

## Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Açık Mektup

H. 01 Zilhicce 1426  
M. 01 Ocak 2006

Kur'an'ı muttakiler için Hidâyet ve Öğüt olarak indiren ve Muhammed [Sallallahu 'Aleyhi ve Sellem]'i tüm insanlara Rahmet olarak gönderen Allah'a hamd olsun.

### Baylar ve Bayanlar!

Leyla Şahin hanımefendi tarafından, üniversitelerde başörtüsü yasağına ilişkin olarak Türkiye Devleti aleyhine açılan dâvâ hakkında, mahkemenizin 10.11.2005 tarihli, 44774/98 sayılı kararının gerekçelerini inceledikten sonra, içerisinde geçenleri dikkate almanız ümidiyle bu mektubu tarafınıza iletiyoruz.

### Baylar ve Bayanlar!

Söz konusu dâvâ hakkındaki bu hüküm; mahkemenizin konumu -Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi- hakkında, yargıçların dâvâ hükümlerine dayanak teşkil etmesi ve kendisinden kânunî ilkelerin istihraç edilmesi bakımından emsâl aldıkları demokratik-laik felsefenin konumu hakkında birçok kuşkuların ve soru işaretlerinin oluşmasına yol açtı. Nitekim dâvânın seyrine ve değerlendirme keyfiyetine binaen açığa çıkmıştır ki düşünceler ve değerlere ilişkin kurumlarınız ile ilintili olarak, teorik ve pratik esasları bakımından fikrî, siyâsî, ideolojik ve kültürel bir mesele ile karşı karşıyayız. Bu, bayan Yargıç Tulkens'in, mezkur dâvâ ile ilgili hüküm kararına düştüğü muhalefet şerhini ifade eden dipnotta işaret ettiği meseledir. İşte bu mesele, mahkemenin hükmü hakkında birtakım kuşkulara ve sorgulara yol açtı. Nitekim yasal bir hükümden ziyâde fikrî bir çıkarım söz konusudur.

Madem ki mesele; yapısı, uygulaması veya diğer bir genel yönü bakımından değil, özellikle yargılama felsefesi bakımından bizim tanımladığımız gibidir, şu halde aşağıdaki hususları dikkatlerinize sunmak istiyoruz:

### 1. Dâvâ Süreci Hakkında

Sizler, genel olarak dînin toplum ile ilişkisinin incelenmesi, özel olarak da bundan bir parça olan başörtüsünün vakıası üzerinde yoğunlaştınız ki bu vakıa, ilintili dâvânın seyrine, yani Avrupa devletlerinde başörtüsü konusunda ortak görüş birliğinin bulunmamasına bağlıdır. Dînin toplum ile ilişkisi hakkında görüş farklılığından çıkan sonuç, sâbit bir hukukî kurala göre hareket etmeyi zorlaştırmaktadır. Bu da sizleri, "süreç" eğilimini dikkate almaya yöneltmektedir.<sup>1</sup>

Buna binaen sizler, söz konusu başörtüsü meselesinin Türkiye devleti ile alâkalı sürecini de incelemiştinizdir. Nitekim bunu şu sözünüz ile vurgulamaktasınız: "...Türkiye'deki seyri hakkında başörtüsü meselesinin incelenmesi..."<sup>2</sup>

Bu ifadeyi vurguladıktan sonra başörtüsü yasağını onaylayan karara ulaştınız. Buna göre başörtüsü; çoğulculuk fikriyle çelişmekte, başkalarının özgürlüğüne saldırıyı temsil etmekte ve eşitlik fikrini çiğnemektedir! Yani başörtüsü, Türkiye Cumhuriyeti'nin üzerine kurulduğu laik demokratik bütün ilkeler ile çelişmektedir. Gerçekte bu hüküm, bütünlüğü ve detaylarıyla tamamen bâtıldı. Aşağıdaki iki açıdan bu hükmün bâtil olduğunu gösteriyoruz:

**Birinci Aç:** Başörtüsü meselesini, üzerinden geçen sürece bağlamanızdır. Yani bir meselede iki çelişkili hüküm çıkartmaya eğilimli olmanızdır. Meselâ sizler, Leyla Şahin'in Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açtığı dâvâda, devlete ilişkin bir süreç benimseyerek Türkiye'deki üniversitelerde başörtüsünün yasaklanmasını onaylayan bir hüküm çıkarttınız. Şayet Leyla Şahin, meselâ Avusturya Devleti'ne karşı fiilen uygulanan bir hususta dâvâ açsaydı, onun lehine hüküm verirdiniz. Çünkü Avusturya Devleti başörtüsü yasağını, "taşıyıcısının sıhhi zorunluluk hâli veya tehlike teşkil etmesi hâli dışında" gerekli görmemektedir.<sup>3</sup>

Demek ki sizler bir şeyi bir ülkede yasakladığınız halde bir başka ülkede serbest kılıyorsunuz. Demek ki sizlere göre haklar değişmez değil, aksine izâfidir ve kabul edip etmemeniz, belirlediğiniz bir tutuma

<sup>1</sup> Bkz: Gerekçeli Karar, İngilizce Baskı, S. 26, 109. fıkra

<sup>2</sup> Bkz: Gerekçeli Karar, İngilizce Baskı, S. 28, 115. fıkra

<sup>3</sup> Bkz: Gerekçeli Karar, İngilizce Baskı, S. 15, 60. fıkra

bağımlı olmaktadır.

