



Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında İnanç Özgürlüğü

Ahmet BOZDAĞ^(*)



Öteki benim eşitim diyen, birbirlerine meydan okuyarak saygı duyan, berikilerle ötekilerin hak ve özgürlükleri çiğnendiğinde kendilerinin hak ve özgürlükleri çiğnenmişçesine çiğneyenlere karşı başkaldırma bilincini kazanmış olan özgür ve yürekli (hak ve adalet savunucularına) Demokratlara...

Doç. Dr. Sami SELÇUK

GİRİŞ

İnsanı, insan yapan değerlerin başında özgürlük gelir. Çünkü insanoğlu, ancak özgür olmasıyla diğer canlılardan ayrılır ve yaptıklarından sorumlu tutulur.

Özgürlük, insanın, yalnızca yaratanına kul olması ve hiçbir şeye köle olmamasıdır. Özgürlüğün bu kadar önemli olması, ona özel bir koruma sağlamayı gerekli kılmıştır. İnsanın özgür olduğunun en önemli belirtisi ise, temel haklarını kullanabilmesi ve bu konuda engellenmemesidir. Bu nedenle, temel hakların korunması amacıyla, gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde koruma mekanizmaları kurulmuştur. İnsan haklarının korunması için kurulan mekanizmaların amacı; siyasi iktidarların bireylere karşı zora başvurabilme olanaklarını azaltarak, bireylerin cebre maruz kalmadan, özgürce tercihte bulunabilmelerine ortam sağlamaktır.

İnsan, aklıyla öğrenen, akli ve kalbiyle, yüreğiyle ve vicdaniyle inanan ve etrafında

olup biteni değerlendiren bir varlıktır. Bu konuda sınırlama getirilemeyecek en temel hak, inanç özgürlüğüdür.¹ İnanç özgürlüğünü gözdürdüğü insan haklarını anlamak imkansızdır. “Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü en önemli temel insan haklarından birisi olup; bütün temel hak ve özgürlüklerin ön koşulu, olmazsa olmaz unsuru ve insanlığın tüm zamanlarda özlemi olup, özgürlüklerin anası, insanlığın üretkenliğinin kaynağı ve insan faaliyetlerinin en soylusudur.”²

İnanç özgürlüğü, belli bir dine veya felsefi kanaate inanma, bu inancının gereğini aleni olarak yaşama, telkin ve propagandasını yapma ve nihayet bu dinin ve felsefi kanaatin esaslarını öğrenme ve öğretme serbestisi anlamına gelmektedir.

Bu çalışmada, öncelikle olaya ışık tutması amacıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tarihçesi ve çalışma usulü hakkında genel bir inceleme yapılacak, ardından inanç özgürlüğünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki düzenlenmesi incelenecek ve son olarak da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin inanç özgürlüğü konusuna bakış açısı, kararlar ışığında incelenecektir. Bu çalışmada, genel olarak kullanılan, “ vicdan, kanaat ve din özgürlüğü” yerine, daha geniş bir anlam ifade ettiği için “inanç özgürlüğü” kavramı tercih edilmiştir.

¹ Fatma Benli, “Vicdan ve Din Özgürlüğünün İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları”, *Birikimler I*, Danışman Yayınları, İstanbul: 17 Ekim 2003, s. 59.

² Mustafa Arslantürk, “Düşünce, Vicdan ve Din Hak ve Özgürlüğü”, s. 6, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde9.htm>, (12.04.2005), s. 7.

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisi.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Tarihi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasını sağlamak için, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin meydana getirdiği uluslararası bir sözleşmedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da taraf devletlerce imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Daha sonraki yıllarda ek protokollerle geliştirilmiştir.³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bir yandan bir dizi medeni ve siyasi haklar ve özgürlükler öngörürken, diğer yandan taraf devletlerin yükledikleri yükümlülükler saygıyı güvenceleyen bir sistem kurmayı hedeflemiştir.⁴ AİHS'in ilk şeklinde koruma mekanizması olarak iki kurum öngörülmüştür. Eski 19. maddede: "İşbu sözleşmede yüksek akit taraflar için hâsıl olan taahhütlere riayeti temin maksadıyla: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı Kurulmuştur." denilmektedir. Bu iki sözleşme organı tarafından yürütülen faaliyete, Avrupa Konseyi karar ve yürütme organı olan Bakanlar Komitesi de, belli bir safhadan sonra katılmaktaydı. Yaklaşık 50 yıl yürürlükte kalan bu mekanizma içinde Komisyon, kurulan güvence sisteminin en önemli unsuruydu. Denetim süreci Komisyona başvurma ile başlıyor, Komisyon ön koşullar açısından başvurunun kabul ya da reddi konusunda karar alıyor, denetim mekanizmasının ikinci ve üçüncü organı olan Divan ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ancak başvurunun kabul edilmesi üzerine Komisyonun esas hakkındaki raporunu hazırlayıp Bakanlar Komitesine sunmasından sonra devreye girip göreve başlayabiliyordu. Komisyonun başvuru kabul edilemez bulması duru-

munda, kesin olan bu kararlar prosedür sona eriyordu.⁵

Bu mekanizmada, bireysel başvuru yolunu kabul eden devletlerin hükümet dışı kişileri, bireysel olarak sözleşme güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini düşündükleri taraf devletlere karşı komisyona başvurabilirlerdi. Ancak gerçek kişiler haklarında Komisyonca kabul edilebilirlik kararı verilmiş başvuruları mahkeme önüne götüremiyorlardı. Sadece taraf devletler bu aşamada mahkemeye başvurabiliyorlardı.⁶

1980'den itibaren, sözleşme organları önüne getirilen başvuru sayısındaki artış dava sürelerinin kabul edilebilir sınırlar içinde kalmasını giderek zorlaştırdı. 1990 yılından itibaren yeni devletlerin Sözleşmeye taraf olması ile birlikte sorunun çözümü güçleşti, giderek büyüyen iş yükü, sözleşme ile kurulan denetim mekanizmasını gözden geçirilmesinin gerekliliği üzerine uzun bir tartışmaya yol açtı. Nihayetinde tam zamanlı çalışacak tek bir mahkemenin kurulması kararı alındı. Bununla izlenen amaç, dava sürelerini kısaltmak üzere yapıyı sadeleştirmek, sistemin yargısal yönünü güçlendirerek onu tümüyle zorunlu hale getirmek ve Bakanlar Komitesinin karar verici rolünü ortadan kaldırmaktır. Bu amaçla 11 Mayıs 1994'te denetim mekanizmasını yeniden yapılandıran Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. Protokolü imzaya açıldı.⁷

Yeni Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 11. Protokolün yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Kasım 1998'de faaliyete başlamıştır. Sözleşmenin yeni 19. maddesine göre: "Bu sözleşme ve protokollerinde yüksek sözleşen taraflarca kabul edilen yükümlülükler riayeti sağlamak için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme devamlı görev yapar."⁸ Böylece bu yeni mahkeme; tam bir yargılama yetkisine sahip olmuş ve bireysel dava açma hakkı otomatik hale gelmiştir. Bu, eski mekanizmayla yeni mekanizma arasındaki en önemli farklardan biri olmuştur.

³ Osman Doğru, *Bireysel Başvuru İçin AİHS ve AİHM'in İçtüzüğü*, İstanbul Barosu Yayınları, 2000, s. 1.

⁴ Güliden Sönmez-Muharrem Balcı, *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, Danışman Yayınları, İstanbul: Nisan 2001, s. 299.

⁵ Şeref Gözübüyük-Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara: 2004, s. 24.

⁶ Sönmez-Balcı, s. 299.

⁷ Sönmez-Balcı, s. 300.

⁸ Gözübüyük-Gölcüklü, s. 26.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Konseyi'nin bulunduğu Fransa'nın Strasbourg kentindedir. Ancak gerektiğinde konsey üyesi herhangi bir ülkede de toplanabilir.⁹ Mahkeme, sözleşen taraf sayısına eşit yargıçtan oluşur ve devamlı görev yapar. Yargıçlar 6 yıl için, taraf devletlerin gösterdiği üç aday arasından Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından oy çokluğuyla seçilirler; tekrar seçilmeleri mümkündür. Görev süreleri yetmiş yaşında sona erer (otomatik olarak). Yargıçlar üstün ahlâkî niteliklere ve yüksek bir hukuki göreve atanmak için gerekli özelliklere sahip veya ehliyetleriyle tanınmış hukukçu kişilerdir. Yargıçlar, adlarına seçildikleri devlet adına değil, kendi adlarına görev yaparlar ve yargılama görevleriyle bağdaşmayan, bağımsızlıkları konusunda kuşku uyandıran başka bir görev alamazlar. Gereğinde diğer yargıçların üçte iki çoğunluğuyla görevden uzaklaştırılabilirler.¹⁰

Avrupa İnsan hakları Mahkemesi; Genel Kurul, Komiteler, Daireler (Bölümler) ve Büyük Daire'den oluşur;

Genel Kurul

Tüm yargıçların katılımıyla oluşur. Sadece idari görevle donatılmıştır. Görevi; mahkeme başkanı ve başkan yardımcılarını seçmek, belirli süreler için (3 yıl) daireler kurmak, daire başkanlarını ve yazı işleri müdürüyle müdür yardımcılarını seçmek ve mahkeme iç tüzüğünü yapmaktır.¹¹

Daireler (Bölümler)

Dava Dairesi olarak görev yaparlar. Daireler, mahkeme genel kurulu tarafından üç yıl görev yapmak üzere ve en az 4 daire olarak kurulur. Her daire, yedi asıl ve üç yedek yargıçtan oluşur. Davacı veya davalı devlet adına seçilmiş bulunan yargıç (Ulusal Yargıç), o

devletle ilgili davanın görüşüleceği dairede re'sen yer alır. Bunun imkânsız olması durumunda o devlet ad hoc (o dava için özel görevlendirilmiş) yargıcını belirleyip mahkemeye bildirir.¹²

Komiteler

Üç asıl ve bir yedek üyeden oluşur. Daireler tarafından 12 aylık süre için kurulan ve bölüm düzeyinde görev yapan mahkeme organlarıdır. Görevi; şikayet başvurularının kabul edilebilirlik açısından ön ve ilk incelemesini yapmaktır.¹³

Büyük Daire

17 asıl ve en az 3 yedek üyeden oluşur. Görevi; bir daire önünde görülen dava, sözleşmenin ve protokollerinin yorumu konusunda ciddi sorunlar yaratıyorsa ya da sorunun çözümü önceden mahkemece verilmiş bir karar ile çelişkili olacak ise (içtihat değişikliği), daire hüküm vermediği süre içerisinde, tarafların itiraz etmemesi kaydıyla yargılama yetkisinden büyük daire lehine vazgeçebilir. Ayrıca büyük daire; ikinci derece yargılaması için, önüne gelen devlet başvuruları veya bireysel başvurular ve ayrıca yapılan görüş bildirme isteklerini inceler.¹⁴ Temyiz taleplerinde ise, 5 yargıçtan oluşan alt kurul tarafından kabul edilebilirlik kararı verildiğinde dava Büyük Daireye sevk edilmektedir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ (9. MADDE)

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Hazırlık Çalışmaları ve 9. Maddenin Şekillenmesi

"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kökenleri, Avrupa hareketinin Uluslararası Hukuk Komisyon'unun 1949 yazında hazırladığı bir

⁹ Gözübüyük-Gölcüklü, s. 29.

