

LAİKLİK VE DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ ÇEKİŞMESİNDE SORUNLAR:

Din ve Vicdan Özgürlüğü Açısından Başörtüsü

Öykü Didem Aydın*

Yazıda, Anayasal din ve vicdan özgürlüğü, salt inanç, düşünce ve hareket özgürlüğünün bir uzantısı olarak ele alınan türban takma eyleminin sınırlanıp sınırlanamayacağı ele alınmıştır. Bu alanda normatif-etik bir çerçeveden yola çıkarak Anayasal düzleme ulaşan değerlendirmeler, özellikle üniversitelerde türbanın yasaklanamayacağı fikrini savunmaktadır. Bu çerçevede türban sorunu, öncelikle, laiklik ilkesi ile din ve vicdan özgürlüğü arasındaki sosyolojik çatışmaya işaret eden önemli başlıklardan biri olarak ele alınmış ve türban takmanın hangi özgürlük olduğunun saptanmasının zorluğuna değinilmiştir. Türbanın yerine göre hem “oluş biçimi ve hareket özgürlüğü”, hem de düşünce ve inanç özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü ve dini vecibeleri yerine getirme özgürlüğü bağlamında değerlendirilebileceği belirtildikten sonra başörtüsü veya türbanın çarşıftan farkı ortaya konulmuştur. Türbanın yasaklanması çerçevesinde “onlar iktidarda olsalar bizim özgürlüklerimizi daha da sınırlarlar” yaklaşımının gerekçe olamayacağı; türban takanın saikinin, sandığımız kadar önemli olamayacağı; türban takmayanın tepkisel hislerinin türbanın yasaklamasına gerekçe olamayacağı; kamu hizmetinden yararlanan öğrenciler söz konusu olduğunda yasağın gerekçelendirilmesinin son derece güç bir hal aldığı; teokrasi tehlikesi gözetilerek türbanın yasaklanması konusunda türban takmanın teokratik düzene geçmek tehlikesi bakımından son derece soyut ve belirsiz bir konumda kaldığı savlanmıştır. Yazıda, “türbanlının türban takmaya mecbur bırakıldığı” savı ve kadın haklarını koruma gerekçesi ile türbanın yasaklanması konuları da liberal bireyci seçim özgürlüğünü açısından değerlendirilmiştir. Başörtüsünün yasaklanmasını, öğretmenlerin başörtüsü açısından da ele yazıda, özellikle Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarının bu soruna yaklaşımına değinilmiştir. Bu çerçevede Türk Anayasa Mahkemesi'nin ilk yaklaşımları ile Batı Avrupa Anayasa Mahkemeleri ve Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yaklaşımları arasındaki bazı çarpıcı farklar ortaya konulmuştur. Türban ve kamusal alan tartışması, “salt devlet nüfuzunun egemen olmadığı sivil toplum alanları çerçevesinde düşünce ve bilim özgürlüğünün azami koruma görmesi gereken bir ortam olarak üniversite” fikri açısından ele alınmıştır. Son olarak “bir rejim tanımı olarak laiklik ve türban” başlığı altında Anayasal değerlendirmelerde bulunulmuş ve yeni türban serbestisi değerlendirilmiştir.

I. Genel Olarak

Bu yazıda laiklik ilkesi ile din ve vicdan özgürlüğü arasındaki çatışmanın kavramsal uzlamı ve ortaya koyduğu temel sorunları güncel “türban tartışmaları ve türban yasaklarının

meşruiyeti” sorununu ele alarak incelemeye çalışacağım.

Yalın tanımı ile egemenliğin kaynağının ilahi bir güçte değil halk iradesinde görüldüğü ve din ve devlet işlerinin ayrılığını anlatan laiklik ilkesi ile dini inanca ve vicdani kanaate sahip olma ve inanç ya da kanaatinin gereklerine göre hareket edebilme temel hakkı olarak tanımlanabilecek din ve vicdan özgürlüğü arasında bir çatışma vardır. Kavramsal çatıları altında, kimi zaman çekişmeye düşen farklı işlevlere hizmet eden alt ilkeleri toplayan her iki ilke demokratik ve özgürlüklükçü sistemlerde madalyonun iki yüzü gibidir.

Gerek Avrupa’da gerek Avrupa dışı dünyada laiklik ilkesi ile din ve vicdan özgürlüğü arasındaki sosyolojik çatışmayı her iki ilkedен en az ödün vererek çözen sihirli bir formül henüz bulunamamıştır. Laiklik vardır, temel bir ilkedir. Ancak din ve vicdan özgürlüğü de vardır; o da Anayasalarda yer alan temel bir ilkedir. Aslında, laiklik ilkesinin muhatabının devlet, din ve vicdan özgürlüğünden yararlananın ise birey olduğu düşünülürse, bu iki ilkenin birbirleri ile çatışmaması beklenir; ancak, bireylerin, din ve vicdan özgürlüklerinden yararlanırken devlete karşı bazı talepler ileri sürmesi ya da devletin, laiklik ilkesini geliştirme yolunda sivil alanları da etkisi almaya çalışması böyle bir sosyolojik çatışmaya yol açmaktadır.

Bugün, “11 Eylül Sendromu” altında örneğin Batı dünyasında üretilen resmi siyasetler iki ilke arasındaki hassas dengeyi daha da bozmuş, laiklik ile din ve vicdan özgürlüğü arasındaki denge arayışı çabalarında belirleyici unsur olarak “dinler farklılığına göre farklı yaklaşım” tezi daha büyük bir kararlılıkla desteklenir olmuştur. 11 Eylül saldırıları -laik sistemlerde, bir dinin dogmasının özgürlükçü ve demokratik olmamasının o dine diğer dinlerden farklı tepki verilebileceğinin açıkça savunulmaya başlanması nedeniyle- devleti dini dogmalar üstünde tartışmaya itmiştir. Oysa dini dogmaların tartışma platformunun devlet organları değil, dinsel kurumların ya da dinsel toplumların kendisinin olması gereği bizzat laiklik ilkesinin bir gereğidir.

Bugün, din ve vicdan özgürlüğünün Anayasal bir hak olarak hâlâ bu derece önemli bir koruma görmesini açıklamakta zorlanıldığı bir gerçektir. Sanayileşme ve küreselleşme sonrası toplumlarda dini inanç sistemleri ve dinsel kurumlar anakronistik bir “yük”, gereksiz bir “takıntı” olarak görülmeye başlanmış; dinsel inançlarını tümü ile bireysel, yalnızca ve yalnızca Tanrı inancı olarak tanımlama eğilimi olan kimselerin sayıları artmış ve dinsel emirler, niteliklerine göre, “festival”, “besin rejimi”, “dinlence fırsatı” olarak görülürken dinsel semboller, pazar ekonomisi kurum ve kurallarına tabi moda metaları haline gelmiştir. Özellikle Hıristiyan inancının yaygın olduğu bu toplumlarda, kilise üyelerinin sayıları günden güne azalmakta, dinsel kurumlar, kuralları görecelileştirme pahasına tüketim toplumunun

ilgisini çekecek “promosyonlarla” ilgi çekmeye çalışmaktadırlar. Dinsel konularda yürütülen tartışmalarda ilahiyatçı ve soyut bakış açısı, bir anlamda, dinsel-toplumsal ve somut bakış açısının yerini almaya başlamıştır. Bu ortam içinde, dün, din devleti egemenliği altında seküler dünya görüşü nasıl eziliyor idi ise, bugün, seküler bazı düzenler altında da dinsel dünya görüşü ezilmeye, dinsel inançları doğrultusunda yaşayan insanlar, çağdaş ve gelişmiş kabul edilen dünyada “çağdışı, akılsız, mantıksız hareket eden, bilgi, eğitim ve zekâ geriliği içindeki” kimseler olarak kabul edilmeye ve bir anlamda “küçük görülmeye” başlanmıştır. Bu toplumların orta-üst sınıflarında siyaset, din vb. toplumsal “kurumlardan” uzaklaşma, en azından, siyaset ya da din sahnesinde görülmekten kaçınma eğilimlerinin gözlenmesine karşın, egemen muhafazakâr siyaset, alt-orta sınıflara hitap edebilmenin yolunu dinsel kurumlarla, artık eskisi gibi içeriksel değil, yalnızca biçimsel olarak kurulan bir dayanışma stratejisinde bulmuşlardır.

Öte yandan, ekonomik ve toplumsal-kültürel olarak görece az gelişmiş ülkelerde ve özellikle İslam dünyasında durum Batı dünyasındaki gelişimin tam tersidir. Bu dünyada din, siyasal ve toplumsal-kültürel önemini korumakta, buralarda da orta-üst sınıflar dinsellikten uzaklaşma eğilimi göstermelerine karşın, bu sınıflara mensup olanların sayılarının genel nüfusa oranla az olması nedeniyle egemen siyaset önderleri, dinsel kurumlar ve cemaatler ile organik ilişkiyi zorunlu hissetmekte, siyaset ve din ilişkisi içeriksel ve doğrudan bir ilişki olarak gözlenmektedir. İslam inancının yaygın olduğu toplumlarda dinsel inanç, yalnızca yalın ve bireysel bir Tanrı inancı değil, aynı zamanda tüm somut toplumsal-dinsel emir ve yasakları ile kurumsal ve kuralsal bir inanç sistemi olarak yaşanmaktadır. Dinsel semboller, henüz metalaştırılmamıştır ve kutsal tabular ya da totemler olma özelliklerini korumaktadır.

Siyasal, ekonomik, toplumsal ve kültürel olarak her iki dünya arasında bulunan Türkiye, İsrail vb. ülkelerde yaşanan laiklik ve din ve vicdan özgürlüğü çatışması ise, aynı toplum içinde hem birinci hem de ikinci dünyada yer alan grupların çatışmalarının bir izdüşümü olarak ortaya çıkmaktadır.

II. Laikliğin Sosyokültürel Yaşamı ile Laiklik ve Din ve Vicdan Özgürlüğü Arasındaki Çatışmaya Verilen Yanıtlar Arasındaki Bağlantı

Sosyokültürel olarak laiklik ilkesinin demokratik ve laik devletlerde üç farklı biçimde anlaşılıp yaşandığı saptamasını yapmak istiyorum:

- 1) Devletin dinden çekinmesi nedeniyle onu bizzat örgütlemesi ve resmi kurumları aracılığı ile denetim altına almaya çalışması (Türkiye örneği)
- 2) Devletin dine hiçbir biçimde karışmaması (ABD örneği)

- 3) Devletin dine karışması ancak her *geleneksel ama yalnızca geleneksel* din ve mezhep için aynı oranda koruma getirmeye çalışması (Batı Avrupa örneği)

Laiklik ilkesinin bu üç farklı yaşanış tarzı, özünde, din ve vicdan özgürlüğüne müdahale düzeylerini de etkilemektedir.

Dünyada laiklik ilkesinin gerçekleştirilmesi açısından özellikle aşağıdaki sorunlu alanlar gözlemlenebilir. Bu alanlar, laiklik ilkesi bakımından en çok çekişme doğuran alanlar olmuştur:

- 1) Devletin Dini Kurumlara Ekonomik Yardımı
- 2) Devletin Dini Kurumlara Ekonomik Yükümlülükler Getirmesi
- 3) Devlet Organları/Kamu Görevleri ile Dinsel Kurumlar/Din Adamları Arasındaki İlişki
- 4) Devletin Dini Okullarla İlişkisi
- 5) Devlet Okullarında Din Dersleri ve Öğretmen Olarak Din Adamları
- 6) Din Okullarında Laik Dersler ve Din Adamı Olmayan Öğretmenler
- 7) Dini Grupların Kamu Alanlarına Girişi
- 8) Resmi Tatillerin, Geleneksel Dinsel Bayramları ve Tatilleri Öngören Farklı Din ve Mezheplerin İsteklerine Göre Biçimlendirilmesi
- 9) “Vicdani Red” Gerekçesine Dayanarak Askerlik Yükümlülüğünden Muaf Olmak (dinsel¹ ya da vicdani inancına göre hiçbir koşulda ya da yalnızca bireysel meşru müdafaa halleri dışında insan öldürmeyi kabul etmeme)
- 10) Dini İçerikli Düşünce, Düşüncenin İfadesi ve Propaganda (Hangi din ya da mezhep ne zaman, nerede, nasıl, kimler için korunacaktır?)
- 11) Devlet Alanlarında Dinsel İçerikli Görünümler ve İşaretler
- 12) Devletin Mezhep Çatışmasındaki Rolü (Örneğin Bir Mezhep İkiye Bölünmüş ve Kurumlarının Malvarlığı Paylaşılacaksa Devlet Hangi Otoriteyi Muhatap Alacaktır?)

Bu çalışmada tüm bu alt başlıkların ayrıntılı olarak incelenmesine olanak yoktur. Ana ve

çarpıcı bir fikir olarak ortaya atılabilecek olan tek sav, bu on iki maddenin sistemlere göre çözümlenmiş biçiminin yukarıda üç ana başlık altında belirttiğimiz laiklik ilkesinin sosyokültürel olarak farklı yaşanış tarzlarına göre belirlendiğidir. Bu yapıya, bir de farklı bir katman olarak din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleştirilmesi ile ilgili ana başlıklar katılabilir ve farklı sistemlere göre bir laiklik/din ve vicdan özgürlüğü ilişkisi kuramı yaratılabilir. Din ve vicdan özgürlüğü konusundaki ana sorunlar şu başlıklar altında incelenebilir:

- 1) İnancın inanç olarak tanınması sorunu (Hangi inanç sistemi, kimin inancı, hangi koşullar altında korunmaya değer din sayılacaktır?)
- 2) İnancını yaymak isteyenlere hangi kısıtlamalar getirilebilir? Bu kısıtlamaların sınırları nelerdir?
- 3) Dini inancının emir ve yasaklarına göre yaşamak, buna göre “hareket” etmek isteyenlere hangi kısıtlamalar getirilebilir? Bu kısıtlamaların sınırları nelerdir?
- 4) Dinsel kurumlara getirilen ekonomik destek ve ekonomik yükümlülüklerin sınırları nelerdir?
- 5) Azınlıkta kalan dinsel kurumlar aleyhine çoğunluk dini lehine getirilen kısıtlamaların (örneğin Avrupa’da çan serbestken ezanın yasaklanmasının, Türkiye’de imam hatip okulları açılabilirken ruhban okullarının açılmamasının) tarihsel geleneklerle açıklananın ötesindeki sınırları nelerdir?

Güncel türban tartışmaları, tüm bu tartışmaları diyagonal olarak kesmekte ve bir ülkede “türbana” verilecek olan yanıt da laiklik ilkesi ile din ve vicdan özgürlüğü arasındaki çekişmede hassas dengenin bulunup bulunmadığının bir göstergesi olmaktadır. Peki ama özgürlükler etiği ya da özgürlükler hukuku açısından türban takma eylemine müdahale edilebilir mi?

III. Türban ve Özgürlükler

A. Türban Tartışmasında Önceller ve Sorular

1. Düşünce Özgürlüğü, İnanç Özgürlüğü, Din ve Vicdan Özgürlüğü: Bütünsel Yaklaşım

Din ve vicdan özgürlüğünün, düşünce özgürlüğü ile maddi bir bağı vardır. Şöyle ki, her ne kadar pek çok Anayasada, düşünce özgürlüğünden ayrı olarak korunmuş ise de din ve vicdan özgürlüğü, düşünce özgürlüğünün temel bir unsuru olan genel inanç özgürlüğünün çağlardan

ve tarihsel deneyimlerden süzülerek farklı bir kavramsal çerçeveye ve öncelikli bir koruma düzlemine oturmuş bir parçasıdır. Bunun ötesinde “herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit” olduğunu öngören Anayasalar, özellikle siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep özgürlüklerini aynı zamanda bir “temel kimlik değeri” olarak da korunmaktadır.

Düşünce özgürlüğü, toplumun eşit olanaklarla ortaya konan farklı görüşleri tanıyarak demokratik karar vermesini sağlamaya hizmet ettiği için *siyasal*; insanların gerçeği bilmesini sağlamaya hizmet ettiği için *bilimsel*; gerçeğin, öznel, nesnel ve düşler yoluyla farklı görünümünü estetik duygular yoluyla sezmesini sağlamaya hizmet ettiği için *sanatsal* amaçlarla kullanılan temel bir özgürlük ve aynı zamanda bir insanlık hali ve insan yaşamının devam ettirilmesinin, insanın kendi kendini ifade ederek mutlu olmasının da bir aracıdır. Düşünce özgürlüğünün sınırlanması için, özgürlüğün çok önemli bir kamusal veya bireysel değeri tehlikeye koymuş ya da zarara uğratmış olmasının aranması gerektiği fikri, bizatihi düşünce özgürlüğünün bu önemli işlevlerine dayanır. Özgürlüğün sınırlanması, onun temel bireysel ve toplumsal işlevlerini zedeleyebileceksen, sınırlama için çok ciddi gerekçeler bulunmak zorundadır. Söz konusu özgürlüğün bu önemli işlevlerini gözönünde bulundurarak, sınırlayıcı normun, uygulamanın ya da yaptırımın; düşünceler ya da inançlar arasında içeriksel bir ayırım yapmaması gerektiği, eğer böyle bir ayırım yapılacaksa, ayırımın çok ciddi gerekçelerle meşru kılınmasının gerekli olduğu fikrindeyiz.

Hukukun, düşüncenin ifadesi gibi özünde değerli olabilecek bir davranışı somut olarak değerlendirirken, sonuçsuz eylemleri (korunan önemli *bireysel ya da toplumsal değer* bakımından herhangi bir *tehlike* ya da *zarar* doğurmayan eylemleri) ya da zararlı sonuçlu da olsa ifadede bulunanın amacının ortaya çıkan sonuçlara yönelmediği ya da bu sonuçlarla ilişkilendirilmediği eylemleri yaptırım konusu dışında tutmasının haklı gerekçeleri vardır. Hukuk siyaseti etiğinin, böyle bir anlayışa dayanmasının çağlardan süzülüp oldukça sofistike hale gelmiş açıklayıcı kuramları vardır.

Aynı durum inanç özgürlüğü için de geçerlidir. Din, inanç özgürlüğü şemsiyesi altındaki kavramlardan yalnızca biridir ve belki de tarihsel-toplumsal önemi nedeniyle Anayasal olarak düşünce özgürlüğü ile birlikte korunan diğer inançlardan farklı değerlendirilip ayrıca düzenlenegelmektedir. Bununla birlikte dinsel inanç özgürlüğünün, salt inanç özgürlüğü ya da düşünce özgürlüğü ile sıkı sıkıya bağlı olduğu açıktır. İnanç, düşüncenin kaynağı olabilir veya düşünce, inancın kaynağı olabilir. O halde, dinsel olsun ya da olmasın inanç özgürlüğüne de, en azından salt düşünce özgürlüğü kadar değer vermek, hatta, düşüncenin kâh kaynağı kâh sonucu olduğu için yeri geldiğinde ondan daha fazla önem vermek gerekebilir.