Madem ki durum budur, yani sizlere göre haklar bizâtihi izâfidir ve sizlerin belirlediğiniz tutuma bağlıdır, o halde herhangi bir olgu, bir ülkede haklılık sayılırken başka bir ülkede haksızlık sayılmaktadır. Nitekim başörtüsü, bir ülkede insan haklarından bir hak olurken başka bir ülkede böyle bir hak olmamaktadır. Bu da bize şunları sordurmaktadır:

Peki, sizler hangi haktan bahsediyorsunuz, öyleyse? Sâbitleşmiş bir haktan mı, yoksa nefyedilmiş bir haktan mı? Bu hakkın ne kıymeti vardır? Zîra sâbit nefyedilmiş, nefy sâbitleşmiştir. Bir devlet insan haklarını koruma adına başörtüsünü serbest bırakırken yanı başındaki bir diğer devletin başörtüsünü yasaklamasını, akıl sahiplerince ne kadar isâbetli görülebilir?

### **Baylar ve Bayanlar!**

Kişisel ve toplumsal yapısı ile insan, içgüdülerini ve bedensel ihtiyaçlarını doyururken menfaat elde etmeyi ve zararı uzaklaştırmayı hedefler. Bir başka ifadeyle insan, hem fert olarak özel ihtiyaçlarını ve başkalarının ortak olamayacağı kişisel hakları ile içgüdülerini ve bedensel ihtiyaçlarını doyurur, hem de toplumun bir parçası olarak kendisine ait maslahatı edinmeyi hedefler. Dolayısıyla kişisel ve toplumsal yapısı ile insanın uğruna çaba sarf ettiği husus maslahattır. Ancak bu maslahat, bir toplum içerisinde diğer insanlar ile birlikte etkileşimli olarak süregelen insan yaşamına göre, doğal olarak çelişmeye, çeşitlenmeye ve tükenmeye açıktır. Bir diğer ifadeyle insan bir menfaati elde etmeyi veya bir zararı uzaklaştırmayı hedeflediği sırada, sevdiği ve sevmediği hususları belirlediği sırada, diğer insanlar ile çelişki ve anlaşmazlık içerisinde olur. Bundan dolayı kişisel ve toplumsal yapısı ile insan için maslahatı, istenen menfaati ve istenmeyen zararı belirleyen bir bakış açısının bulunması kaçınılmazdır. Nitekim insanlık; maslahata, menfaate ve zarara karar veren bir bakış açısının gerekliliğinin insan için kaçınılmaz olduğunda görüş birliği içerisinde. Fakat maslahatı belirleyen bu bakış açısının vakası üzerinde anlaşmazlığa düşmüşlerdir. Nitekim insanların bir kısmı insan aklını, bir kısmı tabiat kurallarını bakış açısı olarak almışlardır. Oysa bir kısmı da Allah'ın Şeraitini ve vahyini bakış açısı olarak benimsemiştir. İnsanlar, yasaların maslahatı belirlemesi üzerinde anlaştıkları halde bu yasaların kaynağı üzerinde anlaşmazlığa düşmüşlerdir: Yasaların kaynağı insan aklı mı olmalı, tabiat kanunları mı olmalı, yoksa ilâhî vahiy mi olmalı?

Yasaların insan için belirlediği maslahatlara “hukuk” denir. Dolayısıyla “hak”; kişisel veya sosyal varlığı ile insan için yasanın tanıdığı maslahat demektir. Yasanın tanımadığı maslahatlar, hak olarak değerlendirilmez. Herhangi bir bakış açısına göre maslahat olsa dahi, yasa onu tanımadıkça hak olarak itibar edilmez. Onun için hakların belirlenmesinde esas olan yasadır. Yasa herhangi bir kaynaktan yani insan aklından veya semâvî Şeriaten çıktığına göre, onun sahih ya da bâtil oluşunu belirlemede esas olan bu kaynağa bakıştır. Çünkü kaynak sahih ise ondan fışkıran hak sahih olur. Kaynak bâtil ise bu durumda ondan fışkıran hak da bâtil olur.

İnsan aklı âciz, eksik ve sınırlı olduğuna göre değişikliğe, çelişkiye ve çevreden etkilenmeye dâima açıktır. Dolayısıyla insan, içgüdülerini ve bedensel ihtiyaçlarını, ifrat ve tefrit olmaksızın sahih ve sağlıklı bir şekilde doyuran kapsamlı, tastamam bir nizam koymaya muktedir olamaz. İşte bu nedenle İslam; insanın içgüdülerini ve bedensel ihtiyaçlarını sağlıklı, kapsamlı ve tastamam bir şekilde doyurma işlemini düzenleyen bir nizam getirmiştir. İslam'ın getirdiği nizam, bir içgüdüyü bir diğerine karşı bastırmadığı gibi, birini doyurup diğerini açlığa terk etmez. Bilakis hepsini düzene koyar, dakik bir nizam ile doyurur. İnsana esenlik ve refah sunar. İnsanın, içgüdülerinin peşinde sürüklenerek hayvanlar seviyesine düşmesini önler. Allah [Subhânehu ve Te'alâ] şöyle buyurmaktadır:

### **Hiç yaratan bilmez mi? O Latifdir, Habirdir.<sup>4</sup>**

İslam, hakları belirlerken de onları sâbit kılmakta, içerisinde geçtiği sürece bağımlı kılmamaktadır. Bu hakları bir ülkede serbest bırakırken bir başka ülkede yasaklamamaktadır. Çünkü hakların değişken olması onları, sâbitlik ile tanımlanan “haklar” olmaktan çıkartır. Onun için İslâmî Devlet'in tebâsından olup da Müslüman olmayan kimsenin, -evinde- domuz eti yemesine veya şarap içmesine izin verilir. O, ister Fas'ta ister Endonezya'da otursun fark etmez. İslam, devletin halkına karşı istihbârat çalışması

<sup>4</sup> el-Mulk 14

yapmasını yasaklar. İster teröre karşı savaş dönemlerinde isterse selâmet dönemlerinde olsun fark etmez. Çünkü akl-ı selimin de kesin olarak doğruladığı İslâmî bakış açısına göre hak haktır, zamanın veya mekânın değişimine bağımlı değildir.

