

176 No’lu (Temmuz 2014) Bilgi Notu’ndan alıntıdır

S.A.S. / Fransa – 43835/11 - 01.07.2014 tarihli karar [BD]

Olaylar ve Olgular – Başvuran, dini vecibelerini yerine getiren bir Müslüman’dır ve dinî inancı, kültürü ve kişisel kanaatlerine uygun bir biçimde yaşamak amacıyla gözleri dışında tüm vücudunu kapatan burka ve nikap giydiğini belirtmiştir. Bu kıyafeti, sistematik bir biçimde değil, halka açık ve kapalı alanlarda kendi rızasıyla girdiğini eklemiştir. Dolayısıyla söz konusu kıyafeti belli durumlarda giymemekten memnundu; ancak tercih ettiğinde giyebilmeyi istemekteydi. Son olarak, amacı başkalarını rahatsız etmek değil, kendi içinde huzur bulmaktır. 11 Ekim 2010 tarih ve 2010-1192 sayılı Kanun’un tüm Fransa’da yürürlüğe girdiği 11 Nisan 2011 tarihinden itibaren, kişinin kamuya açık alanda yüzünü gizlemesi kanuna aykırıydı.

Hukuki Değerlendirme – 8. ve 9. maddeler: Kamuya açık alanlarda kişinin yüzünü gizleyecek şekilde tasarlanmış kıyafetler giyme yasağı, inançlarıyla bağlantılı gerekçelerden ötürü tüm yüzü kapatan bir örtü takmak isteyen kadınların özel hayatlarına saygı hakkı bakımından sorunlara (Sözleşme’nin 8. maddesi) yol açmıştır; başvuran gibi, dinlerinin gerektirdiği kıyafetleri kamuya açık alanda giymelerine engel olunan bireylerin, hakkında şikâyetle bulunduğu yasakla ilgili olarak, söz konusu yasak bilhassa dinini veya inançlarını açıklama özgürlüğü (Madde 9) bakımından soruna yol açmıştır.

11 Ekim 2010 tarihli Kanun, başvurunu bir ikilemle karşı karşıya bırakmıştır: ya yasağa uyacak ve böylece dine uygun giyinmekten kaçınacak ya da yasağa uymayı reddedecek ve cezai müeyyidelerle karşı karşıya gelecekti¹. Dolayısıyla, Sözleşme’nin 8. ve 9. maddelerince koruma altına alınan hakların kullanımı konusunda kanunla öngörülmüş bir “müdahale” veya “kısıtlama” olmuştur.

Hükümet, müdahalenin iki meşru amaç güttüğünü ileri sürmüştür: “kamu güvenliği” ve “açık bir demokratik toplumun asgari değerlerine saygı”. Buna karşın, 8. ve 9. maddelerin ikinci fıkrası, bu amaçlardan ikincisine veya bu bağlamda Hükümet tarafından ileri sürülen üç değere açıkça değinmemektedir.

Mahkeme, yasa koyucunun, söz konusu yasağı kabul etmek suretiyle, 8. ve 9. maddelerin ikinci fıkrası anlamında “kamu güvenliği” ile ilgili endişeleri ele almayı amaçladığını kabul etmiştir.

“Açık bir demokratik toplumun asgari değerlerine saygı”² şeklindeki ikinci amaçla ilgili olarak Mahkeme, cinsiyet eşitliğini ilgilendirmesi nedeniyle Hükümetin savunmasıyla ikna olmamıştır. Bir Devlet, başvuran gibi kadınların Sözleşme’nin söz konusu maddelerinde vurgulanan hakların

¹ Bk. *Dudgeon / Birleşik Krallık*, 7525/76, 22 Ekim 1981.

² Bk. *Leyla Şahin / Türkiye*[BD], 44774/98, 10 Kasım 2005, Bilgi Notu 80 ve *Ahmet Arslan ve Diğerleri / Türkiye*, 41135/98, 23 Şubat 2010, Bilgi Notu 127.

kullanımı bağlamında savunduğu bir uygulamanın yasaklanması için, bireylerin buna dayanılarak kendi temel hak ve özgürlüklerinin korunabileceği varsayılmadığı takdirde, cinsiyet eşitliğini ileri süremez. Mahkeme ayrıca; Hükümetin, bu nedenle bazı kadınların tüm yüzü kapatan bir örtü giymesinin, Fransa’da genel olarak kabul edildiği şekliyle cinsiyet eşitliği ilkesini ihlal etmesi nedeniyle, Fransa nüfusunun çoğunluğunu şoke ettiğini göstermeye çalışması ile ilgili olarak; Hükümetin ileri sürdüğü diğer iki değerle ilgili değerlendirmesine (aşağıda) atıfta bulunmuştur.

