Kişilerin Kamuya Açık Alanlarda Yüzlerini Kapatmalarının Yasaklanmasına İlişkin Kanun (No: 2010-1192) aşağıdaki gibidir:

“1- Kimse, kamuya açık alanlarda yüzünü kapatacak kıyafetler giyemez.

2- Birinci maddede belirtilen kamuya açık alan; kamuya açık yolları ve kamuya açık olan ya da kamu hizmetine tahsis edilmiş herhangi bir alanı kapsamaktadır.

- Birinci maddede belirtilen yasaklama, kanun tarafından izin verildiği hallerde; sağlık veya iş gereğiyle ya da spor, kutlama, sanatsal ve geleneksel organizasyonlar çerçevesinde giyilen kıyafetler

⁴ Bkz. İHAM (Büyük Daire), Bayatyan v. Ermenistan, 23459/03, 07.07.2011.

⁵ HOWARD, Erica: Law and the Wearing of Religious Symbols: European Bans on the Wearing of Religious Symbols in Education (Law and the Wearing of Religious Symbols), London/New York: Routledge, 2012, s.28.

⁶ DOĞAN, İlyas: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara: Astana Yayınları, 2019, s.245-246.

⁷ APAYDIN, H. Yunus: “Tesettür”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/tesettur#1> (Erişim tarihi: 02.02.2020).

⁸ Associated Press, “French Parliament Approves Ban on Face Veils”, The Guardian, 13.07.2010, <https://www.theguardian.com/world/2010/jul/13/french-ban-face-veils>. (Erişim tarihi: 20.12.2019).

⁹ “French Senate Approves Veil Ban”, BBC News, (14.09.2010), Europe, <https://www.bbc.com/news/world-europe-11305033>. (Erişim tarihi: 23.12.2019).

için uygulanmaz.

3- Birinci maddede belirtilen yasaklamanın ihlal edilmesi durumunda, fail ikinci derecedeki adi suçlardan cezalandırılır.

Madde 225-4-10

Bir ya da birden fazla kişiyi, cinsiyeti dolayısıyla, tehdit, baskı, zorlama ya da yetki ve makamın kötüye kullanılması yoluyla yüzünü kapatacak kıyafetler giymeye zorlayan kimse bir yıllık hapis ve 30.000 Euro para cezasıyla cezalandırılır.

Suç reşit olmayan kişilere karşı işlendiğinde, fail iki yıl hapis ve 60.000 Euro para cezasıyla cezalandırılır.”¹⁰

Belçika, Fransa’yı izleyen ilk devlet olmuştur. 23 Temmuz 2011’de resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren “yüzü örtme yasağı” Belçika Ceza Kanunu’nun 563. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Aksi kanunda belirtilmediği sürece, kamuya açık alanda yüzü tanınmayacak şekilde, tamamen ya da kısmen kapalı olarak bulunan kişiler 15 ila 25 Euro arasında para cezası ve 1 ila 7 gün arasında hapis cezasıyla ya da bunlardan yalnızca bir tanesiyle cezalandırılır.”¹¹

Fransa ve Belçika’yı diğer Avrupa devletleri de süratle takip etmişlerdir. Ekim 2017’den bugüne Avusturya’da yüzün örtülmesi “Yüzün örtülmesine karşı yasa” marifetiyle yasaklandı. Danimarka parlamentosunda 75’e 35 oy dağılımı ile kabul edilen yasaya göre, 1 Ağustos 2018 tarihinden itibaren kamuya açık alanda yüzü örten kıyafetler giymeye cezai yaptırım uygulanmaktadır. Hollanda, Almanya ve Bulgaristan’da da belli koşullar altında yüzü örtme yasağı bulunuyor.¹²

Geçmiş yıllarda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne gelen başvurularda kamuya açık alanda dini sembol ve kıyafetlerin kullanımının engellenmesine ilişkin ihlal kararları olsa da¹³ bugün Türkiye’de kamuya açık alanda herhangi bir örtünme yasağı bulunmamaktadır. Yalnızca okul öncesi eğitim kurumlarında ve ilkokullarda öğrencilere yönelik başörtüsü yasağı bulunmaktadır.¹⁴ Buradan hareketle yine aynı kurumlarda yüzü örten dini kıyafetlerin de kullanılamayacağı söylenebilir ancak ortaokul, lise ve üniversite eğitiminde “yüzü örten dini kıyafetlerin” kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır.

IV. ULUSAL VE ULUSLARARASI MAHKEME KARARLARI

Ulusal mahkemeler nezdinde dikkat çekici kararlardan ilki Fransız Danıştay’ının (Conseil d’État) raporudur. Fransız Danıştay’ı raporunda; kamuya açık alanda her yerde ve her zaman, genel bir örtünme yasağı konulmasının “hukuken kırılğan” olacağı ve “anayasal güvensizlik” doğurabileceğini belirtmiştir.¹⁵ Fakat bu rapor kanunun senatodan ezici bir çoğunluk ile geçmesine engel olamamıştır.

Belçika Anayasa Mahkemesi de burka yasağına karşı yapılan başvurularda ihlal kararı vermemiştir. İki Müslüman kadın ile beraber, “Flemish and Waloon” ve “Justice and Democracy” gibi sivil toplum örgütlerinin de aralarında bulunduğu başvuruçular yasağına karşı Belçika Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur. Mahkeme; yasanın burka ve nikap giyen Müslüman kadınlar için dolaylı ayrımcılık oluşturduğunu kabul etmişse de, hakka müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve orantılı olduğunu, bu sebeple de yasanın ayrımcılık yasağına aykırı olmadığına karar vermiştir. Yapılan yasal düzenlemenin kadın-erkek eşitliğini sağlama gibi bir meşru amaç güttüğü de kararda vurgulanmıştır. Mahkeme, kişilerin yüzlerinin kapalı olmasının güvenlik açısından sorun doğurabileceğini ayrıca kişilerin demokratik toplumda bir arada yaşayabilmeleri için birbirlerinin yüzlerini görebilmeleri gerektiğini ortaya koyarak, müdahaleyi insan onuruna ve din

¹⁰ Kanun Maddesini Çeviren: Kemal Efe Sayın. Resmi çeviri değildir. Kanunun resmi dilindeki aslı metnine erişim için: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911670&categorieLien=id>.

¹¹ Kanun Maddesini Çeviren: Kemal Efe Sayın. Resmi çeviri değildir. Kanunun resmi dilindeki aslı metnine erişim için: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=1867060801.

¹² Deutsche Welle (www.dw.com), “Avrupa’da örtünme yasağı olan ülkeler” | DW | DW.COM, (02.08.2019), <https://www.dw.com/tr/avrupada-%C3%B6rt%C3%BCnme-yasa%C4%9F%C4%B1-olan-%C3%BClkeler/a-49861089>. (Erişim tarihi: 22.12.2019).

¹³ Bkz. İHAM, Eweida v. Birleşik Krallık, 48420/10, 15.01.2013; İHAM, Ahmet Arslan ve diğerleri v. Türkiye, 41135/98, 23.02.2010.