**İkinci Aç:** Başörtüsü meselesini, içerisinden geçtiği sürece bağlamanızdır. Yani bu meseleyi Türkiye sürecine bağlamanız sizleri, Türkiye Cumhuriyeti'nin başörtüsünü yasaklama hükmünü desteklemeye sevk etmiştir. Buna göre, Türkiye'deki üniversitelerin başörtüsü yasağını uygulamalarının nedeni; başörtüsünün laik değerleri tehdit etmesi, başkalarının özgürlüğüne zarar vermesi ve bu dinsel görüntünün dindar olmayanların duygularını incitiyor olmasıdır.

Bu görüş iki açıdan bâtildir:

1. Laik değerleri tehdit etmek, başkalarının özgürlüğüne zarar vermek ve başkalarının duygularını incitmek gerekçesiyle yasağı onaylamak, hakkında delil olmayan apaçık bir iftiradır. Çünkü böyle olduğuna ilişkin ne bir haber, ne bir gözlem, ne de bir inceleme mevcuttur. Madem ki böyle bir olgu sâbit olmamıştır, o halde hükmün doğrudan verilmesinde nasıl dikkate alınır?

Bu asılsız esnek delil <sup>5</sup> sizlere göre, üzerine hükümler bina etmeye elverişli ise, o takdirde başkalarını incitebildiği için dînî görüntülerden sayılan câmî yapımının yada dindarları incitebildiği için bazı kadınların giydikleri yarı çıplak giysilerin yada Hristiyan olmayanları incitebildiği için Noel kutlamalarının ve benzerlerinin de yasaklanması gerekirdi. İşte böyle "başkasını incitiyor" kapsamına giren örnekleri saymaya devam edersek sayı haddi aşar. Bu durum anayasanızın dayanağını <sup>6</sup> temelinden söküp atmakta, onu kağıt üstü bir formaliteye çevirmektedir. Uygulansa da çifte standartlı uygulanmaktadır. Bu yüzden, başkalarına izin verilen konular ve benzerleri, bilhassa Müslümanlar için sürekli yasaklanmaktadır.

2. Başörtüsü meselesinin Türkiye serüvenini bizâtihi değerlendirmek -zikrettiğiniz gibi- gerçekten gerekliyse, Türkiye toplumunun vakıasını ve dînî, kültürü, hadâratı ve örfleri bakımından da Türkiye halkının vakıasını değerlendirmeniz gerekirdi. Her ne kadar Türkiye Cumhuriyeti, Hilâfet Devleti'ni ortadan kaldırdıktan sonra İslam'ı terk edip laikliği benimsemiş ise de Türkiye toplumunun %99'u dîninden vazgeçmemiş, günümüze kadar İslam'a bağlı, İslâmî kültürüne düşkün Müslüman bir halk olarak kalmaya devam etmiştir. Oysa sizler bu vakıayı dikkate almadınız. Belki de bu konuyu hiç düşünmediniz. Nitekim örneğin Hilâfet'in yıkılış tarihi hakkında yanlısınız bunu göstermektedir. Bu da meseleye temelden özen göstermediğiniz anlamına gelmektedir. Zira Hilafet'in yıkılış tarihi "3 Mart 1924" olduğu halde sizler "3 Mart 1923" olarak anmaktasınız. <sup>7</sup>

Sizler, Türkiye toplumunun Müslüman olduğunu dikkate almalıydınız. Çünkü bu Müslüman halk, Müslüman bir kadının başörtüsü örtünmesinden hiçbir sıkıntı duymaz, incinmez ve duyguları, inandığı dînin görüntüleri ile asla rencide olmaz!

## 2. Başörtüsü Meselesinin Özü Hakkında

Başörtüsünün, erginlik çağına erişmiş Müslüman hanıma farz olduğu, Müslümanların tüm âlimleri tarafından kabul edilmektedir. Nitekim Allah [Subhânehu ve Te'alâ] şöyle buyurmaktadır:

<sup>5</sup> Burada kast edilen ilke şudur: 4 Kasım 1950'de Roma'da, Avrupa Meclisi kapsamında İnsan Haklarını Koruma Anlaşması'nın 9. maddesinin 2. fıkrası şöyle demektedir: "İnsanın dînini ve inancını açıklama özgürlüğü sadece kanunda belirlenen kurallara tâbidir. Bu kurallar da demokratik toplumda, halkın güvenliği, kamu düzeninin, sıhhatinin ve âdâbının korunması yada başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu olan kurallardır."

<sup>6</sup> Burada kast edilen ilke ise şudur: 4 Kasım 1950'de Roma'da Avrupa Meclisi kapsamında İnsan Haklarını Koruma Anlaşması'nın 9. maddesinin 1. fıkrası şöyle demektedir: "Her insanın düşünce, inanç ve vicdan özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak; dîn veya inanç değiştirme özgürlüğünü kapsadığı gibi dînî âyinler yapma, öğretim yapma, uygulama ve denetleme ile ister fert olarak isterse başkaları ile birlikte topluma açık olarak veya özel mekanlarda inanç yada dînî ilan etmek özgürlüğünü de kapsar."