İkinci olarak, insan onuruna saygı, kamuya açık alanlarda tüm yüzü kapatan bir örtü giyilmesine yönelik topyekûn bir yasağı meşru bir biçimde haklı kılamaz. Söz konusu giysi, onu gören pek çok kişi tarafından garip olarak algılanabilir; ancak, demokrasinin doğasında bulunan çoğulculuğa katkıda bulunan, kültürel bir kimliğin ifade edilmesidir.

Üçüncü olarak, belli koşullarda Hükümetin “toplum içerisinde asgari yaşam şartlarına saygı” - veya Kanun’un ekindeki açıklayıcı notta belirtildiği şekliyle “bir arada yaşamının asgari şartlarına saygı” - şeklinde tanımladığı şey ile “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” meşru amacı arasında bağlantı kurulabilirdi. Davalı Devlet, yüzün toplumsal etkileşimde önemli bir rol oynadığı görüşünü benimsemiştir. Mahkeme bu nedenle, yüzü gizleyen bir örtü ile başkalarına yöneltilen bir engelin, davalı Devlet tarafından, başkalarının, bir arada yaşamayı kolaylaştıran bir toplumsallaşma alanı içerisinde yaşama hakkını ihlal ettiği şeklinde algılandığını kabul edebilirdi. Bunun ardından, “bir arada yaşama” kavramının esnekliği ve bundan doğan suistimal tehlikesi göz önünde bulundurulduğunda, Mahkemenin hakkında itirazda bulunulan sınırlamanın gerekliliği konusunda dikkatli bir incelemede bulunması gerekmiştir.

İlk olarak, Kanun’un ekinde yer alan açıklayıcı nottan açık bir biçimde anlaşılabilmekteydi ki; yasağın öncelikli amacı kadınları kendilerine dayatılan veya kendilerine zarar verebilecek bir uygulama karşısında korumak değildi.

8. ve 9. maddeler anlamında, kamu güvenliğiyle bağlantılı olarak gereklilik konusunda Mahkeme, bir Devletin, kişilerin güvenliğine ve mülkiyetine yönelik tehlikeleri önlemek ve kimlikte sahtecilikle mücadele etmek amacıyla bireylerin kimliklerini belirleyebilmeyi gerekli bulabileceğini anlamıştır. Bununla birlikte, dinî gerekçelerle tüm yüzü kapatan bir örtü giymek isteyen kadınların hakları üzerindeki etkisi düşünüldüğünde, kamuya açık alanlarda yüzü gizleyecek şekilde tasarlanmış kıyafetlerin giyilmesine yönelik topyekûn bir yasak, salt kamu güvenliğine yönelik genel bir tehdidin olduğu hallerde orantılı kabul edilebilirdi. Hükümet, 11 Ekim 2010 tarihli Kanun ile uygulamaya konulan yasağın bu tür bir bağlama girdiğini göstermemiştir. Söz konusu kadınlara gelince, bu kadınlar dolayısıyla, dinlerini veya inançlarını tercih ettikleri şekilde açıklamanın yanı sıra kimliklerinin önemli olduğunu düşündükleri bir unsurundan tamamen vazgeçmek zorunda kalmışlardır; oysa

Hükümetin üstü kapalı olarak ima ettiği hedefe, kadınlara sadece, kişilerin güvenliğine ve mülkiyete yönelik bir tehlikenin tespit edildiği veya belli durumların kimlikte sahtecilik yapıldığı şüphesine yol açtığı durumlarda yüzlerini gösterme ve kimliklerini açıklama yükümlülüğü getirilmesi suretiyle ulaşılabilirdi. Bu nedenle, 11 Ekim 2010 tarihli Kanun'un getirdiği topyekûn yasağın, Sözleşme'nin 8. ve 9. maddeleri anlamında demokratik bir toplumda kamu güvenliği açısından gerekli olduğuna karar verilemezdi.