¹⁰ Gözübüyük-Gölcüklü, s. 26.

¹¹ Gözübüyük-Gölcüklü, s. 27.

¹² Gözübüyük-Gölcüklü, s. 28.

¹³ Gözübüyük-Gölcüklü, s. 28.

¹⁴ Gözübüyük-Gölcüklü, s. 29.

sözleşme taslağına dayanır. Akit devletlerin, ülkelerindeki tüm kişiler için güvence altına alınması öngörülen, kısa, veciz bir liste halinde sayılan hakların arasında “dini inanç, ibadet ve öğretim” ifadesi de yer almaktadır. Taslakta yer alan diğer haklar gibi bu özgürlük de “medeni milletlerce tanınan genel hukuk prensipleriyle uyumlu, başkalarının kanuni haklarını korumak, ahlâkın, kamu düzeninin ve genel refahın korunması için kanunca öngörülen sınırlamalara tabi tutulabilecektir. Soğuk savaşın başlangıç yıllarını yaşayan Avrupa devletleri, minimum standartların tespiti yoluyla, mevcut özgürlüklerini korumanın kaygısı içine düşmüşlerdir.”¹⁵ Bu dönem, Avrupa’da diktatör yöneticilerin iktidarda olduğu bir dönemdir.

1949 Ağustosunda istişari Asamble’nin hukuki ve idari sorunlar komisyonunda, raporör Teidgen, aralarında “dini inanç, ibadet ve öğretim özgürlüğünün” de bulunduğu bazı özgürlüklerin komisyonca ele alınarak tanımlanmasını talep eder. Komisyon, İngiliz delegesi Umgeod Thomas’ın tadil teklifini kabul ederek “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” ifadesini benimser. Teidgen, istişari Asamble’ye sunduğu raporunda, Komisyon’un, Avrupa Konseyi ile Birleşmiş Milletlerin eylemleri arasında eş güdümü sağlamak kaygısı kadar, söz konusu belgenin manevi otoritesi ve teknik değeri nedeniyle mümkün olduğunca bildiriye göndermede bulunmayı arzuladığını ve “Birleşmiş Milletler Bildirgesinin 18. maddesine uygun olarak “düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü önerdiğini” yazar. Ancak, Komisyon, genel bir sınırlama formülü getirmiştir:

“Sözleşmece güvence altına alınan hakları kullanan ve özgürlüklerden yararlanan kişi, sadece münhasıran başkalarının hak ve özgürlüklerinin saygı görmesini ve tanınmasını sağlamaya yönelik olarak ve demokratik bir toplumda ahlâkın, kamu düzeni ve kamu güvenliğinin haklı sayılan ihtiyaçlarını yerine getirmek amacıyla kanun tarafından tespit edilecek sınırlamalara tabi tutulabilir. Bu hak ve yetkiler hiçbir şekilde Avrupa Konseyi’nin amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamazlar.”¹⁶

¹⁵ Arif Emre Öktem, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberta Yayınları, İstanbul 2002, s. 271.

¹⁶ Öktem, s. 272-273.

Bakanlar komitesi, 1949 Kasım’ında bu metni, üyeleri muhtelif devletlerin dışişleri bakanınca tayin edilen, bir insan hakları uzmanlar komitesine havale ederek metni incelemelerini ve BM organlarının bu konuda kaydettikleri ilerlemelerin ışığında tartışmalarını ister. 1950 yılının Şubat ve Mart aylarında toplanan komite, tasarının kaleme alınmasında, ilk aşamalarından beri baş gösteren sorunlarla karşılaşır: Ne derece tanımlama yoluna gidilmelidir? Bir başka deyişle, haklar tanımlanmalı mı, yoksa bir liste halinde sayılmalı mıdır? Komite, temel önem taşıyan bu sorunu bizzat çözmekten kaçınır ve iki ana metin hazırlar. Metnin A versiyonu, istişari Asamble’nin Bakanlar Komitesi’ne ilettiği taslağın yolunu izleyerek hakları saymakta, B versiyonu ise İngiltere tarafından verilen bir öneriyi temel alarak hakların sarih tanımlarını sunma yoluna gitmektedir.¹⁷

“Bu aşamada, her ikisi de ‘sayma taraftarı’ olan, yani A versiyonunu savunan Türkiye ve İsveç arasında ilginç, hatta çelişkili bir ittifaka tanık olunur. Önce ayrı tadil teklifi veren Türkiye ve İsveç, aralarında uzlaşmaya vardıldıktan sonra birleşik bir tadil teklifi verirler. Bu tadil teklifine göre, metnin A versiyonunun inanç özgürlüğünü düzenleyen maddesine şu cümle eklenecektir; ‘bu hüküm, dini kurumlara ve vakıflara ya da bazı inançlara mensup olmaya ilişkin sınırlayıcı düzenlemeler içeren mevcut milli kanunlar üzerinde etki doğurmaz.’ İsveç delegasyonuna göre bu teklif haklı gerekçelere dayanmaktadır: İsveç Devleti, kökeni uzak geçmişe dayanan *Literyum mezhebine* özel yer vermektedir ve bu durumu değiştirmeye yönelik girişimler anayasal ve başka kayda değer niteliklerle karşılaşacaktı. Türkiye ise, ‘Avrupa Konseyi’ne üye devletler arasında şimdi yer alacak çağdışı Avrupa uygarlığının! temel anlayışlarını paylaşmasını’ sağlayacak reformlara girişmeden önce din özgürlüğünü kısıtlamayı hedeflemeksizin, Müslüman tarikatlarını ve onlara bağlı çağ dışı kurumları lağvetmek zorunda kalmıştır. Dolayısıyla tekeler, medreseler ve tarikatlara ilişkin bazı kanuni tedbirleri sürekli kılmak niyetindedir. *Literyum mezhebini* devlet dini sayan İsveç, geçmişini; Türkiye ise bugünkü laik yapısını korumaya yönelik kaygılarla hareket ederek ihtiyatlı müşterek bir tavır geliştirmişlerdir. Hollanda delegesi, müşteri teklifin din özgürlüğüyle çeliştiği yönünde itirazda bu-

¹⁷ Öktem, s. 273.

lunmuş ve bazı fiili ve istisnai durumların ne ayrıık durumun hükümlerini ya da genel bir çekinceyi nede genel bir tedbir hükmünü haklı göstermeyeceğini belirterek, mevcut milli mevzuatların uyumlulaştırılması için makul bir süre önerilmesini teklif eder. Neticede tadil teklifi tasarının hem A hem de B versiyonuna derç edilir.”¹⁸

Uzmanlar Komitesi raporunda yer alan sorunları, bizzat çözmekten kaçınan Bakanlar Komitesi, bu sorunların ele alınmasına zemin hazırlamak ve çözüm önerileri önermek üzere bir “Yüksek Memurlar Konferansı”¹⁹ toplar. Konferans, din özgürlüğü konusunda tanımlamaya yönelik bir yaklaşım izleyerek fazlaca müzakerelerde bulunmaksızın madde 9/1’in B versiyonunu benimsemiştir. Başlangıçta metinde tutulan Türk-İsveç önerisi, İsveç’in ilgili mevzuatı yürürlükten kaldırmak üzere olduğunu beyan etmesi üzerine metinden çıkarılır. Sözleşme ile milli mevzuatlar arasındaki ilişkiyi düzenleyen madde, inanç özgürlüğüne münhasır olmayıp sözleşme hükümlerinin herhangi birine konulabilecek çekinceleri düzenlemektedir.²⁰

“Yüksek Memurlar Konferansı’nda inanç özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamalara ilişkin madde 9/2’de yer alan ‘milli güvenlik çıkarları için zorunlu’ ifadesi yerine ‘demokratik bir toplumda zorunlu’ ifadesi getirilmiştir. Kamu güvenliği, kamu düzeni, genel ahlâk ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasından oluşan sınırlama gerekçelerine getirilen ve sözleşme metninde de rastlanan ‘demokratik toplumda zorunluluk’ ölçütünün madde metnine konulmasının altında yatan neden, konferans raporunda metnin kazuistik A versiyonu taraftarlarını ikna etmek olarak açıklamaktadır. Madde 9’un son biçimini de içeren sözleşme nihai taslağı Bakanlar Komitesi tarafından 7 Ağustos 1950’de istişari Asamble’ye havale edilir. Bakanlar Komitesi, sözleşmeyi 4 Kasım 1950’de Roma’da imzalar.”²¹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesinin son şekli şöyledir:

AİHS Madde 9; “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”

“Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, aleni veya özel olarak ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.”