<sup>7</sup> Tarih hakkındaki yanlış; 29.06.2004 tarihli 44774/98 sayılı 1. hükmün müzekkeresinin İngilizce ve Fransızca baskısında geçmektedir. O yanlış, 10.11.2005 tarihli 44774/98 sayılı yeni hükmü içeren yeni müzekkerenin İngilizce ve Fransızca baskılarının 30. fıkrasında da geçmektedir. Doğru tarih için bkz: Türkiye Cumhuriyeti, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın resmî internet sitesi:

**Mü'min kadınlara da deki: Gözlerini (harama bakmaktan) esirgesinler ve ferclerini (iffetlerini) korusunlar. Zînetlerini kesinlikle göstermesinler! Ancak görünen kısımları (el ve yüzleri) hâriç. Başörtülerini, yakalarının üzerine kadar örtsünler. Zînetlerini kesinlikle göstermesinler! Ancak kocalarına, babalarına, kocalarının babalarına, kendi oğullarına, kocalarının oğullarına, kendi birâderlerine, kendi birâderlerinin oğullarına, bacılarının oğullarına, kendi (mü'min) kadınlarına, ellerinin altında bulunan (câriyelerine), ailenin hanımına şehveti tükenmiş hizmetçilerine yada kadınlık hususiyetlerinin farkında olmayan çocuklara (göstermeleri) hariç. Yine (dikkat çekmek için) gizlemekte oldukları zînetleri anlaşılsın diye ayaklarını da yere vurmasınlar! (Haydi) hep birlikte Allah'a tevbe edin, Ey Mü'minler! Umulur ki kurtuluşa erersiniz. <sup>8</sup>**

Mahkeme, dâvânın akış yönünü ve hakkındaki hükmün temel gerekçelerini etkileyen belirli bir yönde ilerledi. Başörtüsü meselesinin Türkiye'de 1980 yılında ortaya çıktığından bahsedip dâvâyı, Refah Partisi'nin 1996'da iktidara gelmesine bağladı. <sup>9</sup> Sonra bununla da yetinmeyip "fundamentalizm" ve "radikalizm" söylemlerini dâvâ kapsamına zorla soktu. Zîra mahkeme, Türkiye'de dinî semboller ve kavramları toplumda uygulamaya koymaya çalışan radikal İslâmî hareketlerin varlığından habersiz olmadığını, buna yönelik tedbirlerin alınmasını gerekliliğini desteklediğini ifade etti. <sup>10</sup> Bu da mahkemenin başörtüsü meselesi hakkında hüküm vermek için dâvâyı siyâsileştirdiğini ve konudan uzaklaşarak belirli bir arka mesafeden takip ettiğini göstermektedir.

Mahkemenin; dinî uygulama ile ilgili bir meseleye bakarken, henüz işin başında herhangi bir siyâsî yada târihî seyirden uzak olarak bu uygulamayı bilen birini belirlemesi, sonra da başörtüsünün gerçekten Müslüman kadına dinen farz olup olmadığına bakması, daha sonra da bu farzı uygulamanın Avrupa Parlamentosu'nun İnsan Haklarını Koruma Anlaşması'nın 9. maddesi ile çelişip çelişmediğine bakması gerekirdi. Ancak mahkeme dâvâyı mecrasının dışına kaydırıp dinî bir uygulamaya ilişkin dinî bir mesele olması bakımından meselenin özünü göz ardı etti.

Bu ihmâlin elbette bir bahanesi vardır. Zîra meselenin gerçek özüne önem vermek; laik-demokratik fikirler dizilerin vakıası ile ve Avrupa Parlamentosu'nun İnsan Haklarını Koruma Anlaşması'nın 9. maddesinin vakıası ile alâkalı derin fikrî anlaşmazlıkları dürtüklemektedir. Laik-Demokratik fikirler dizisi ise "Eşitlik", "Hoşgörü" ve "Özgürlük" gibi temel değerlerin esas alınmasını savunmaktadır.

Oysa Batılı yasa koyucular bu değerleri, İslam'ın kapsamlı bir hayat nizamı olması bakımından İslam Dini'nin tabiatını dikkate alarak yada İslam'ı diğer dinlere kıyas ederek koymadılar. Daha sonra Müslümanlar dinlerine yönelmeye başlayıp da bu yöneliş uygulamalarına yansınca, demokratik laikliğe ait değerler ve fikirler dizisinin teorisi ile pratiği arasındaki fark ortaya çıktı.

İşte böylece Batı kendisini, biri ötekinden acı iki seçenek arasında buldu: Ya her şeyi ile teoriyi uygulayıp Müslümanların dinlerini uygulamalarına hoşgörüyle davranacaktı, ya da uygulamayı sınırlandırıp teoriyi temelden söküp sarsacak, uygulama görüntüsü verse de kısıtlamaları çoğaltacaktı.

Nitekim bu mahkeme, bu çıkmazdan şu çıkışa yöneldi: İslam'ın Müslüman hanımı sorumlu tuttuğu dinî bir zorunluluğu uygulamasıyla alâkalı dinî bir mesele olması yönünden dâvânın özünü ve içeriğini ifade eden doğal sürecinden saptırıp dinî yapısından kopardı ve güya eşitlik, hoşgörü ve özgürlük değerlerini ganimet sayan radikal hareketler ifadesini parazitli politik sürecine dâhil etti.