Mahkeme daha sonra, "başkalarının hak ve özgürlüklerinin" bir kısmı olarak toplum içerisinde yaşamının asgari şartlarını karşılama ihtiyacının doğurduğu sorunları incelemiştir. Söz konusu yasağın, ancak "bir arada yaşama" şartlarını güvence altına amaçlaması durumunda ilke olarak haklı olacağı görüşünü benimsemiştir.

Yaklaşık altmış beş milyonluk Fransa nüfusuna ve Fransa'da yaşayan Müslüman sayısına kıyasla, burada yaşayan kadınların sayısının yaklaşık 1.900 olduğu göz önüne alındığında, bu tür bir duruma topyekûn bir yasak uygulayarak karşılık vermek aşırı görünebilir. Ayrıca, yasağın, başvuran gibi inançlarıyla bağlantılı nedenlerden ötürü tüm yüzü kapatan bir örtü giymeyi tercih eden kadınların durumu üzerinde önemli bir olumsuz etkisi olduğuna şüphe yoktu. Temel hakların korunması alanında gerek uluslararası gerekse ulusal çok sayıda aktör, topyekûn bir yasağın orantısız olduğuna kanaat getirmiştir. 11 Ekim 2010 tarihli Kanun, hazırlanışını çevreleyen bir kısım tartışmalarla birlikte, tüm yüzü kapatan bir örtü giyilmesi taraftarı olmayan bazı üyeleri de dâhil olmak üzere Müslüman topluluğun bir kısmını üzmüş olabilirdi. Bu bağlamda Mahkeme, İslam korkusu içeren kimi yorumların 11 Ekim 2010 tarihli Kanun'un kabul edilmesinden önceki tartışmaya damgasını vurmuş olmasından oldukça endişelenmiştir. Kuşkusuz, bu tür konularda mevzuatın uygun olup olmadığı konusunda karar vermek Mahkemenin görevi değildi. Mahkeme bununla birlikte, bu tür bir yasama sürecine giren bir Devletin, nüfusun belli kategorilerini etkileyen basmakalıpların pekişmesine katkıda bulunma ve hoşgörüyü teşvik etmesi gerekirken hoşgörüsüzlüğün ifade edilmesini teşvik etme riskini aldığını vurgulamıştır. Bir dinî veya etnik gruba yönelik genel ve öfkeli bir saldırı teşkil eden ifadeler, Sözleşme'nin temelinde yatan hoşgörü, toplumsal barış ve ayrımcılık yapmama değerlerine aykırı olup Sözleşme'nin korumakta olduğu ifade özgürlüğü hakkının kapsamına girmemekteydi.

Bununla birlikte, 11 Ekim 2010 tarihli Kanun, dinî bir çağrışımı olsun veya olmasın, yüzü gizleme etkisi olmayan herhangi bir kıyafet veya giysi parçasının kamuya açık alanda giyilmesi özgürlüğünü etkilememekteydi. Hakkında itirazda bulunulan yasak, esasen, tüm yüzü kapatan bir örtü giymek

isteyen Müslüman kadınları etkilemekteydi. Buna karşın yasak, giysinin dinî çağrışımına değil, yalnızca yüzü gizliyor olmasına dayanmaktaydı³.

Yasağın beraberinde cezai müeyyideler bulunması ile ilgili olarak, yasa koyucu tarafından öngörülen müeyyideler, ikinci sınıf adi suçlara uygulanan oranda bir para cezası ile (hâlihazırda azami 150 EUR) bu para cezasına ilâveten veya onun yerine vatandaşlık dersini izleme yükümlülüğünden ibaret olan, düşünülebilecek en hafif müeyyideler arasındaydı.

Davalı Devlet, herkesi, kamuya açık yerlerde yüzü gizleyecek şekilde tasarlanmış kıyafetler giymekten men ederek, belli ölçüde çoğulculuğun kapsamını sınırlamak durumunda kalmıştır; çünkü yasa bazı kadınların kendi kimlik ve inançlarını kamu içerisinde tüm yüzü kapayan bir örtü giymek suretiyle ifade etmesine engel olmuştur. Bununla birlikte, Hükümet, söz konusunun Devletin Fransız toplumu içerisinde toplumsal iletişime ve daha geniş anlamda “bir arada yaşama” şartlarına ilişkin temel kurallarla bağdaşmayacağını düşündüğü bir uygulamaya cevap verilmesi olduğunu belirtmiştir. Bu açıdan bakıldığında, davalı Devlet, bireyler arasında, bir toplumu demokratik yapan çoğulculukla kalmayıp aynı zamanda hoşgörü ve açık fikirliliğin ifade edilmesi için elzem olduğunu düşündüğü bir etkileşim ilkesini korumayı amaçlamaktaydı. Dolayısıyla, kamuya açık alanlarda tüm yüzü kapatan bir örtü giyilmesine izin verilip verilmemesi gerektiği sorusunun toplumun bir tercihi olduğu söylenebilirdi.