“Dinini veya inançlarını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya genel ahlâkın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli tedbir olarak yasayla sınırlanabilir.”

2. AİHM’e Göre, Din, Vicdan ve Kanaat Kavramlarının Tanımı ve Kapsamı

Parlamente Asamble’nin 44. oturumunda aldığı 1202 (1993) sayılı tavsiye kararı, “demokratik bir toplumda dinsel hoşgörüyü” ilişkindir. Karara göre;

“Din bireye hem kendisi ve tanrısı ile hem de dış dünya ve içinde yaşadığı toplum ile zenginleştirici bir ilişki sağlar. Avrupa’daki nüfus hareketleri ve Avrupa’ya yönelik göç hareketleri, daima farklı dünya görüşleri, dini kanaatler ve varlık telakkilerinin buluşmasına yol açmıştır. Farklı dini kanaatler arasındaki buluşma, daha yoğun bir karşılıklı anlayış ve zenginleşmeye yol açabileceği gibi ayrılıkçı eğilimleri de kuvvetlendirebilir ve taassuba da teşvik edebilir.”²²

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yorumu, antlaşmalar hukukunun 1969 Viyana Sözleşmesi’nde billurlaşan kurallarına tabi olmakla beraber, ayırt edici özellikler içermektedir. Mahkeme, sıradan bir sözleşmeyi yorumlama durumunda kalmış olsaydı, devletin uluslararası sorumluluğuna yol açabilecek hususları daraltıcı bir yoruma tabi tutacak ve devletlerin sözleşmeye katıldıkları niyetlerini araştıracaktı. Sübjektif ya da iradi olarak

¹⁸ Öktem, s. 274-275

¹⁹ Yüksek Memurlar Konferansı: İnsan hakları alanında uzman kişilerden oluşan ve Avrupa Konseyi’ne üye devletler tarafından görevlendirilen kişilerden oluşan bir komitedir.

²⁰ Öktem, s. 276.

²¹ AİHS 4 Kasım 1950’de imzalanmış ve 3 Eylül 1953’te yürürlüğe girmiştir. Türkiye AİHS’i 18 Mayıs 1954’te imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde 6366 sayılı kanunla onaylanmıştır.

²² Öktem, s. 457.

nitelendirilebilecek bu metoda mahkeme rağbet etmemiştir. Bunun yerine objektif metodu tercih etmiştir. Objektif metoda göre mahkeme, sözleşmenin kaleme alındığı tarihten bugüne Avrupa toplumlarının uğradıkları evrimi şüphesiz göz önünde tutarak, sözleşmenin ruhuna ve demokratik toplum düzenine uygun bir yorum metodu geliştirmiştir. Bu metoda göre sözleşmenin alanını mümkün olduğunca genişletmeyi hedeflemiştir.²³

Düşünce

Akıldan geçirilen, tasarlanan şey, fikir, düşünme sonucu varılan neticedir. Anadolu France demidir ki,

“Kafamızdan geçenleri bilselerdi, aramızda pek azının başı yerinde kalırdı”.

Bir Çin atasözünde de

“Düşüncelerine dikkat et, onlar fiil ve hareketlerinin başlangıcıdır”

denmektedir.”²⁴

Vicdân

“Kişiyi kendi davranışlarıyla ilgili bir yargıya varmaya iten duygudur. Vicdan özgürlüğü dini nitelikte olmayan inançları da ihtiva eder. Kişinin felsefi dünya görüşü, örneğin silahlı olarak askerlik hizmeti konusundaki düşünceleri bu alana girmektedir.”²⁵

Din

“İnsanların Tanrı'ya (Allah'a) inanış ve bağlanış biçimlerini gösteren yollardan her biridir.”²⁶

Mahkeme, 9. maddede düşünce, vicdan ve din kavramları ile ifade edilen “değer” her

türlü bireysel fikir ve tercihlere değil, fakat belli bir düzeyde kudret, ciddiyet, bütünlük ve öneme sahip görüşler; dini ve felsefi, ideolojik inançlar; bir bütün olarak bireyin her türlü kanaat, inanç, görüş, felsefi öğretisi gibi fikir ve düşünce dünyasında, iç aleminde yer alan “kanı”sidir. Mahkemeye göre “9. maddede korunan şekliyle düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, sözleşmedeki anlamda “demokrasi toplumun” temel taşlarından biridir.

“Dinsel boyutu bakımından bu özgürlük müminlerin kimliği ve hayat görüşlerine dair en asal unsurlar arasında yer aldığı gibi; tanrı tanımazlar, agnostikler, şüpheçiler ya da kayıtsızlar için de bir kazanımdır.”²⁷

Komisyonca göre; sözleşmenin 9. maddesi her şeyden önce şahsi kanaatler ve dini inanç alanını korumakta, buna ilaveten söz konusu eğilimlerle yakından ilintili olup genel kabul gören bir din ya da inancın görünümünü oluşturan tapınma ve dindarlık eylemlerini korumaktadır.²⁸

Aslında mahkeme, Sözleşmenin 9. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesindeki vicdani anlamdaki inanç özgürlüğünü, herkes ve her türlü inanç, din, kanaat, felsefi görüş için koruma sağladığı yönünde yorumlamaktadır. Ancak 9. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesindeki inancın izharına yönelik korumayı ise sadece genel kabul gören din, kanaat ve felsefi görüşler için koruma sağladığı yönünde yorumlamaktadır.

Öte yandan mahkeme, “din” terimini tanımlamaktan kaçınmıştır. Mahkeme, Otto Preminger İstitüt kararında;

“tıpkı ahlak gibi dinin anlamına ilişkin toplumda tekdüze bir telakki ayırt etmenin Avrupa düzeyinde mümkün olmadığını”

belirtmiştir.²⁹

Dinin yanında, kanaatlerin de izharından söz eden 9. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi, inanç özgürlüğünü sadece tanımlamaz, din karşıtı ya da agnostik [bilinemez] görüş-

²³ Öktem, s. 283.

²⁴ Mustafa Duran, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'si 9. madde, Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde9.htm>, (12. 04 .2005), s. 3.

²⁵ Duran, s. 3.

²⁶ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*. Yetkin Yayınları, Ankara: 2002, s. 285.

²⁷ Gözübüyük-Gölcüklü, s. 346.

²⁸ Öktem, s. 309.

²⁹ Otto Preminger İstitüt-Avusturya'ya karşı, 11/1993-406/485, 20 Eylül 1994. Akt.: Öktem, s. 309.

lerle sınırlı tutmayıp “dinsel olmayan” ya da “dinsel alan dışında kalan” görüşleri de kapsar. Strazbourg içtihadı inanç özgürlüğünü ele almadan önce, kavram doktrinde ele alınmıştır. Gerçekten de Strazbourg organları, bu terimi “dinsel alan dışı” görüşleri kapsar biçimde geniş yorumlamıştır. Ancak 9. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için belli kriterler aramışlardır. Mahkemeye göre, “Kanaat” deyimi, sözleşmenin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin kullandığı anlamda “görüş” ve “düşünce” deyimleriyle eş anlamlı değildir; bu deyim düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü ön gören 9. maddede rastlanmaktadır. Söz konusu terim, belli bir kuvvet, ciddiyet, tutarlılık ve önem derecesine ulaşmış görüşler için kullanılır.”³⁰ Mahkemenin burada üzerinde durduğu nokta, kanaatin toplumca genel olarak bilinen ve kabul gören bir deyim olarak anlaşılmasıdır. Ancak yine de mahkeme, dinlerde aradığı derinlik ve yoğunluğu kanaatler için aramamaktadır. Kanaatin makul ve önemli bir ciddiyete ulaşmış olması önemlidir.³¹ Nihayet, kanaatler açısından aranan, “kuvvet, ciddiyet, tutarlılık ve önem” ölçütlerinin sınanabilmesi için söz konusu kanaatlerin gizli tutulmaması, içeriklerinin açıklanması gerekmektedir.³²

3. AİHS’in 9. Maddesine Göre İnanç Özgürlüğünün Kapsamı

AİHM, AİHS’in 9. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesini ve 1. fıkranın 2. cümlesini birbirinden ayırarak incelemiştir. Şöyle ki; Mahkeme, 9. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesini (Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir) kişinin bir dine, kanaate sahip olmak veya olmamak veya özgürce değiştirmek özgürlüğü olarak yorumlarken; 9. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesini (Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, aleni veya özel olarak ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlü-

ğünü de içerir) kişinin inancını veya inançsızlığını izhar etme hakkı olarak yorumlamıştır.³³

a) İnanç Özgürlüğünün Bireysel (Vicdani) Yönü

Bu özgürlük, din ve vicdan özgürlüğünün birinci boyutunu kapsamaktadır. 9. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinde, sözleşme herkese “genel bir hak” tanımıştır. Bu hak; kişi veya kişi topluluklarına bir dine inanma veya inanmama veya inancını özgürce değiştirme hakkını verdiği gibi kişinin kanaatlere sahip olması veya olmaması veya değiştirme özgürlüğü de vermiştir. Bu hak mutlak olup hiçbir sınırlamaya tabi tutulamaz; diğer bir deyişle, sınırlamadan bahseden 2. fıkra hükmünden tamamen bağımsızdır. Devletler, bu hakka mutlak anlamda saygılı olmakla yükümlüdür. Böylece, birey istediği inanca sahip olacak ve bu inancını açıklamaya zorlanamayacaktır.³⁴ Kişi inançları nedeniyle suçlanamayıp kendisine zorla ya da “beyin yıkama” gibi, serbest iradeyi etkileyen başka yollarla bir inanç kabul ettirilemeyecek yahut inançlarından vazgeçirilemeyecektir.

Din ve kanaat özgürlüğünün vicdani boyutunun sağladığı somut güvence, devletin, dinî, vicdani veya kanaatleri nedeniyle bireyleri herhangi bir şekilde kınamaması, hak mahrumiyetine ve ayrı muameleye maruz bırakmaması ve inancını değiştirmek için baskı yapmamasını gerekli kılar.³⁵ Böylece AİHS’in 9. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesiyle devlete, inanç özgürlüğünü, vicdani boyutuyla hem ihlal etmemeyi (müdahale etmemeyi- negatif yükümlülük) hem de ihlal edenlere karşı koruma yükümlülüğü (pozitif yükümlülük) getirmiştir.