Düşüncenin ifadesi, korunması zorunlu olan ciddi ve önemli bireysel ya da kamusal bir menfaati açık ve mevcut bir zarar tehlikesine düşürüyor ya da zarara sokuyor ise, o ifadenin ve oluş tarzının meşru olarak sınırlanabileceği kabul edilebilir. Ancak sınırlama, gerçekleştirilmesi zorunlu olan menfaati gerçekleştirmeye *uygun, elverişli* ve *zorunlu* olmalı, yine özgürlüğün sınırlanması o menfaati gerçekleştirecek derecede ve ancak ve ancak o menfaatin gerçekleştirilmesi bakımından gereken oranda (ölçüde, sayıda, miktarda, yerde, şekilde vs.) olmalıdır. Düşünce özgürlüğü için geçerli olan bu ilkelerin, inanç özgürlüğü için evleviyetle geçerli olması gerektiği söylenebilir. Anayasalar, her biri için farklı farklı sınırlama kuramları öngörse de, tüm bu kuramlar, düşünce, inanç ve vicdani kanaat özgürlüklerinin bütünsel olarak ele alınmasına engel değildir. Çünkü somut tezahürleri içinde, bu özgürlüklerin bireysel ve toplumsal kullanımları sık sık iç içe geçmektedir.

Tüm bu öncellerin ötesinde, demokratik ve özgürlükçü toplumlarda, bazı Anayasalarda somut olarak öngörülmüş olmasa da hareket özgürlüğü vardır. Hareket özgürlüğü çerçevesinde, suç ya da haksız fiil oluşturmayan “davranışlar” korunur, bir anlamda bireysel ve toplumsal anlamda “oturmak, kalkmak, yerini değiştirmek, yürümek, konuşmak, çalışmak, bir şeyler yemek, giyinmek, uyumak, denize girmek, yaş günü partisi düzenlemek ve benzeri sayısız eylemlerde bulunmak” korunur. Hareket özgürlüğü; yaşam hakkının, kişi bütünlüğünün ve insan onurunun korunmasının bir uzantısıdır. Bugün, kimsenin kimseyi gayri meşru olarak bir yere hapsedememesini, yiyip içtiğine karışamamasını, oturuş duruş şeklini düzenleyememesini açıklayan ilke ve kuralların, kimsenin giyim tarzının kimseyi ilgilendirmemesi gerektiği fikrinin de açıklanmasına yardım edeceğinde şüphe olmamak gerekir diye düşünüyoruz. Tartışma konusunun, düşünce, din ve vicdan özgürlüklerinin ötesinde ve hatta bu özgürlüklerden de önce, hareket özgürlüğü boyutu vardır. Şüphesiz hareket özgürlüğünün sınırları; düşünce, inanç, din ve vicdan özgürlüklerinden daha geniştir. Ama herhangi bir sınırlamanın, salt hareket özgürlüğüne gayri meşru bir müdahalede bulunduğu saptanabiliyorsa, belki artık düşünce, inanç, din ve vicdan özgürlüğü tartışmalarına bile girmeye gerek kalmayacaktır.

2. Hangi Özgürlük? Hareket Özgürlüğü, Düşünce Özgürlüğü, Din ve Vicdan Özgürlüğü, Dini Vecibeleri Yerine Getirme Özgürlüğü

Özgürlükler bağlamında, türbanın hem hareket özgürlüğü boyutu hem din özgürlüğü boyutu ve hem de ifade özgürlüğü boyutu olduğu açıktır. Özünde, din ve vicdan özgürlüğü de vicdani kanaat, düşünce ve ifade özgürlüğünün bir uzantısı olarak koruma görmektedir. Ancak *dar anlamda düşünce, ifade, inanç ve dini vecibelerin özgürce yerine getirilmesi* özgürlükleri, hem koruma alanı hem de sınırlamaları ve sınırlamalarının sınırlanmasının tabi olduğu denetim rejimi bakımından kısmen de olsa farklılaşabilmektedir. Gerçekten bu dört farklı

özgürlük birbiri içine kısmen geçen dört yapraklı yoncaya benzemektedir. Bir yaprağı diğerinden ayırabilmek mümkün müdür?

Türban, deri rengi gibi doğal ya da toplumsal-doğal bir oluş biçimi midir? Dar anlamda düşünce özgürlüğünün uzantısı mıdır? İnanç özgürlüğünün uzantısı mıdır? Yoksa namaz kılmak gibi dini temelli bir hareket midir? Eğer hareket ise, bu hareketin dış dünyada ortaya çıkardığı ve hukukun ilgilendiği sonuç nedir? Türban takmak, eylemi düzenleyen normların biraz daha esnek düzenlenmesine izin verecek ölçüde farklı denetim kriterlerine tabi iletişimsel bir eylem midir? Yoksa sırf din ve vicdan ya düşünce özgürlüğü alanına mı girmektedir? Türban takmak, bayrak yakma gibi bir eylem midir? Yoksa kişinin beyninin içindeki inanç ve düşüncelerin bir tezahürü müdür? Bilindiği gibi, bayrak yakmak da herhangi bir düşünceyi ifade etmek amacıyla girilen iletişimsel bir eylemdir. Böyle bir iletişimsel eylem kimi hukuk sistemlerinde cezasız kalırken (örneğin ABD) kimi sistemlerde devletlerin alametlerini tahkir olarak cezalandırılmaktadır (Türkiye ve bazı Avrupa ülkeleri). Düşünce özgürlüğü kuramına göre; oturma eylemi yapmak, yumurta atmak, bayrak yakmak, pankart asmak gibi iletişimsel eylemlerin sınırları, salt ifade yani salt düşünce açıklamasının sınırlarından daha geniş olabilmektedir. İnanç özgürlüğünün iletişimsel eylem biçiminde kullanıldığı bazı durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin kurban kesmek, sünnet olmak gibi fiiller, inancın gereği olarak yapılan *eylemler* olmaları bakımından salt inanç ve salt düşünce açıklamalarından ayrılır ve bu gibi eylemlere uygulanacak sınırlama kriterleri, salt inanç açıklamalarından daha esnek olabilir (üniversitede kurban kesilememesi gibi). Acaba türban takmak da böyle bir iletişimsel eylem midir? Tüm bu soruların yanıtı, türban giymenin kişinin kendi dünyasına has ve oluş biçimi ile ilgili bir inanç tezahürü olduğu söylenerek verilebilir mi? Gerçekten, kişinin herhangi bir anadili konuşması ya da siyah ya da beyaz tenli olması ne ise dini inancına göre belirli giysiler giymesi de o mudur? Kuşkusuz deri rengi ve dil doğal ya da en azından toplumsal-doğal özelliklerdir, oysa türban bir seçimdir. Türban takmayı, hareket olarak, örneğin başına ateşten alev alev yanan bir çember geçirerek dolaşmaktan ayıran fark nedir?

Türban seçimi, kişinin çocukluğundan ilk gençliğine, ilk gençlikten olgunluğa geçişi sürecinde birtakım dogma, telkin, eğitim ya da özeğitim süreçleri sonucunda somutlaşan bir “oluş biçimi doğallığı” olarak da algılanabilir. Giyim de; kısa ya da uzun saçlı olmak, bıyık bırakma vb. farklılıklar gibi kişinin kendi iç dünyasının ve oluş tercihlerinin bir dışa yansımasıdır. Hele hele belirli oluş biçimleri, dinsel emirler biçiminde algılanıp belirli topluluklar tarafından çok uzun bir süreden beri benimsenmiş ise, bu biçimleri dış dünyada hukukun tepki vereceği sonuçlar meydana getiren bazı hareketlerden ayırmak gerekmektedir. Şüphesiz, dar anlamda düşünce, ifade ve iletişimsel eylem ya da inanç, vicdan, kanaat ve dini

temelli davranışlar arasında yapılan ayrımlar türbanla ilgili olarak da yapılabilir ve kişinin bıyık bırakması, saç uzatması, pantolon ve etek giymesi vs. durumlar gibi türban takma da, bağlamı içinde, bazen bir oluş biçimi değil, bir hareket olarak algılanabilir. Çok uzun bir saçla ameliyata girmek ve hastanın açık yarasına saçların değmesi uzun saçlı olma hareketi midir? Yoksa saçlarını açık yaraya değdirmeme hareketi midir? Bu sorunun yanıtı açıktır: Hareket, saçları yaraya değdirmek hareketidir, yoksa uzun saçlı olma hareketi değildir. Acaba uzun saçlı olma ya da saçsız olma bir hareket midir? Hareket ise sonucu var mıdır? Sonucu yok ise sırf hareket olarak hukukun emredici ya da yasaklayıcı normlarına konu olabilir mi?

Türbanın eylem mi, oluş biçimi mi, dini inanç mı, dini temelli davranış mı, ifade mi, simge mi olduğu geniş çaplı ve derinlikli felsefi ve hatta sosyolojik çözümlerle tespit edilebilecek bir gerçekliktir. Türban muhtemelen, bunlardan biri ya da hepsi olabilir ve onu benimseyen kişilerde de farklı farklı saiklere dayalı olarak giyilebilir. Ama özellikle özgürlükçü paradigma, ilk olarak onun “ne için” giyildiği sorusunun yanıtını değil, “ne için giyilirse giyilsin ne olduğu” ve “özgürlükler hukukuna göre giyilip giyilemeyeceği” sorusunun yanıtını arar.

Genel olarak türbanın insanın soyut düşünce ve inancı, beyninin içindeki mücerret bir fikir olmadığı ya da türban ile -örneğin bir pankart açma ya da alınına yazı yazmadan farklı olarak- herhangi bir düşüncenin ifadesinin amaçlanmadığı kabul edilse bile, bu giysinin, inanç ya da dini vecibenin, dinsel bir emrin gereği olarak kabul edilmesi gerekmektedir. İslam inancında dinsel emir olarak benimsenen bu davranışın aslında bir emrin gereği olup olmadığını tartışmak, türban sorununu çözmeye yaramayacaktır. Bu konuda yürütülecek ilahiyat tartışmaları hangi sonuca varır ise varsın, ortada uzun süreden beri toplumsal-kültürel olarak yaygın biçimde benimsenmiş ve bir emir gibi algılanan bir davranış vardır. Bunun ötesinde, türban takan kimse, davranışını herhangi bir dinsel emrin gereği olarak algılamıyor, salt geleneksel nedenlerle de türban takıyor olabilir.

Dinsel emir gereği ya da gelenekler, moda, kültürel biçimleşmiş vb. nedenlerin sonucu olan durum bir harekettir. Hareket, türban takmak biçiminde tezahür etmektedir. Bu hareketin sonucu, hukuk normları tarafından somut olarak belirlenmiş bir sonuç değildir. Türban ya sırf hareket olarak değerlendirilip yasaklanmakta ya da korunması gereken bazı menfaatlere çok uzak bir zarar tehlikesi doğuracağına olan kanı nedeniyle yasaklanmaktadır. Bu bağlam içinde yasaklanması, her koşulda, türbanı takanın saikinin ispatlanması gerekmeden ve türbanın salt görünümünün bir tehlike içerdiğinin kabul edilmesinden kaynaklanmıştır. Bu açıdan herhangi bir giysi gibi, türbanın da kişinin beyninin içindeki sırf düşünce niteliğine yaklaşan bir yönü de vardır.

Tarihsel ve toplumsal köken ve ortaya çıkış isterleri bakımından türban ve gamalı haçın çok farklı olduğu açıktır. Gamalı haç, şiddet ve soykırım uygulayan bir totaliter düzenin simgesi olmuştur. Türban ise, özünde ABD'deki Ku Klux Klan örgütünün haç yakması gibi bir dini şiddet simgesi olmamış ve bu boyutu ile tarihsel, dinsel ve kültürel olarak barışçıl temellere dayanan bir giysi olmuştur. Bu aşamada bu saptamanın yapılması özgürlükler hukuku bakımından türban konusunun nasıl değerlendirilebileceğine ışık tutmak için gereklidir.

3. Başörtüsü, Türban, Çarşaf

Farklı fikir gruplarının; tartışma konusu eşarbi, kumaş parçasını, örtüyü türban ya da başörtüsü olarak nitelenmesi içeriksel bir fark ortaya koymamaktadır. İster türban denilsin isterse başörtüsü, aynı şey tartışılmaktadır. Türban ve başörtüsü aynı biçimde olsa da, yalnızca gözleri açık bırakacak biçimde giyilen çarşaf farklı değerlendirilebilir. Çarşaf giymek de dinsel bir emrin gereği olarak değerlendirilip benimsenebilir ve örneğin kişinin evinde, sokakta ya da benzeri ortamlarda çarşaf giymesinin engellenemeyeceği söylenebilir. Fakat öyle bazı alanlar olabilir ki bu alanlarda, kimliği tanınmayacak ölçüde kamusal otoriteyi kullanmak ya da bu otorite ile ilişkiye geçmek meşru olamayacaktır.

Özgürlükler hukuku bakımından, dinsel davranışları sınırlayan norm ve uygulamaların özgürlükler hukukuna uygun olup olmadığı değerlendirilirken, normun ya da uygulamanın; inancın içeriğine ya da inancın mesajına veya o inançla ilgili olumsuz bir değerlendirmeye dayanmaması esastır. Sınırlayıcı norm veya uygulama özgürlükler hukukuna uygun olacaksa, ya o inancın içeriğinden bağımsız başka menfaatleri korumaya yönelmiş olmalıdır ya da - içeriğine dayansa bile-, o içeriğin o görünümde ortaya çıkması yüzünden, aynı derecede korunması gerekli üstün bir başka kamusal menfaate zarar gelmesini ya da zarar verme tehlikesini önleme amacını taşımalıdır. Örneğin taşıt trafiği için kullanılan bir caddede namaz kılınmaz. Namaz kılınmadığı gibi jimnastik de yapılamaz. Ama uzun süreden beri ibadete ayrıldığı belli bir yere de yol yapmanın meşruiyeti sorgulanabilir. Benzer eylemler yasaklanmış ise, bu eylemler içeriklerine karşı duyulan bir rahatsızlığa dayanılarak değil, içeriklerinden bağımsız ve değerli bir menfaati koruma amacı ile meşru olarak sınırlanabilir. Düşünce ya da inancın ifadesi, korunması gerekli çok önemli bir bireysel veya kamusal menfaati tehlikeye koymadıkça ya da zarara uğratmadıkça, düşünceyi ya da inancı, içeriklerini gözeterek yasaklayan norm meşru sayılmamalıdır. Bunun dayanağı, düşünce ve inanç özgürlüklerinin önemli bireysel ve toplumsal işlevleridir.

Kimliğin bilinebilir olmasının zorunlu olduğu her ortamda çarşaf yasaklanabileceği gibi, yüzü örten her türlü giyim tarzı, maske vb. giysiler de yasaklanabilir. Çağdaş anlayışa göre ancak özel alanda, meydan ve sokaklarda ya da düşüncenin veya oluş biçiminin geleneksel olarak

ifade edilmesine açık her kamusal alanda serbest olabilecek çarşaf, çarşafın işlevine aykırı düştüğü diğer alanlarda yasaklanabilecektir. Ancak ilgili yasanın sadece çarşafı değil her türlü kimlik gizlemeye yönelik hareketi sınırlamış olması ve çarşafı ifade edilen inancın içeriğine göre ayırım yapmaması gerekmektedir. Şüphesiz dinsel davranışları düzenleyen norm ve uygulamalar, amaçlarına ve hizmet ettikleri menfaatlere göre farklı farklı nedenlere dayalı olarak meşru görülebilirler. Milli takım sporcusu bir koşucu türban takıyor ise, milli takım yönetimi, bu koşucunun türbanla yarışmasını örneğin, türban takmanın koşucunun hızını olumsuz yönde etkileyebileceği gerekçesi ile engelleyebilir. Bir sporcunun, yarışmada başarabileceği en yüksek dereceyi yapabilmesi için gereksiz dışsal engelleyicileri en aza indirmesi beklenir. Ne zaman ki, milli takım yönetimi, örneğin şapkalı yarışmayı kabul ederken türbanlı yarışmayı, türbana karşı duyduğu ve içeriği düşünsel-eleştirel olan bir rahatsızlıktan dolayı yasaklar o zaman, özgürlükler hukukuna aykırı davranmış olur.

B. Türbanın Sınırlandırılmasında Türü Yaklaşımlar ve Değerlendirilmesi

1. Kimin Doğrusu Sorunu ya da “Onlar İktidarda Olsa Bizim Özgürlüklerimizi Daha da Sınırlarlar” Yaklaşımı

“Davranış kuralları, kimin iktidar sahibi olup kimin olmayacağı konusunda bilgi sahibi olunması gerekmeden oluşturulur... özgür ifadenin korunmasını belirlerken, iktidarı elinde bulunduranların, neyin doğru neyin yanlış olduğuna ilişkin kendi ahlaki yargılarını esas almalarına izin vermemeyi tercih ettik.”²

Gerçekten, Rawl’un etik felsefesinden esintiler de taşıyan Birleşik Amerikalı yazar Martin Redish’in bu ifadesini güncel bazı tartışmalar bağlamında değerlendirirsek, örneğin İran’da çarşafsız olarak sivil alana girmek, karşı ve “yanlış” tarafa hoşgörü göstermeme fikri ile desteklenirken, Türkiye’de de sivil alana türbanla girmek karşı ve “yanlış” tarafa hoşgörü göstermeme fikri ile desteklenmektedir.

Türban tartışmalarında sağlıklı bir yargıya varabilmek için bize ışık tutacak bir nokta da, “başkalarının özgürlükleri benim özgürlüğüme sıkı sıkıya bağlıdır” öncelidir. Gerçekten, 12 Temmuz 2004 tarihinde *Hürriyet* gazetesi’nde çıkan bir haber, özgürlükler sorununa “tarafli” yaklaşmanın sorunlarını göstermektedir. Gazetenin haberine göre, İran’ın tarihi İsfahan kentinde, İslami kurallara uygun giyinmeyen kadınların kamuya açık yerlere girmesi yasaklanmıştır. Benzer uygulamaların, hareket ve düşünce özgürlüğüne karşı son derece haksız ve gayri meşru müdahaleleri içerdiği ortadadır. Ancak, bu uygulamaların tersi de özgürlüğe haksız bir müdahale olarak kabul edilmelidir. Bir ideoloji, neyin doğru neyin yanlış olduğu konusunda bireylere kendi yaşamları için karar verme hakkını tanımaz ise özgürlükçü

olmayacaktır.

Türbanı savunanlar başka özgürlükler söz konusu olduğunda duyarsız hatta yasaklayıcı bir tutum içinde olabilirler. Zaman zaman gözlemlenen bu tutum, onların özgürlüklerinin sınırlanması için bir gerekçe olamaz. Komünist düşünceyi savunanlar da başka özgürlükler konusunda duyarsız kalabilirler; sanat özgürlüğünün sınırsız olmasını savunan bir kimse, başka özgürlükler konusunda daha farklı düşünebilir. Kimsenin her türlü özgürlüğü sonuna kadar savunma zorunluluğu yoktur; ama bu durum, onları özgürlüklerinden yoksun kılmayı gerektirmez. Özgürlüklerin korunması konusunda “karşılıklılık esası” söz konusu olamaz. Özgürlük tanınması, çeşitli gruplar arasında bir alışveriş değildir. Özgürlüğünden yararlananın saikleri de bu açıdan önemli bir ölçüt değildir. Eğer Anayasa, “hiç kimse inanç ve kanaatinden dolayı kınanamaz” demiş ise, bir kimse kendi ifadesine ya da dinsel davranışına yönelik saikleri nedeni ile de kınanamaz. Hatta, çağdaş Anayasalar, hiç kimsenin inanç veya kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı kuralını koyarlar. O halde, türban takan “türbanı neden taktığını açıklamaya zorlanamaz.” Mesele o kimsenin türban takma davranışında bulunabilip bulunamayacağıdır. Bu aşamada türban takanın saikini tahmin edip ona göre tepki göstermek, özgürlükçü bir yaklaşım değildir.