¹⁴ ŞİRİN, Tolga/DUYMAZ, Erkan/YILDIZ, Deniz: Türkiye’de din ve vicdan özgürlüğü: sorunlar, tespitler ve çözüm önerileri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016, s.101.

¹⁵ HOWARD, Law and the Wearing of Religious Symbols, s.2.

özgürlüğüne aykırı bulmamıştır.¹⁶

Burka ve nikap yasağına ilişkin önemli kararlardan biri İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne gelen S.A.S. v. Fransa başvurusudur.¹⁷ Karara konu olayda Müslüman bir Fransız vatandaşı kadın olan S.A.S. yüzü örten kıyafetler giyilmesine ilişkin yasağın ardından kamuya açık alanlarda dini inancı gereği yüzünü örtmesine izin verilmemesinden şikayetçidir. Başvuran dindar bir Müslüman olduğunu, peçeyi de dini inancından ötürü taktığını belirtmiştir. Başvuran yüzünü her zaman örtmediğini, pasaport kontrollerinde, resmi dairelerde, tanınması gereken yerlerde çıkartmasının sorun oluşturmadığını hatta arkadaşları ile dışarı çıkarken çoğunlukla peçe kullanmadığını fakat Ramazan ayı gibi aylarda kullanmak istediği zaman peçe takabilmesi gerektiğini düşünmektedir.¹⁸ Başvuran, eşinin veya ailesindeki diğer erkeklerin kendisine baskı uygulamadığını da eklemiştir.¹⁹ Mahkeme, Sözleşme'nin gerek 8. (özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı) gerek 9. (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) gerekse bu maddelerle bağlantılı olarak 14. maddenin (ayrımcılık yasağı) ihlal edilmediğine hükmetmiştir. İHAM yasağın Müslüman kadınlar üzerine “olumsuz bir durum oluşturduğunu” kabul etmiştir.²⁰ Fransız Hükümeti kamu güvenliğinin sağlanması ve toplumun birlikte yaşaması için gerekli önlemlerin alınması meşru amaçları ile bu müdahalenin yapıldığını öne sürerken²¹ İHAM yalnızca kamu güvenliği söz konusu olduğunda değil her zaman, genel bir burka yasağı konulmasının kamu güvenliğinin sağlanması bakımından demokratik toplumda gerekli olmadığını vurgulamıştır.²² İHAM devamında başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve toplumun birlikte yaşaması için bariyerlerin ortadan kaldırılmasının demokratik toplumda gerekli olabileceğini belirterek meşru amaca özgülene tedbiri gerekli bulmuştur. İHAM yaptığı orantılılık incelemesinde ise yasağın yalnızca Müslüman kadınları hedef almadığından, genel olarak yüzü kapatan kıyafetleri hedeflediğinden hareketle yasağı orantısız bulmamıştır. İHAM'a göre bu bir toplumsal tercihtir ve devletlerin takdir alanındadır.²³

Belcacemi ve Oussar v. Belçika²⁴ ve Dakir v. Belçika²⁵ kararında da İHAM, S.A.S. kararı ile uyuşan bir içtihat oluşturmuş, “demokratik toplumda birlikte yaşam” sürdürebilmek için müdahalenin gerekli olduğu kanısına varmıştır. İHAM yine, devletlerin ülkelerindeki yerel politik koşullar ve ihtiyaçları mahkemeden daha iyi bileceklerinden ötürü devlete takdir alanı bırakmıştır.²⁶ Mahkemenin, din ve devlet ilişkilerinin politika ile iç içe olması sebebiyle bu ilişkilere karışmaya isteksiz olduğu, bu düzenlemeleri devletlere bırakmayı tercih ettiği görülebilir.²⁷

Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi'nin (İHK) kararları İHAM ile paralellik göstermemektedir. Benzer iki olay ve karar olan Miriana Hebbadj v. Fransa²⁸ ve Sonia Yaker v. Fransa²⁹ kararlarında başvuru Fransa'nın Nantes şehrinde ikamet etmektedirler. Kimlik kontrolü sırasında durdurulan başvuru, kamuya açık alanda yüzü örten kıyafetler giymeyi yasaklayan kanuna aykırı davranışlarından ötürü suçlanmışlardır. İki başvuru da çıkarıldıkları mahkemede, 2010-1192 no'lu kanunda yer alan en yüksek miktardan, yani 150 euro para cezasına mahkum edilmişlerdir. Başvurular, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 18. maddesinde yer alan din özgürlüklerinin ihlal edildiklerinden yakınmaktadır. İtirazı kabil bir karar olmayan mahkumiyete karşı başvuru Fransa Yargıtay'ına, 2010-1192 no'lu kanunun İHAS 9. maddeye aykırı olduğu ve müslüman azınlığa yönelik ayrımcı bir pratik içerdiği iddiası ile

¹⁶ CHAÏB, Saïla Ouald: “Belgian Constitutional Court Says Ban on Face Coverings Does Not Violate Human Rights”, Strasbourg Observers, 14.12.2012, <https://strasbourgobservers.com/2012/12/14/belgian-constitutional-court-ban-on-face-coverings-does-not-violate-human-rights/> (Erişim tarihi: 22.12.2019).

¹⁷ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014.

¹⁸ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 12.

¹⁹ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 11.

²⁰ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 146.

²¹ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 81-83.

²² İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 145.

²³ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 157.

²⁴ İHAM, Belcacemi ve Oussar v. Belçika, 37798/13, 11.07.2017.

²⁵ İHAM, Dakir v. Belçika, 4619/12, 11.07.2017.

²⁶ İHAM, Dakir v. Belçika, 4619/12, 11.07.2017, par. 60.

²⁷ DUYMAZ, Erkan: “Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlili”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64(4), 2015, s.1153.

²⁸ İHK, Hebbadj v. Fransa, 2807/2016, 17.07.2018.

²⁹ İHK, Yaker v. Fransa, 2747/2016, 17.07.2018.

başvurmuşlardır. Ancak Yargıtay başvuruyu, başvuru İHAS 9. ve 14. madde ihlal iddiasını ilk derece mahkemesinde öne sürmediği için, sonradan iddia ve kanıt ekleme yasağı sebebiyle kabul edilemez bulmuştur.