Valsamis-Yunanistan davasında; pasifist görüşleri nedeniyle milli bir bayramda diğer öğrencilerle beraber tören alanlarına katılmaktan kaçındığı gerekçesiyle disiplin ceza-

³⁰ Öktem, s. 311-312.

³¹ Arrowsmith-Birleşik Krallık’a karşı, 7050/75, 12 Ekim 1978 akt: Öktem, s. 316.

³² Öktem, s. 316.

³³ Onston ve Diğerleri-Birleşik Krallık’a Karşı 5/1985-92/139,18 Aralık 1986.

³⁴ X-Almanya’ya Karşı, 16.12.1982. Akt.: Gözübüyük-Gölcüklü, s. 347.

³⁵ Benli, s. 63.

sına çarptırılan Yahova Şahidi bir öğrenciyle ilgili davada, Komisyon, yürüyüşün askeri nitelik taşımadığının altını çizerek, zorunlu katılımın, öğrencinin inançlarına ters düşse de, dinî telkin sayılamayacağına hükmetmiştir.³⁶ Benzer davalarda Mahkeme de Komisyon'un görüşünü izlemiştir.

b) İnanç Özgürlüğü'nün Toplumsal (Tezahürü-İzharı) Yönü

AİHS'in 9. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi, "düşünce, vicdan ve din özgürlüğü'nün alenen ve hususi tarzda ibadet, ayin ve öğretimini yapmak suretiyle tek başına ve toplu olarak dinini veya kanaatlerini izhar etme özgürlüğünü içerdiğini" belirtmektedir. Mahkemeye göre, din özgürlüğü iç aleme yönelikse de, bunun zorunlu diğer gereği, ezcümle *dinini açığa vurmaktır*. İncancı, söz ya da eylem halinde açığa vurmak, dinî inançların varlığı ile bağlantılı bir olgudur.³⁷

"Bir kez, bir dine mensup olmanın temelinde, zorunlu olarak o dinin önerdiği dünya sistemine kişisel bir katılımı beraberinde getirir. Sonra, katılımla insanla tanrı arasında bağımlılığı ortaya koyan ilişkileri beslemeye yönelik davranışlar bütünü ile sonuçlanır. Bir mümin için anlatımını dinin uygulamaya geçirilmesinde bulan bu davranışlar, bir kanaatin ortaya konması kavramına indirgenemez. Çünkü burada kişisel düşüncenin toplumsal anlatımını aşan, kökeni ve yaptırımı insandan kaynaklanan iktidarın ötesinde bulunan bir kurala itaatın dışı vurumu söz konusudur. Birinin oruç tutması, başkalarına Müslüman olduğunu anlatmak için değil, orucun Kur'an'ın bir mümin için zorunlu kıldığı beş koşuldan birisi olmasındandır. Bir Hıristiyan için ayine katılmak incancının toplumsal olarak değil kendisini Tanrı ile ilişkiye sokan doğaüstü bir ibadete katılma eylemi olarak nitelendirilebilir."³⁸

Mahkemeye göre; bir davranışın dinini ya da incancı tek başına veya topluca, aleni olarak yahut özel şekilde, ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yoluyla açığa vurmak olarak

algılanıp korunması için, din ya da kanaatin zorunlu ifadesi olmalıdır. Mahkemenin bu konuda verdiği kararların en çok tartışılan yönü, hangi eylemlerin incancı tezahürü sayılıp sayılmayacağı, diğer bir deyişle bir davranışı incancı tezahürü (izharı) kılan ölçüt nedir sorusudur.

Komisyon 1977 tarihinde *Arrowsmith kararında* şu ilkeyi tespit etmiştir: "9. maddenin ilk paragrafında kullanılan incancı tezahürü, uygulanışı din ya da inanç saikiyle ya da etkisiyle yapılan bir eylemi kapsamaz. Bireyin eylemleri söz konusu incancı gerçekten zorunlu emri değilse, bu, inanç saikiyle işlense dahi 9. maddenin ilk fıkrasının koruması altına girmez.³⁹ Bu tespit bizi temel bir ayrıma götürüyor; incancı tezahürünü oluşturan eylemler ve inanç saikiyle yapılan eylemler. Bunlardan ilki, 9. maddenin 1. paragrafı anlamında koruma görürken, tezahür sayılacak kadar gereklilik ve önem taşımayan ikinci eylemler koruma dışında kalmaktadır. Aradaki sınır her zaman belli değildir.

Önüne çıkan davalarda tartışma konusu edilen eylemlerin tezahür sayılıp sayılmayacağını inceleyen Komisyon'un başvurduğu temel ölçütler; bu eylemlerin bir din veya kanaatin "*zorunlu ifadeleri*" olup olmadığı ve bu din ya da kanaatin samimi bir biçimde dışı vurumu sayılıp sayılmayacağıdır. Zorunlu ifade ölçütü, ancak bilinen yerleşik ve yaygın din ve kanaatler için uygulanabilir. Zira bu din ve kanaatlerin kişilere yönelik şekli beklentileri kolaylıkla tespit edilebilir. Oysa şahsi nitelikte kanaatler, örneğin hümanizm açısından bu ölçütün uygulanması zor hatta imkansızdır. Bu bağlamda Strazbourg organlarının kurumsallaşmış geleneksel dinlere ayrıcalıklı davrandığı gerçeği bir kez daha karşımıza çıkmaktadır.⁴⁰

"Dinsel İbrani Hukuku ile Fransız Medeni Hukuku'nun kesiştiği C-Fransa Davası, tezahür kavramının ne kadar sıra dışı sorunlar doğurabileceğine örnek oluşturmaktadır. *C-Fransa Davasında*, Fransız Medeni Hukuku'na uygun olarak boşanan bir Musevi, dinî boşanmanın şekil şartlarını oluşturan ve karısının

³⁶ Valsamis-Yunanistan'a Karşı, 21787/93, 6 Temmuz 1995, akt.: Öktem, s. 321.

³⁷ Kokkinakis-Yunanistan'a Karşı, 25.05.1993, A, 260, akt.; Gözübüyük-Gölcüklü, s. 347.

³⁸ İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*. Alfa Yayınları, Aralık 1993, s. 198.

³⁹ Öktem, s. 324.

⁴⁰ C-Birleşik Krallık'a Karşı, 10358/83, 5 Aralık 1983 akt.: Öktem, s. 325.

tekrar evlenmesine imkan veren ve bir tür talak mektubu olan Guett belgesini karısına vermekten kaçınmış, bu nedenle yeniden evlenemeyen karısı ona dava açarak manevi tazminata mahkum ettirmiştir. Meseleyi Komisyon önüne götüren koca, İbrani Hukuku'na göre kendisinin de aralarında bulunduğu Kohem Kabilesi'nin mensuplarının boşanmış bir kadınla evlenemeyeceklerini, boşanma belgesini verirse karısıyla tekrar evlenme imkanını ebediyen yitireceğini öne sürmüştür. Komisyona göre, başvuru sahibi boşanma mektubunu vermekle vicdanına karşı gelmiş olacağını ileri sürmemiştir. Dolayısıyla boşanmayı reddetmesi başvuru sahibinin dininin tezahürü sayılamaz. Kararda Komisyon, başvuru sahibinin İbrani Hukuku ile çeliştiğine dikkat çekmekte, zira İbrani Hukuku'na göre dindar bir insan söz konusu mektubu vermeyi geciktiremez. Üstelik başvuru sahibi Haham Mahkemesi'nce çağrılarak davranışı hakkında açıklama istenmiştir. X-Birleşik Krallık davasında olduğu gibi, Komisyon bir kez daha dinî kurallara ve yetkililere itibar etmektedir (ancak Müslümanların yaptığı başvurularda diyanetin görüşünü dikkate almamıştır). Dinî hukuka özerk bir anlam tanıyan Komisyon, adeta çok hukuklu bir düzeni kabullenir gibi gözükmiştir. Oysa, mahkeme —Refah Partisi ve diğerleri— Türkiye'ye davasında çok hukuklu bir düzenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve özellikle Ayrımcılık Yasağı ilkesine aykırılığı üzerinde ısrarla durmuştur.”⁴¹

X-Birleşik Krallık davasında, İngiltere'deki ilkokul öğretmenin Cuma namazına gitme talebine ilişkin davada, Komisyon'a göre başvuru sahibi, hala sürmekte olan akdi yükümlülüğünü ihlal ederek okul zamanı camiye gitmesinin *İslam Dini açısından zorunlu olduğunu ikna edici bir biçimde ispat edemiştir*.⁴²

Karaduman-Türkiye'ye davasında, yine dinin tezahürleri ve din saikiyle eylemler ayırımına giden ve tezahür kavramını belki Arrowsmith davasından da dar sayılabilecek bir biçimde yorumlayan Komisyon'a göre, “başörtüsüz fotoğrafının çekilmesini redde-

den bir üniversite öğrencisinin bu eylemi dinî inanç saikli olsa da bu, inancın tezahürü sayılamaz, zira diplomaya iliştilen fotoğrafın amacı ilgili kişiyi teşhis etmektir. Bu, kişi tarafından dinî inançlarını izhar etmek amacıyla kullanılamaz” diyerek 9. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.⁴³ Komisyon Karaduman davasında başörtüsünün dinin bir gereği olup olmadığı tartışmasına hiç girmemiştir. Ayrıca diplomanın teşhis edici bir rolünün olduğu da söylenemez. Asıl teşhis edici belge, kimlik, ehliyet, pasaport ve öğrenci kimliğidir. Bunlar da o güne kadar hep başörtülü fotoğraflıydılar. Buna rağmen kimliğinin tespitinde hiçbir sorun çıkmamıştır. Mahkemenin bu kadar bariz olarak ortada olan bu durumu dikkate almaması akıllarda soru işaretleri yaratmaktadır!