Fakat bu çıkış yolu, acaba demokratik-laik çıkmazı mı kapattı, ayıbını mı gizledi, yoksa kötüleştirip daha da mı vahim hale getirdi? <sup>11</sup>

### **3. Eşitlik Hakkında**

<sup>8</sup> en-Nûr 41

<sup>9</sup> Bkz: Mahkeme Kararının Müzekkeresi, İngilizce Baskı, S. 9, 35.fıkra

<sup>10</sup> Bkz: Mahkeme Kararının Müzekkeresi, İngilizce Baskı, S. 28, 115.fıkra

<sup>11</sup> Bkz: Laiklik düşüncesinin içeriği ve yürütülmesi hakkında, bu yazının EK kısmında bulunan "Laikliğin Eleştirisi" başlıklı yazı.

Yine Mahkeme, başörtüsü dâvâsı ile ilgili görüşmeleri sırasında, iki cins arasındaki “eşitlik” fikrine de odaklandı. Başörtüsü örtmeyi; kadına yapılan baskının, zulmün ve erkekten ayrı tutulmasının sembollerinden biri olarak kabul etti.<sup>12</sup> Bu ise şu yönlerden bâtıldır:

- 3.1 Mahkeme, hem başörtüsü ile kadına yönelik baskı ve zulüm arasındaki ilişkilendirme yönünü veya iki cins arasındaki eşitlik ilkesinin delinmesi yönünü, hem de yasak ile kadının hakkının korumak arasındaki ilişkilendirme yönünü açıklığa kavuşturmamıştır.<sup>13</sup> Bu nedenle mahkemenin karar metni, hukukî bir metin olmaktan çok uzaktır. Daha çok vakıası olmayan kurgusal bir edebî metne benzemektedir. Nitekim sadece sahiplerinin hayâl mahsulüdür ve gerçekliği olmayan genellemelere ve soyutlamalara dayandırılmıştır. Hükümü, gerektirdiği konumun dışına çıkartan husus işte budur! Zîra hüküm, üzerinde odaklanan vakıalara ve bakış açılarına dayandırılmalıdır, somut gerçekler ile desteklenmemiş olasılıklara ve soyutlamalara değil!
- 3.2 Başörtüsü giyinmek, bizzat kimi demokrat laiklerce çeşitli şekillerde yorumlanmaktadır. Bazıları, dîni bir sembol ve kadının geri kalmışlığının simgesi veya baskıya, zulme uğramasının işareti olarak değerlendirirken, bir kısmı uygulanmakta olan örf ve âdetten saymakta, bir kısmı da diğer başka şekillerde yorumlamaktadırlar. Nitekim Almanya Federal Anayasa Mahkemesi 24.09.2004 tarihinde verdiği kararda, başörtüsünün belirli tek bir anlamı olmadığını ve değişken amaçlar içerdiğini belirtmiştir.<sup>14</sup> Öyleyse Mahkeme neden başörtüsünü olumsuz bir anlam ile sınırlandırma yoluna gitmiştir? Belirttiğimiz gibi başörtüsünün birçok yorumu olduğuna göre mahkemenin genellendirmeden kaçınıp her koşulu ayrı ayrı incelemesi ve benimsediği süreç ilkesini dikkate alması gerekmez miydi?
- 3.3 Ergenlik çağına gelmiş Müslüman hanıma farz olan başörtüsünün politik anlamları yoktur. Aksine iffet, temizlik, insanîlik anlamları olsa da en yalın haliyle dînî bir farzdır. Artık genelleşmiş yaygın bir durum olan cinsel tâciz ve tecâvüz olayları mahkemenin bilmediği hususlar değildir. Başörtüsü bütün bunlara engel olur. Zîra kadını şehvetli bakışlardan korur, kadının cinsel istismâr yoluyla ticâret malı konumuna düşmekten sakındırarak saygınlığını korur ve onu, erkeğin cinsel dürtülerini harekete geçiren dışı bir beden olarak değil, tam aksine insan olması itibarı ile insanî varlığı ile öne çıkarır.
- 3.4 Madem ki Mahkeme, başörtüsünün kadına yapılan zulüm ve baskıların bir göstergesi olarak onaylamaktadır, bu durumda başörtüsünün örtülmesini gerektiren faktörün de kadına zulmedip baskı yaptığına hükmetmiş olmaktadır. Bu faktör İslam olduğuna göre, İslam’ın kadına bakışını açıklamak ve Batı’nın bakışıyla karşılaştırmak gerekli olmuştur.

Diyoruz ki **Bayanlar ve Baylar!** Demokratik laikliğin kendisiyle övünç duyduğu bir değer olarak “eşitlik” şüphesiz bâtıldır. Çünkü başlangıçta aralarında ayrışma olan yani aralarında ilişki bulunmayan birbirinden kopuk iki ayrı şey arasında bir “eşitlik”ten bahsedilir. Sonra da aralarını birleştiren ortak bir unsurun varlığından dolayı ikisi arasında eşitliğe hükmedilir. Dolayısıyla sonradan türetilmiş bir hüküm olarak “eşitlik”, doğrudan bağlantılı olmayan iki şey arasını ayırmayı ve birbirinden farklı kılmayı ifade eden önce hükme atıfta bulunur. Bu da Batılı yasa koyuculara göre, kadın-erkek ayrımının esas kabul edildiğini göstermektedir.