Karşılıklılık esası, yani “*sen benim özgürlüğümü savunur isen ben de seninkini savunurum*” ancak bireyler arasında ya da sivil toplum örgütleri arasında, yani aralarında kamusal-hegemonik bir hiyerarşi ilişkisi bulunmayan eşit kimseler arasında yapılabilecek bir pazarlıktır. Birey olarak hepimiz, bir başka bireyin özgürlüğünü savunup savunmayacağımıza ya da (suç veya haksız fiil oluşturmadıkça) o özgürlüğe saygı gösterip göstermeyeceğimize karar verebiliriz. Örneğin başörtüsü takan bir arkadaşımızı yaş günü partimize davet etmeyebiliriz. Bir sivil toplum örgütü, savunduğu haklara saygı göstermeyen bir başka sivil toplum örgütünün etkinliklerine destek vermeyebilir ya da tam aksine, insan haklarına saygılı olmak kaydı ile onun savunduğu özgürlüklere karşı tavır alabilir. Örneğin hayvan hakları savunucuları, inanç özgürlüğüne dayalı olarak hayvanların kurban edilmesine karşı çıkabilir. Bu gibi eylemler, sadece etik açıdan sorgulanabilir. Ancak kamusal-hukuksal alanda devlet, birey ile “eğer sen herkesin özgürlüğünü savunur isen ben de senin özgürlüğünü tanırım” yolunda bir pazarlık yapamaz. Kamusal otorite, en azından hukuksal açıdan, özgürlüğe müdahale oluşturan norm ve uygulamalarını, yalnız söz konusu özgürlüğün Anayasal ve uluslararası hukuksal sınırları kapsamında ortaya koyup meşrulaştırmalı, özgürlükten yararlanmak isteyen kimselerin, başkalarının başka başka özgürlükleri konusundaki fikir ve açıklamalarını; özgürlükleri sınırlama gerekçesi olarak göstermemelidir. Kaldı ki, özellikle somut uygulamaların anayasallığı söz konusu olduğunda ortada sınırlama oluşturan işleme maruz kalan bir birey vardır. Devlet, Anayasaya ya da

uluslararası insan hakları hukukuna aykırı olarak özgürlüğünü sınırladığı bireye, “senin ait olduğun grup bazı özgürlükleri tanımıyor; o nedenle ben de sana, senin talep ettiğin özgürlükleri tanımıyorum” dediğinde, bireyin mensup olduğu varsayılan bir grubun davranış ve açıklamaları o bireye atfedilmektedir. Oysa, düşünce özgürlüğü toplu bir hak değil, bütünüyle bireysel bir temel haktır. Yine, örneğin türban takan bireyin din özgürlüğünün tartışıldığı bir yargılamada, tartışma konusu o bireyin din ve vicdan özgürlüğüdür yoksa başka özgürlükler hakkında “acaba” ne düşündüğü değil! Aksi durum, örneğin insan öldürme suçundan mahkûm olmuş bir kimsenin zaten insan yaşamına önem vermediği savlanarak öldürülmesine hükmetmeye benzer. Bireysel özgürlüklerin korunduğu pek çok ülkede insan yaşamını somut olarak hiçe sayan bir öldürme fiili için dahi ölüm cezası kabul edilmez iken, türban takanın başka düşünceler ya da demokrasi hakkındaki “soyut fikirleri”, türbanı yasaklamak için gerekçe olamaz. Haber alma özgürlüğünü savunan gazetecinin etkinliklerinden dolayı yargılandığı bir davada, “gazetesinin veya kendisinin başka özgürlükler söz konusu olduğunda ne düşündüğü sorulmaz.” Örnekler çoğaltılabilir.

2. Türban Takanın Saikinin Önemi Sorunu

Türbanı, sırf moda, dinsel inancın ödevi olan bir giysi veya siyasal bir sembol olarak takmak arasında bir fark gözetilebilir mi? Bu zamana dek anlatılanlardan varacağımız yanıt daha çok olumsuzdur. Türbanın, dinsel değil siyasal amaçlı olduğu, takanın hareket ve tavırlarından açıkça belli ise çağdaş anlamındaki kamusal alan, sivil alan yani devlet egemenliği dışında, geleneksel olarak düşüncelerin değiş tokuşu için biçimlenmiş alanlarda hiçbir sınırlama geçerli olamaz. Üniversite de bu alana dahildir. Çünkü siyasal açıklamalar, diğer her türlü açıklamalardan daha çok korunmalıdır. Düşünce özgürlüğünün son derece önemli demokratik işlevleri vardır. Üniversite öğrencileri, üniversite ortamında, kafeteryada, bahçede, düzenleyecekleri özel toplantılarda medeni ve barışçı bir biçimde siyaset tartışabilmelidirler. Türban takmak eğer takanın ifadesine göre siyasal bir eylem ise o da bir fikir ya da savdır ve barışçı olarak kulak verilmeli ya da dinlenmek (görülme) istenmiyorsa dinlenmemelidir. Türban, siyasal amaçla dahi takılsa, muhatabını dinlemeye ya da tavır almaya davet eden, muhataba meydan okuyan, muhatabı, ilgilendiği başka bir uğraştan haksız olarak alıkoyan bir siyasal açıklama olarak kabul edilememelidir. Türbanın rahatsız ediciliği, muhatabı açısından hiçbir biçimde nesnel olarak ifade edilemeyen doğrudan ve maddi bir zarar değil, tümü ile algılamaya dayalı, nisbi bir duygusal tepkidir. Bu tepkinin, keçi sakala ya da “MHP bıyığı”na karşı duyulabilecek tepkiye paralel bir yönü vardır.

Yine türbanın “ortada” olması, çırılçıplak dolaşmak gibi “kamu düzenini” bozabilecek bir eylem olarak kabul edilebilir mi? Bilindiği gibi, hukuksal anlamda kamu düzeni, yazılı olması gerekmeyen, ancak belirli bir tarihsel zamanda, toplumsal-kültürel açıdan egemen olan ve

insanların birarada yaşayabilmeleri için uyulmaları **vazgeçilmez kabul edilen** kurallar bütünüdür.³

Sokakta serbest olan türbanın, üniversite ortamında da kamu düzenini bozmayacağını kabul etmek gereklidir. Kimse sokakta çıplak dolaşmamaktadır, çıplak dolaşmak belirli kültürel ortamlarda çok uzun süreden beri yerleşmiş biçimde çevresini rahatsız eden, fikir ve inanç açıklaması olmayan bir davranış ise bu davranışın belirli sınırlamalara konu olması düşünülebilir. Peki hayvanların öldürülmesini protesto etmek isteyen bir grup sokakta çıplak dolaşabilir mi? Eşcinseller, cinsel seçimlerini meydan okuyucu biçimde ortaya koymak, bir anlamda provokatif bir “outing”, “açık” olma amacı ile çıplak gösteri yapabilirler mi? Batı dünyasında pek çok aydın bu sorulara “dolaşabilir, yapabilir” yanıtı verir iken Türkiye’nin bu konuda oldukça çekingen bir tutum sergileyeceğini, bazı “aydın”ların “açılan”lara saldırıda bulunanları dahi savunabileceğini tahmin etmek zor değildir. Oysa, fuhşa itilen kadınların, birtakım “sahte muhafazakâr” ya da “ikiyüzlü” davranışları ortaya sermek için çıplak gösteri yapması da bir şekilde düşüncenin ifadesidir. Çıplaklık ile türbanın farklı farklı gerekçelerle ama nerede ise aynı ölçüde kamu düzenini tehdit eder hareketler olarak algılandığı bir toplumsal kültürde (ki bu kültürde milletvekili kadınlar pantolon da giymemektedir) ancak ve ancak her ikisinin ortası olanların pratik özgürlükleri olabileceğini fakat “ortalama”nın ve herkesin kabul ettiği düşünceleri savunmanın ve sloganları tekrarlayanların da düşüncesini ifade etmesinde ne gibi bir aydınlanma ve ilerleme hayrı olacağını sormak gereklidir.

Bu bağlamda karşılaştırmalı bir önemi olan bazı öğretilere değinmek istiyoruz.

Örneğin Batı Avrupa ve Amerikan öğretisinde ve yargı kararlarında, bireylerin -zoraki dinleyici konumunda kaldıkları ortamlar ve uyarıcılar hariç-, toplumsal yaşamda karşılaştıkları “rahatsız edici” görüntülere tahammül etmesi gerektiği kabul edilir. İnsanın rahatsız edici ifadeler karşısında bulunması olasıdır. Bizi rahatsız ettiğini ya da edebileceğini düşündüğümüz bazı temaslardan kaçınmak mümkündür. Ancak toplumsal yaşamda kimi zaman anlık birtakım temaslardan kaçınamayacağımız durumlar karşısında kalabiliriz. Sokakta yürürken birdenbire çıplak biri karşımıza çıkabilir, çok resmi bir ortamda ya da çoluklu çocuklu akraba ziyaretlerinde televizyon kanallarını değiştirirken birden müstehcen bir görüntü ekranda belirebilir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi bu gibi durumlarda ilke olarak düşünce açıklamalarının dinleyenleri zoraki dinleyici konumuna getirdiği gerekçesi ile bastırılmasına izin vermemektedir. Amerikan Anayasasının düşünce özgürlüğünü düzenleyen Birinci Ek Maddesi öğretisi; genel kural olarak, dinlediklerinden rahatsız olanların başlarını

çevirmelerini ilke olarak kabul eder. Bir konuşmayı dinlemek istemeyen dinlememeli, bir gösteriyi izlememek isteyen izlememelidir. Başını çevirmek kişinin kendi elindedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne göre (benzer kararlar Avrupa Anayasa Mahkemeleri tarafından da verilmiştir) belirli bazı temaslar, toplumsal yaşamın akışı içinde kaçınılmazdır. Bu durum “pazar yerinde bulunmak” gibidir. Açık bir pazarda bazı temaslardan kaçmak mümkün olmaz. Burada kulaklarını tıkamak ya da gözlerini kapamak dinleyicilere düşecektir.

Erznoznik v. Jacksonville⁴ kararında Yüksek Mahkeme, seyyar bir tiyatrodan alenen çıplaklığı yasaklayan bir düzenlemeyi iptal etmiştir. Yasanın uygulanma koşulu olarak, bu tip sahnelerin kamuya açık bir caddeden ya da bir alandan görülebilmesi olarak gösterilmişti. Düzenleme hangi tip çıplaklığın yasak edildiğini tek tek belirtiyor ve yasağa “çıplak popo”, “çıplak kadın göğüsleri”, “çıplak cinsel organları” dahil ediyordu. Bu nedenle düzenleme normalde Amerikan hukukunda müstehcen olarak kabul edilmeyen *mücerret çıplaklığı* yasaklamış oluyordu. Mahkemeye göre, tiyatronun önünden geçenlerin bu görüntüleri rahatsız edici bulmaları önem taşımamıştır. Verilen karar, herhangi bir göz temasını zoraki de olsa önlemek ve görüntüye bakmadan çekip gitmenin izleyicilere düştüğünü ifade etmiştir:

“...kaçınılmaz bir şekilde hepimiz birçok ortamda zoraki dinleyiciyiz. Karşılaştığımız birçok şey bizim siyasal ve ahlaki duyarlılığımızı ya da estetik duygularımızı rencide eder. Bununla birlikte, Anayasa, devlete, aksi durumda koruma görebilecek hangi tip ifadeleri dinlemek ya da görmek istemeyen dinleyici ya da izleyicinin korunmasını gerektirecek ölçüde rencide edici olduğuna karar verme yetkisi vermez...bakışlarını başka tarafa çevirerek duyarlılıklarının sarsılmasından kaçınmak daha çok izleyiciye düşer.”⁵

Vietnam Savaşı sırasında, üstünde, askerlik karşıtı “Fuck the Draft” tişörtü ile Mahkeme binasında dolaşan Cohen'in “düşünce” özgürlüğünün korunduğu Cohen v. California⁶ Yüksek Mahkeme'nin yaklaşımına bir başka örnektir. Bu kararlar da altı çizilen, düşünce özgürlüğünün korunması söz konusu olduğunda çoğunluğun algı, hassasiyet ya da tepkilerinin bir önemi olmadığıdır. Çoğunluk, kendi tepkisi ya da kızgınlığı yüzünden düşünce açıklamalarını denetleme imkânına sahip olamamalıdır. Düşünce özgürlüğünün korunma nedenini açıklayan en klasik görüş, bu özgürlüğün gücünü yerleşmiş fikir ve hislere meydan okuyabilmesinde görür.

Yukarıda anlatılanların en önemli istisnası düşünce açıklamalarının kişinin evine kadar girip onu rahatsız ettiği durumlardır. Gerçekten kamuya açık alanlarda bir özgürlük olarak kabul edilebilecek bu kural, bazı alanlarda bir eziyet halini alabilir.

Bir uçakta ya da otobüste seyahat ederken, belirli bir toplantıda konuşmacıyı dinlerken ya da yorgun argın geldiğimiz evimizde dinlenip kafamızı toplamaya çalışırken, olur olmaz ve talep etmediğimiz bir anda propaganda dinlemek istemeyiz. Bu gibi durumlarda sokaktan geçerken olduğu gibi zoraki dinleyici olmamızı kabul eden bir anlayış, konuşanlardan başka kimseye özgürlük tanımaz. Oysa konuşma kadar susup başını dinleme özgürlüğü de vardır ve bugün bu özgürlük çoğu alanda (örneğin gürültülü müzik yapılan yerlere yakın oturanlar için) düşünce özgürlüğünden de değerlidir.

Sokakta ya da üniversitede türban takan bir kimseyi gördüğümüzde rahatsız olmamız, türbanlının kamu düzenini bozması anlamına alınamaz. Öyle bir *zarar* grubu vardır ki, kanımca açık ve yakın tehlike kriteri dahi, sırf böyle zararları doğuruyor diye düşüncenin sınırlanmasına yetmez. Bunlar tepkisel zararlardır. Muhatabın değerlerine nisbi ve duygusal tehdit anlamı içeren bu tip “tepkisel zararlar” söz konusu olduğunda bir düşüncenin ifadesini sınırlamak için açık ve yakın tehlike ölçütüne başvurulması bile yeterli kabul edilmemektedir. Örneğin bir sanatçının çizdiği karikatürden etkilenenler, bu karikatüre karşı tepki gösterip sokakta şiddet olaylarına sebebiyet verseler bu durumda kamu düzenini asıl bozan kimse karikatürist değil, onun karikatürüne tepki gösterenlerdir. Bu çerçevede sanatçının parmakları ile uğraşmaktansa, yakıp yıkanların elleri ile uğraşılmalıdır. Çünkü yazar, belirli bir topluluğu, yakıp yıksın diye, yani o yönde tahrik etmemiştir. Aziz Nesin⁷, Müslümanlıkla ilgili açıklamalarda bulunmuş, bir kısım Madımak Oteli’ni ateşe vermiştir. Bu gibi olaylarda kamu düzenini bozan Aziz Nesin değil, oteli yakanlardır. Ve açık ve yakın tehlike kriteri dahi, Aziz Nesin’in düşüncesinin sınırlanması için yetmez. Aynı ilke, türban takan için de geçerlidir. Bir kimsenin türban takması nedeniyle üniversitede olaylar çıkmışsa, eğer olayları çıkaran türbana tepki gösterenler ise, onların “ifadeleri” yaptırıma bağlanacaktır, türban takanın türban takma eylemi değil. Aksi durum, aşırı ve gayri meşru tepki gösterilerek düşünce özgürlüğünden yararlanmamızın engellenmesine yol açabilir. Beğenmedikleri oluş biçimine karşı suç oluşturan eylemler gerçekleştirenlerin hareketleri, düşünce özgürlüğünün korunmasını engelleyememelidir.

Siyasal amaçlı kullanıldığı, takanın tavır ve hareketlerinden açıkça belli olan türbanın örneğin ilkokul, ortaokul, lise ya da kamu otoritesinin kullanımı anlamına gelen ortamlarda bu otoriteyi temsil edenlerce takılmasının sınırlanması eğer bu sınırlama diğer siyasal ifadelerle karşılaştırılınca eşitlik ilkesine bir aykırılık teşkil etmiyorsa mümkün olabilir. Ancak bu noktada bir soru gündeme gelmektedir. Türban takanın saikini nereden bileceğiz? Bu sorunun yanıtı açıktır: “Bilemeyiz.” Kişinin türbanın takılmasının siyasal bir düşünce açıklaması olduğunu açıkça ortaya koyan tavır ve hareketleri olmadıkça saiki değerlendirmek bütünü ile ifade değil, kişinin beyninin içinde olup bitenlere yönelik bir tahmin olarak dar

anlamda düşünce özgürlüğünün ihlalini teşkil edecektir. Şüphesiz bir lise öğretmenin herhangi bir partinin rozetini takarak ders vermesi onun tarafsız bir eğitsel etkinlikte bulunamayacağına işaret olabilir. Ancak türban söz konusu olduğunda, siyasal saik açıkça ortaya konamayacağı için bu davranışın herhangi bir şekilde sınırlanması yoğun bir şüpheyile değerlendirilmelidir.

Öğretmenler açısından konuya daha geniş bakmak ve sorunu salt eşitlik ilkesi açısından değil farklı perspektiflerden de değerlendirmek gereklidir. Özellikle okullar söz konusu olduğunda öğretmenlerin giyim kuşam ve davranışları konusunda başka normatif kriterlerin de işin içine girmesi gerektiği söylenebilir. Konu, özgürlükler değil, laiklik ilkesi çerçevesinde değerlendirilirse, “örnek teşkil etme” savı tartışılabilir. Özellikle reşit olmayan çocukların karşısına çıkan öğretmen, bu çocukları, gerekli bilişsel ve duygusal yeteneklerle topluma kazandırma ödevini de gerçekleştirmelidir şüphesiz. Bu ödev içinde, çocukların farklılıklara saygılı ve önyargısız olarak yetiştirilmesi alt-ödevi de yer almaktadır. Türbanlı bir öğretmen, acaba laikliğe aykırılık mesajını mı vermektedir çocuklara yoksa inanç özgürlüğünden yararlanan bir kimse olarak örneğin, *çember sakallı erkek* öğretmenlerden salt başındaki örtü ile biçimsel olarak ayrılan bir kimse midir? Başörtülü her öğretmenin, istisnasız olarak, farklılıklara saygıyı hiçbir şekilde öğretemeyeceği düşünülebilir mi? Sosyolojik olarak, toplumun çoğunluğunun türban takıp takmadığı, hatta söz konusu okuldaki türbanlı oranı ve sair faktörler değerlendirmeye alınmalı mıdır? Okulun siyasal rejim içindeki yeri ele alınmadan, türbanlı eğitimci sorusunu salt eşitlik ilkesiyle değerlendirmek de eksik kalacaktır. Bununla birlikte, acaba, öğretmenin eşcinsel olduğu bir yerlerden duyulmuşsa, salt bu duyuma dayanılarak, onun ders vermesi yasaklanabilecek midir? Öğretmenin eşcinsel olduğunu duyan çocuk onun hareketlerinde bir mesaj mı arayacaktır? “Türbanlı öğretmen çocuklara örnek teşkil edemez”, “Eşcinsel bir kimse çocuklara örnek olamaz”, “Kısa etek giyen örnek olamaz” yargılarına dayanır isek, meşru biçimde özgürlüklerinden yararlananları ve bu özgürlüklerini, çocuklara dayatmadan, onları kullanmadan ortaya koyanları sınırlamaya kalkar isek, demokratik eğitim sistemlerinde değerlendirme kriterlerinin nisbiliğini savunmuş olmaz mıyız? Öğretmenin türban takması öğrencileri türban takmaya özendirmek anlamına mı gelir? Temel haklarından yararlanan bir öğretmenin hakkından yararlanması özendirme sayılabilir mi? Türban takan öğretmenin salt bu nedenle görevden alınması, alkolik bir öğretmenin öğrencileri özendirmemesi için görevden alınması işlemine mi benzer? Alkolizm, Anayasal olarak koruma gören temel bir hak mıdır?