7. Gün Adventistleri Kilisesine katılan bir Finlandiyalı demiryolları işçisi, inancı gereği Cuma günleri, gün batımında çalışmayı kesmek istemiş, çalışma süresi dolmadığı gerekçesiyle onu altı kez uyan yetkililer nihayet işine son vermişlerdir. İşçi, din özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla Komisyon'a başvurmuştur. Komisyona göre, işçi, gün batımından sonra çalışmayı dinî kanaatler saikiyle reddetse de böyle bir ret 9. maddenin 1. fıkrasının koruması altında sayılamaz gerekçesiyle 9. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.⁴⁴

9. maddenin 1. fıkrasının düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün tezahür biçimleri arasında saydığı “*öğretim yoluyla*” tezahür, bu kavramın değişik görünüşleri arasında en problemlilerinden biridir. Bu kavram, ilk bakışta sadece okullarda yürütülen dini eğitim faaliyetlerini çağrıştırmakta ise de, AIHM, öğretim kavramını çok daha geniş yorumlamıştır: “Din özgürlüğü, öncelikle Forum İnternum'a [vicdana] yönelikse de, ezcümle dinini izhar etme özgürlüğünü de içerir. Söz ve eylem yoluyla inanca şahadet etmek, dinî kanaatlerin var oluşuyla iniltilidir. 9. madde anlamında dinini izhar etme özgürlüğü ilke olarak başkalarını “öğretim” yoluyla (tebliğ)

⁴¹ Öktem, s. 327.

⁴² Öktem; s. 328.

⁴³ Şenay Karaduman-Türkiye Davası, akt.: Osman Doğru; *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, c. 1, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul: 1998, s. 356.

⁴⁴ Tuomo Kontinnen-Finlandiya'ya Karşı, akt.: Öktem, s. 329.

ikna etme hakkını da içerir. Aksi halde 9. maddenin öngördüğü “*dinini veya kanaatlerini değiştirme özgürlüğü hükümsüz, ölü bir ifadeden ibaret kalacaktır.*”⁴⁵ Ancak, bu özgürlük başkalarının dinî inanç ve kanaatlerine saldırı teşkil edecek bir durumu korumaz.

4. İnanıcı İzhar Etme Özgürlüğüne Sınırlandırılma Getirilmesi ve Ölçütleri

Her şeyden önce, AİHS’in 9. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinin hiçbir şekilde sınırlamalara tabi tutulamayacağını, yani bu hakkın (inanç özgürlüğünün vicdani boyutu) mutlak bir hak olduğunu belirtmek gerekir. Din ve kanaat özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar, ancak 9. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesindeki durumlar için söz konusu olabilir:

- Kamu Güvenliği
- Kamu Düzeni
- Genel Sağlık
- Genel Ahlâk
- Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması İçin Demokratik Bir Toplumda Gerekli Tedbir Olarak,

ancak yasayla, inancını izhar etme özgürlüğü sınırlanabilir.

9. maddenin 2. fıkrasının uygulama imkanı bulması için her şeyden önce tartışma konusu edilen faaliyetin 1. fıkradaki inanç özgürlüğünün tezahürü kapsamına girmesi ve bu paragrafın güvencesinden yararlanması gerekir. Yani sözleşme organlarının söz konusu edilen inancı, 9. madde anlamında din ya da kanaat kapsamında mütalaa etmesi ve bu inançtan kaynaklanan faaliyeti bu din ya da kanaatin tezahürlerinden sayması gerekir. 9. madde bakımından sınırlamaların ancak tezahürlere yönelik olabileceğinden hareket eden mahkeme, inanç özgürlüğünün özgün ve önemli konumuna işaret etmiştir: 9. maddenin 1. fıkrasının güvence altına aldığı temel hakların niteliği, bu hakların sınırlanmasına ilişkin

hükmün kaleme alınış tarzında da kendini belli etmektedir. AİHS’in 8., 9. ve 11. maddelerin 1. fıkralarında sayılan hakların bütününe yönelik olan 2. fıkraların aksine, 9. maddenin 2. fıkrası sadece “*din ya da kanaatlerin izharı özgürlüğüne*” yöneliktir. Böylece kaleme alınan 2. fıkra, şu hususu tespit etmektedir: Aynı halk topluluğunun içinde birkaç dinin beraber yaşadığı demokratik bir toplumda, bu özgürlüğü muhtelif grupların menfaatlerini bağdaştıracak ve her bireyin inanç özgürlüğüne saygı gösterilmesini sağlayacak sınırlamalara tabi tutmak zorunlu olabilir.”⁴⁶ İnanç özgürlüğünün, demokratik toplumlarda çoğulculuğun unsurlarından oluşu, sınırlamalara tabi tutulması gereğini beraberinde getirmektedir.

“Özetle sözleşmede hak ve hürriyetlerde sabbihiyet kuralı; müdahale istisnadır. Bu nedenlerle AİHM istisna hükümlerini alabildiğince dar; hakları koruyucu hükümleri geniş yorumlamalıdır.”⁴⁷

“Din ve kanaatlerini izhar etme özgürlüğünün sınırlandırmanın sözleşmeye uygunluğunun denetimi açısından dört aşamalı bir test uygulanır bu test AİHM’in kararlarından çıkarılmıştır. Bu test din ve inanışların dışa vurulması hakkına yapılan her müdahaleyi haklı göstermek ya da hukuka uygun hale getirmek için yapılan standart bir testtir. Bu testin dört aşaması vardır. Sınırlandırmanın sözleşmeye uygun olması için bu dört şartında aynı anda mevcut olması gerekmektedir.”⁴⁸

Mahkeme ve Komisyon’a göre sözleşmenin 9. maddenin 1. fıkrasıyla kişiye tanınan “din ve kanaatlerini izhar etme özgürlüğünün”, 9. maddenin 2. fıkrasında öngörülen sınırlama usulüne uygun olarak sınırlandırılmış sayılması için:

a) İnanıcını izhar etme özgürlüğüne bir müdahale yapmış olmalıdır

Din ve kanaatlerin izharı özgürlüğüne getirilen sınırlamaların sözleşmeye uygunluğunu tartışabilmek için her şeyden önce sınırlamayı gerçekleştiren bir devlet müdahalesinden söz

⁴⁵ Kokkinakis-Yunanistan’a Karşı, akt.: Öktem, s. 332-333.

⁴⁶ Kokkinakis-Yunanistan’a Karşı, akt.: Öktem, s. 337.

⁴⁷ Arslantürk, s. 6.

⁴⁸ Duran, s. 8-9.

etmek gerekir. Daha önce nelerin din ve kanaatlerin tezahürü olduğunu uzun uzun açıkladığımız için tekrarlama gereği duymuyorum. Mahkeme, Monoussakis davasında, izinsiz ibadethane açan başvuru sahiplerinin ceza mahkemesinde mahkum edilmesini, dinlerini, ibadet ve ayin yoluyla izhar etme özgürlüğüne müdahale saymıştır.⁴⁹

b) İnancını izhar etme özgürlüğüne yapılan müdahale, yasayla (İç Hukuk-Ulusal Hukuk) öngörülmüş olmalıdır

Sözleşmenin 9. maddesinin 2. fıkrasında, “din ve kanaatlerin izhar özgürlüğünün” ancak yasayla sınırlanabileceğini öngörmüştür. Bunun temelinde kişinin inancını izhar etme özgürlüğüne yürütmenin getirebileceği keyfi müdahaleleri, yasama ya da yargı yoluyla engellemek yatmaktadır.⁵⁰ Eğer devlet söz konusu hakkı yasayla sınırlamayı öngörmemişse, Mahkeme direk hakkın ihlaline karar verecektir. Fakat hakkın sınırlanması yasayla öngörülmüşse artık Mahkeme söz konusu yasal sınırlamanın sözleşmeye uygun olup olmadığını inceleyecektir.

Hassan ve Tchaouch-Bulgaristan Davasında, Mahkeme, Bulgar makamlarının Müslüman Cemaati'nin dinî örgütlenmesine müdahale imkanı veren mevzuatın objektif ölçütlerden yoksun olduğunu tespit etmiştir. Bu mevzuata göre, Bakanlar Kurulu ve Diyanet İşleri Başkanlığı, dinî grupları tescil etmek, cemaat için bölünme ve diğer ihtilaflı durumlarda yöneticileri değiştirmek konusunda mutlak bir takdir yetkisine haiz bulunmaktadır. Somut vakıada, bu yetki bölümü, cemaatin bir fraksiyonunu keyfi biçimde kayırma sonucu doğurmuştur. Mahkeme müdahalenin keyfi olduğuna ve yürütmeye sınırsız yetki veren bir kanuna dayandığı için, kesinlik ve öngörülebilirlik gereklerine uymadığına yani 9. maddenin ihlaline hükmetmiştir.⁵¹ *Mahkeme-*

⁴⁹ Monoussakis-Yunanistan'a Karşı akt.: Öktem; s. 340; Aynı doğrultuda bakınız: Kalaç-Türkiye'ye Karşı, Şerif-Yunanistan'a Karşı.

⁵⁰ Öktem, s. 343.

⁵¹ Hassan ve Tchaouch-Bulgaristan'a Karşı, akt.: Öktem, s. 348.

ye göre; mevcut hakka sınırlama getiren iç hukuk, ulaşılabilir, anlaşılabilir ve öngörülebilir olmalıdır. Aksi halde iç hukuk, sözleşmeye aykırılık teşkil eder.

c) İnancı izhar etme özgürlüğüne yapılan müdahale, 9. maddenin 2. fıkrasında sayılan meşru amaçlardan en az birine yönelik olmalıdır.