Ayrıca “eşitlik”, kıyaslandığı bir ön modele gereksinim duyar. Bundan ötürü kadın-erkek eşitliği, erkeği baz alarak kıyaslanan bir ön model ve gereğince hareket edilen bir eksen kabul etmek demektir. Dolayısıyla bu Batılı yasa koyucular, yaşamada erkeği eksen alarak dönmekte, kadını da bu yörüngeye dâhil etmektedir. Binaenaleyh Batılı yaşamada aslolan, erkeğin esas alınmasıyla birlikte erkek ve kadının “insan olarak” esas alınmamasıdır. Bu da Batı’nın Batılı yasamasının ne kadar bâtil, esâsının ne kadar çürük olduğunu göstermektedir.

İslam’a gelince; İslam, insanın Allah [Subhânehu ve Te’alâ] tarafından, kadın ve erkek olarak, hayvanlardan ayırt edici belirli bir fıtrat ile yaratılmış olması fikrinden hareket eder. Çünkü kadın da insandır,

<sup>12</sup> Bkz: Mahkeme Kararının Müzekkeresi, İngilizce Baskı, 111, 115, 116. fıkralar

<sup>13</sup> Bu, Bayan Yargıç Tulkens’in de dikkatini çekip mahkemeyi eleştirdiği hususlardandır. Bkz: Mahkeme Kararının Müzekkeresi, İngilizce Baskı, 11. ve 47. fıkralarının ekindeki muhâlefet şerhi.

<sup>14</sup> Bkz: Almanya Federal Anayasa Mahkemesi’nin 24.09.2003 tarihli İkinci Bölüm Kararı. Federal Constitutional Court of Germany, Judgment of the Second Division of 24 September 2003, 2BvR 1436/042

erkek d insandır. İnsan olması bakımından biri diğerinden farklı değildir. İnsan olmanın gereği konusunda birinin diğerine ayrıcalığı yoktur. Nitekim Allah [Subhānehu ve Te'alā] her ikisini de hayat mücadelesine atılmak üzere insan vasfı ile donatmıştır. Her ikisini de tek bir toplumda zorunlu olarak yaşar kılmıştır. İnsan türünün devamını, her ikisinin birleşmesine ve her toplumda ikisinin ortak olarak varlığına bağımlı kılmıştır. Dolayısıyla her birine ancak diğerine bakıldığı gibi bakılır. Çünkü her ikisi de hayatın temel öğelerinden ve insanî özelliklerin tümünden faydalanan bir insandır. Nitekim Allah [Subhānehu ve Te'alā] her ikisinde aynı yaşam gücünü var etmiştir. Her ikisini de acıkma, susama, temizlenme gibi bedensel ihtiyaçlar vermiştir. Her ikisine de aynı bekâ (devamlılık), aynı nevî (türel) ve aynı tedeyyün (tapınma) içgüdülerini yerleştirmiştir. Her ikisini de düşünme yeteneği ile donatmıştır. Kadının aklı, erkeğin aklının aynısıdır. Çünkü Allah [Subhānehu ve Te'alā] aklı insana vermiştir, sadece erkeğe veya sadece kadına değil! Allah [Subhānehu ve Te'alā] şöyle buyurmuştur:

**Andolsun ki Biz, Âdemoğlunu kerîm kıldık. <sup>15</sup>**

İslam, kadın ve erkeği sorumlu kılan Şerî tekellûf (sorumluluk) getirirken ve her ikisinin fiillerini düzenleyen şer'î hükümleri beyân ederken, hiçbir şekilde ikisi arasında eşitlik yada üstünlük meselesine bakmamıştır. Bu meseleye hiç önem vermemiştir. Sadece çözülmesi gereken bir sorunun varlığına bakmıştır. O sorunu kadına ait bir sorun yada erkeğe ait bir sorun olmasına bakmaksızın, sırf belirli bir sorun olması bakımından çözüme bağlar. Zîra çözüm, sadece erkek için veya sadece kadın için değil insanın fiili içindir, yani meydana gelmiş bir sorun içindir. O sebeple erkek ve kadın arasında eşitlik meselesi yada eşitsizlik meselesi söz konusu olamaz. Nitekim böyle bir "eşitlik meselesi" ifadesi, İslâmî yaşamada mevcut değildir. Bilakis mevcut olan, erkek olsun kadın olsun, bir insandan kaynaklanan olguya yönelik şer'î hükümdür.

İslam, kadına haklar ve yükümlülükler verirken ve erkeğe haklar ve yükümlülükler verirken, her ikisinin maslahatları ile ilgili haklar ve yükümlülükler vermiş, herhangi bir insanın herhangi bir fiili olması itibariyle çözümler koymuştur. Her ikisinin doğal fıtratı aynı olmalarını gerektirdiğinde aynı kılmış, farklı olmalarını gerektirdiğinde de farklı kılmıştır.