Şüphesiz, çoğu okulda öğretmenin kılığına kıyafetine dikkat etmesi, düzgün giyinmesi, kot giymemesi, saçının başının dağınık olmaması gibi birtakım giyim kuralları konmuştur. Bu

kriterler ne yazık ki her yerde genel geçer kabul edilen kriterler değildir. Örneğin Almanya’da öğretmenler kot giyerek derse girebilmektedir. Bazı öğretmenlerimizin saç baş dağınık iken bazılarının çok derli toplu olduğuna hepimiz şahit olmuşuzdur. Derli topluluk kriteri nedir? Öğretmen topuz mu yapmalıdır? Yoksa saçları açık girebilir mi derse? Sorun şu ki, biz özgürlüklerin sınırını nerede çizeceğimizi bilmeliyiz ve en azından milli eğitimin, demokratik, önyargısız, farklılıklara saygıyı destekleyen bir bakış açısına sahip olmasını savunabiliriz. Bu bakış açısı, din, dil, ırk, cinsiyet, cinsel tercih, felsefi inanç ve benzeri gerekçelere dayalı olarak ayrımcılığın önlenmesini gerektirir.

Reşit olmayanlara karşı yetişkinlerin görev ve sorumluluklarını belirlerken, çocukların da aklı olduğunu, çoğu zaman *yönlendirilme* ile *basit görünüm ve oluş tarzı* arasındaki farkı ayırt edebileceklerini kabul etmek ve siyasal ve dinsel bir *ek propaganda* eylemi ile desteklenmedikçe bazı çevrelerin benimsediği geleneksel giyim kuşamın, çocuğu her durumda etkileyebileceğini kabul etmemek gereklidir. Eğer tersi savunuluyorsa, tartıştığımız konu bir temel hak olduğu için sosyolojik ve somut araştırmalarla desteklenmiş olmalıdır ki yasaklanabilsin. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, aşağıda ayrıntıları ile inceleyeceğimiz bir kararında, öğretmenin türban takması sorununu incelerken, “*türban takmanın saikleri*” üzerine yapılan araştırmaları göz önüne almış, “*gelişim psikolojisi bakımından türbanın öğrenciler üzerinde etkisi*” konusunda görüş bildirmek üzere ise Profesör Dr. Bliesener’i dinlemiştir. Bu, kararlarını “akla dayanarak” verme eğilimi taşıyan bir merciden çıkan bir karardır. Herkes her konuda, örneğin çocuklar açısından neyin iyi örnek, neyin kötü örnek oluşturacağına ilişkin birtakım önyargılara sahip bulunabilir. Önemli olan bu yargıları, akli inceleme sonuçları ile desteklemektir.

Yukarıdaki düşünceler, bugün ülkemizde geçerli kültürel ortam içinde oldukça *naive*, safdil-idealist ve kabul edilemez bulunabilir. Kimileri, lisede türbanlı öğretmen görmeyi, kimileri, eşcinsel olduğunu açıklayan öğretmeni lisede görmeyi, kimileri her ikisini de lisede görmeyi korkutucu ve kabul edilmez bulabilir. Oysa biz hem eşcinsel öğretmen hem de türbanlı öğretmen açısından “neden olmasın?” diye sorarken, hem cinsel tercihlerini açıklamanın hem de inancına göre giyinmenin kabul edilebileceği, ideal önyargısız ve demokratik bir eğitim sistemini düşünüyoruz. Acaba Bülent Ersoy öğretmen olsa idi cinsiyet değiştirdikten sonra görev yaptığı okuldan atılabilecek miydi?

Çocuklar, sandığımız kadar saf değildir ve onlara örnek olmak için tüm sorumluluğu öğretmenlere (öğretmenlerin temel hakları pahasına) yüklemenin doğru bir yaklaşım mı olduğu yoksa kendi kendini kandırma anlamına mı geleceği, basit bir sosyolojik araştırma ile tespit edilebilecek bir durumdur. Bu satırların yazarı, kendi ilköğrenim döneminde her inanç ve değerden öğretmene rastlamıştır. Hepimiz, her inançtan ve değerden öğretmenler sahibi

olduk. Kimileri idolümüz oldu, kimilerini “aykırı” bulduk. Ama içimizde erkek olanlardan pek azı, lise öğretmenimiz “MHP bıyığı” bırakıyor diye bıyık bıraktı ya da lise öğretmeni bıyık bırakmıyor diye bıyık bırakmamaya karar verdi. Bu satırların yazarının edebiyat öğretmeni olan annesi, “Hocam, ben şeytan gördüm” diyen öğrencisine “Öyle mi? Neye benziyordu, anlat istersen yavrum. Ben şimdiye kadar hiç şeytan görmedim” dediği için şikâyet edilmiştir. Şikâyet konusu, çocukları dinsizliğe özendirme “şüphesi” idi!

Çocuklar ya da ergenlerin, birtakım yetişkinleri “idol” olarak kabul edebilecekleri vakiadır. Ama bugün bu “idoller” arasında Paris Hilton ya da Britney Spears, türbanlı ya da türbansız herhangi bir öğretmenden, ne yazık ki daha önde gelmektedir sanıyoruz ve belki de o zaman Britney Spears’la mücadele etmemiz gereklidir(!) Öğretmen; bilişsel, kavrayışsal ve duygusal becerileri çocuğa kazandıran, çocuğu sağlıklı kabul edilebilecek bireysel ve toplumsal işlevlerle topluma “kazandıran”, “kazandıramasa” bile topluma meşru-güçlerle hazırlayan kimsedir. Bu becerileri kazandırma yolunda bir heteroseksüelin bir homoseksüelden daha başarılı olduğunu hangimiz kanıtladı? Belki de pedagojik felsefe açısından işin özü, “hangi topluma kazandıracamız?” sorusunda. Hangi topluma çocuk yetiştiriyoruz?

3. Türban Takmayanın Hisleri Sorunu

Türban takmayanlar, türban takanlara karşı tepki gösterecek diye türban yasaklanabilir mi? Leyla Şahin davasında⁸ laiklik ilkesinin korunması menfaati ile din ve vicdan özgürlüğü arasındaki çatışmayı değerlendiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu soruyu incelemiş ancak doyurucu bir yanıt verememiş, mutlak olarak korunan *dar anlamda inanç* ile nisbi korunan *dini saikli hareket* arasındaki ayrımı ortaya koyamamıştır. Öte yandan, ABD Yüksek Mahkemesi, 1940 tarihli *Cantwell v. Connecticut*⁹ kararı ile, başkalarının hislerinin ve tepkilerinin, özgürlükten yararlananın haklarının sınırlanmasına gerekçe olamayacağını kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme’nin kararına konu olan olayda, Cantwell’in iki oğluluyla birlikte özellikle Katoliklerin yaşadıkları mahallelerde bir teypten Rutherfords’un Katolik düşmanı “Düşmanlar” kitabından alıntıları dinletme eylemleri “kamu düzenini bozmak” sayılmış ve cezai yaptırım görmüş idi. Aslında, Cantwell’in tutuklanmasının nedeni, kapı kapı dolaşıp bu teybi dinletmesi değil, dini ve yardım amaçlı olarak kapı kapı propaganda yapılmasını önceden izin alma koşuluna bağlayan bir düzenlemeye uymaması idi. Bu düzenleme, tüketicileri korumak için öngörülmüştü. Mahkeme, yaptırımı iptal etmiştir. Cantwell’in, Katoliklerin yaşadıkları mahallelerde bir teypten gürültüyle dinlettikleri Katolik düşmanı ifadelerin çatışmalara neden olması dahi Yüksek Mahkeme’nin düşünce özgürlüğünü koruma yolundaki mutlak eğilimini değiştirememiştir.

Mahkeme’ye göre, Cantwell, Birinci Ek Maddenin koruduğu düşünce özgürlüğünden

yararlanacaktır. Sahip olduğu düşüncelerin ifadesinin muhatabı olanların bu düşüncelerin içeriğini saldırgan ve kırıcı (“offensive”) bulabilecek olmaları Cantwell’in din ve vicdan özgürlüğünü sınırlamak bakımından yeterli bir gerekçe değildir. Oysa, yukarıda da değindiğimiz gibi bugün dahi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ünlü “Şahin” kararında, karşı tarafın rahatsızlığını, din özgürlüğünden yararlanmak isteyen hareketinin sınırlanmasına bir gerekçe olarak gösterebilmiştir.¹⁰ Mahkeme, karar gerekçesinde, türbanın, özellikle, onu giymeyenler üzerindeki etkisini tartışırken, bu etkinin sınırlama bakımından bir ölçü olabileceği kabul edilmiştir:

“...Türkiye bağlamı içinde İslamcı türban sorununu incelerken, zorunlu bir dini görev olarak algılanan böyle bir sembolü giymenin onu giymemeyi seçenler üzerinde sahip olabileceği etkisi akılda tutulmalıdır...tartışma konusu olan sorunlar, nüfusunun çoğunluğu, kadın haklarına ve laik bir yaşam tarzına güçlü bir bağlılık gösterirken İslam inancına da sadık olan bir ülkede ‘başkalarının hak ve özgürlüklerinin’ korunması ve ‘kamu düzeninin sağlanmasını’ ile ilgilidir. Bu cephede özgürlüklere sınırlamalar getirmek, bu nedenle, ve özellikle de Türk Mahkemelerinin de belirttiği gibi, son yıllarda bu dini sembolün siyasal bir anlam taşıması nedeniyle, zorlayıcı bir toplumsal gereksinime ve [yukarıda sözü edilen] iki meşru amacı gerçekleştirmeye çalışarak cevap vermek olarak görülebilir.”¹¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yaklaşımı ile, ABD Yüksek Mahkemesi’nin yaklaşımı arasındaki en önemli fark, ABD’de geçerli düşünce ve ifade özgürlüğü anlayışına göre başkalarının hassasiyeti ya da ifadede bulunanın “oluş biçimine” karşı gösterdikleri tepkinin (araya girenlerin müdahalesinin), düşüncenin ifadesinin sınırlanması için bir gerekçe olamayacağıdır. İfade özgürlüğünden yararlanan kimsenin bu davranışı, korunması zorunlu olan önemli bir bireysel ve kamusal menfaati açık ve mevcut bir zarar tehlikesine düşürmüyor ise ve her şeyden önce, ifadede bulunanın amacı, bu tehlikeye yönelik olarak en azından kusurlu olarak kabul edilemezse özgürlük sınırlanamayacaktır. Aksi halde merhum yazarımız Aziz Nesin’i, Madımak Oteli’nin yakılmasından sorumlu tutmak gerekirdi. Yine, bu ana dek anlatılanlardan da anlaşılabilirdiği gibi, bir oluş ya da ifade tarzının “siyasal bir anlam kazanmış” olması onun yasaklanması için gerekçe olamaz. Özellikle siyasal ifadeler, diğer tüm ifade biçimlerinden daha öncelikli bir koruma görmektedir. Bu nedenle, çağdaş yargıcın bakış açısından, “din özgürlüğünün siyasal kullanımı yaygınlaştı” şeklindeki bir açıklama, türbanı yasaklayan normun anayasaya aykırı olduğu karinesini daha da güçlendiren bir açıklama olacaktır. Çünkü siyasal içerikli bir mesaj anlamı taşıyan türban giyme artık dini saikli hareket olarak değil, en iyi ihtimalle düşüncenin ifadesi, en kötü ihtimalle iletişimsel

eylem olarak korunacaktır.

AIHM'nin türban kararından çok farklı bir yaklaşım sergilenen Cantwell davasında, ABD Yüksek Mahkemesi'ne göre Cantwell'in fiili herhangi bir kamusal çıkar açısından açık ve mevcut bir tehlike ("clear and present danger to any state interest") doğurmamaktadır. Cantwell, hiçbir maddi saldırıda ("assault") bulunmamış ve kimsenin vücut bütünlüğü için bir tehdit oluşturmamıştır. Yine, ortada kasti hiçbir tahkir ve kişisel kötüye kullanma ("committed 'no intentional discourtesy' [and] personal abuse") yoktur. Mahkemeye göre:

"Dini inanç ve siyasal düşünce bağlamında keskin ayrılıklar ortaya çıkar. Her iki alanda da birinin inanç sistemi başka biri için en ağır bir yanlış gibi gelebilir. Başkalarını kendi bakış açısına ikna etmek isteyen her savunucu, bildiğimiz gibi, türlü zamanlarda, abartmaya, toplumda kabul görmüş dini kurumlarda, kilisede ya da devlet kurumlarında önde gelen kimselere karşı hakaretimiz sözler sarf etme yoluna, hatta yalana başvurabilir. Fakat bu ulusun halkı, tarihinin ışığında, aşırıya kaçma, kötüye kullanma olasılığına rağmen, bu özgürlüklerin, uzun vadede, demokratik bir düzenin yurttaşlarının aydınlanmış fikir ve davranışlarını oluşturma yolunda yaşamsal olduğunu öngörmüştür.¹²

Bir kimsenin, Katolik inancını tahkir eden bir kaseti, Katolik inancına sahip kimselerin kapısını çalarak onlara dinletmesini dahi düşüncenin ifadesi olarak gören Mahkemeye göre hangi içerikte olursa olsun kişinin kendi düşüncelerini açıklaması kamuoyunun aydınlanması için yaşamsaldır. 1940 tarihli Amerikan Catwell kararı ile 2004 tarihli Avrupa Şahin kararı arasında yalnızca büyük bir tarihsel zaman dilimi farkı değil, düşünce özgürlüğünün korunması açısından da oldukça büyük bir fark vardır.

Ölçülebilir tehlike ve zararlara yol açmayan, ancak ölçülemez ve görelî duyguları inciten düşüncenin içeriğine yönelik tepkiler, sınırlamada esas alınmaz ve *ikincil etkiler kuramının* sınırlama ölçütlerine de uymamaktadır.

4. Öğrenciler ve Türban

Bilindiği gibi, okula türbanlı olarak devam etme hakkının olup olmadığı Türkiye'de ve Avrupa'da hararetle tartışılmaktadır. Avrupa açısından konunun Türk düşmanlığı ve İslamofobi ile de ilgisi vardır. Bu konuda öncelikle ortaöğretim ve yükseköğretim kurumları ayrılarak bir yargıya varmak uygun olsa da, özellikle Anglo-Amerikan sisteminde geçerli anlayışa göre bu ayrıma da gerek kalmamaktadır.

Karşılaştırmalı bir not olarak, birkaç önemli davanın ana unsurlarını bu noktada hatırlatmakta yarar vardır: Amerika Birleşik Devletleri’nde bayrağa sadakat konusunun her zaman düşünce özgürlüğü bakımından Yüksek Mahkeme’nin önemli kararlar almasına yol açan ciddi bir sorun olduğu ve “bayrak selamlama” sorununun yalnızca Yehovanın Şahidleri tarafından ortaya atılmasa da bu konudaki ilk kararların bu dini grubun üyelerinin Amerikan bayrağına zorunlu saygı ve bağlılığı reddetmeleri nedeniyle ortaya çıktığı bilinmektedir. “Flag salute” sorunu adı verilen tartışma ve çekişmeler, İncil’in Exodus (“Mısır’dan Çıkış”) 20:3-5 sayılı ayetleri arasında bulunan “Benden başka tanrılar tanımayacaksın” (“You shall have no other gods before me”) vahiyini Yehovanın Şahidlerinin farklı yorumlamalarından kaynaklanmıştı. Yirmili yıllarda başgösteren bu sorun, otuzlu ve kırklı yıllarda artarak sürmüştü. Yehovanın Şahidleri toplumdaki uzaklaşma ve özellikle sivil otoritenin kurum ve kurallarına uymama tavırları nedeniyle ciddi baskılara ve yaptırımlara maruz kalmışlardır.

Bayrak selamlamama ile ilgili ilk karar olan Gobitis kararına konu olan olayda Yehovanın Şahidi Gobitis’lerin çocuğu, vicdani kanaatine uymadığı gerekçesi ile bayrak selamlamayı reddetmiş ve çocuklara bayrak selamlama mecburiyeti getiren düzenlemeyi ihlalden okuldan uzaklaştırılmıştı. Bu düzenlemenin Birinci Ek Maddeye aykırılık oluşturduğu savını kabul etmeyen Yüksek Mahkeme kararına karşı oy yazan Yargıç Stone, tartışma konusu kuralın “*düşünce ve inanç özgürlüğünü kısıtlamaktan da öte gittiğini ve çocukları, kendi istemedikleri, paylaşmadıkları ve en derin dini inançlarına karşı gelen birtakım duyguları açıklamaya zorlamayı amaçlamakta*” olduğunu belirtmiştir.¹³ Bu karardan sonra, benzer bir olayla ilgili Barnette¹⁴ davasında karar veren Yüksek Mahkeme, Yargıç Stone’un karşı oyunda yazdığı gibi düşünecek ve bu konudaki Gobitis doktrinini kökünden değiştirecekti. Bu kararla, Gobitis için verdiği karardan dönen ABD Yüksek Mahkemesi, Yehovanın Şahidlerinin bayrağı *selamlamama* haklarını tanımış ve böyle selamlama törenlerine katılmama hakkını, Birinci Ek Madde ile verilen inanç özgürlüğünün bir kullanımı olarak görmüştür.

Ünlü Barnette davası da, Türkiye’de bugün hararetle yapılan tartışmalar bağlamında karşılaştırmalı önemi olabilecek bir davadır. Bayrak selamlamamayı yasaklayan düzenlemelerle okullara türbanlı girişi yasaklayan düzenlemeler karşılaştırılırsa konu daha da açık olarak anlaşılabilir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, türban yasağı gibi bir yasağı Barnette kararının verildiği bir dönemde dahi ABD Yüksek Mahkemesi’nin önüne gelmiş olsa, muhtemelen Yargıç Frankfurter’in kaleme almış olacağı çoğunluk görüşü yasağı Birinci Ek Maddeye aykırı bulabilecektir. Bayrak selamlama mecburiyetine uymayan öğrencinin okuldan uzaklaştırılması kararını Birinci Ek Maddeye (düşünce özgürlüğü ilkesine) aykırı bulan Barnette kararından önceki Gobitis kararında dahi,

“birtakım dini ve vicdani fikir ve ilkeler kişileri *bu dini ve vicdani inançları*

kısıtlamaya yönelmemiş genel kanunlara riayet etme yükümlülüğünden kurtarmamaktadır”

anlayışı benimsenmiştir. “*Birtakım dini ve vicdani fikir ve ilkeler kişileri bu dini ve vicdani inançları kısıtlamaya yönelmemiş genel kanunlara riayet etme yükümlülüğünden*” kurtarmıyor ise; dini ve vicdani inançları kısıtlamaya yönelmiş yasaklar anayasaya aykırı bulunacaktır. Çünkü bu yasakların genel bir yasak olarak meşru kılınabilmeleri için, dini ve vicdani inançları kısıtlamaya yönelmemiş olmaları, inancın içeriğini hedef almamış olmaları gereklidir. Öyle ki, trafiğin işlediği bir caddede namaz kılınmaz ama orada jimnastik de yapılamaz. Bu örnekte söz konusu olan yasak, inancın ya da eylemin düşünsel içeriğinden bağımsız olarak (yolun araç trafiğine ayrılmış olması gerekçesi ile) meşrulaştırılabilmektedir. ABD düzlemi için varsayımsal olarak incelediğimiz türban yasağı konusunda Gobitis çerçevesinde ne karar verilirse verilsin Barnette kararının çok açık bir şekilde anayasaya aykırılık kararı vereceği ortaya çıkmaktadır.