Sözleşmenin 9. maddesinin 2. fıkrasına göre din ve kanaatlerin izharı özgürlüğü;

- Kamu güvenliğinin
- Kamu düzeninin
- Genel sağlığın
- Genel ahlâkın
- Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması,

amacıyla sınırlanabileceğini düzenlemiştir. Madde metninde bu sınırlama gerekçeleri tek tek *tahdidi* olarak sayılmıştır. Bu meşru amaçlardan en az birinin olması mevcut hakkın sınırlanması için kâfidir.

Mahkeme, inancı izhar etme özgürlüğüyle kamu yararının dengelenip dengelenmediğini ayrıca incelemektedir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı bütün özgürlükler için yasak olduğu gibi inanç özgürlüğü için de geçerlidir.⁵²

“Komisyon; *Arrowsmith kararında*, askerleri firara teşvik eden broşürler dağıttığı için başvuru sahibinin hapis cezasına mahkum edilmesindeki milli güvenliği korumak ve orduda çıkabilecek karışıklıkları önlemek amaçlarını meşru amaç olarak kabul etmiştir.”⁵³

İbadethane açmak için prosedüre uymayan ve bu nedenle mahkum edilen Yahova Şahitleri'ne ilişkin Manoussakis davasında Mahkeme, müdahalenin “düzenin korunması” meşru amacını güttüğüne hükmetmiştir.

⁵² Benli, s. 69.

⁵³ Arrowsmith-Birleşik Krallık'a Karşı, akt.: Öktem, s. 350.

Ruşen Ergeç'e göre; 9. maddenin 2. fıkrasındaki "kamu düzeninden" kastedilenin alışılmış manada devletin ya da toplumun menfaatlerini korumaya yönelik kamu düzeni kavramına tekabül etmeyip, sadece "karmaşa yokluğunu" ifade ettiğini doktrinde savunmuştur.⁵⁴ Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla da bireyin din ve kanaat özgürlüğünün tezahürüne sınırlama getirilmesi gerekebilmektedir. İsveç'teki Musevi bir çift, dini gerekçelerle kızlarına İbranice "Shalom Phaleshet İmanuel Beth Ya" ismini vermek istemiş, nüfus sicili bu ismi kaydetmeyi reddetmiştir. Bunun üzerine aile olayı Komisyon'a götürmüştür. Komisyon, 9. maddenin ebeveyne çocuklarına hiçbir sınırı gözetmeksizin isim seçme hakkını bahşeder biçimde yorumlanamayacağını belirtmiştir. Bu madde, "çocuğun kendisine zarar veremeyecek bir isim hakkını koruma amacıyla getirilen bir sınırlamayı meşru kılar", gerekçesiyle 9. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.⁵⁵

Kısaca özetlersek; din ve kanaatlerini izhar etme özgürlüğü, ancak saymış olduğumuz meşru amaçlarla sınırlanabilir. Aksi bir sınırlama 9. maddenin ihlalini oluşturur. Mahkeme bu meşru amaçları her somut olaya göre ayrı ayrı yorumlamaktadır.

d) İncancını izhar etme özgürlüğüne yapılan müdahale, demokratik bir toplumda zorunlu ve ölçülü olmalıdır

Hukukun öngördüğü ve meşru bir amaç taşıyan müdahalenin haklı görülebilmesi için, *demokratik bir toplumda zorunlu olmalı ve sınırlama ile kamu yararı arasında denge kurulmalıdır*. AHİM baktığı davalarda, muhtelif verilerle demokrasi anlayışını ortaya koymuştur. Mahkeme, etkin bir demokrasinin sahip olması gereken nitelik ve özellikleri şöyle belirtmektedir:

- Kamu yararı ve bireyin temel hakları arasında adil bir denge kurup muhafaza etmeye muktedir olmalıdır.

⁵⁴ Ruşen Ergeç, akt.: Öktem, s. 351.

⁵⁵ X-İsviçre'ye Karşı, akt.: Öktem, s. 354.

- Hukuk sistemi, insan haklarına saygı konusunda mümkün olduğu ölçüde Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğunluğunun anlayışına uygun olmalı ve hukukun üstünlüğü ilkesine dayanmalıdır.
- Medeni ve siyasi hakları teminat altına alarak, vatandaşların ekonomik, sosyal ve kültürel alanlardaki temel haklardan tam anlamıyla yararlanabilmelerini sağlamalıdır.
- Kriz durumlarıyla ve fevkalade halle karşılaştığında özel tedbirler almadan önce, yürürlükteki hukukun sunduğu bütün imkanları tüketmelidir.
- Aşırı tedbirler alınması söz konusu olduğu taktirde, bunlar ancak asgari düzeyde ve durumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır.
- Temel insan haklarının özü, hiçbir şekilde zedelenmemelidir. Bu öz, mümkün olduğu taktirde 15. madde ile korunan hakların ötesindeki temel haklar açısından da göz önüne alınmalıdır.
- İç düzeni tehdit eden tehlikelere karşı demokratik kurumları zedelemeksizin etkin bir şekilde mücadele edebilmek için gerekli önlemleri almaya muktedir olmalıdır.
- Hak ve özgürlüklerin kanunla kısıtlanmayan hükümlerini makul ve objektif olarak uygulamalıdır.
- Çeşitli sınıflara mensup vatandaşlar arasında hoşgörü ve anlayışı hakim kılmalıdır.
- Vatandaşların haklarına ancak sosyal bir ihtiyacı karşılamak için müdahale etmeli ve makul sınırı aşmamalıdır.
- İnsan haklarını güçlendiren yeni düzenlemelere karşı açık fikirli olmalıdır.
- Özellikle haber alma konusunda çoğulculuğu sağlamalıdır.
- Aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na şikayette bulunulduğu taktirde anlayışlı ve akil olmalı ve Komisyon kararları ile Mahkeme hükümlerini iyi niyetle karşılamalıdır.
- Devletler bu bağlayıcı mekanizma konusunda, vatandaşlarını, haklarını bilinçli bir şekilde kullanmaları için daha iyi aydınlatmalıdır.⁵⁶

⁵⁶ Ünal Şeref, akt.: Benli, s. 70.

Mahkeme, demokratik toplumun devletin veya nüfusun bir bölümünün hoşuna gitmeyen dinî izhar etme özgürlüğünü kullanma hallerini de koruma altına aldığını beyan etmektedir.

Demokratik toplum, hoşgörü ve çoğulculuk içinde yaşamayı gerektirir. Bunlar olmadan demokratik devlet olamaz. Nitekim demokratik bir toplumda bilinçli ve müsamaha olmalı ve devlet, düzeni sağlamalıdır.

Gerginliği kaldırmak için gerginliğin taraflarını ortadan kaldırmamalıdır. Aksine taraflara ibadet özgürlüğü için gerekli imkanı tanımalıdır. Mahkeme bir kararında, “dinî veya herhangi bir toplumun bölündüğü yerlerde gerginliğin yaratılması mümkündür. Fakat bu, çoğulculuğun kaçınılmaz bir sonucudur. Böylesi durumlarda yetkililerin görevi, çoğulculuğu tasfiye ederek çoğulculuğu ortadan kaldırmak değil, aksine bir biriyle yarışan rakip grupların birbirlerine müsamaha etmelerini sağlama görevi vardır.”⁵⁷

Mahkeme, demokratik bir toplumda “zorunluluk” kavramının, bir yandan vazgeçilmez, diğer yandan kabul edilebilir, normal, yararlı, makul, elverişli terimleri arasında aracı konumunda olduğuna hükmetmiş, “zorunlu” kavramının buyurgan bir sosyal ihtiyacı karşılaması gerektiğini ve denetiminin hem temel alınan kanun hem de onu uygulama işlemlerine uzandığını belirtmiştir.⁵⁸

5. Kararlar Işığında AİHM’in İnanç Özgürlüğüne Bakış Açısı ve Değerlendirilmesi

a) Şenay Karaduman-Türkiye Davası

İnanç özgürlüğüyle ilgili olarak Türkiye’den AİHM’e yapılan ilk başvurulardan biri de Şenay Karaduman-Türkiye davasıdır. Bu davanın önem arz eden tarafı, Türkiye’deki başörtüsü mağdurlarının Mahkeme’ye yapmış olduğu ilk başvuru olmasıdır.

Şenay Karaduman, Ankara Üniversitesi Eczacılık Fakültesi’ni 1988 yılında bitirmiş, tesettürlü bir bayandır. Şenay Karaduman

geçici mezuniyet belgesinin kendisine verilmesi için üniversiteye müracaat etmiş ve başörtülü olarak çektiği fotoğrafı vesikalık fotoğraflarının da arasında bulunduğu evraklarını üniversiteye teslim etmiştir. “Fakülte Dekanı, Ş. Karaduman’a yazdığı 28 Haziran 1988 tarihli yazıda, başörtülü olarak verdiği fotoğrafların üniversite disiplin yönetmeliğine ve 30 Aralık 1982 tarihli Yüksek Öğretim Kurulu Genelgesi’ne aykırı olduğunu bu nedenle geçici mezuniyet belgesi talebinin reddedildiğini, başı açık olarak çekilmiş vesikalık fotoğraf verilmesi durumunda kendisine geçici mezuniyet belgesi verileceğini bildirmiştir.”⁵⁹

Ş. Karaduman, dekanlığın bu işlemine karşı 19 Eylül 1988 tarihinde Ankara İdare Mahkemesi’nde iptal davası açmıştır. Türk Anayasası ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nce korunan inancını izhar etme özgürlüğünün ihlale uğradığını öne sürmüştür.

Ankara İdare Mahkemesi başvurusu;

- a) Ankara Üniversitesi Lisans Yönetmeliği’nin 29. maddesinin mezuniyet belgesine yapıştırılacak fotoğrafların üniversitenin “kıyafet kurallarına” uygun olarak çekilmiş bir fotoğraf olması gerektiği yönündeki düzenlemeye,
- b) Üniversite öğrencilerinin uymakla zorunlu oldukları kıyafet kurallarını belirleyen 30 Aralık 1982 tarihli Yüksek Öğretim Kurulu Genelgesi’nin, öğrencilerin temiz, düzgün ve ütülenmiş kıyafetler giymeleri, başlarının açık olmasını, saçlarının düzgün olması gerektiği hükmüne dayanmış ve başörtülü olarak çekilmiş fotoğrafın, öğrencinin kimliğini tespit etmeye yetmeyeceğini belirterek iptal talebini reddetmiştir.