Bu tür durumlarda Mahkemenin, Sözleşme uygunluğuna ilişkin olarak gerçekleştirdiği incelemede belli derecede çekince göstermesi gerekmekteydi; zira bu tür bir inceleme Mahkemeyi söz konusu toplum içerisinde demokratik bir süreç aracılığıyla sağlanan bir dengeyi değerlendirmeye sevk edecekti. Demokratik bir toplum içerisinde görüşlerin büyük oranda farklılık göstermesinin beklenebileceği genel politika konularında, iç politika yapıcının rolüne özel önem verilmesi gerekmekteydi. Bu nedenle mevcut davada Fransa’nın geniş takdir payı bulunmaktaydı.

Bu durum, Avrupa’da kamu içerisinde tüm yüzü kapatan bir örtü giyme konusunda hiçbir mutabakat olmadığı için bilhassa doğrudu. Çok katı kuralcı bir açıdan bakıldığında Fransa Avrupa’da epey bir azınlık konumundaydı; buna karşın kamu içerisinde tüm yüzü kapatan bir örtü giyme konusunun pek çok Avrupa Devletinde tartışma konusu olduğu veya olmuş olduğunun belirtilmesi gerekmekteydi. Ayrıca, bu uygulamanın yaygın olmadığı birtakım Devletlerde bu konu muhtemelen hiçbir şekilde sorun olmamaktaydı.

Sonuç olarak, özellikle mevcut davada davalı Devlete tanınan takdir payının genişliği göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme, 11 Ekim 2010 tarihli Kanun’un getirdiği yasağın, güdülen amaçla,

³ Karşılaştırınız *Ahmet Arslan ve Diğerleri/Türkiye*, a.g.e.

yani “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasının” bir unsuru olarak “bir arada yaşama” şartlarının korunması amacıyla orantılı olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir. Hakkında itirazda bulunulan sınırlama bu nedenle, “demokratik bir toplumda gerekliydi”. Bu karar, Sözleşme’nin gerek 8. gerekse 9. maddeleri açısından doğrudur.

Sonuç: ihlal yok (ikiye karşı on beş oyla).

8. veya 9. madde ile birlikte Sözleşme’nin 14. maddesi: Başvuran, dolaylı ayrımcılıktan şikâyet etmiştir. Dinî gerekçelerle kamu içerisinde tüm yüzü kapatan bir örtü giymek isteyen Müslüman bir kadın olarak, söz konusu yasağa ve bu yasağın öngördüğü müeyyidelere bilhassa maruz kalan bireylerin oluşturduğu bir sınıfa girmektedir.

Belli bir grup üzerinde orantısız bir biçimde olumsuz etkisi bulunan genel bir politika veya tedbirin, söz konusu grubun özel olarak hedef alınmadığı ve ayrımcılık konusunda hiçbir kastın bulunmadığı hallerde dahi, ayrımcı nitelikte olduğu düşünülebilirdi. Bununla birlikte, bu durum yalnızca, bu tür politika veya tedbirin hiçbir “nesnel ve makul” gerekçesinin olmaması, yani “meşru bir amaç” gütmemesi veya kullanılan araçlarla ulaşılmak istenen amaç arasında “makul bir orantılilik ilişkisi” bulunmaması halinde geçerliydi. Mevcut davada 11 Ekim 2010 tarihli Kanun’un getirdiği yasağın, dinî nedenlerle kamu içinde tüm yüzü kapatan bir örtü giymek isteyen Müslüman kadınların durumu üzerinde belli olumsuz etkileri olduğu düşünülebilirdi; ancak bu tedbirin nesnel ve makul bir gerekçesi bulunmaktaydı.

Sonuç: ihlal yok (oybirliğiyle).

(Dinî sembol ve kıyafetler hakkında daha fazla bilgi için www.echr.coe.int – Press adresinden Mahkemenin Tematik Bilgi Notu’na bakınız)