İHK, yasağın kamu güvenliğinin sağlanması bakımından gerekli olmadığını,³⁰ “birlikte yaşam ve başkalarının haklarının korunması” hususunda ise, devletlerin, burka giyen Müslüman kadınların başkalarının haklarına nasıl, ne bakımdan zarar verdiğine dair somut veri sunması gerektiğini belirtmiştir.³¹ İHAM’ın ise “somut verileri dikkate alma” gibi bir tavrı genelde bulunmamakta, özellikle dini semboller ve kıyafetler ile ilgili kararlarında devlete tanıdığı takdir marjı ile yüzeysel bir inceleme ile yetinmektedir. İHAM’ın din ve vicdan özgürlüğü bağlamında somut veri aradığı nadir kararlardan biri Lautsi ve Diğerleri v. İtalya kararıdır.³² Kararda sınıflarda bulunan haç sembolünün güçlü bir sembol olduğunu kabul eden İHAM, sembolün öğrencilere yönelik telkin veya endoktrinasyon amacı taşıdığına ilişkin somut veri olmadığından, sınıflardan haçın kaldırılmasını talep eden başvuruların ihlal iddiasını yerinde görmemiştir. Başörtüsü ile derse giremediği için İHAM’a başvuran bir öğretmen olan Dahlab v. İsviçre kararında ise İHAM, başörtüsünü yine güçlü bir dışsal sembol olarak değerlendirmiş ve bu sembolün küçük yaştaki öğrenciler üzerinde baskı oluşturabileceği sebebiyle Dahlab’ın başvurusunu kabul edilemez bulmuştur.³³

Burka yasakları ile ilgili olmayan bir başka İHK kararı, İHK’nın dini semboller konusundaki tutumunu açıklamaya yardımcı olacaktır. Karar kimlik kartlarına konulacak fotoğraflarda başın açık olması zorunluluğu ile ilgilidir. Ranjit Singh v. Fransa kararı³⁴ Bay Ranjit Singh, Fransa’da yaşayan bir mültecidir. Aslen Hindistan vatandaşı bir “sih” olan başvuru, Fransa’da oturma iznini yenilemek istemiştir. Başvurucunun yenileme başvurusu esnasında yetkili makamlara vermiş olduğu fotoğraflarda başında türban bulunmaktadır. Bu sebepten ötürü Fransız makamları Bay Singh’in yenileme başvurusunu reddetmişlerdir. Başvuru bu sebeple Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 18. maddesinde yer alan din özgürlüğünün ihlal edildiği kanısındadır. Başvuru, kimlik fotoğrafı için türbanın çıkarılması yönündeki tedbirin gerekli ve orantılı olmadığını, kamu düzeni ve güvenliğine de sakınca oluşturmadığını iddia etmektedir. Zira başvurucuya göre insanlar, yüzlerinin büyük bir kısmını kaplayan sakalları ile sorunsuz bir şekilde başvuru yapabilmektedir. Ek olarak; türban ile çekilen fotoğraflarla yapılan başvuruları Almanya ve İtalya gibi devletler kabul etmektedir. Başvuru diğer Fransız vatandaşlarından farklı olarak dini inancı ile kamu hizmetlerine erişim hakkı arasında bir tercih yapmaya zorlandığını, bu sebepten ötürü ayrımcılığa da uğradığını ifade etmiştir. İHK incelemesinde, türbanın kişiyi tanınabilir hale getirip getirmediğini sorgulamıştır. Zira başvuru sadece başını örten ancak yüzünün geri kalanı açık kalacak şekilde giyinmektedir. Singh, günlük hayatında da sürekli türban taktığından, İHK’ya göre başvurucunun türban giymiş haliyle çekilmiş olan fotoğrafı, günlük hayattaki hali ile daha çok benzeşmektedir. Fransa ise bu hususlardan hiçbirini açıklığa kavuşturmamıştır.³⁵ İHK’ya göre başvurucunun türbanını yalnızca kimlik fotoğrafı çekerken çıkarmasının hak müdahaleyi azaltan bir yönü yoktur. Çünkü bir defalığına da olsa türban giyilmeden çekilen bir kimlik fotoğrafı, her zaman orada duracaktır ve her kimlik kontrolünde o şekilde görülecektir. İHK, Birdirge’nin 18. maddesinin ve buna bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Singh v. Fransa kararına çok benzeyen bir başvuru İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne yapılmıştır. Mann Singh v. Fransa³⁶ kararında, Ranjit Singh gibi bir sih olan başvuru ehliyet fotoğrafında başı açık olmak istememiştir. Yerel makamlarca bu isteği olumsuz karşılanan başvuru, İHAM’a başvurmuş ancak başvurusu açıkça dayanaktan yoksun bulunarak reddedilmiştir.

İHK’nın kararlarının burka yasakları bakımından bir dikkat çekici noktası da “kişilerin kamusal alanda herhangi biriyle iletişime geçme hakları” veya “kişilerin burka giymesinden hoşlanmama hakkı” olmadığı tespitinde bulunmasıdır.³⁷ Komite, Fransa’nın başvuruların

³⁰ İHK, Hebbadj v. Fransa, par. 7.7; İHK, Yaker v. Fransa, par. 8.7.

³¹ İHK, Hebbadj v. Fransa, par. 7.10; İHK, Yaker v. Fransa, par. 8.10.

³² İHAM (Büyük Daire), Lautsi ve diğerleri v. İtalya, 30814/06, 18.03.2011.

³³ İHAM, Dahlab v. İsviçre, 42393/98, 15.02.2001. (Kabul Edilemezlik kararı).

³⁴ İHK, Ranjit Singh v. Fransa, 1876/2009, 15.12.2008.

³⁵ İHK, Ranjit Singh v. Fransa, 1876/2009, 15.12.2008, par. 8.4.

³⁶ İHAM, Mann Singh v. Fransa, 24479/07, 13.11.2008.

³⁷ İHK, Hebbadj v. Fransa, par. 7.10; İHK, Yaker v. Fransa, par. 8.10.

düşünce, din ve vicdan özgürlüğü ile hukuk önünde eşitlik hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Dikkat çekici olan husus, geçmişte gerek İHK'nın gerekse İHAM'ın başörtü başvurularında ayrımcılık yasağı bağlamında inceleme yapmamış olmasına rağmen söz konusu burka başvurularında İHK'nın ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşmasıdır.³⁸ Buradan çeşitli saptamalar yapılabilir. Burka giyen kadın sayısının Avrupa'da yaşayan milyonlarca Müslüman kadına oranla binler düzeyinde kalması belki de bu yasağı daha anlamlı kılmaktadır.³⁹ Başörtüsüne nazaran burka yasağının doğrudan İslam'a dönük bir tavır olarak algılanmış olması,⁴⁰ BM'nin çok kültürlü, milletli ve dinli yapısı gereği bu durumun önüne geçmek istemesi veya geçmek zorunda kalması makul bir hedef olarak görünebilir.