Ş. Karaduman İdare Mahkemesi’nin bu kararına karşı aynı gerekçelerle Danıştay’a 25 Nisan 1989 tarihinde temyiz talebinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi 7 Mart 1989 tarihinde vermiş olduğu bir kararla, Yüksek Öğretim Kurumları’nda başörtüsü takılmasına izin veren Yüksek Öğretim Kanunu’nun geçici 16. maddesini Anayasa’da bulunan “Laiklik” ilkesiyle çeliştiği gerekçesiyle Anayasa’ya aykırı bulmuştur. Danıştay da Ankara İdare

⁵⁷ Şerif-Yunanistan’a karşı 19 Aralık 1999, akt.: Benli, s. 70.

⁵⁸ Öktem, s. 358.

⁵⁹ Osman Doğru, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, c. 1, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul: 1998, s. 349.

Mahkemesi'nin karar gerekçesine ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesine dayanarak temyiz başvurusunu 16 Ekim 1989 tarihinde reddetmiştir. Bu karar üzerine Şenay Karaduman; Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurarak dinî inançlarıyla bağdaşmayan, başı açık olarak çekilmiş fotoğraf vermediği için 2 yıl süreyle mezuniyet belgesinin kendisine verilmediğini, bu nedenle de AİHS'in 9. maddesinde düzenlenmiş olan *inanç özgürlüğünün* ihlal edildiğini ileri sürerek şikayet etmiştir.

"Komisyon, vermiş olduğu kararda; diplomalara yapılandırılacak fotoğraflara ilişkin olarak her ne kadar üniversitelerde günlük yaşamı etkileyen disiplin kararları içinde yer almaları da, üniversitelerin lâik ve cumhuriyetçi niteliğini korumaya yönelik üniversite kurallarının bir parçasını oluştururlar. Lâik bir üniversitede yüksek öğrenim yapmayı kabul eden bir öğrenci, bu üniversitenin bütün kurallarına uymayı kabul etmiştir. Bu kurallarla, öğrencilerin dini inançlarını yerine getirmeleri, gerek yer gerekse şekil açısından bazı sınırlamalara tabi tutulabilir. Bu sınırlamaların amacı, değişik inançtaki öğrencileri bir arada tutmaktır. Özellikle, nüfusun büyük çoğunluğunun belli bir dine mensup olduğu ülkelerde bu dinin hiçbir yer ve şekil sınırlaması olmaksızın, tüm ayin ve gösterilerinin yerine getirilmesi bu dine mensup olmayan, başka bir dine mensup olan öğrenciler üzerinde bir baskı oluşturabilir. Lâik üniversiteler, öğrencilerin kılık kıyafetlerine ilişkin disiplin kuralları koyduğunda, bazı dinî akımların öğrenimde kamu düzenini bozmaları ve başkalarının inançlarını ihlal etmemeleri için kurallarla sınırlamalar getirebilir. Diploma, bir mesleki yeterlilik belgesidir ve kamu oyuna açık bir belge sayılamaz. Diplomada yer alan fotoğraf, ilgilinin teşhisini sağlar ve dinî kanaatlerin izharı amacıyla kullanılamaz. Komisyon, başvuru sahibine başörtüsüz fotoğraf verilmesi durumunda mezuniyet belgesinin verilmesi imkanının tanındığını gözlemekte ve üniversitede eğitim gördüğü sürece, dinî kanaatlerine aykırı kıyafet yönetmeliğine uymaya zorlanmadığına dikkat çekmiştir. Sonuçta Komisyon, mezuniyet belgesinin verilmemesi talebinin reddinin, inanç özgürlüğüne bir müdahale sayılmayacağını ve bu nedenle başvurunun sözleşmenin 27. maddesine göre açıkça temelsiz olduğuna karar vermiştir."⁶⁰

⁶⁰ Doğru, c. 1, s. 346-353.

Eleştiriler

Karaduman kararı, değişik yönlerden eleştirilere uğramıştır:

Komisyon'un bütün mantık zinciri, başvuru sahibinin başını örtmesinin kuvvetli bir dinî kanaatin tezahürü olduğu üzerine kurulmuştur. Ancak, başörtüsü takmanın dinî kanaatin tezahürü olduğunu kabul ediyorsa, başörtüsüz fotoğraf verme zorunluluğunun başvuru sahibinin inancını izhar etme özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğu sonucuna varması gerekirdi. Bu bakımdan, 'başvurucunun özgürlüğüne müdahale olmadığı, bu nedenle başvurunun açıkça temelsiz olduğu' gerekçesiyle başvurunun kabul edilemezliğine karar vermesi bir çelişkidir.

Ayrıca Komisyon, kararında; "lâik bir üniversitede eğitim görmeyi tercih eden öğrenci, bu üniversitenin düzenlemelerine de razı olmuştur" demektedir. Oysa Türkiye, AİHS'in, 1. Ek Protokolün 2. maddesi ile "*eğitim görme ve eğitim tarzını serbestçe seçme hakkını*" düzenleyen hükmünü (6 Mart 1340 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanununu saklı tutarak) ihtirazi kayıtla imzalamıştır. Türkiye'deki bütün üniversiteler YÖK'e bağlı ve lâik üniversitelerdir. Buna rağmen Komisyon'un, sanki Türkiye'de lâik olmayan üniversite varmış gibi bir kabulde karar vermesi büyük bir çelişkidir.

Bir başka eleştiri de Komisyon'un; "özellikle nüfusun büyük çoğunluğunun belli bir dine mensup olduğu ülkelerde bu dinin tezahür ve sembolleri mekan ve biçim sınırlaması olmaksızın söz konusu dinin gereklerini yerine getirmeyen ya da başka bir dine mensup öğrenciler üzerinde baskı oluşturabilir" gerekçesindedir. Türkiye'de her tarafta Müslümanlar büyük bir çoğunlukla dinini açıkça izhar etmekte, 5 vakit yüksek sesle ezan okunmaktadır. Bunlar azınlıklar üzerinde baskı oluşturmuyorsa üniversitede ki başörtülüler nasıl baskı oluşturacaktır?

Ayrıca özgürlükler söz konusu olduğunda, asıl olan özgürlüğün varlığıdır. Sınırlamalar zaruret halinde ve kısmi olabilir. İnanç özgürlüğü gibi temel bir hakkın sınırlanması için ortada somut bir tehlikenin olması gerekir. Yoksa soyut, farazi tehlikelerle sınırlanması inanç özgürlüğü açısından ve AİHS açısından büyük bir tehlikedir. Bu durum, AİHS'in ruhuyla da bağdaşmaz.

b) Buscarini ve Diğerleri-San Marino Davası

Bu davada, İtalyan Ülkesiyle çevrili San Marino Cumhuriyeti'ni Parlamento'sunda bazı milletvekilleri parlamenter görevlerine başlamadan önce, kutsal İnciller üzerine yemin etmek zorunda bırakılmışlardır. İnançları gereği bu formülü atlayarak yemin eden milletvekillerinin yemini, geçersiz sayılmıştır. Göreve başlamak için, kutsal İnciller üzerine yemin etmek zorunda kalan milletvekilleri, bu sorunu AİHM'e taşımışlardır. Hükümet, savunmasında, bir aziz tarafından kurulan San Marino Cumhuriyeti'nin milli geleneklerinin Hıristiyan dini ile olan bağlarına dikkat çekerek, devletin bu konudaki taktir yetkisinin eleştirilemeyeceğini öne sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise;

"San Marino iç hukukunun genelde din özgürlüğünü koruduğunu kabul etmekte, ancak toplumdaki değişik görüşleri parlamentoda temsil etme yetkisinin kullanımını belli bir dünya görüşünü benimsemiş olma ön şartına bağlamasının çelişki oluşturduğunu, bu nedenle, söz konusu sınırlandırmanın 'demokratik bir toplumda zorunlu ve ölçülü' olmadığına, Milletvekillerinin İncil üzerine yemin etmek zorunda bırakılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde düzenlenmiş olan inanç özgürlüğünü ihlal ettiği ne..."⁶¹

karar vermiştir.

c) Lucia Dahlab-İsviçre Davası

Yakın tarihli Lucia Dahlab-İsviçre davasında Mahkeme, *memurun inançlarının gerekleri ile görevinin gerekleri arasındaki ilişkiyi yeniden sorgulama imkanı bulmuştur*. Başvuru sahibi, İsviçre'de devlet okulunda öğretmenlik yapan tesettürlü bir bayandır. Katolik bir ailenin çocuğu olan Dahlab, manevi bir arayış neticesinde 1991 yılında İslâm dinini benimseyerek bir Müslüman'la evlenmiştir. Dahlab, 1991 yılından 1996 yılına kadar başörtüsü ile derslere girmiştir. 1996 yılında Dahlab, İlköğretim Genel Müdüresi (müfettişler) tarafından, kamusal eğitime ilişkin kanuna aykırılık sebe-

biyle, başörtüsü ile derse girmemesi yönünde uyarılmıştır. Dahlab, bu uyarı aleyhine Cenevre İdare Mahkemesi'ne başvurmuş, İdare Mahkemesi'nin red kararı İsviçre Federal Mahkemesince de onanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuran Dahlab, 4 yıl boyunca başörtülü olarak derslere girdiğini ve bunun hiçbir soruna yol açmadığına dikkat çekmiştir. İsviçre Hükümeti, Federal Mahkeme'nin, dinî semboller bakımından öğretmenler ile öğrenciler arasında bir ayrıma gittiğini vurgulayarak devlet okulunda çalışan öğretmenlerin, bu görevi kabul etmekle lâiklik ilkesine saygı göstermek yükümü altına girdiklerini belirtmiştir. Uyarı işleminde "kanuni öngörülme" ve "meşru amaç" şartlarının yerine getirildiğini saptayan Mahkeme, "demokratik bir toplumda zorunluluk ve ölçülülük" ilkesine yoğunlaşmıştır. Davaya bakan İsviçre Federal Mahkeme'si, başvuru sahibinin başörtüsü takma yasağını sadece öğretim faaliyetiyle sınırlamış ve onun öğrencilerini, öğrenci velilerini ve okulun dinsel tarafsızlığını koruma kaygısıyla hüküm kurmuştur. Bunu yaparken, öğretmenin, devleti temsil ediyor oluşunu dikkate alarak kamusal eğitimin tarafsızlığına dayalı meşru amaç ile inancı izhar etme özgürlüğünü dengelemiştir. *Federal Mahkeme'ye göre öğrencilerin dinsel tarafsızlık ortamında ders görme hakları, başvuru sahibinin inancını izhar etme özgürlüğüne yönelik müdahaleyi meşru kılmaktadır*. AİHM, öğrencilerin yaşlarının küçük olduğunu göz önünde tutarak Cenevre yetkili makamlarının taktir yetkisini aşmadıklarına ve alınan tedbirin akıl dışı olmadığına hükmetmiştir. Yasaklama işlemini "demokratik bir toplumda zorunlu ve ölçülü" bulan mahkeme, başvuruyu açıkça temelsiz sayarak kabul edilemez bulmuştur.⁶²