Bir an için ortaöğretim kurumları bir yana bırakılarak üniversite ortamına bakılacak olursa, üniversitelerde herhangi bir türban yasağını meşru olmaktan çıkaran pek çok gerekçe bulunabilir:

- 1) Üniversiteler “evren” içindeki her türlü farklı “oluş” ve “bakış” açısının birlikte var olduğu ortamlar olmalıdır. Adı üstünde “evrenkent” üniversite demektir.
- 2) Üniversiteler, özgürlüğün ve farklılıklara saygının ilke kabul edildiği kurumlar olmalıdır.
- 3) Akademik ortam, bütün diğer ortamlardan daha serbest, özgürlükçü, farklı fikirlere açık bir “kamusal” alan olmalıdır.
- 4) Herkes, öğrenim hakkından eşit olarak yararlanmalıdır. Bu hak tanınırken, din, renk, dil, felsefi inanç, dini ve mezhep inancı, vicdani kanaat vb. unsurlar gözetilerek farklılaştırmaya gidilmesi eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder. Eşitlik ilkesinin sınırlandırılması ancak başkalarının “temel haklarını” korumak için ve eşyanın tabiatından kaynaklanıyorsa mümkündür.
- 5) Üniversite idaresi, kamu hizmeti veren idare konumundadır. Bu hizmet, temel öğrenim hakkına yöneliktir. Temel hakların ve özellikle din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırılmasında içerik bakımından ayrımcılık yapılması (“türban takan ile örneğin kasket takan arasında farklılaştırmaya gidilmesi”) ancak bu ayrımcılık nedeni ile sınırlanan hareketin zorlayıcı bir devlet menfaatine

çok açık ve yakın zarar tehlikesi doğurması ile mümkündür.

Bu savlarla, üniversiteye aşırı misyon yüklediğimiz düşünülebilir. Oysa durum tam tersidir. Üniversite, ister salt meslek kazandırma okulu olsun (*ki buraya kadar Aristo¹⁵ ve Newton¹⁶ yeter*) ister bilim yuvası olsun (*bu noktada Aristo'nun ve Newton'un yanında Kopernik¹⁷ ve Einstein'a¹⁸ da geçmek gereklidir*), her durumda farklı anlayışların ve oluşların saygı göreceği bir kurum olduğu savunulabilir. Gerek mesleki alanda gerek bilimsel alanda genel geçer yargıların karşı tezlerinin de olduğunu, meslek ya da bilim insanı olmanın, farklı yaklaşım ve fikirleri değerlendirmeye dayalı olduğu düşünülmelidir. Şansımız varsa, verili kabul ettiğimiz bilgi ve değerlerin çoğu zaman sorgulamaya açık olduğunu üniversitede öğreniriz. Hukukçu isek, mahkeme kararlarını sorgulamayı; tıp insanı isek, genel geçer kabul edilen bir tedavi protokolünün her durumda yararlı olamayacağını; jeolog isek, bir taşın sandığımız kadar basit bir obje olmadığını; sinolog isek, Çincenin Çin'in her yerinde aynı konuşulup yazılmadığını üniversitede öğreniriz. Eğer, sosyoloji okuyorsak ve Umman'a ya da İran'a yolumuz düşmüşse ya da bu ülkelerle ilgili araştırma yapmış isek “*Umman ve İran'da dinsel giyimlerin siyasal-toplumsal-kültürel anlamı*” konusunda bir tez yazıp, sultanlıkla ve teokrasi ile idare edilen Umman'da, genellikle çarşafı dolaşan kadınların ve genellikle püsküllü beyaz entari ile dolaşan erkeklerin yanında herkesin başını açma özgürlüğü de olduğu halde, “İslam Cumhuriyeti” resmi adındaki İran'da baş açmanın yasak olmasının tarihsel, toplumsal ve kültürel kökenleri üstüne *üniversitede* düşünebiliriz. Tarihçi isek, Hitler dönemi Almanya'sında Yahudilerle evlenmeyi yasaklayan hukuksal kuralların “ırkların saflığı” “temel ilkesine” dayalı olarak çıkarıldığını tespit ettikten sonra “temel ilkelerin” etik meşruiyetinin nasıl belirlenmesi gerektiği konusunda bir tartışma açabiliriz. Bu tartışmaları üniversitede yapamayacak isek nerede yapacağımızı sormak gereklidir. Üniversite, farklı farklı siyasal, kültürel, toplumsal, ekonomik kökenden ve inançlardan gelen öğrencilerin birbirlerine saygı göstermesini sağlamalıdır ki bu insanlar, ileride birbirleri ile en azından mesleki ilişki kurabilsinler. Kaldı ki, üniversitenin (maalesef son yıllarda Türkiye'nin sosyokültürel ve ekonomik “gerekleri” yüzünden üniversitelerin salt meslek insanı yetiştiren yerler olduğu savı ağır basıyor görünüyor) bilim merkezleri olması ve bilim merkezlerinde *kumaş pantolon-kot pantolon* biçimselliği değil bilimselliğin ön planda olması, üniversitenin devletin milli istihbarat teşkilatı ya da ordusu olmadığı ve bu nedenle her türlü aykırı fikre de kucak açması gerektiği savunulabilir. Fransa, soykırımı inkâr yasası kabul etti diye Fransız Dili ve Edebiyatı Bölümü'nün kaldırılması mı gerekecektir? Oysa Türkiye'de geçmişte buna kalkışan bazı üniversiteler olmuştur. Böyle yaklaşımlar, bizatihi üniversite fikrine aykırıdır.

Laiklik anlayışı çok farklı olan ABD'den bazı örnekler vermiş olmamız, üniversite söz konusu olduğunda Batı Avrupa demokrasilerinde farklı bir ilkenin benimsendiği anlamına

alınmamalıdır. Bu konuda esas olarak incelenmesi elzem olan Fransa örneği tartışılmadan geçildi sanılabilir. Fransa'dan feyz almamız şart ise, bu tartışmaya üniversite açısından Fransa'da da verilen yanıt nettir: Fransız üniversitelerinde türban yasağı yoktur! Aslına bakılırsa, hiçbir Avrupa ülkesinde üniversitelerde türban yasağı yoktur...

Laikliği Türkiye kadar katı bir biçimde benimsediği sanılan, oysa sanıldığı kadar katı biçimde benimsemeyen Fransa'da mesele “*sadece ortaöğretimde ve sadece devlet okullarında*” cumhuriyetin değerleri ile din arasındaki çatışmadan kaynaklanmaktadır. Yükseköğretimde bir mesele olmadığı gibi, özel ortaokul ve liselerde de (örneğin özel Katolik liselerinde dahi) başörtüsü takılması serbesttir. Fransız özel okullarında türbanın serbest olması, Fransa'da devletin devletliğini (Anayasaya uygun olarak) nerede gösterebileceğini bildiğine yorumlanabilir. Devlet, cumhuriyetçi ise, devlet alanında cumhuriyetçidir. Sivil toplum alanında ve özel şirketlerle, özel okullar ve sair özel müesseseler de dahil herkes her yerde devletin istediği gibi olmak zorunda ise, içinde yaşadığımız devletin “İran İslam Cumhuriyeti”nden farkı nedir diye sormak gereklidir.

“Devlet meseleleri” ile ilgili her tartışmada, Türkiye'nin Fransa olduğu sanılmaktadır. Oysa Fransa konusunda yeterli siyasal-toplumsal-kültürel araştırma yapılır ise görülecek olan odur ki, Fransız kamu sistemi ile Türk kamu sisteminin, -belki bazı yasaların Fransa'dan iktibas edilmiş olmasından kaynaklanan- bazı benzerlikleri vardır; ancak özgürlükler hukuku bakımından çok sayıda farklılıklar da vardır. Örneğin Fransa'da laiklik ilkesi, yargılanmakta olan başörtülü bir sanığın başörtüsünün çıkarttırılmasını gerektirmemektedir.

Ortaöğretim kurumlarındaki kız öğrencilerin türban takmalarına karşı gelişen tutum, yeterince bilimsel-cumhuriyetçi eğitim almamış olan bir bireyin dinsel tercihte bulunamayacağı savına da dayandırılmaktadır. O halde yeterince bilimsel-cumhuriyetçi eğitim almamış olan küçük erkek çocuklarının “sünnet” adı altında bedensel bütünlüğüne (aslında çoğunun tam da ne nedenden olduğunu anlayamayacakları bir dönemde) müdahale etmek ve kimilerine göre “yaralama” olarak dahi kabul edilebilecek bir eylemde bulunmak da yasaklanmalıdır. Anayasada yazılı din özgürlüğü, “yeterince bilimsel-cumhuriyetçi” eğitim görmüş olma şartına bağlanmamıştır. Birtakım giysilerin, bireyi ne bilimsel olmaktan alıkoyacağına ne de cumhuriyetçilikle bağdaşmaz kılacağına inanıyoruz.

5. Teokrasi Tehlikesi Gözetilerek Türbanın Yasaklanması

Türbanın, teokratik düzenin getirilmesi ya da özgürlüklerin yok edilmesi bakımından somut bir tehlike içermediği açıktır. Peki soyut tehlikeye dayanılarak yasaklanması mümkün müdür? Bir an için soyut tehlikenin de düşünce özgürlüğünü sınırlandırmak bakımından yeterli olduğu kabul edilse dahi, türban söz konusu olduğunda soyut tehlike içerdiği kabul

edilen türban takma eyleminin, *korkulan sonucu tipik olarak doğurabilmeye elverişli bir hareket olarak* kabul edilemeyeceği açıktır. Örneğin belirli promil düzeyinin üstünde alkollü olarak otomobil kullanmanın yasaklanması, bu durumda otomobil kullanılmasının çoğunlukla kazalara yol açan dikkatsiz araç kullanmaya neden olduğu kriminolojik verisine dayanılarak kabul edilmiştir. Acaba türban söz konusu olduğunda teokratik düzene geçilmesi korkusunu haklı çıkarabilecek bir eylem böyle kriminolojik bir tipik hareket boyutunda saptanmış mıdır? Teokratik düzene geçmenin söz, yazı vb. iletişim araçları yoluyla savunulması dahi sınırlamayı haklı kılan yeterince tehlikeli bir tipik hareket olarak kabul edilemezken ne amaçla takıldığı yalnızca tahmine dayanan türban tehlikeli bir tipik hareket olmayacaktır. Yine, türbanla tehlikeye düşürülmesinden korkulan menfaatin ciddiyeti ile bunu tehlikeye koyma ilişkisinin orantısız olarak ortaya konması ve çağdaş anlayışı ile raslantısal olarak birlikte değişen değil, birbirleri ile bağlantılı ya da orantı ilişkisi içinde olması gerektiği söylenebilir. Bu konuda, Yeni Türk Ceza Kanunu ile Türk hukuk sistemine de giren *açık ve mevcut tehlike ya da açık ve yakın zarar tehlikesi* denetim ölçütünü vurgulamakta yarar görüyoruz.

6. Türbanlının Türban Takmaya Mecbur Bırakıldığı Savı ve Özellikle “Paternalizm” Sayılabilecek Kadın Haklarını Koruma Gereğesi

Türban tartışmalarının kadın hakları ilkesi ve özellikle feminist düşünce açısından önemli bir boyutu vardır. Tartışma, kendi kararlarını verip vermediği belli olmayan “kadınlar” hakkında yapılmakta, bir taraf kadına yönelik olarak düzenlenen kısıtlayıcı dinsel emirlerin gereğine kayıtsız şartsız uyulması gerektiğini savunurken, diğer taraf ya böyle bir emrin bulunmadığını ya da bulursa bile bunun kadın-erkek eşitliği ilkesine aykırı bir emir olduğunu savlamaktadır. Türban sorununa, kadın-erkek eşitliği perspektifinden bakanların bir kısmı, türban takan kadınların bu tercihinin bilinçsiz olduğunu, bu noktada kadının seçme yeteneğinden yoksun bırakıldığını da savlamaktadır. Doğruluk payı olsun olmasın bu sava verilecek yanıt bellidir. Özgürlükçü ve bireyci toplumlarda, yetişkin bir kişinin “duygularını, oluş ve yaşayış tarzını ve başkasına zarar vermeyen davranışını” yasaklarla sınırlamak kimseye düşmemelidir. Şüphesiz türban, kadının isteyerek seçmediği, bir anlamda seçmeye mecbur bırakıldığı bir görünüş tarzı ise bunu eleştirmek, kadınların özgür iradeleri ile davranmalarının önündeki her türlü engeli kaldırmaya uğraşmak son derece meşru tepkiler olacaktır. Ancak bu tepkiler ve düzeltme, özgürleştirme arzuları, kendilerini yasakçılıkla, türbanlı kadını her türlü toplumsal ve kültürel ortamdan uzaklaştırma çabaları ile ifade edebilir mi? Kadının aslında seçmek istemediği davranışı seçtiği savları çerçevesinde benzer tartışmalar pornografi ve fahişelik boyutunda da yapılmakta, ancak bir sonuca bağlanmış görünmemektedir.

Bireysel özgürlüklerinden yararlanmak isteyen kimseleri “koruma” gereğesi ile yapılan

müdahalelerin nereye varabileceği tarihte çok açık örneklerle sabittir. Şüphesiz pornografi bağlamında ya da açıklıkla bir kadın hakkı ihlali oluşturan fahişeliğe zorlanma, pavyon, genelev gibi yerlerde çalıştırılma ile ilgili tartışmalarda da aynı bakış açısı önemlidir. Bugün hem dini kısıtlamalar hem de kadını cinsel nesne ve meta olarak kabul eden cinsel açılımlar konusunda farklı farklı alt-öğretileri bulunsa da, genel olarak feminist öğretinin kabul ettiği gerçek, her iki durumda da kadın haklarının zedelendiğidir. Temel soru kadının kendisini *kendisine rağmen*, tepkilere bir özne olarak muhatap olma olanağı bulabileceği ya da davranışları konusunda açıklama getirebileceği, bir özne olarak türban takmasındaki itkeyi içinde bulunduğu topluma anlatmak isteyip istemediği konusunda karar vereceği toplumsal ve kültürel ortamlardan, örneğin üniversiteden yasaklarla tard ederek korumanın gerçekçi ve etkili olup olmayacağı sorunudur. Eğer, kadın gerek ailevi gerek toplumsal gerekse dinsel nedenlerle türban takmaya zorlanıyor, özgür iradeye sahip olmadan türban takıyor ise, türbanlı bir genç kıyı üniversiteye almamak kanımızca, aile içi şiddete maruz kalan bir genç kıyı üniversiteye almamaya benzer. Aslında tam da üniversite, kadını içinde bulunduğu kısır döngüden kurtaracak ve ona ilerideki yaşamı üzerinde özgür seçim olanakları yaratabilecek bir meslek edinmenin ilk adımı olduğuna göre, türbanlı kadınların değil üniversitelere alınmaması tam aksine üniversiteye girmelerinin teşvik edilmesi gerekir. Sakal ve takke ile üniversiteye giren o kadar erkek var iken, “kadın haklarını koruyoruz” diye kadınların eğitim hakkından yoksun bırakılmaları, “üniversitenin ahlakını bozarlar” gerekçesi ile fuhşa itilen kızları üniversiteye almamaya benzer. Bu karşılaştırma hiç de komik değildir ve aklımızı, fazla değil, biraz çalıştırır isek kolaylıkla varacağımız mantıksal bir çıkarsamadır.

Çocukların kötüye kullanılmasını önlemek ve onları belirli inançların öğretisi yolunda körü körüne yetiştirmeyi engellemek de paternalist savın bir uzantısıdır. Bu durum, “liberal” sav ile çelişkili değildir kanısındayız. Çocuğun da bir birey olduğu ve üzerinde kimsenin gayri meşru tahakkümünün olmaması gerektiği şüphesiz. Bu çerçevede tahakkümün *gayri meşruluğu* ile “*arzu edilir olmaması*” arasındaki farkı etik-felsefi olarak çizmek gereklidir. Çocuğu, temel bir hak olan vicdani kanaatine göre davranması yolunda eğitmek gayrimeşru değildir. Bu satırların yazarının babası, toplumcu bir avukat, bir iş hukukçusu ve şairdi, eski bir Türkiye İşçi Partisi üyesi idi. Ve tüm çocukluk yaşamı boyunca bu satırların yazarına özellikle Nazım Hikmet’ten ve Hasan Hüseyin’den, Can Yücel’den, Atilla İlhan’dan, kendisinden şiirler okudu. Ama yüzlerce başka büyük şairlerden de şiirler okudu. Yazar çocuk iken, babasının inandığı toplumcu düşünceye inandı ve Nazım Hikmet’e hayranlık besledi. Hatta tüm şairlere hayranlık besledi. Diyelim başka çocuğun babası Mevlevi idi, çocuğa Mevlana’yı öğretti, çocuk bundan o kadar etkilendi ki sonunda semazen oldu, bir başka çocuk babası yüzünden imam oldu. Çocuklarına örnek teşkil eden bu babaların gayri meşru

hareketler içine girdikleri iddia edilebilir mi? Sosyalist propagandanın suç olduğu dönemde, yazarın babasının çocuğa “yanlış örnek” teşkil ettiği iddia edilebilecek midir? Düşünce özgürlüğünün sınırlanması ancak, korunan özgürlüğün kendisi kadar önemli başka bir değeri koruduğu ölçüde kabul edilebilir. Bu durum, çocuğunu kendi düşünce ve inanç sistemine göre eğitmeyi seçen bir ebeveynin özgürlüğü açısından da, hatta çocuğun seçme özgürlüğü açısından da geçerlidir. Peki ya baba çocuğa nazi ideolojini benimsetmeye çalışıyorsa? Acaba çocuğu adamın elinden alıp Çocuk Esirgeme Kurumu’na mı yerleştirmeli? Çocuk esirgeme kurumlarındaki hayat nasıl acaba? Düşünce özgürlüğü kadar değerli başka değerlerin kataloğunu çıkarmak, kanımca pozitif hukukçunun değil, düşünürün, insanın, insanlığın işidir. Yani “Creon yasakladı diye Antigone Polyneikes’i gömememeyecek midir?” sorusunda somutlaşan evrensel bir meseledir. Bu açıdan, özellikle ebeveyn eğitiminin meşruiyet sınırlarının belirlenmesi, incelikli kuramlarla incelenmelidir ve bu işe girişmek bu çalışmanın sınırlarını aşar.