V. MEŞRU AMAÇ VE KAMUOYU TARTIŞMALARI

Burka yasağına ilişkin devletlerin belli birtakım meşru amaçları bulunmaktadır. Bir kişiye veya gruba dönük olarak uygulanan tedbir, doğrudan hedef gözetme de hatta ayrımcılık kastı bulunmasa da ayrımcılık oluşturabilir. İHAM'ın da belirttiği üzere “Fakat bu yalnızca, bu tür bir politika ya da tedbirin “objektif ve makul” bir gerekçesinin bulunmaması halinde, yani “meşru bir amaç” taşınamaması veya araçla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında “makul bir orantılılık ilişkisi” bulunmaması halinde söz konusu olur.”⁴¹ İHAM burka yasağına ilişkin verdiği S.A.S. v. Fransa kararında meşru amaç tartışmasını, kamu güvenliği ve başkalarının hak ve özgürlüğünün korunması bakımından incelemiştir. Birlikte yaşama ve cinsiyet eşitliğini, başkalarının hak ve özgürlüğünün korunması bağlamında değerlendirmiştir.⁴²

Bu çalışmada gerekçeler dörde ayrılarak incelenecektir: kamu güvenliği, birlikte yaşamın ve laikliğin korunması, son olarak da cinsiyet eşitliğinin sağlanması. Devletlerin bu hedeflere ulaşmak için getirdiği yasağın arka planındaki tartışmalar ile sınırlamanın gerekliliği ve orantılılığı değerlendirilecektir.

A. Kamu Güvenliği

Burkanın kamu güvenliğine tehlike yaratacağı endişesinin altında ilk olarak, İslami dini sembol kullanımının köktenci (fundamentalist) İslami hareketlerle ilişkilendirilmesi yatmaktadır. Burka giyen kadınların hepsinin birbirini tanıdığı, bir nevi “cihatçı iletişim ağı” üyesi oldukları inancı yaygındır.⁴³ Burka giyen birinin terörizmi desteklediği varsayımı da burkanın kamu güvenliğini tehdit ettiği anlayışı ile örtüşmektedir.⁴⁴ Ek olarak, aynı görüşe göre; burka giyen kadınlar bu inanışlarını yaymaya da isteklidirler, istekli olmasalar dahi kullandıkları “güçlü dışsal sembol” diğer kişiler üzerinde bu etkiyi yapacaktır.

Köktenci İslam tanımının da kamu güvenliği endişesini tetikleyen sorunlu bir tanım olduğunu kabul etmek gerekir. Bu tanım İslam'ın yorumdan-reformdan arındırılmış yalın halinin günümüzdeki “terör akımına” tekabül ettiğinin ifadesidir. Halbuki şiddet öngören İslami inanış biçimlerinin İslam'ın bir yorumu olduğu doğru olsa dahi, İslami örtünme biçimlerinin bu durumla bir bağlantısı bulunmamaktadır. Burka, nikap veya başörtüsü kullanımı İslam dininin kutsal kitabı Kur'an'da veyahut uygulamasında yer aldığına inanılan, kişisel dini bir bağlılığın ürünüdür. Dolayısıyla burka, nikap veyahut başörtüsü kullanmak, çoğu zaman sadece inanışa itaat etme anlamını taşır.⁴⁵ Nitekim örtünmeye ilişkin benzer dini emir ve uygulamaların diğer semavi dinlerde de olduğu söylenebilir.⁴⁶

³⁸ DUYMAZ, s. 1152.

³⁹ PEİ, Sally: “Unveiling Inequality: Burqa Bans and Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights”, The Yale Law Journal, 122(4), 2013, s.1089.

⁴⁰ PEİ, s.1091.

⁴¹ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 161.

⁴² İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 118-122.

⁴³ IDRİSS, Mohammad Mazher: “Laïcité and the Banning of the ‘Hijab’ in France”, Legal Studies, 25(2), 2005, s.275.

⁴⁴ IDRİSS, s.279.

⁴⁵ Bu konuda yapılan ampirik bir çalışma için bkz.: BREMS, Eva vd., “Wearing the Face Veil in Belgium”, UGhent Human Rights Centre, 2012, <https://www.hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2015/10/face-veil-report-hrc.pdf>. (Erişim Tarihi: 19.01.2020)

⁴⁶ Benzer bir emir Hristiyanlığın kutsal kitabında da bulunmaktadır, 1. Korintliler, 11:3-10:

“Her erkeğin başı Mesih, kadının başı erkek, Mesih'in başı da Tanrı'dır. Başına bir şey takıp dua ya da peygamberlik eden her erkek, başını küçük düşürür. Ama başı açık dua ya da peygamberlik eden her kadın, başını küçük düşürür. Böylesinin, başı tıraş edilmiş bir kadından farkı yoktur. Kadın başını açarsa, saçını kestirsin. Ama kadının saçını kestirmesi ya da tıraş etmesi ayıpsa, başını örtün. Erkek başını örtmemeli; o, Tanrı'nın benzeri ve yüceliğidir. Kadın

İslami kıyafet ve sembollerin bir güvenlik sorunu veya din yayma aracı olarak görülmesinin bir sebebi de Avrupa'nın çoğunluk dini Hristiyanlık ile İslam arasındaki farklardan ileri gelmektedir. İslam'ın da, Kilise (Ruhban) ve devletin ayrılması ile liberal demokrasi ekseninde sekülerleştiği ve bireyselleştiği varsayıldığında, bu tarihsel süreci geri sararak; burka giyen bir kadının bunu radikal kimliğinin bir göstergesi, bir kimlik ifadesi ve yayma aracı olarak görmek mümkün olabilir. Hristiyanlık ile aynı süreçleri geçirmeyen İslam'ın farklı yorumlarının isimlendirilmesi için kullanılan “köktencilik” bu sorunu ıskalamaktadır. Hristiyanlar için kişinin kimliği bireysel alanına denk gelirken bir Müslümanın dini, çoğu zaman kimliğine eşittir. Bu din de İslam'dır, İslam'ın kişinin kendisini ait hissettiği versiyonu, yorumudur. Nitekim İslam peygamberi hem devlet başkanıdır, hem de toplum lideridir. Askeri bir lider olmasının yanı sıra, toplumsal ve hukuki kanunları koyar, vergi toplar, savaş ve barışa karar verir. Bunun devamı olan İslami yaşam tarzı ve ibadetleri de bireyci değil olabildiğince toplumcu yapıdadır.⁴⁷ Müslüman kadının bu anlamda yaptığı bireysel tercih de, radikalizminin veya misyonerliğinin görünümünden çok, esasen dini inanın yalın bir ifadesinden ibarettir.