Dolayısıyla İslam, îmana dâvet konusunda erkek ile kadın arasında ayırım yapmaz. Namaz, oruç, hacc ve zekât gibi ibâdetler ile yükümlülükleri, yükümlülük olması bakımından gerekli kılar. Nitekim ahlâk ve ahlâklı olmayı, hem erkek hem kadın için aynı kılmıştır. Alışveriş, kiralama, vekâlet ve benzeri muamelat hükümlerini hem erkek hem kadın için aynı kılmıştır. Öğrenme ve öğretme gerekliliğini aralarında fark olmaksızın, hem erkek hem kadın için aynı kılmıştır. İşte böylece Allah [Subhānehu ve Te'alā] insan ile ilgili hükümler noktasında erkek ile kadını insan olmaları bakımından aynı kılmıştır. Allah [Subhānehu ve Te'alā] şöyle buyurmuştur:

**Erkek olsun**

**kadın olsun, her kim mümin olarak sâlih amel işlerse, onu mutlaka güzel bir hayat ile yaşatırız ve elbette ecirlerini, yapmakta olduklarının en güzeli ile ödüllendiririz. <sup>16</sup>**

Ne zaman ki bu şer'î haklar, zorunluluklar ve yükümlülükler, kadınlık vasfıyla kadının doğası ile alâkalı yada erkeklik vasfıyla erkeğin doğası ile alâkalı olursa, işte o zaman erkek ile kadın farklılaşır. Çünkü bu durumda çözümler mutlak anlamda insan için değil, aksine doğası gereği birbirlerinden farklı olan iki ayrı cins için olur. Bir başka ifadeyle, mutlak anlamda insan türü için değil, insan türünün, erkek ve kadın biçimindeki iki farklı cinsi için olur. İşte bundan ötürü İslam, hayız ve nifas gibi kadınlık ile ilgili hükümleri yalnızca kadına has kılmıştır. Çocuğu büyütme görevini erkeğe değil kadına vermiş, mal kazanmak için çalışmayı kadına mübah, erkeğe ise farz kılmıştır. Savaşmayı da kadına farz kılmayıp erkeğe farz kılmıştır.

Kadın ve erkeğe bu aydın bakış uyarınca, İslam'ın kadının haklarını kısıtladığını, ona baskı yaptığını söylemek veya başörtüsünün kadının geri kalmışlığının sembolü olduğunu söylemek akılcıca bir söylem olur mu?

3.5 Muhakkak ki "eşitlik" adâlet demek değildir. Çünkü adâlet, işleri yerine koymaktır yada her hak

<sup>15</sup> el-İsrâ' 70

<sup>16</sup> en-Nahl 97

sahibine hakkını vermektir ki bu bazen eşitliği gerektirir, bazen de gerektirmez. Meselâ öğretmen öğrencilerine aynı kanaati veya notu verirse aralarında eşitlik sağlamıştır, ancak âdil davranmamıştır. Çünkü başarılı ve çalışkan öğrenciyi ayırt etmemiş, onu hakkından mahrum bırakmıştır.

Bunun için İslam, eşitlik üzerine değil, adâlet üzerine kuruludur. Eşitliğe, ancak gerektiğinde önem verir, gerekmediğinde önemsemez. Allah [Subhânehü ve Te'alâ] şöyle buyurmuştur:

**Muhakkak ki Allah adâleti emreder.** <sup>17</sup>

Ve şöyle buyurmuştur:

**Muhakkak ki Allah emânetleri**

**ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğinizde de adâlet ile hükmetmenizi emreder.** <sup>18</sup>

Adâlet; yasama sırasında, insanlar arasındaki kültürel farklılıkları dikkate almayı ve hadâratsal (ideolojik) özelliklerini göz önünde bulundurmaya gerektirir. O nedenle İslam, meselâ şarap içmeyi, Müslümana haram kıldığı halde Hıristiyanı yasaklamaz. İslâmî Devlet ile birlikte savaşmayı Müslümana farz kıldığı halde Müslüman olmayana zorunlu kılmaz. Ancak İslam, kültürel farklılıklar ve hadâratsal özellikler ile ilgili olmayan diğer meselelerde Müslüman ile Müslüman olmayan arasında eşit davranır. Mesela öldürmekte kısas gibi... Zîra İslam; kâtil veya maktul, Müslüman olsun yada olmasın, bir kişiyi kasten öldürene kısas uygular. Buna binaen Batılı yasa koyucu "eşitlik" fikrini esastan tekrar gözden geçirmelidir. Çünkü bu "adâlet"i ifade etmemekte, başkasının kültürel ve hadâratsal özelliklerini dikkate almamaktadır.

#### 4. Hoşgörü Hakkında

Mahkeme başörtüsü takmanın "hoşgörü" değeri ile çeliştiğini söylemektedir.<sup>19</sup> Bu da sözde mahkemenin, dâvânın mecrasından çıkıp bizzat İslam Dini'ni yargılamaya saptığını, böylece İslam'ı çirkin göstermeye odaklandığını göstermektedir.

Acaba mahkeme hangi hoşgörüden bahsetmektedir? Şimdi de mahkemenin kabul ettiği hoşgörü mefhumuna bakalım:

- 4.1 Hoşgörü; dünyamızdaki kültürlerin zengin çeşitliliğini, ifade biçimlerini ve insan olmanın yollarını kabul etmek, bunlara saygı göstermek, bunların değerini bilmektir. Hoşgörü; bilgiyle, açıklıkla, iletişimle ve düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğüyle beslenir. Hoşgörü, çeşitlilik içindeki uyumdur. Hoşgörü, yalnızca ahlâkî bir görev değil, aynı zamanda siyâsî ve hukukî bir gerekliliktir. Barış olanaklı kılan erdem olan hoşgörü, savaş kültürünün barış kültürüyle yer değiştirmesine katkıda bulunur.
- 4.2 Hoşgörü, sadece kabullenme, müsâmahe gösterme veya tahammül etme değildir. Hoşgörü, hepsinin ötesinde, başkalarının evrensel insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tanınmasıyla teşvik edilen etken bir tavidir. Hoşgörü hiçbir koşulda, bu evrensel değerlerin ihlâl edilmesini meşrulaştırmak için kullanılamaz. Hoşgörü, bireyler, gruplar ve devletler tarafından uygulanır.
- 4.3 Hoşgörü; insan haklarını, (kültürel çoğulculuğu da içine alan) çoğulculuğu, demokrasiyi ve hukuk devletini destekleyen sorumluluktur. Hoşgörü, dogmatizmi ve mutlâkiyeti reddetmeyi içerir ve uluslararası insan hakları mevzuatında yer alan standartları onaylar.
- 4.4 İnsan haklarına saygıda tutarlı olarak hoşgörü uygulaması, toplumsal adâletsizliğin hoş görülmesi yada inançların terk edilmesi veya zayıflatılması anlamına gelmez. Hoşgörü, kişinin kendi inançlarına bağlılıkta özgür olması ve başkalarının da kendi inançlarına bağlılığını kabullenmesi demektir. **Hoşgörü; görünüşü, durumu, konuşması, davranışı ve değerleri doğal olarak farklı olan insanların barış içinde ve oldukları gibi yaşama hakkına sahip oldukları gerçeğini kabul etmek demektir.** Hoşgörü aynı zamanda, herhangi birinin kendi görüşlerini başkalarına zorla dayatmasını

<sup>17</sup> en-Nahl 90

<sup>18</sup> en-Nisa' 58

<sup>19</sup> Bkz: Mahkeme Kararının Müzekkeresi, İngilizce Baskı, S. 27, 111. fıkra

engellemektedir.<sup>20</sup>

Peki, mahkemenin kararı, UNESCO üye devletleri tarafından yayınlanan “Hoşgörü İlkeleri Bildirisi”nin bu birinci maddesi ile uyumlu mudur, değil midir?

Hoşgörü teorisi, insanlar arasında kültürel ve hadâratsal farklılık bulunduğunu onaylamakta, insanlar arasında hayata bakışlarının farklılığından dolayı yaşam tarzı ve davranış çeşitliliğini kabul etmektedir. Bununla birlikte pratik uygulama; tüm anlamı, vakıası ve dayandığı esas ile bu tasarımı yıkmaktadır. Mahkeme kararı, bu teorinin “**Hoşgörü; görünüşü, durumu, konuşması, davranışı ve değerleri doğal olarak farklı olan insanların barış içinde ve oldukları gibi yaşama hakkına sahip oldukları gerçeğini kabul etmek demektir**” ifadesini çirkin ve aşağılayıcı bir biçimde yırtmaktadır.

Ayrıca “hoşgörü” Batılı filozofların ve yasa koyucuların örfünde olduğu gibi, aykırı bulgular da yaklaşım ve davranış farklılıkları ile ilgili hususlarda farklı bakış açılarını kabullenmeye eğilimli görünmektedir. O halde bu örfe göre, Müslüman kadının başörtüsü hakkında en üst düzey mahkemelerde dâvâ açılması kabul edilebilir mi? Müslüman kadının başörtüsüne tahammül edemeyen kişi veya kuruluşları hoşgörülü olarak tanımlamak mümkün müdür?

### **Baylar ve Bayanlar!**

Müslüman kadının başını örtmesi, demokratik laikliğin içini dışına çıkarmış, ayıbını gözler önüne sermiş, teorisinin pratiğini doğruluk ve sapıklık testine tâbi tutmuştur

Dictionnaire Robert’te [Robert Sözlüğü] “hoşgörü” tanımı şöyledir: “*Hoşgörü: Başkasında bulunan ancak benimsediklerimize aykırı olan eylem ve düşünce biçimlerini kabullenerek açığa çıkan tutum.*”

Dictionnaire Lalande’de [Lalande Sözlüğü] şöyle tanımlanmaktadır: “*Hoşgörü: Kendimiz paylaşmasak da herkese, görüşünü ifade etme özgürlüğü tanıyarak açığa çıkan düşünsel tutum veya davranış ilkesi.*”

Voltaire’in sözünü hatırlayalım: “*Aramızda görüş ayrılığı olsa da, dilediğini söyleyebilmen için sonuna kadar seninle birlikte mücadele etmeye hazırım.*”

Pasteur’ün sözü de şöyledir: “*Cinsiyetin veya derinin rengi ne olursa olsun, her şikâyetini bana söyle ki seninle ilgilenebileyim.*”

Fakat bütün bu örnekler vakıa kayasında kırılmaktadır. Müslümanlara uygulanmamaktadır. O halde eksiklik nerede gizlidir? Acaba bu; savunucularının, vakıası olmayan hayâl mahsulü teorileri midir, yoksa tüm insanlar için değil de yalnızca Batılı insan için mi geçerlidir, yoksa savunucuları tarafından tahrif mi edilmiştir?

### **5. Sonuç**

Bu mektubun sonunda mahkemenin saygınlığına saldırmak istemediğimizi, konumunu gözden düşürmeyi hedeflemediğimizi, sadece başörtüsü dâvâsı hakkında vermiş olduğu hükmündeki hatalara dikkatini çekmek istediğimizi vurgulamak istiyoruz. Dolayısıyla mahkemenin bu mektubumuzu enine boyuna itina ile düşünerek incelemesini ve aleyhinde duygusal değil de düşünsel bir tavır almasını umuyoruz.

*Tahiyyelerimizi kabul ediniz.*

Okay Pala

**Hizb-ut Tahrir**

*Resmi Temsilcisi*

*Hollanda*

<sup>20</sup> UNESCO üye devletlerince duyurulup imzalanan Hoşgörü İlkeleri Bildirisi, 16 Kasım 1995, Madde 1.