Yine de ebeveynin çocuk üzerindeki etkisinin gayri meşruşluğu en başta kişi hak ve özgürlüklerine, beden bütünlüğüne, ruh sağlığına aykırılık kriterleri ile değerlendirilmelidir. Şüphesiz bu değerlendirmeleri takip edecek bir dizi başka yasal ve etik kriter de vardır. Bununla birlikte, ebeveynin çocuğu belirli bir giysiye özendirmesinin sınırlarını belirlemek incelikli tahliller gerektirir. Çocuk, istemediği halde kaba kuvvet ve manevi eziyetle bir giysiyi giymeye zorlanıyorsa, söz konusu ebeveyn tahakkümü gayri meşrudur denebilir. Hatta çocuk, kaba kuvveti ya da manevi eziyeti “iyi bir şey” sansa dahi, hareket gayri meşrudur. Ama çocuk, ebeveyninden etkilenmiş, onun düşüncelerini model kabul etmiş olabilir. Bu durumda etkinin gayrimeşru olmadığı düşünülebilir. Belki de etik olarak kabul edilebilecek kriter bu paragrafın ilk tümcesindeki “körü körünelik” kriteridir. Sağlıklı bir eğitim, çocuğun meşru seçenekler arasından seçim yapmasını sağlayan bir eğitimidir. Çocuğa kaba kuvvet yolu ile ya da manevi eziyetle piyano öğretmek, piyano dersine katılmak istemediği zaman tokatlamak da gayri meşru sayılabilir. Ebeveynin inancının ne kadar modern olduğu bu gerçeği değiştirmez. Çocuğu hiçbir seçenikle karşı karşıya bırakmadan çocuğun körü körüne türban giymesini sağlamak da gayri meşru sayılabilir. Ama etik olarak gayri meşru olan bu hareketin, hukuksal olarak yasaklanması için başka ek kriterlere de ihtiyaç duyulmaktadır. Bu kriterlerden biri, maddi ve manevi cebir olabilir.

Yine bu noktada da, devletin, çocuğun zorunlu eğitim sistemine katılmasını sağlama ve çocuğu demokrat ve aydın yetiştirme ödevinin, ana babanın belirli dinsel inançlarına göre çocuklarını eğitime hakkı ile rekabet edebilmesinin pozitif önlemlerle sağlanması ve çocuğu okuldan uzaklaştıran yasaklardan ziyade eğitimde fırsat eşitliğinin yaygınlaştırılması ve aydın eğitim ve öğretim niteliğinin artırılması ile sağlanması gereklidir. Hepimiz genlerimizin, ailenin, kurumların, toplumsal-kültürel yapıların, eğitimin ya da eğitimsizliğin, karşımıza

çıkan ya da çıkmayan fırsatların, okuduğumuz kitapların, gittiğimiz yerlerin, yaşadığımız ortamların, özgür irademize dayalı olduğunu sandığımız ya da hakikaten özgür irademize dayalı olmuş olan seçimlerimizin, biçimlenişimizin ürünüyüz, hatta hiçbir zaman bir ürün de değiliz; çünkü insan olarak üretimimizin süreci yaşadığımız sürece hatta yaşam sonrasında dahi en azından başkalarının anılarında devam etmektedir. Bu biçimlendirmede ana babanın ve çocuğun içinde bulunduğu sosyokültürel çevrenin rolünü asgariye indirmek kabul edilemez. Aksi durumda “müessir fiil” ya da “yaralama suçu” oluşturuyor diye sünnete de izin verilmemek gerekirdi. Örneğin kadın sünneti konusunda yürütülen tartışmalar anımsanacak olursa birinin kültürünün başkasına ne kadar “hunharca” gelebileceği düşünülmelidir. Bu tür pratikler nerede yasaklanabilir, nerede yasaklanamaz? Sınır nerede çizilir? Özgürlüklerin normatif-etik açıdan tahlilini gerektiren bu soru, özgürlükler konusundaki en çetrefilli sorunları ortaya koymaktadır. Belki de, özgürlük etiği; tarihsel, sosyal, ekonomik, kültürel, antropolojik, tıbbi, sosyolojik, kriminolojik ve benzeri tahlilleri gerektirmektedir. Yine de salt kültüre ya da geleneklere dayanmak argüman değildir ve kültürel uygulamaların doğal haklar kuramı ile de desteklenmesi gerekir. **Gamalı haç yasaklanacaksa**, “*vakti zamanında canilik boyutuna varan bir ırksal şiddet sembolü olduğu içindir*”, **kız çocuklarının sünneti yasaklanacaksa**, “*bu uygulamaların, kadınların cinsel haz almasını engellemeye yönelik bir ayrımcı zihniyetin ürünü olduğu ve bu yüzden cinsel özgürlüklere müdahale oluşturduğu ve her uygulamasının ciddi tıbbi komplikasyonlar yaratma tehlikesini içinde barındırdığı içindir*”; **sünnete izin verilecekse** “*tam aksine sünnetin, hijyene hizmet etmesi ve cinsel hazza engel teşkil etmemesi, uygulamanın serbest bırakılması için ileri sürülebilecek gerekçelerden birkaçıdır*” gibi önermeleri geçerli kılmak için yapılması gerekli incelikli etik ve hukuksal tahliller vardır. Başörtüsü konusu da böyle tahliller gerektirir ve tarihsel, toplumsal, kültürel olarak kimi çevrelerde yerleşmiş zararsız bir giyim tarzı olarak (ve üstelik sünnetten farklı olarak bireyin kendi seçiminin ürünü ve **salt ifade** içeren bir davranış) olarak serbest bırakılması için daha çok gerekçe vardır.

Bugün kurban kesme eylemlerinin hayvan haklarını ihlal ettiğini savlayanlar bulunuyorsa bu say, hiçbir hayvanın, “kurban olmaktan” memnun olamayacağı ve kurban olmayı seçmediği varsayımına dayanmaktadır. Yetişkin bir insan söz konusu olduğunda, başkalarının haklarına zarar vermeyen seçimler onun özgürlük alanına girmektedir. Bugün geçmişte en ağır suçları işlemiş bulunan, hatta herhangi bir terör örgütü mensubu kimselerin bile eğitim haklarını ellerinden alamayacağımıza göre, kadın-erkek eşitliğini koruma adı altında türbanlı genç kızları üniversiteyi almamanın “militan demokratiyle” da bir ilgisi yoktur.

Çağdaş liberal-bireyci perspektiften bakılacak olursa, türban yasağına gerekçe gösterilen “kadın ve çocuk haklarını koruma” gerekçesi bağlamında savunulan menfaatin zorlayıcı

olduğu kabul edilebilecekse de devletin negatif yasaklardan ziyade istediği menfaati gerçekleştirmeye yönelik alternatif araçları kullanarak bu hakları koruması gerekmektedir. Aile içi şiddet gören kadınların sığınabileceği doğru dürüst bir merkezin bile olmadığı kentlerimizde, kız çocuklarının okula gönderilmemesinin yaygın bir eğilim olduğu bir ortamda, meslek sahibi olan kadınların son derece sınırlı sayıda olduğu bir ekonomik yapıda, töre cinayetlerinin yaygınlaştığı bir toplumsal kültürde türban ile uğraşmanın mantığı da yoktur. Yukarıda sayılan sorunların yaşanmasının nedeninin çocuğu türban takmaya zorlayan aileler ve kültürel ortamlar olduğu savunulabilir. Ancak bu ortamların yaratıldığı koşulları ortadan kaldırmak yasaklıktan daha pahalı ve zor, ama onunla karşılaştırıldığında daha samimi ve etkili bir önlemdir.

7. Başörtüsünün Yasaklanma Gerekeşi Olarak Tarafsızlık Sorunu ve Öğretmenler

Geniş anlamda düşünce özgürlüğünün bir parçası olan din ve vicdan özgürlüğünün bir kullanımı olarak başörtüsü takma serbestisi son yıllarda Batı Avrupa'da da özellikle öğretmenlerin türban giymesinin yasaklanıp yasaklanamayacağı sorusu ile ilgili olarak da hararetle tartışılmaktadır.

Örneğin bu tartışmaları Almanya'da ateşleyen bir olayda Afganistan asıllı Ferešta Ludin, başörtüsü taktığı için öğretmenlik yapması engellenince ilk olarak Eğitim Yüksek Dairesi'ne müracaat etmiş ve oradan red cevabı almıştır. Bu işleme karşı Stuttgart İdare Mahkemesi'nde açtığı davası reddedilen Ludin, Federal İdare Mahkemesi'ne müracaat etmiş ve davası yine aleyhte sonuçlanmıştı. Beş yıl süren hukuk mücadelesinin sonunda Ludin, Anayasa Mahkemesi'ne de başvurmuş ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 24 Eylül 2003 tarihli kararıyla davayı kazanmıştır. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararı da Almanya'daki başörtüsü tartışmasını sona erdirmemiş, aksine alevlendirmiştir.¹⁹

Almanya'daki başörtüsü tartışması Anayasa Mahkemesi'nin "nispeten lehte" karar vermesinden önce başlamıştı. Anayasa Mahkemesi, "konu somut olarak yasayla düzenlenmemiştir; bu boşluğu doldurmak ne resmi makamların ne de mahkemelerin ödevidir; bu konuyu [türban takmanın neden öğretmen olma niteliği ile bağdaşmayacağını ayrıntılı ve açık olarak gerekçelendiren bir yasa ile] düzenlemek, (yerel) kanun koyucunun ödevidir" saptamasında bulunurken türbanla ilgili bir sosyolojik araştırma raporunu göz önüne almış ve bilirkişi Dr. Karakasoglu'nun türban takmanın saikleri üzerine yaptığı bir araştırmayı da içeren görüşlerini dinlemiş, türbanın öğrenciler üzerinde gelişim psikolojisi bakımından etkisi konusunda görüş bildirmek üzere ise Profesör Dr. Bliesener'i dinlemiştir. Kararda, türbanın haç sembolü gibi salt-dinsel bir sembol olarak değerlendirilemeyeceğine, türban takmanın sosyokültürel ve geleneksel kökenlerinin de bulunduğuna işaret edilmiş;

ancak bir sembolün ya da giysinin dinsel bir emrin gereği olup olmadığının değerlendirilmesinde kişinin kendi inançları ile birlikte, içinde bulunduğunu belirttiği dinsel topluluğun kabullerinin de esas olduğuna işaret edilmiş ve türban söz konusu olduğunda durumun tartışmaya yer vermeyecek şekilde açık olduğunu ifade etmiştir. Sonuç olarak her eyalet, kendi yasasını yapmalı ve bu yasalar çerçevesinde, türbanın neden yasaklandığına ilişkin ayrıntılı gerekçeler gösterilmelidir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmelerinde, özgürlükler hukuku ile ilgili Türkiye'de yapılan yargılamalardan farklı olan bazı yaklaşımlar vardır:

- 1) Alman Mahkemesi tarafsız ve analitik bir yöntemle konuyu gerçek anlamı ile tüm mantıksal kapsamı içinde "tartışırken" ve hukuksal olarak "analiz" ederken, örneğin eski devlet başkanı Kenan Evren'in türbana izin veren bir düzenlemeye karşı açtığı bir iptal davasını kabul eden 7 Mart 1989 tarihli kararda önceden genel olarak geçerli olarak kabul edilen temel bir fikre, bir dogmaya, bir anlamda önyargılara gerekçe yazılmıştır:

"...Yükseköğretim kurumlarında giysilerin başörtü ve türbanın dinsel inanca dayandırılması çağın gereklerine aykırıdır. Çağa, güne, ortama, koşula, duruma uygun olarak herkes istediği biçimde giyinir. Dinî, çağdışı, güne ters düşen bir kurum olarak tanıtan, başörtüsü kullanımında belli biçim ve zorunluluk, vicdan ve dinsel inanç özgürlükleriyle uyuşmamaktadır. Sosyal ve dinsel değerlere, geleneklere saygı ayrı, başörtüsü için çıkan yasayı dinsel inançlara dayandırmak ayrıdır. Toplumun ahlâk kuralları ve gelenekleriyle yön verdiği içtenlikli uygulamaları, yükseköğretim kurumlarında dinsel gereklere bağlamak dinsel özgürlüğü saptırmaktır. Belli biçimde giyinmek özgürlüğü, dinsel inancı aynı, ayrı olanlar ve olmayanlar arasında farklılık yaratmaktadır. Vicdan özgürlüğü, istendiğine inanma hakkıdır. Lâiklikle vicdan özgürlüğü karıştırılarak dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz. Giyim konusu Türk Devrimi ve Atatürk İlkeleriyle sınırlı olduğu gibi vicdan özgürlüğü konusu da değildir. Zorlamayı uygun bulmayan din alanında, hukuk kuralları gibi nesnel yaptırımlar niteliğinde kural getirilmesi dinsel inanç özgürlüğüne ters düşmektedir. İncelenen yasa kuralı ise, yükseköğretim kurumlarında bayanların giyimlerine ilişkin getirdiği yeni düzenlemeyle dinsel inanca dayalı başörtüsüne olanak tanımıştır. Böylece, islamî esaslara uygun olup olmadığı bir yana, dinsel inanç gereği boyun ve saçların örtülmesine olanak vermekle, devlet kamu hukuku alanında bu hukukun gereklerine göre yapılabilecek giyimi

düzenleme yetkisini, dinsel olura bağlamış olmaktadır. Yükseköğrenim kurumlarında dinsel giyim esaslarını içeren düzenleme, dinsel kurallardan arındırılmış devlet düzenine, giyim nedeniyle dinsel bir elatmada bulunmadır. Bu biçimde de olsa dinin siyasal alana çekilmesi ve siyasal araç durumuna getirilmesi sakıncası yaratılmıştır. Dine dayalı kurallar hukuk kuralı yerine geçirilmekle temelde siyasal ve hukuksal bir kurum olan devletin din özgürlüğü yönünden yansızlığı bozulmaktadır... İncelenen Yasa maddesi, Anayasa'nın 24. maddesine bu nedenlerle aykırıdır.”

Yukarıdaki alıntıda kabul edilen anlayışın özneliği, kişilerin, ne anlama geldiği belli olmayan “çağın gereklerine uygun” giyinmeye zorlanmasına hoşgörü ile bakılması, dinsel inançlara dayalı davranış özgürlüğü kuramının değillenmesi ve laikliğe aykırı görülmesi, durumun neden siyasete alet edildiğinin saptanmaması, zihinsel bir değerlendirmeye, mantıksal bir sınamaya izin vermemesi eleştirilmelidir ve umarız ki Yüce Anayasa Mahkememiz, bu karardan nerede ise yirmi yıl sonra vereceği türban kararını,²⁰ karar hangi yönde olursa olsun, mantıksal izlek kurmaya uygun, din ve vicdan özgürlüğü kuramını çözümleyerek, sınırları ve sınırlamanın sınırlarını, türbanın serbest bırakılmasının hangi önemli menfaatleri nasıl ve ne ölçüde tehdit ettiğini ya da etmediğini, türban takılmasının somut dinsel, sosyolojik ve kültürel nedenlerini, bu özgürlüğün tam olarak ne özgürlüğü olduğunu sağlam hukuksal bir “analiz” ile belirler. Kaldı ki durum, Anayasa’da değişiklik yapan bir kanunun Anayasallığı ile ilgili olduğu için, Anayasa’ya aykırılık incelemesi, herhangi bir kanundan çok farklı ve salt-biçimsel olarak da değerlendirilebilecektir. Yine, Anayasa Mahkemesi’nin önündeki davanın, **türbanı yasaklayan bir düzenlemenin iptali** ile ilgili olmadığı, **türbana izin veren bir düzenlemenin iptali** ile ilgili olduğuna göre, bir özgürlüğü sınırlayan bir düzenleme değil, tam aksine özgürlüğün serbesti alanını genişleten bir düzenleme söz konusudur. Böyle düzenlemeler, başkalarının hak ve özgürlüklerine müdahale eden düzenlemeler olmadıkları için, sıkı ve özenli denetim kuralına tabi olmazlar ve diğer genel yasalar gibi değerlendirilebilirler. Ancak serbesti getiren düzenlemenin şüphesiz temel bir Anayasal kurala, örneğin laiklik ilkesine karşı yapılan bir müdahale olarak da görülmesi mümkün olsa da, türbanı üniversitede serbest bırakmanın laiklik ilkesini tehlikeye düşürdüğü ya da bu ilkeye zarar verdiği kuşkuludur.

- 2) Alman Anayasa Mahkemesi bu alanda sosyolojik incelemeleri ve bilirkişi değerlendirmelerini dinlerken Türk Anayasa Mahkemesi’nin özgürlükler hukuku alanında verdiği kararlarda bilirkişi incelemesi yaptırdığı gözlenmemektedir.

- 3) Alman Anayasa Mahkemesi, (kamu hizmeti veren) bir öğretmenin bile türban takıp takamayacağını tartışırken, Türk Anayasa Mahkemesi (kamu hizmetinden yararlanan) bir üniversite öğrencisinin durumunu tartışmaktadır.

Farklar çok sayıdadır; ancak yukarıda değinilen üçü son derece çarpıcıdır.

Almanya’da eyaletler kültür ve eğitim alanlarında yasal düzenleme yapma konusunda serbest oldukları için, bir eyalette ‘yasak’ uygulanabileceği gibi, başka bir eyalette serbestlik söz konusu olabilecektir. Örneğin Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti’nde halihazırda onlarca başörtülü öğretmenin okullarda sorun yaşamadan derslere girebildiği bilinmektedir. Almanya’da bulunan Hıristiyan Birlik Partilerinin yeni yasa çıkartıp başörtüsünü yasaklamayı düşündükleri de biliniyor. Anayasa Mahkemesi’nin bu kararından sonra Sosyal Demokrat ve Yeşiller’in koalisyon hükümeti oluşturduğu Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti, eyalet kanunlarında herhangi bir yasaklayıcı kanun ihdas etmeyeceğini, eyaletteki uygulamanın doğru olduğunu açıklamışlardır. Diğer eyaletler yerel bir kanunla Anayasa’ya uygun yasaklar/kısıtlamalar getirebilirler veya getirmeyebilirler. Bu, Anayasa Mahkemesi’nin kararına göre eyaletlerin sorumluluk alanında görülmüştür.

Alman Anayasa Mahkemesi, öğretmene türban takmayı yasaklayan eyalet kararının gerekçesinde öğrencilerin “tarafsız bir ortamda eğitim görmesi gerektiği” gerekçesini ileri sürmüştür. Mahkemenin, henüz “tarafsızlık”tan ne anlaşılması gerektiğini ve hangi şartlarda tarafsızlık ilkesinin din ve vicdan özgürlüğünün önüne geçebileceğini belirtmediği açıktır. Her koşulda Mahkeme, Baden Württemberg Eyaleti’nin inceleme altındaki idare ve mahkeme kararı ile, din ve vicdan özgürlüğüne müdahale edildiğini kabul etmiştir.

Alman Anayasa Mahkemesi’ne göre müdahalenin sınırları vardır ve bu sınırlar yasa ile belirlenmelidir. Ancak yasa ile sınırlama getirmenin **zorlayıcı nedenleri ve gerekçeleri olması** gereklidir.

Şüphesiz konu Amerikan düşünce özgürlüğü bağlamında tartışılacak olsa türbanın korunmaya değer zorlayıcı bir kamusal menfaat olan tarafsızlık bakımından “açık ve yakın bir zarar tehlikesi teşkil ettiğini” ispatlamak gerekmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi de benzer bir biçimde, türbanın tarafsızlık bakımından mücerret “tehlike” teşkil ettiğinin kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. “Bir delilden kaynaklanmayan ihtimalin hiçbir önemi yoktur” kuralı Alman Anayasa Mahkemesi’nin kararında da ortaya çıkmıştır.

Bu noktada herhangi bir Amerikan ya da Avrupalı yargıcın soracağı soru Hıristiyan inancına sahip bir öğretmenin okulda boynunda haçla ders vermesinin nasıl karşılanacağı sorusudur. Sorun duvarda asılı haç değil, öğretmenin boynunda asılı haç olarak ortaya konabilir.