Burka giyen bir kişinin yüzünün görünmemesi ve bu sebeple tanınamamasının, kamu güvenliğine tehdit teşkil ettiği düşünülen bir başka problemdir. İHAM'ın S.A.S. v. Fransa kararında da, Fransız hükümeti savunmasında yasağın meşru amacının kamu güvenliği olduğunu, özellikle yüzü örten kıyafetler giyen kişileri tanımlayabilmenin zorluğunu vurgulamıştır.⁴⁸ Gerçekten de burka kıyafeti ile pek çok hırsızlık vakası kayıtlara geçmiştir. Örneğin Kanada'nın Toronto şehrinde burka giymiş olan failer, 500 bin dolar değerindeki değerli mücevheri alarak kayıplara karışmıştır.⁴⁹ 2005 yılında ise bombalı saldırı girişiminin başarısız olmasından sonra kaçmaya çalışan fail burka kullanmıştır.⁵⁰ Belirtmek gerekir ki; bu ve benzeri olayların hemen hemen tamamında failer erkektir. Yine de kamuya açık alanların her karesinde geçerli, genel bir yasağın bu endişelerin çözümüne uygun bir önlem olup olmadığı tartışmalıdır. Nitekim İHAM da yüzü kapatan kıyafetlerin kamu güvenliği bağlamında problem doğurabileceğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre şüphe duyulan durumlarda pek tabii kişiden yüzünü açarak kendini tanıtmayı istenebilir. Ancak yalnızca kamu güvenliğinin tehlikede olduğu belirli anlarda değil, her zaman, genel bir burka yasağı öngörülmesini İHAM demokratik toplumda gerekli bulmamıştır.⁵¹

B. Birlikte Yaşam

İHAM, S.A.S. v. Fransa kararında, burka yasaklarını “birlikte yaşamı sağlama” adına bir meşru amaç olarak yeterli görmüş, yasağın da bu amaca hizmet ettiğini ve demokratik toplumda gerekli olduğunu belirtmiştir. Bu amacı makul bulanlara göre burka, nikap veya başörtüsü giymenin bir amacı da topluma entegre olmama yönündeki isteksizliktir. Ayrıca bu kıyafetlerin kullanımı başarısız bir entegrasyon sürecinin de göstergesi mahiyetindedir.⁵² Bir başka deyişle, burka giyen kadın kendi ile toplum arasına bilinçli bir mesafe koymaktadır. Burka yasağını getiren devletlere göre söz konusu mesafe hem toplumdaki birliğin korunması hem de İslamofobinin artmaması için kaldırılmalıdır. Zira bu mesafe ve artan İslamofobi, Müslüman toplumun radikalleşmesine de neden olabilir.⁵³ İHAM S.A.S. v. Fransa kararında hükümet, yüzün sistematik olarak gizlenmesinin sorunlu olduğunu, Fransız kardeşlik (fraternity) idealinin ve Fransız toplumunda birlikte yaşamının temel gerekliliği ile bağdaşmadığını belirtmiş, İHAM da müdahaleyi bu bakımdan demokratik toplumda gerekli bulmuştur.⁵⁴ İHAM devlete tanıdığı takdir yetkisini de temel olarak müdahalenin orantılı olduğuna da karar vermiştir.⁵⁵

da erkeğin yüceliğidir. Çünkü erkek kadından değil, kadın erkekten yaratıldı. Erkek kadın için değil, kadın erkek için yaratıldı. Bu nedenle ve melekler uğruna kadının başı üzerinde yetkisi olmalıdır.”

⁴⁷ LEWIS, Bernard: The Multiple Identities of the Middle East, New York: Schocken Books, 1999, s.27-30.

⁴⁸ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 115.

⁴⁹ “Robbers Wore Burkas in \$500K Toronto Jewelry Store Heist | CBC News”, CBC, 19.11.2014, <https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/burkas-worn-by-robbers-in-500k-toronto-jewelry-store-heist-1.2840489>. (Erişim tarihi: 19.12.2019)

⁵⁰ “Jury Sees 21 July Burka Escape”, 20.02.2007, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk/6378863.stm>. (Erişim tarihi: 19.12.2019)

⁵¹ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 139.

⁵² HOWARD, Law and the Wearing of Religious Symbols, s.32.

⁵³ MCGOLDRICK, Dominic: Human Rights and Religion - The Islamic Headscarf Debate in Europe, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006, s.19.

⁵⁴ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 141-142.

⁵⁵ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 157.

Kişiler arası iletişimde yüzü örten kıyafetlerin sorun oluşturması ihtimal dahilindedir. Burka veya nikap giyen bir kişi ile iletişim halindeki karşı taraf aradaki güç dengesizliğinden mustarip olabilir. Gerçekten de anonim görünen bir kişiyle iletişim halindeki bir başka kişi çekince duyabilir. Duyma engelli bir kişi içinse bu iletişim neredeyse imkansızdır.⁵⁶

Yasağın “birlikte yaşam” amacına hizmet edip etmeyeceği ise tartışmalıdır. Yasak sebebiyle işine ve eğitimine devam edemeyen, günlük işlerini yapmak için kamuya açık alanlarda bulunamayan kadınlar, git-gide toplumdan uzaklaşabilir. Yasak, topluma, farklı dinlere ve kültürlerle, bazı azınlıklara hoşgörü ile bakılmadığı mesajını verebilir. S.A.S. v. Fransa kararında İHAM da, burka yasaklarına ilişkin sürecin, islamofobiyi, hoşgörüsüzlüğü ve ayrımcılığı tetikleyebileceği endişesini vurgulamıştır.⁵⁷

Toplumun birlikte yaşaması için insanların kamuya açık alanda sürekli iletişim halinde olmaları gerektiği varsayımının da tartışılması gerekir. Kişiler arasındaki iletişimin çoğunlukla özel mülklerde gerçekleştiği düşünüldüğünde yasak ile güdülen meşru amaç arasındaki ilişki belirsizleşmektedir.⁵⁸

C. Laiklik İlkesinin Korunması

Dini sembol ve kıyafetlere ilişkin İHAM nezdinde görülen davalarda laiklik ilkesine - özellikle Türkiye tarafından- dayanılmıştır.⁵⁹ Burka yasakları söz konusu olduğunda ise İHAM önünde; örneğin S.A.S. v. Fransa davasında laiklik ilkesinin korunması amacına dayanılmadığı görülmektedir. Ancak bu durum kamu önünde süregelen tartışmalarında laiklik vurgusunun olmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim gerek Fransa gerek Belçika’da burka yasakları laiklik boyutu ile de çokça tartışılmıştır.

Kendini laik olarak tanımlayan devletlerin din konusunda neredeyse taban tabana zıt politikaları bulunabilir. Bu devletlerin laikliği nasıl uyguladığına göre değişebilir. Literatürde pasif ve dışlayıcı laiklik gibi ayrımlar bulunmaktadır. Dışlayıcı laikliğin amacı dini kamusal alandan çıkarıp kişinin bireysel alanı ile sınırlamak iken pasif laiklik adı üzerinde dinler karşısında pasif kalarak dinin kamusal alanlarda bulunuşuna müsaade etmesidir.⁶⁰

Dışlayıcı laikliğin belki de en görünür olduğu Fransa ve Belçika’da uygulanan burka yasakları bu bakımdan şaşırtıcı değildir. Dışlayıcı laiklik anlayışının tarafsızlık, din özgürlüğü ve çoğulculuğu sağlama gibi temel amaçları bulunur. Bu amaç da genelde kamusal alanı dinden arındırarak gerçekleştirilir. Söz konusu yasağın yalnızca tek bir dine yönelmesi bu bakımdan eleştiri konusu olabilir.⁶¹ Bir önceki bölümde de bahsedildiği gibi yasak, farklı dinlere ve buna bağlı olarak giyim-kuşama çoğulculuğun anahtarı olan hoşgörü ile bakılmadığı imajını da yansıtabilmektedir.