Gerçekten boyuna haç takmakla başına türban takmak arasında bir fark varsa bile o fark, iki görünümü de algılayanların hisleri arasındaki farktır. Yani, düşüncenin ifadesinin muhataplarının düşüncenin içeriğine yönelik olarak duydukları olumlu ya da olumsuz tepkiye. Avrupa’da türban konusundaki farklı görüşlerin ve bu hususta özellikle Katolik Latin dünyasının yaklaşımına örnek Fransa’nın, devlete ait ilköğretim okullarındaki “yasakçı” tavrı ile Protestan çoğunluklu eyaletlerinde “serbestiyetçi”, Katolik çoğunluklu eyaletlerinde “yasakçı” kamplara bölünen Almanya’nın tavrı, ilk bölümde değindiğimiz “laikliğin farklı din ve mezheplere göre sosyokültürel yaşanış biçiminin” de bir izdüşümü olmaktadır. Laiklik ilkesi her toplumda farklı biçimde yaşanıyor diye özgürlükler sınırlanabilmeli midir? Eski devlet başkanı Kenan Evren’in açtığı davada verilen kararda ima edilen “Biz burada laikliği böyle yaşarız” şeklindeki bir gerekçe ne derece hukuksal ve analitiktir? Özgürlükler hukukunun çerçeve ve içeriği, farklı kültürlerle göre görecelileştirilmeye izin vermekte midir yoksa tartıştığımız değer, herhangi bir kültürel postülatın “ihsanına” bırakılmayacak kadar evrensel ve insani bir değer midir? Kanımızca bu soru, türban konusundaki tartışmalara katkı sağlayabilecek önemli bir sorudur. Tek başına kültüre atıfta bulunmak argüman değildir...

8. Türban ve Kamusal Alan Tartışması

Batı düşüncesinde kamusal alan (“public forum”) denilen alan, devletin en az müdahale hakkı ve yetkisinin olduğu, topluma ve halka ait olan alan olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda *sivil alan* ya da *sivil toplum alanı* kavramı da kullanılabilir. Türkiye’de, kamusal alan kavram çatısı altına, devlet mülkü, devlet nüfuzu, devlet destekli ve örgütlü ortamlar da sokulmuştur. Bu çerçevede “kamusal” kavramı “devletle ilgili” anlamına alınmıştır. Şüphesiz ifade özgürlüğü gereken ölçüde güvence altına alındıktan sonra ABD ve genel olarak Batı Avrupa’da kabul edilen kamusal alan kavramına başka bir anlam yüklemek ve kamusal terimini devletle ilgili algılamakta (yani Batı dilleri anlamında toplumla ve halkla ilgili olmayan olarak algılamakta) bir sakınca yoktur. Sonuçta, sözcüklere yüklenen anlamlardan ziyade, anlamların tabi olduğu kurallar önemlidir. Ancak, kamusal alanla kastedilen devletle ilgili, halka açık olmayan, sivil olmayan, toplumdan ziyade devlet otoritesinin ve nüfuzunun geçerli olduğu alanlar kastediliyorsa, şüphesiz bu alan içinde de ifade özgürlüğünün sınırlanmasının ancak belirli ölçütler içinde mümkün olduğunu teslim etmek gerekmektedir. Devlet alanında sarf edilen ifadeler söz konusu olduğunda sınırlamanın sınırlanması rejimi, sivil alan söz konusu olduğunda geçerli sınırlama rejiminden daha gevşektir. Fakat bu çerçevede denetim, devlet alanında yapılan sınırlamaların *eşitlik ilkesi* ile desteklenmesi yolu ile sıkılaştırılabilmektedir. Türkiye’de kullanıldığı anlamı ile kamusal, Batı dillerindeki anlamı ile devlet alanlarındaki müdahalelerin de eşitlik ilkesine uyması ve özellikle, farklı düşünceler arasında bakış açısına dayalı olarak ayrıma tabi tutulmaması (“viewpoint

discrimination”) gerekmektedir. Buna göre, türban yasaklanırken üniversiteye sakallı ve takkeli girilmesi serbest bırakılamaz ya da her ikisi yasaklanırken okula boyunda haçla girmek serbest bırakılamaz ya da her üçü de yasaklanırken, okula şapka ile gelmek serbest bırakılamaz. Sayılan eylemlerden hiçbiri yasaklanamaz.

Tüm bu söylenenlerden çıkarılması gereken sonuç şudur: Türban ile mücadele edilmek gerekiyorsa, bu mücadele de şüphesiz kendi içinde mümkün kılınmalıdır. Türbanlılar kadar buna karşı olanların da düşünce özgürlüğü vardır. Ancak türbana karşı olanlar bunu hukuki yaptırımlar eliyle değil siyasal yollarla ve yaptırım alanı dışındaki platformlarda gerçekleştirmeye çalışmalıdır. Türbanın okullarda yaygınlaşmasının önlenmesi yaptırımlarla değil, özendirmelerle, hukuki yasaklarla değil siyaset alanındaki projelerle gerçekleştirilmelidir. Yasaklar, yasaklanmış oluş biçimini yeraltına indirecek, sistemden ve yasakçıdan “nefret” etmeye ve gücü eline aldığı anda aynı yasakçı tepkiyi gözünü kırpmadan gerçekleştirmeye itecektir.

Bu satırların yazarı, türban takanların yerinde olsa idi, türban takmayı kadın için nerede ise obsessif-kompulsif bir zorunluluk haline getiren, kadını, giyimsel bir çeşitlilik ve renklilikten alıkoyan bir “perhiz” rejimine sokan ve özellikle sadece kadınlara yönelik olduğu için somut bazı durumlarda ayrımcılık olarak nitelenebilecek, bireysel hareket alanının duruma göre kısıtlanması tehlikesine neden olabilecek bir geleneksel, kültürel ya da dinsel emre uymadan önce düşünürdü! Ama onların bu temel haklarını teslim etmektedir. Bu satırların yazarı, kişilerin, örneğin orta parmağını göstermemeyi seçen bir tür “tarikata” mensup olma haklarını da tanımaktadır; hatta her türbanın değişik bir görünümü ve havası olacağı için bu bir-örnekliliğin dahi bireyselliği yok etmediğinin farkındadır; Avrupa ve ABD “kamusal alanına” sık sık çıktıklarını gözlemlediği “Hasidik” Musevilerin siyah takım elbise içinde beyaz gömlekle ve siyah fotr şapkalı erkeklerinin de -eğer Türkiye’de sayıları dikkate değer ölçüde olsa idi- dillerini, kimliklerini ve elbiselerini değiştirmedikleri için Mısır’a asimile olmaktan kurtuldukları yolundaki inançlarına, belirli bir inancı, geleneği, taraftarlığı ya da alışkanlığı simgesel-giyimsel olarak “üniforma saygınlığı ve ait olduğu halka karşı sorumluluk” duygusu ile yaşama haklarına, bir-örnek siyah beyaz giysilerde bireyselliğin daha da öne çıktığı, çünkü yüzeysel örtülerden çok karakterin önemli hale geldiği yolundaki fikirlerine saygı duyardı. Böyle fikirlere saygı duymak başka, bunları anlamlı ve akılcı bulmak başka şeydir. Hak, başkalarına karşı meşru olarak ileri sürülebilen bir menfaattir. Türban takan kadınların, haklarını “bana karşı” ileri sürmeleri, din ve vicdan özgürlüklerinin ve kendi seçimlerini kendilerinin yaptıklarını varsaymamı zorunlu kılan bir yaşam düzeni felsefesinin gereğidir. “Benim için özgürlük ama sana yok” biçiminde çift-standartlı bir tümce ile özetlenebilecek yasakçı yaklaşım, özgürlüklerin varlık nedenini de tehlikeye atmaktadır.²¹

9. Bir Rejim Tanımı Olarak Laiklik ve Türban: Anayasal Değerlendirme

Laiklik ilkesi ile çeliştiği düşünülen türban takma eylemini, temel hak ve özgürlükler açısından değerlendirirken bir soru daha sormak gerekmektedir: Acaba bir rejim tanımı olan laiklik, türban takma özgürlüğünün sınırlanması gerekçesi olabilir mi? En yalın tanımı içinde **devletin**, kendi işlerini dinden ayırması olarak tarif edilebilecek olan bu ilkeye dayalı olarak türban takmak yasaklanabilir mi? Devletin laikliği, bireyin türbanının neresinde yer alabilir? Laikliğin rejim tanımının bir unsuru ve bir ilke olduğu dikkate alınırca, bu tanım içerisinde özgürlüklerle ilgili tartışma “ya laiklik ya türban” normativizmi halini almak zorunda mıdır? En nihayetinde laiklik, “eşyanın doğası gereği, özgürlüklerin sınırlanması konusunda bireyin kendi tercihlerinin üstünde ve ötesinde bir kıstas uygulanması gerektiği anlayışı” değildir. Zaten her türlü özgürlüğün meşru sınırlarını bulabilmek bireyin kendi tercihlerinin üstünde olan bazı kriterleri gerektirir. Bu kriterleri belirleyen özgürlükler hukuku ilkeleridir. Yukarıda söz konusu ilkelerin bazılarına değindik ve yer yer salt hukuksal değil, normatif-etik açıdan da değerlendirmelerde bulunduk. Ancak salt hukuksal açıdan dahi belirtilmelidir ki üniversitelerde türban takılmasının yasaklanması Anayasaya aykırıdır. Anayasa, “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir” temel düzenlemesini getirirken, “*toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde*”, “*insan haklarına saygılı*”, “*Atatürk milliyetçiliğine bağlı*”, “*başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan*”, “*demokratik*”, “*lâik, sosyal*” “*bir hukuk devleti*” olma şartlarının kümülatif ve birlikte var olduğu bir denge ve merhaleler sistemini öngörmüştür. Bu denge ve merhaleler sisteminin kuramı açık olarak ortaya konulmadan salt laikliğe dayalı olarak özgürlük sınırlanması gerekçelendirilemez. Somut pek çok gerilimde, örneğin hukuk devletliği ya da “demokratiklik” laiklik ilkesi ile çatışyorsa, aradaki denge adil ve hukuk devleti ilkesine uygun olarak bulunmak zorundadır. Laikliği koruyoruz diye adam öldürülemeyeceğine göre, ortada her zaman hukuk devleti mülahazası vardır.

Anayasa, bu denge ve merhaleler sistemini, temel hak ve özgürlükleri düzenlerken kurmuştur. Şöyle ki, Anayasanın 13. maddesi aşağıdaki düzenlemeyi öngörmüştür:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Demek ki temel bir hak olan din ve vicdan özgürlüğünün sınırlanmasının sınırlarını

Anayasanın, din ve vicdan özgürlüğü ilkesini düzenleyen 24. maddesinde aramamız gerekir. Bu madde aşağıdaki düzenlemeyi öngörmektedir: “Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.”

Bu özgürlük bakımından, madde içinde hiçbir doğrudan sınırlama getirilmediğini görüyoruz. Ancak aynı maddenin son fıkrasında yer alan

“kimse, devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz”

biçimindeki düzenleme dolaylı bir sınırlama olarak önemli olabilir. Bu fıkra, türbanı yasaklayan kanunun dayanabileceği Anayasal bir gerekçe olarak kabul edilecekse, önce türban takmanın saikinin; her durumda, *devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama olduğu* ispatlanmalıdır. İstismar somut verilerle ispatlanmalıdır, çünkü salt kişinin başına sarılı türbanın, onu görenlerde uyandırdığı duygular istismarın varlığı anlamına alınamaz. Bu tahlil, yapılması gereken ilk tahlildir.

Diyelim somut bazı olaylarda öyle ya da böyle istismar ispatlandı. O zaman yapılması gereken ikinci tahlil, 24. maddenin son fıkrasındaki nedenlere dayanan (yani dini istismarı önlemek için çıkarıldığı iddia edilen) kanuni yasağın, 13. maddedeki genel sınırlamalara göre meşru kılınp kılınamayacağını belirlemektir. Şöyle ki, türban takmanın; devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar etmek ve kötüye kullanmak anlamına geldiği gerekçesine dayanan yasak ayrıca 13. maddeye göre *Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olup olmadığı, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olup olmadığı* bakımından incelenmek durumundadır. Bu incelemenin gerektirdiği tahliller şunlardır:

- 1) Yasak, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun mudur?
- 2) Yasak, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun mudur?
- 3) Yasak, laik Cumhuriyetin gereklerine uygun mudur?
- 4) Yasak, din ve vicdan özgürlüğüne ölçülü bir müdahale mi getirmiştir?

Değerlendirmelerimiz göstermiştir ki, türbanı genel olarak sınırlayan herhangi bir kanunun uygun olduğunun iddia edilebileceği tek kriter, *laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olup olmama* kriteridir. Bunun dışında, tartışma konusu genel yasak (somut bazı durumlarda istismarın kanıtlanmasına dayansa bile), kanımızca (istismarda bulunmayacak olanları da kapsayan soyut ve genel bir yasak olarak hukuk devletine aykırı olduğu için) *Anayasasının özüne ve ruhuna aykırı*; (kendisi kadar önemli hiçbir temel hakka doğrudan ya da dolaylı zarar ve tehlike içermeyen bir eylemi yasaklayarak farklı oluş biçimlerine saygısızlık anlamına geldiği için) *demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı* ve (istenen amacı, yani 24. maddenin son fıkrasında yazılı istismarı önleme amacını gerçekleştirmeye yönelik daha az sınırlayıcı önlemler var olduğu için) *ölçüsüz* bir müdahaledir. Tüm bunlardan başka, söz konusu düzenleme, başta, özgürlüklerin *özüne*, kişinin salt oluşsal ya da salt inançsal “*görüntüsüne*” dokunmakta olduğu için, hiçbir alt-kriter uygulamasına bile gerek olmadan Anayasaya aykırıdır. Demek ki 24. maddenin son fıkrasında yazılı “kötüye kullanmayı önlemek amacıyla” çıkarıldığı iddia edilebilecek bir türban yasağı, 13. maddedeki Anayasallık denetiminden geçememelidir. Bununla beraber belirtmek gerekir ki, bir yasağın kötüye kullanmayı önlemek için çıkarıldığını iddia etmek, yasağı ilk anda meşru kılmaz. Herhangi bir kötüye kullanma ispatlanmış olmalıdır ki onu önlemek için bir yasak çıkarılabilir. Oysa türbanlı her bireyin, olayların büyük çoğunluğunda böyle bir istismar tehlikesi yarattığı mantıksal olarak düşünülemez. Daha önce verdiğimiz bir örneği yinelemek pahasına belirtelim: Belirli promil düzeyinin üstünde alkollü olarak otomobil kullanmanın yasaklanması, bu durumda otomobil kullanılmasının çoğunlukla kazalara yol açan dikkatsiz araç kullanmaya neden olduğu kriminolojik verisine dayanılarak kabul edilmiştir. Acaba türban söz konusu olduğunda söz konusu istismar korkusunu haklı çıkarabilecek bir eylem böyle kriminolojik bir tipik hareket boyutunda saptanmış mıdır?

Tüm bu tahliller mantıksal tahlillerdir. Makul değerlendirme ile varılabilecek sonuçlardır. Teokratik devlet propagandasının yasaklanması bile, en azından; düşünce özgürlüğünün yasaklanmasının (örneğin sosyalizm propagandasının yasaklanmasının, Türk milletini tahkirin yasaklanmasının), bilim ve sanat özgürlüğünün yasaklanmasının meşruiyet kıstaslarına tabi iken, ona yüklediğimiz misyon ve anlam olmasa basit bir eşarp olarak değerlendirilebilecek türbanın yasaklanmasının daha sıkı meşruiyet kıstaslarına tabi olması gerektiği ortadadır. Türban takanın, karşısındaki insanın üstüne cin salma gibi insanüstü bir yeteneği olmadığına göre normal koşullar altında hiçbir kimseye maddi ve manevi zarar vermeyen, şiddet içermeyen başörtüsünü yasaklama kriterleri, örneğin ifade özgürlüğünün sınırlanması kriterlerinden çok daha sıkıdır. Üniversite içinde türban takmanın yasaklanması, üniversite içinde siyasal pankart asmanın yasaklanması ile bir değildir.

Şüphesiz yukarıdaki değerlendirmeler, türbanı yasaklayan düzenlemelerin meşruiyeti ile ilgili

tartışmalardır. Türbanı *serbest bırakan* düzenlemelerin meşruiyeti sorusu, türbanı yasaklayan düzenlemelerin meşruiyeti sorunu gibi tartışılmaz. Çünkü o zaman ortada, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan değil, tam aksine serbesti alanını genişleten bir düzenleme söz konusu olur. Böyle bir düzenleme, genel yasaların denetimine tabi olmak zorundadır ve bu gibi yasalarda, tali iktidarın takdir yetkisi çok daha geniştir. Hele hele söz konusu olan bir Anayasa değişikliği ise ancak Anayasanın 4. maddesinde yazılı kural geçerlidir. Buna göre,

“Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.”

Bilindiği gibi bu zamana kadar üniversitelerde yasak olan türban, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair” 5735 sayılı, 9 Şubat 2008 tarihli Kanun ile serbest bırakılmış ve türbanı serbest bırakan kanunun Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuştur.

Kanun ile, Anayasanın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi ve Anayasanın 42. maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

“Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.”

Acaba bu değişiklik, Anayasanın 4. maddesi ile değiştirilemeyecekleri belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini mi değiştirmektedir? Kamu hizmetinden yararlanan konumundaki türbanlı kimselere üniversitede öğrenim hakkının tanınması, Cumhuriyetin, örneğin *laik* niteliğinin değiştirilmesi anlamına mı gelir? Bu sorunun yanıtı çok açık olarak “hayır” olmalıdır diye düşünüyoruz. Laiklik egemenliğin kaynağının ilahi bir güçte değil halk iradesinde olması ise, bireyin türban takması (türban takmak egemenliğin kullanımı ile ilgili hiçbir anlam, işaret ve sonuç içermediği için ve ayrıca türbanlı birey devlet egemenliğini kullanmadığı için) devletin laikliğine aykırı bir durum değildir. Birey değil, devlet laik olmak zorundadır ve o devlet, egemenliğini *egemenlikle ilgili somut hüküm ve sonuç yaratacak şekilde* kullanırken laik olmak, kaynağını halka dayandırmak zorundadır. Laiklik ayrıca din ve devlet işlerinin ayrılığını anlatıyorsa, üniversitede kamu hizmetinden yararlanan türbanlı bireyin devlet işi görmediği açıktır.²² Tıpkı, devlet hastanesinin acil servisine başvuran türbanlı hastanın devlet işi görmediği gibi. Tıpkı türbanlı olarak sanık sandalyesinde oturan kimsenin devlet işi görmediği gibi.