D. Cinsiyet Eşitliğinin Korunması

S.A.S. v. Fransa davasına “amicus curiae” müdahil devlet olarak katılan Belçika, peçenin İslam öncesi Arap adeti olduğunu, Kur’an’da böyle bir hüküm bulunmadığını, bu durumun kadın erkek eşitliğini zedeleyici bir hal aldığını öne sürmüştür.⁶²

Kimilerine göre burka İslam’da yer alan kadın-erkek eşitsizliğinin bir sembolü mahiyetindedir; İslam dini erkeklerin şehvi isteklerini uyandırmamaları için kadınları daha sıkı kıyafet kurallarına tabi tutmuş, nihayetinde de kadını erkeğin hakimiyet alanına bırakmıştır. Tercih yapma hakkı olmayan kadınlar da bu kurallara uymak zorunda kalmaktadır.⁶³

Yukarıda belirtilen iki farklı yaklaşım da bazı varsayımlara dayanmaktadır. İlki kadınların özgür iradeleri ile burka giymelerinin nadir olduğudur. İkincisi ise dini kimliğinden azade bir kadın tasviridir. Bu görüşe göre özgür kadın dini kimliğinden sıyrılmış kadındır. Kimliklerin

⁵⁶ HOWARD, Law and the Wearing of Religious Symbols, s.35.

⁵⁷ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 149.

⁵⁸ LÆGAARD, Sune: “Burqa Ban, Freedom of Religion and ‘Living Together’”, Human Rights Review, 16(3), 2015, s.208.

⁵⁹ İHAM, Leyla Şahin v. Türkiye, 44774/98, 10.11.2005, par. 91.

⁶⁰ KURU, Ahmet T.: Pasif ve dışlayıcı laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye, 1. baskı İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s.14.

⁶¹ HOWARD, Law and the Wearing of Religious Symbols, s.48.

⁶² İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 86-88.

⁶³ HOWARD, Erica: “Banning Islamic Veils: Is Gender Equality a Valid Argument?”, International Journal of Discrimination and the Law, 12(3), 2012, s.149.

kesişimsel yapısının bu doğrultuda göz ardı edilmesinin kadınların haklarını iyileştirip iyileştirmeyeceği tartışma konusudur.⁶⁴ Ayrıca bazen bir kıyafetin giyilmemesi yönünde koyulan yasağı savunmak, giyilmesi yönünde yapılan yasakları savunmak kadar baskıcı olabilir. Bu baskı Müslüman kadınları nefret suçuna yönelik bir hedef haline getirebilir.⁶⁵

Burkanın erkeğin kadına dayattığı bir dini sembol olduğu görüşünün yanı sıra, kadınların burkayı özgür iradeleri ile giydikleri varsayılsa dahi bu sembolün kadınlar için zararlı ve insan onuruna aykırı olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. S.A.S. v. Fransa kararında Fransız hükümeti burkanın “kadınları görünmez kıldığını” ve bu sebeple giyen tarafından arzu edilse dahi” insan onuruna aykırı bir kıyafet olduğunu iddia etmiştir.⁶⁶ Kararda görülebileceği üzere; bu görüşün temel aldığı fikir ise burkanın kadının erkeğe itaatinin sembolü ve bu fikrin yayıcı nesnesi olduğu fikridir. Görüşe göre; burka giyen kadınlar dünyaya “herkesin örtünmesi gerektiği” veya “kadınların erkeğe itaat etmesi gerektiği” fikrini yaymaya çalışmaktadırlar. Dolayısıyla hem burka giyen kadınları hem de toplumun geri kalanını bu durumdan korumak gerekmektedir.

Burka giyen kadınların topluma, cinsiyet eşitsizliğini onayan, erkeğe itaati kabullenen bir mesaj vermek istedikleri veyahut istemeden verdikleri görüşünün kuvvetli temeller üzerine kurulduğunu söylemek güçtür. Zira burka giyen kadınların topluma bir mesaj verdikleri kabul edilse dahi, bu mesaj cinsiyete ilişkin değil dini inanca ilişkin bir mesajdır. Dolayısıyla bu dini tercihin kişisel olduğunu, dini propaganda (proselytizing) amacı gütmeyeceğini kabul etmek gerekir.⁶⁷

İHAM Leyla Şahin v. Türkiye kararında karşı görüşte bulunan Yargıç Tulkens’in başörtüsü yasağı ile cinsiyet eşitliği arasında ilişki kurulmasına yönelik eleştirileri bulunmaktadır. Tulkens’a göre başörtüsü mutlaka kadının erkeğin hakimiyetinde olduğunu ifade etmez, özgürce dini kıyafet giyen yetişkin bir kadına bu kararı özgür iradesiyle almadığını söylenmesi için apaçık bir delil gerekir. Ayrımcılığa uğramama hakkı ise kişinin kendi iradi alanındadır.⁶⁸

Fransa’daki feminist hareketlerin burka yasağına cinsiyet eşitliği bağlamında iki farklı yaklaşımı bulunmaktadır. Yasağı karşı olanlar, kadın-erkek ilişkisine oldukça eşitlikçi (egaliteryan) bir bakış açısıyla yaklaşıldığını iddia ederek, burka giyen kadınların içinde buldukları kültürün yadsındığını söylemektedirler. Yasağı destekleyenler ise kadın-erkek eşitliğinin yetişilen kültürden bağımsız olarak evrensel ahlak ilkeleri ile ulaşılabilecek, temel bir eşitlik olduğunu savunmaktadırlar.⁶⁹

Gerek cinsiyet eşitliği bağlamında, gerek insan hakları hukuku özelinde ve genel olarak tüm sosyal bilimi ilgilendiren tartışmalarda son yıllarda önemli yankı bulan evrensellik ve rölativizm ayrımını burada hatırlatmak yerinde olacaktır. Bu ayrıma göre; bir uçta sosyal gerçekliğin hemen her yerde aynı olduğunu ve bunu dini, toplumsal, kültürel hiçbir bakış açısı katmadan, eşitleyici bir düzlemde tartışan evrenselciler dururken, diğer uçta da sosyal gerçekliğin evrensel bir norm olmanın ötesinde toplumların algılama biçimlerine bağlı olduğunu ve dolayısıyla onları incelerken bu değerler bütününe dikkate almak gerektiğini söyleyen rölativistler bulunmaktadır.⁷⁰ İnsan hakları söz konusu olduğunda, her iki uç noktanın da kendine has artıları ve eksileri mevcuttur. Örneğin; evrenselcilik daha ilerlemeci bir tutum ortaya koyabilirken, rölativizm çoğu sorunu görmezden gelme tuzağına düşebilmektedir. Evrensellik-rölativizm ikileminde, bu tuzağın farkında bir yaklaşım sergilemek, çok daha ayakları yere basan bir yaklaşım getirme olanağı tanıyacaktır.⁷¹ Evrensel değer ve normların farkında olarak, ancak kültürel yaklaşımları da tamamen göz ardı etmeden yapılacak olan yorumlama, sosyal gerçeklikleri hem akademik hem de insani açıdan daha isabetli şekilde gözlemlememizi mümkün kılacaktır.