Devlet liselerinde zorunlu din dersi, dini, örneğin Hıristiyanlık, Yahudilik, Budizm, Animizm ve sair inanç ve tüm mezhepler ile birlikte bir kültür dersi olarak değil, belirli bir inanç belletme ve ayet ezberletme dersi biçiminde veriliyorsa laikliğe aykırıdır denebilir. O zaman devlet, örneğin çoğunluğun benimsediği bir dini ya da mezhepsel bir inancı azınlığa da benimsetmek amacıyla kamusal kaynakları kullanıyor denebilecektir. Salt belli bir dini öğretmek için verilen din dersi, salt belli coğrafyayı (örneğin Asya kıtasını) öğretmek için verilen coğrafya dersine benzer ve zaten sadece laiklik ilkesine değil, “olması gereken kavrayıcı müfredata” aykırı olduğu için de eleştirilebilir. Ancak, din dersinde Sünni mezhebe daha büyük önem vermek coğrafya derslerinde Türkiye’ye daha büyük önem vermek gibi değildir. Çünkü Anayasal eşitlik ilkesi, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” hükmünü getirmiştir. Buna göre, devlet eğitim hizmetini verirken dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin verecektir.²³

Her durumda, üniversite öğrencilerinin türban takmasına izin vermek ile zorunlu olarak sadece Sünni inancı dersleri vermek arasında çok büyük fark vardır. Bu fark, laiklik ilkesinin muhatabının kim olduğu ve laiklik ilkesinin koruduğu “halk egemenliğinin” kullanımın ne demek olduğu sorularının yanıtında yatar.

Bu çerçevede, Türkiye’de salt prosedürel bir demokrasi ve demokratik hak ve özgürlükler anlayışından farklı olarak, hatta hukuk devleti ilkesinin gereklerine aykırı olarak sadece din ve vicdan özgürlüğü açısından değil, pek çok diğer özgürlükler açısından da toplumsal yaşamın nasıl olması gerektiğine dair içeriksel bir dayatmanın söz konusu olduğu düşünülebilir. Bu dayatmanın temelinde yatan savlardan biri olan *aydınlanma idealini* ele almadan veya sorgulamadan laikliğin salt Batı Avrupa ve Türkiye’de uygulanma biçimleri ve anayasal düşünce özgürlüğü üzerinden yürütülen bir tartışmanın türban konusunun Türkiye’de yarattığı gerilimi yeterince anlatamadığı düşünülebilir. Zaten bu makale böyle bir gerilimi anlatma kaygısında da değildir. Hiçbir toplumsal gerilim, salt özgürlükler açısından ele alnamaz. Gerilim ya vardır ya yoktur ve özgürlükler kuramının yanında pek çok tarihsel, kültürel, sosyolojik ve sair nedenleri vardır. Bu makalenin amacı, konuyu, normatif-etik ve anayasal özgürlükler kuramı açısından değerlendirmektir. Bu çerçevede laiklik vurgusu, “bireysel özgürlükleri” sınırlandırma gerekçesi olarak gösterilemediği içindir ki önemlidir. Anayasa, laikliği din ve vicdan özgürlüğünün karşıtı olarak almamıştır. Tam aksine, geniş anlamda laikliğin güvencesi, farklı din ve mezheplerin eşit olarak korunması ve bireylerin dinsel inançlarını yerine getirmesine mümkün mertebe olanak sağlanmasıdır. Her iki ilke arasındaki çekişme, siyasal-sosyolojik bir çekişmedir. Ama böyle bir çekişme olması, bu çekişmenin hukuksal veya normatif-etik olarak değerlendirilmesini engellemez. Bu, bugünün

sorunudur. Yarın benzer bir sorun, başka bir giyimde, örneğin Yahudilerin taktığı yarmulkede başverirse hangimiz bunun yasaklanmasını laiklik ilkesi ile açıklayabilir? Dil birliği, milli birliğin bir unsuru değil midir? Ama devletin rejim tanımında, ülkesi ve milleti ile bütünlük yok mudur? O zaman yarın bir gün gene “vatandaş Türkçe konuş!” düzenlemeleri getirilirse, bunların meşruiyet kriteri “milli birlik ve beraberlik” olabilecek midir?

IV. Sonuç

Önümüzdeki yılların, tüm bu tartışmaların hem Türkiye’de hem de dünyada daha da çok alevleneceği yıllar olacağı tahmin edilebilir. Laiklik ve din ve vicdan özgürlüğü çatışmasının çözümü için “türban takan zümreden” çok türban takan “bireye”; bireyin haklarına, o hakların Anayasal düzlemdeki yerine, Avrupa ile birlikte Avrupa dışı dünyaya bakma zamanı gelmiştir.

Çalışmamızda, Anayasal din ve vicdan özgürlüğü, hatta salt inanç, düşünce ve hareket özgürlüğünün bir uzantısı olan türban takma eyleminin sınırlanıp sınırlanamayacağını ele aldık. Bu alanda normatif-etik bir çerçeveden yola çıkarak Anayasal düzleme ulaştık ve sonuç olarak, özellikle üniversitelerde türbanın yasaklanamayacağı fikrimizi savunduk. Bu fikrimiz, kadınların türban takmasını savunmak demek değildir. Kadınların türban takmasının yasaklanmasının din, inanç, vicdan ve düşünce özgürlüğüne aykırı olduğunun savlanmasıdır.

Bu çerçevede türban sorununu, öncelikle, laiklik ilkesi ile din ve vicdan özgürlüğü arasındaki sosyolojik çatışmaya işaret eden önemli başlıklardan biri olarak ele aldık. Türban takmanın hangi özgürlük olduğunun saptanmasının zorluğuna değindik. Türbanın yerine göre hem “oluş biçimi” ve hareket özgürlüğü, hem de düşünce özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü ve dini vecibeleri yerine getirme özgürlüğü anlamına gelebileceğini belirttik. Başörtüsü veya türbanın çarşaftan farkını ortaya koymaya çalıştık. Türbanın yasaklanması çerçevesinde “onlar iktidarda olsalar bizim özgürlüklerimizi daha da sınırlarlar” yaklaşımın gerekçe olamayacağını, türban takanın saikinin, sandığımız kadar önemli olamayacağını, türban takmayanın tepkisel hislerinin türbanın yasaklamasına gerekçe olamayacağını, kamu hizmetinden yararlanan öğrenciler söz konusu olduğunda yasağın gerekçelendirilmesinin son derece güç bir hal aldığı, teokrasi tehlikesi gözetilerek türbanın yasaklanması konusunda türban takmanın teokratik düzene geçmek tehlikesi bakımından son derece soyut ve belirsiz bir konumda kaldığını ifade ettik. “Türbanlının türban takmaya mecbur bırakıldığı” savı ve özellikle paternalizm sayılabilecek kadın haklarını koruma gerekçesine verdiğimiz yanıt, liberal bireyci seçim özgürlüğünü savunma yolunda oldu. Başörtüsünün yasaklanmasını, öğretmenlerin başörtüsü açısından da, özellikle Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararları ışığında, tartıştık. Bu çerçevede Türk Anayasa Mahkemesi’nin ilk yaklaşımları ile Batı Avrupa

Anayasa Mahkemeleri ve Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yaklaşımları arasındaki çarpıcı farklara değindik. Türban ve kamusal alan tartışmasına, “salt devlet nüfuzunun egemen olmadığı sivil toplum alanları çerçevesinde düşünce ve bilim özgürlüğünün azami koruma görmesi gereken bir ortam olarak üniversite” fikri ile yanıt verdik. Son olarak “bir rejim tanımı olarak laiklik ve türban” başlığı altında Anayasal değerlendirmelerde bulunduk ve yeni türban serbestisini değerlendirdik.

Türban konusundaki görüşleri Necip Fazıl'ı büyük bir şair yapmamıştır, büyük bir şair olmaktan da çıkarmamıştır. Nazım Hikmet'i büyük şair yapan salt komünist düşünceleri değildir, o düşünceler Nazım Hikmet'i büyük bir şair olmaktan da çıkarmamıştır. Türban takan bir kadın, salt “türbanlı” değildir herhalde. Başkalarına göre olumlu ya da olumsuz pek çok başka nitelikleri ve düşünceleri olabilir. O, türban takmayanla eşit haklara sahip bir bireydir. Demokrat, teokrasi yanlısı veya başka bir düşünce sahibi olabilir. Türbanı geleneksel olarak ya da dini inancının gereği olarak takıyor olabilir. Makul bir yaklaşımla değerlendirildiğinde, başörtüsünün bıyıktan ya da çember sakaldan hiçbir farkı yoktur.

* Akademisyen, avukat ve yazar. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu. Ankara ve Milano Üniversitelerinde yüksek lisans eğitimi almış; doktorasını, “Kin ve Nefret İçeren İfadeler ve Eylemler ile Ceza Hukuku Yolu İle Mücadele Konusunda Amerika Birleşik Devletleri ve Alman Sistemlerinin Karşılaştırılması” üzerine Federal Almanya'da bulunan Freiburg Üniversitesi'nde yapmıştır. *Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku –I- Amerika Birleşik Devletleri*” adlı kitabı 2004 yılında Seçkin Kitabevi tarafından, Almanca yazdığı *Almanya ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Kin ve Nefret Suçları ile Cezai Mücadele* adlı diğer kitabı Federal Almanya'da bulunan iuscrim Yayınevi tarafından 2006 yılında yayımlanmıştır. Düşünce özgürlüğü alanında, Türkiye ve dünya uygulaması açısından yeni değerlendirmeler içeren pek çok makalesi gerek yurtdışında gerek Türkiye'de yayımlanmıştır. Bunlar arasında, “YTCK Açısından Salt İfade Suçlarına Eleştirel Bir Bakış” adlı makale Hukuki Perspektifler Dergisi'nin Mayıs 2006 sayısında yayımlanmıştır. Öykü Didem Aydın, İngilizce, Almanca ve İtalyanca dillerinde ağırlıklı olarak hukuksal konulu çeviriler de yapmaktadır. Şu anda, özellikle özgürlükler hukuku, uluslararası sözleşmeler hukuku, yabancı sermaye ve yatırım hukuku, şirketler, idare ve ceza hukuku alanlarında avukat olarak çalışmalarını sürdürmektedir.

¹ Batı Avrupa hukuk uygulamasında vicdani red kurumundan yararlanmak isteyen bireylerin, askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmesi ile vicdani inançlarına uygun yaşamak yükümlülüğü arasındaki uzlaşmaz ihtilafın “ciddi” olduğunu kanıtlamaları gerekmektedir. Bu yolda gösterilecek “kurtuluş kanıtları” arasında en ciddi olanı, saldırgan savaş karşıtı dinsel mezhepler veya öğretiler ve özellikle Hristiyanlığın barışçıl yorumlarıdır.

² Martin H. Redish, *Freedom of Thought as Freedom of Expression: Hate Crime Sentencing Enhancement and First Amendment Theory*, 11 CRIM. JUST. ETHICS 33 (1992).

³ Kamu güvenliği, kamu barışı, kamu düzeni gibi kavramları temel yönleri ile tanımlayan ve analiz eden bir Alman Anayasası Mahkemesi kararı için bkz. BVerfGE 69, 315, 352. Kamu düzeni kavramını, ceza hukuku bakımından da olsa, hukuk normlarına indirgeyen anlayışa katılmıyoruz. Kamu düzeninin her unsurunu korumak çağdaş ceza hukuku bakımından, hatta salt hukuksal bakımdan gerekli addedilmeyebilir. Kamu düzeninin bazı unsurları, toplumsal etik yaptırımlarla da korunmaktadır. Örneğin, maruz kalacağı toplumsal tepkiler pek çok insanı sokakta çırılçıplak dolaşmaktan alıkoyabilir. Bu gibi davranışları önlemenin hukuksal yaptırım araçları ile gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği hukuk felsefecileri tarafından hararetle tartışılmaktadır. Buna rağmen, gerekli sınırlamayı yapmak ve arzu edilen meşruiyet zeminine ulaşmak için “kamu düzeni” kavramının anlamı ile oynamak yerine, kamu düzeninin bir kalkan olarak koruma altına aldığı temel bireysel ve toplumsal değerler ön plana çıkarılmalıdır. Bunlar, yaşam, hürriyet, kişi bütünlüğü, cinsel bütünlük, kişi onuru gibi kavramlardır.

⁴ 422 U.S. 205 (1975).

⁵ “...we are inescapably captive audiences for many purposes. Much that we encounter offends our esthetic, if not our political and moral, sensibilities. Nevertheless, the Constitution does not permit the government to decide which types of otherwise protected speech are sufficiently offensive to require protection for the unwilling listener or viewer. Rather...the burden normally falls upon the viewer to ‘avoid further bombardment of his sensibilities simply by averting his eyes [422 U.S. 211-212 (1971)].”

⁶ 403 U.S. 15 (1971).

⁷ Aziz Nesin'i saygı ve minnetle anıyoruz.

⁸ Leyla Sahin v. Turkey, Application number: 00044774/98, Date: 29/06/2004 Hudoc Ref. No.: REF00005098; <<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>>

⁹ Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940).

¹⁰ Leyla Sahin v. Turkey, Application number: 00044774/98, Date: 29/06/2004 Hudoc Ref. No.: REF00005098; <<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>>

¹¹ A.g.y.

¹² 310 U.S. 296, 310 (1940).

¹³ Minnerville School District v. Gobitis, [310 U.S. 586, 601 (1940)].

¹⁴ West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

¹⁵ Aristo, evrenin merkezinin dünya olduğu ilkesine dayanmıştı.

¹⁶ Bugün, dünya üzerindeki mühendislik faaliyetlerinin çoğu, Newton'un prensiplerine dayanılarak rahatlıkla yürütülebilir.

¹⁷ Kopernik, dünyanın evrenin merkezi olmadığı anlayışına dayanarak, heliosantrik bilimsel devrimi başlatmıştır.

¹⁸ "Evrenin fiziği" ile ilgilenmek, Newton'dan Einstein'ın görelilik kuramına geçmeyi şart kılar.

¹⁹ Türkiye'den farklı olarak Avrupa'da yapılan türban tartışmalarının, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı konusu ile de doğrudan bağlantısı vardır. Avrupa'da, bazı ülkelerde geçerli tepkilerin her zaman laiklik adına yapılmadığı şüphesini haklı çıkaran bir tarihsel öncelin bulunduğunu unutmamak gerekmektedir. Üçüncü Reich döneminde, Musevilerin "sünnet" ya da "kurban kesme" gibi uygulamalarının yasaklanıp cezalandırılması en başta naziler tarafından savunuluyordu. Şüphesiz, bu gibi uygulamaların yasaklanmasındaki asıl neden, kişilerin ya da hayvanların vücut bütünlüğünün korunması değil, Musevileri, insanlık dışı uygulamalar yapan bir dinin mensubu olarak karalamaktı. Paralel bazı görüşler bugün Avrupa'da türban konusunda savunulmaktadır.

Bilindiği gibi "Türk düşmanlığı" son yıllarda neredeyse "Antisemitizm" kavramına benzer biçimde sosyolojik terminolojideki yerini iyice sağlamlaştırmış bulunmaktadır. "Xenophobia" yanında "Islamophobia" gibi kavramlar da artık iyiden iyiye tartışılır duruma gelmiştir. 11 Eylül saldırıları bu eğilimlere yeni bir boyut katmıştır. Türkiye'nin Avrupa Birliği üyeliğinin tartışıldığı şu günlerde, bu tartışmalarda ve yapılan anketlerde önemli bir rolü olan bu perspektifi türban tartışmaları konusunda da ihmal etmememiz gerektiği açıktır. Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyeliği, Avrupa içinde bulunan Türk nüfusun da sorunsuz kucaklanmasının anahtarı ve dışlanmış bir azınlık değil, Avrupa kültürünü zenginleştiren bir unsur olması sürecini hızlandıran bir gelişmenin de ateşleyicisi olacaktır. Bu nedenle, Avrupa Birliği'ne üyeliğe ya da bu üyeliğin olmazsa olmaz koşulu olan birtakım özgürlüklere, yalnızca Türkiye bağlamından değil Avrupa Türkünün gözünden de bakılabilir. Demografik veriler, 2030 yılında Almanya nüfusunun üçte birinin anne ya da babası Almanya dışında doğmuş olanlardan oluşacağını göstermektedir. Bu bakımdan, "Avrupalı" kavramı üzerinde de düşünmek ve Avrupalıyı "Germen, Anglo-Sakson, Latin vs." kökenli olarak görmemek gerekir. Bu bağlam içinde, hem başörtü takanların Avrupalı ve çağdaş olamayacağı tezi, hem de böyle kimselerin Avrupa'nın temel aldığı değerlere uygun yaşamadığı fikri düşünce, din ve vicdan özgürlüklerinin gerçekleştirilmesi bakımından çoğulculuğun önemi bağlamında değerlendirilmelidir. Özgürlükler hukuku ile çoğulculuk ilkesinin birlikte değerlendirilmesinden ortaya çıkan sonuç, temel özgürlüklerden biri olan düşünce özgürlüğünden de öte, kişinin "oluş biçimi" ve "yaşam tarzı" özgürlüğünün korunmasıdır. Sorun, kimliği insanın kendisinin mi yoksa başkalarının mı belirlediği sorundur. Başkalarının tanımlaması ne kadar etki yaratıcı ise, insanın kimliğini kendisinin tanımlaması da o kadar etki yaratıcıdır. Bilindiği gibi, ayrımcılığın ve yabancı düşmanlığının temelinde de insanın kendine biçtiği kimliği görmezlikten gelen ve kendi tanımını ona dayatmaya çalışan bir ideoloji yatmaktadır. Özgürlüklere bu perpektiften yaklaşmakta da yarar vardır. "Türban takmazsan seni Avrupalı ve çağdaş sayarım" şartlı önerisinin "Kürtçe ya da Ermenice konuşmazsan seni Türk sayarım" şartlı önerisinden farkı yoktur.

²⁰ Bilindiği gibi bu zamana kadar üniversitelerde yasak olan türban, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair" 9 Şubat 2008 tarihli 5735 sayılı Kanun ile serbest bırakılmış ve türbanı serbest bırakan kanunun Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi incelemesini sürdürmektedir.

²¹ Örneğin bu satırlar yazıldıktan sonra Türkiye çapında alınan önlemler nedeni ile bazı toplumsal grupların, işçi bayramı olan 1 Mayıs 2008 tarihinde gösteri yapmaları yasaklanmıştır. Anayasal toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne haksız müdahale oluşturan ve özellikle İstanbul'da vapur seferlerinin iptali yüzünden *arabasz İstanbul halkının* "hareket ve dolaşım" özgürlüğüne ölçsüz müdahalede bulunulurken, *arabalı İstanbul halkının* köprü geçisine sınırlama getirilmemesi örneğinde de somutlaşan "ayırıcı" anlayış, eğer, türban yasağının kaldırılmasını savunan "idare"nin emir ve talimatlarına dayanıyor ise, bu durum da "bana özgürlük var, sana yok" çarpık düşüncesinin bir ürünü ve tipik bir örneğidir. "...olay çıkacak..." gerekçesine dayanılarak sınırlanan pekçok özgürlüğümüzün, *olay çıkmadan tartışma güçlüğü çekilen bir toplumsal kültürün* mü, yoksa *asıl kimin olay*

çıkardığının bir türlü tespit edilememesine yol açan şeffaflıktan yoksunluğun mu kurbanı olduğu belli değildir. Böyle bir ortamda, yaptığımız her tahrikten ücret alıyor olsak zengin olacağımıza şüphe yoktur, çünkü *tahrikçi* ile *özgürlüğünden yararlanan* birbirine karışmış durumdadır...

²² Örneğin devlet okulunda görevli bir türbanlı öğretmenin devlet işi gördüğü kabul edilse bile, o öğretmenin kafasındaki türbanın din ile devlet işlerinin ayrılığı sonucunu etkilemek bakımından somut bir önemi ve anlamı yoktur. Bir anlamı varsa bile o anlam, türbana karşı olanların kafasının içinde yarattığı anlamdır.

²³ Bu çerçevede azınlık dillerinde eğitim ve öğretim hakkı tartışması, bu çalışmanın sınırlarını aşar.