⁶⁴ SKEET, Charlotte Helen: “Globalisation Of Women’s Rights Norms: The Right To Manifest Religion And ‘Orientalism’ In The Council Of Europe”, Public Space: The Journal of Law and Social Justice, C.4, 2009, s.67-68.

⁶⁵ SKEET, s.68-69.

⁶⁶ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 82.

⁶⁷ BREMS, Eva: “SAS v. France: A Reality Check”, 25 NOTTINGHAM L. J. 58, 67, 2016, s.8.

⁶⁸ İHAM (Büyük Daire), Leyla Şahin v. Türkiye, 44774/98, 10.11.2005.

⁶⁹ SPOHN, Ulrike: “Sisters in Disagreement: The Dispute Among French Feminists About the “Burqa Ban” and the Causes of Their Disunity”, Journal of Human Rights, 12:2, (2013), s.163.

⁷⁰ UYGUN, Oktay: Devlet Teorisi, On İki Levha Yay., İstanbul, Ocak 2019, s.505-506.

⁷¹ DEMİR, Esra: “İnsan Haklarının Evrensellik Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, 14(3), 2008, s.242.

Burkanın yasaklanmasının pratikte nasıl sonuçlar doğuracağına ilişkin yasağa yönelik birtakım itirazlar bulunmaktadır. Yasak sonrası eve kapanan, işe, okula, markete gidemeyen ve ekonomik özgürlükleri gerileyen kadın erkekler karşısında daha zayıf bir konuma düşecektir. Kaldı ki halihazırda burka veyahut başörtüsü giyen kadınların cinsiyet, din ve etnisite temelinde günlük hayatta yoğun bir ayrımcılık ile karşı karşıya kaldığı bilinmektedir.⁷²

European Network Against Racism ve Faith Matter’ın ortaklaşa yayınladığı “Unutulmuş Kadınlar: Birleşik Krallık’ta İslamofobinin Müslüman Kadınlar Üzerindeki Etkisi” raporuna göre her 8 müslüman kadından 1’i iş mülakatlarında evlenip, çocuk sahibi olup olmayacağı yönünde sorularla karşılaşmaktadır, aynı durum Müslüman olmayan kadınlarda ise 30 kişide 1’dir. Her 4 işverenden 1’i ise Müslüman kadınları işe almakta çekinceleri olduğunu belirtmiştir. Müslüman kadınların %43’ü iş mülakatlarında farklı muameleye tabi tutulduklarını hissettiklerini açıklamıştır. Başörtüsü giyen kadınlarda ise bu oran yükselmektedir. Kamuya açık alanda peçelerinin çıkarmaya teşebbüs edenlerin olduğunu kaydeden Müslüman kadınlar, internet mecrasında da nefret söylemine maruz kalmaktadırlar.⁷³

VI. SONUÇ

Bu çalışmada başta Fransa olmak üzere Avrupa devletlerinde yürürlüğe giren kamuya açık alanda yüzün kapatılması yasağı yani; “burka yasağı” tartışılmıştır. Öncelikle dini semboller ve kıyafetler dar ve geniş anlamda tanımlanarak, hem hakkın kapsamının felsefi inançları da içine katarak genişlediği hem de dini inançlar ile felsefi inançları ayıran çizginin kalın bir çizgi olmadığı vurgulanmıştır. Burka yasağı tartışmaları gerek ulusal ve uluslararası mahkeme kararları gerekse kamuoyu tartışmaları ekseninde konumlandırılmıştır. Devletler burkayı yasaklarken, kamu güvenliğini, cinsiyet eşitliğini, laiklik ilkesini ve başkalarının hak ve özgürlüklerini güvence altına almayı amaçladıklarını belirtmişlerdir. Bu amaçlara ulaşmak için alınan tedbirin objektif ve makul bir gerekçesinin bulunup bulunmadığı çalışmada incelenmiştir. Bunun yanında yasakların kanunlaşma süreci ile beraber kamuoyundaki tartışmalara da değinilmeye çalışılmıştır.

Fransa’da burkanın yasaklanmasını takip eden yıllarda pek çok Avrupa devleti de burkayı yasaklamıştır. Bu devletlerin bazılarında burka giyen kadın sayısının 100’ü dahi geçmediği tahmin edilmektedir. Çok az sayıdaki kişiye yönelik getirilen yasak, kamuoyu tartışmaları ve kanunlaşma sürecinden de anlaşılacağı üzere bir kıyafete veya sembole değil, bu kıyafetin ve sembollerin toplumda uyandırdığı kaniya yöneliktir.

Yasaklarda çalışmada da çokça değinilen S.A.S. v. Fransa kararının diğer İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ile beraber bıraktığı açık kapının ve sınırlamanın muğlak halinin etkisi büyüktür. Devletlerin ortaya koydukları meşru amaçlar ile bu amaçları gerçekleştirmeye yönelik aldıkları tedbir arasında gereklilik ve orantılılık ilişkisi kurabildiğini söylemek güçtür. Devletler bu gerekçeleri sunamadıkları gibi, İHAM da hakkın sınırlanmasına yönelik alınan tedbirlerin gerçekten gerekli olup olmadığı hususunda somut olaylar bakımından araştırma yapmamıştır. Bunda politik koşulların etkisinin büyük olduğunu belirtmek gerekir. İnsan Hakları Komitesi’nin tutumu ise belki de yine politik koşullara bağlı olarak bireysel özgürlüklerin korunması amacına daha çok yakınsamaktadır.

Yasakların Avrupa’daki dini azınlık-çoğunluk ilişkisini ne yönde etkileyeceği önümüzdeki yıllarda belli olacaktır. Ancak Avrupa’daki mevcut durumu özellikle Avrupa ile Müslüman toplumu ilişkisini daha kötü hale getireceğine dair güçlü argümanlar bulunmaktadır. Bu yalnızca müslüman azınlık için değil, diğer “doğu dinlerini” takip eden diğer gruplar için de geçerlidir. Çalışmada da bahsedildiği üzere forum internum-externum ayrımı yerleşmemiş toplumcu pratiklerin içkin olduğu doğu dinleri ile İHAS md. 9 uygulaması arasındaki çelişki sürecin gibi gözükmektedir. Burka giyen kadınların din ve cinsiyet temelli ayrımcılığa uğramaması için burkayı yasaklamak gibi çözümler de bu ayrışmanın önlenmesine yönelik bir tedbir olarak gerçekçi görünmemektedir.

Din ve vicdan özgürlüğü belli sebeplerin varlığında pek tabii sınırlanabilir. Fakat ne İHAM

⁷² Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz.: BALDI, Giorgia: “Re-Conceptualizing Equality in the Work Place: A Reading of the Latest CJEU’s Opinions over the Practice of Veiling”, *Oxford Journal of Law and Religion*, 7(2), 2018, s.296-312, doi:10.1093/ojlr/rwy028.

⁷³ FENTON, Siobhan: “British Muslim women face ‘double bind’ of gender and religious discrimination, report warns | The Independent”, (06.01.2020), <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/british-muslim-women-face-double-bind-of-gender-and-religious-discrimination-report-warns-a7049031.html>. (Erişim Tarihi: 23.01.2020)

ne de Fransa-Belçika bu sebepleri sadece isimlendirmenin ötesinde bir açıklığa kavuşturmakta başarılı olabilmıştır. Bu da kuşkusuz çoğulculuğa ve hoşgörüyeye karşı tehlike doğurmaktadır. Çoğulculuğa karşı olan politikacıların din ve vicdan özgürlüğü bakımından getirilen sınırlamaları ve yasakları daha da ileri götürmesi son tahlilde muhtemel gözükmektedir.

KAYNAKÇA

- BALDI Giorgia: “Re-Conceptualizing Equality in the Work Place: A Reading of the Latest CJEU’s Opinions over the Practice of Veiling”, *Oxford Journal of Law and Religion*, 7(2), 2018, s.296-312, doi:10.1093/ojlr/rwy028.
- BREMS Eva vd.: “Wearing the Face Veil in Belgium”, UGhent Human Rights Centre, 2012, <https://www.hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2015/10/face-veil-report-hrc.pdf>.
- BREMS Eva: “SAS v. France: A Reality Check”, 25 NOTTINGHAM L. J. 58, 67 2016.
- CHAIB Saïla Ouald: “Belgian Constitutional Court Says Ban on Face Coverings Does Not Violate Human Rights”, *Strasbourg Observers*, 14.12.2012, <https://strasbourgobservers.com/2012/12/14/belgian-constitutional-court-ban-on-face-coverings-does-not-violate-human-rights/>.
- DEMİR Esra: “İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm”, *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 14(3), 2008, s.209-242.
- DOĞAN İlyas: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara: Astana Yayınları, 2019
- DOĞRU Osman/Atilla NALBANT: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.2*, Legal, İstanbul, 2013.
- DUYMAZ Erkan: “Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlili”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64(4), 2015, s.1113-60.
- FENTON Siobhan: “British Muslim women face ‘double bind’ of gender and religious discrimination, report warns | The Independent”, (06.01.2020), <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/british-muslim-women-face-double-bind-of-gender-and-religious-discrimination-report-warns-a7049031.html>.
- HOWARD Erica: “Banning Islamic Veils: Is Gender Equality a Valid Argument?”, *International Journal of Discrimination and the Law*, 12(3), 2012, s.147-65, doi:10.1177/1358229112464450.
- HOWARD Erica: *Law and the Wearing of Religious Symbols: European Bans on the Wearing of Religious Symbols in Education*, London/New York: Routledge, 2012.
- IDRISS Mohammad Mazher: “Laïcité and the Banning of the ‘Hijab’ in France”, *Legal Studies*, 25(2), 2005, ss.260-95, doi:10.1111/j.1748-121X.2005.tb00615.x.
- KURU Ahmet T.: *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- LÆGAARD Sune: “Burqa Ban, Freedom of Religion and ‘Living Together’”, *Human Rights Review*, 16(3), 2015, s.203-19, doi:10.1007/s12142-015-0362-6.
- LEWIS Bernard: *The Multiple Identities of the Middle East*, New York: Schocken Books, 1999.
- MCGOLDRICK Dominic: *Human Rights and Religion - The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006.
- PEI Sally: “Unveiling Inequality: Burqa Bans and Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights”, *The Yale Law Journal*, 122(4), 2013, s.1089-1102.
- Pew Research Center: *Europe’s Growing Muslim Population* <https://www.pewforum.org/2017/11/29/europes-growing-muslim-population/>
- ROBERT Jacques: *Batı’da Din-Devlet İlişkileri*, çev. İzzet Er, İstanbul: İz Yayıncılık, 1998.
- SKEET Charlotte Helen: “Globalisation Of Women’s Rights Norms: The Right To Manifest Religion And ‘Orientalism’ In The Council Of Europe”, *Public Space: The Journal of Law and Social Justice*, C.4, 2009,
- SPOHN Ulrike: “Sisters in Disagreement: The Dispute Among French Feminists About the “Burqa Ban” and the Causes of Their Disunity”, *Journal of Human Rights*, 12(2), 2013, s.145-164.
- ŞİRİN Tolga/Erkan DUYMAZ/Deniz YILDIZ: *Türkiye’de Din ve Vicdan özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) Kararları

- İHAM (Büyük Daire), Bayatyan v. Ermenistan, 23459/03, 07.07.2011
İHAM (Büyük Daire), Lautsi ve diğerleri v. İtalya, 30814/06, 18.03.2011.
İHAM (Büyük Daire), Leyla Şahin v. Türkiye, 44774/98, 10.11.2005.
İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014.
İHAM, Ahmet Arslan ve diğerleri v. Türkiye, 41135/98, 23.02.2010.
İHAM, Belcaceci ve Oussar v. Belçika, 37798/13, 11.07.2017.
İHAM, Dakir v. Belçika, 4619/12, 11.07.2017.
İHAM, Dahlab v. İsviçre, 42393/98, 15.02.2001, (Kabul Edilemezlik Kararı).
İHAM, Eweida v. Birleşik Krallık, 48420/10, 15.01.2013.
İHAM, Leyla Şahin v. Türkiye, 44774/98, 10.11.2005.
İHAM, Mann Singh v. Fransa, 24479/07, 13.11.2008.
Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (İHK) Kararları
İHK, Hebbadj v. Fransa, 2807/2016, 17.07.2018.
İHK, Ranjit Singh v. Fransa, 1876/2009, 15.12.2008.
İHK, Yaker v. Fransa, 2747/2016, 17.07.2018.

Gazete Haberleri

- “French Senate Approves Veil Ban”, BBC News, (14.09.2010), blm. Europe, <https://www.bbc.com/news/world-europe-11305033>. (Erişim Tarihi: 03.01.2020)
“Jury Sees 21 July ‘Burka Escape’”, 20.02.2007, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk/6378863.stm>. (Erişim Tarihi: 04.01.2020)
“Robbers Wore Burkas in \$500K Toronto Jewelry Store Heist | CBC News”, CBC, 19.11.2014, <https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/burkas-worn-by-robbers-in-500k-toronto-jewelry-store-heist-1.2840489>. (Erişim Tarihi: 04.01.2020)
“French Parliament Approves Ban on Face Veils”, The Guardian 13.07.2010, <https://www.theguardian.com/world/2010/jul/13/french-ban-face-veils>. (Erişim Tarihi: 03.01.2020)
“Avrupa’da örtünme yasağı olan ülkeler | DW | 02.08.2019”, DW.COM, (31.12.2019), <https://www.dw.com/tr/avrupada-%C3%B6rt%C3%BCnme-yasa%C4%9F%C4%B1-olan-%C3%BClkeler/a-49861089>. (Erişim Tarihi: 04.01.2020).