Eleştiriler

Mahkeme, Leyla Şahin, Dahlab ve Karaduman davalarında aynı konuda farklı gerekçelerle aynı sonuca varmış ve inanç özgürlüğüne bir aykırılık görmemiştir. Mahkeme her olayı kendi koşullarında değerlendirmiş ve kararlarında başörtüsüne yönelik kesin bir

⁶¹ Buscarini ve Diğerleri-San Marino'ya Karşı, 24645/94, 18 Şubat 1999, akt.: Öktem, s. 265.

⁶² Lucia Dahlab-İsviçre'ye Karşı, 42393/98, 15 Şubat 2001, akt.: Öktem, s. 496-497.

"içtihat" oluşturamamıştır. Mahkeme, Dahlab kararında; başörtüsü takmanın inancın mutlak tezahürü olup olmadığını ve başvuru öğretmenin devlet okulları dışında mesleğini icra edebilirliğini gereği kadar irdelememiştir. Ayrıca Dahlab'ın 4 yıl boyunca derslere başörtülü olarak girdiğini ve bu süre zarfında ne öğrencilerden ne de öğrenci velilerinden hiçbir şikayet gelmediğini göz önünde bulundurmadan, sadece öğrencilerin etkilenebileceği ihtimaline (soyut tehlike) dayanarak inancı sınırlamanın gerekliliğine hükmetmesi düşündürücüdür! Altı çizilmesi gereken diğer bir nokta da, Dahlab'ın bir devlet memuru olması hasebiyle bu kararın, üniversiteye girmek isteyen başörtülü öğrenciler için emsal teşkil etmemesidir.

d) Şerif-Yunanistan Davası

Bu davada Yunanistan hükümeti Müslümanların yoğun olarak yaşadığı Rodop şehrine bir müftü atamış ve müftülere bazı idari ve yargısal görevler de vermiştir. Ancak bölgedeki Müslümanlar kendi müftülerini aralarından seçmişlerdir. Müslümanlarca seçilen müftü (Şerif), bayram mesajı yayınlamış, dinî vaazlar vermiş ve dinî kıyafetler giymiştir. Bunun üzerine Müslümanların seçtiği müftü, yargılanmış ve mahkum edilmiştir. Yunan Hükümeti, pek çok ülkede müftülerin devletçe tayin edildiğini, müftülerin, idari ve yargısal yetkileri olduğunu, yargısal yetkilere sahip birinin ise seçim yoluyla belirlenemeyeceğini iddia etmiştir. Ayrıca hükümet, Rodop'ta aynı anda iki müftünün bulunmasını, Yunan Mahkemeleri, Müslümanların kendi içinde, Müslüman ve Hıristiyanlar arasında ve Türkiye ile Yunanistan arasında gerilimi engellemek amacıyla olaya müdahale ettiklerini ve "sahte" müftüyü mahkum ettiklerini ileri sürmüştür. Başvuru sahibi müftü (Şerif) ise, Yunanistan'da Hıristiyan ve Musevilerin kendi dinî liderlerini seçme hakkı olduğunu, Müslümanların ise böyle bir hakkı olmadığını bu durumun dinler arasında ayrımcılık oluşturduğunu ve mahkumiyetin "demokratik bir toplumda gereksiz" olduğunu ileri sürmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gönül rızasıyla kendisini takip eden bir gru-

bun, dinî lideri gibi davrandığı için bir kişiyi cezalandırmanın *demokratik bir toplumda dinsel çoğulcuğun gerekleriyle* bağdaştırmak güçtür. Mahkeme, olaylar sırasında Rodop'a resmen tayin edilmiş bir müftünün varlığını gözlemlemekte ancak Yunan Hükümet'inin iddialarının aksine, başvuru sahibi müftünün kanunen tanımlanan idari ve yargısal işlemler üstlendiğine işaret eden bir husus bulunmamaktadır. Zaten Mahkeme'ye göre, demokratik toplumlarda devletin, dinî toplulukların tek bir yönetim altında tutulmalarını sağlayacak tedbirler almaya ihtiyacı yoktur. *Mevcut vakıda cemaatin bölünme içerisinde olduğu doğrudur. Ancak bu, çoğulculuğun kaçınılmaz bir sonucudur. Bu koşullar içinde devletin rolü, çoğulculuğu ortadan kaldırmak değil, rakip grupların birbirlerini hoş görmesini sağlamak olmalıdır. Sonuçta "karşı konulmaz bir toplumsal ihtiyaç"* başvuru sahibinin mahkumiyetini haklı göstermemektedir. Bunun sonucu olarak inancını izhar etme özgürlüğüne yönelik müdahale, "demokratik bir toplumda kamu düzeninin korunması için zorunlu ve ölçülü" değildir. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesinin ihlaline karar verilmiştir.⁶³

Eleştiriler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, genel olarak gerilimden söz eden Yunanistan hükümetinin somut olgular sunmadığına dikkat çekmiştir. Ayrıca mahkemeye göre, Müslümanlarla Hıristiyanlar ya da Yunanistan ile Türkiye arasında olası bir gerilim ise çok uzak bir ihtimaldir. Mahkeme, ilk defa inanç özgürlüğünün sınırlanmasının gerekip gerekmediğini belirlerken haklı olarak *somut tehlikeyi* aramıştır. Oysa, gerek Şahin gerekse Karaduman kararlarında, kamu düzeni ve diğer bireylerin hak ve özgürlüklerinin ihlal edilebilme ihtimalinde soyut tehlikeyi yeterli görmüştür. Bu da AİHM'in karar gerekçeleri arasında çelişkilere ve tutarsızlıklara neden olmaktadır.

⁶³ Şerif-Yunanistan'a Karşı, 38178/97, 14 Aralık 1999, akt.: Öktem, s. 365-366.

e) Leyla Şahin-Türkiye'ye Davası

Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Leyla Şahin, 26 Ağustos 1997'ye kadar Bursa Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesinde 4. sınıf öğrencisidir. 1997'de İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesine geçiş yapmıştır. 23 Şubat 1998'de İstanbul Üniversitesi öğrencilerinin üniversite yerleşkesine alınmalarını düzenleyen bir genelge, rektörlükçe yayımlanmıştır.

Bu genelgeye göre;

“Bayan öğrencilerin başörtülü olarak, erkek öğrencilerin sakallı olarak ders, staj ve uygulamalara alınmaması gerekmektedir. Bunu ihlal eden öğrencilerin uyarılması, uyarılara riayet etmemeleri durumunda, adlarının tespit edilerek haklarında cezai işlem yapılmak üzere ilgili anabilim dalı, dekanlık, müdürlüklere ivedi olarak bildirilmelidir.”

Bu genelgeye uyularak başvuru Leyla Şahin, başörtülü olduğu için onkoloji sınavına, nöroloji dersine alınmamış ve öğrencinin ders kaydı yaptırmasına izin verilmemiştir. Ayrıca disiplin cezaları verilmiştir. Başvurucu, genelgenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için İstanbul İdare Mahkemesi'ne dava açmış, ancak idare mahkemesi başvuruyu reddetmiştir. Başvurucu kararı temyiz etmiş ancak Danıştay da, Anayasa Mahkemesi'nin 7 Mart 1989 tarihli ve 5 Temmuz 1989 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan ve Yüksek Öğretim Kanun'unun geçici 16. maddesini lâiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal ettiği kararına ve gerekçesine dayanarak temyiz talebini reddetmiştir.⁶⁴

Başvuran, Yüksek Öğretimde İslâmi Başörtüsü takmasına getirilen yasağın inanç özgürlüğü hakkına ve özellikle de inancını izhar etme özgürlüğüne yapılan haksız bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Ayrıca hükümetin ileri sürdüğü kamu düzeninin bozulması tehlikesinin yersiz ve dayanaktan yoksun olduğunu belirtmiştir. Başvuran, kendisinin 4 yıl boyunca Uludağ Üniversitesi'nde, 23 Şu-

bat 1998'e kadar da İstanbul Üniversitesinde başörtülü olarak derslere devam ettiğini, bunun kamu düzeni açısından hiçbir sorun doğurmadığını ileri sürmüştür. Türk Hükümeti ise, sınırlamanın yasayla öngörüldüğünü, lâiklik ilkesinin gereği olarak kamu düzeni ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına ilişkin meşru amaçlarla demokratik bir toplumun devamlılığı için zorunlu olduğundan inanç özgürlüğünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak sınırladığını ileri sürmüştür.

AİHM'in Değerlendirmesi

a) İlgili Hükümler

- “Çok sayıda dinin bir arada bulunduğu tek ve aynı nüfusu barındıran demokratik toplumlarda, çeşitli grupların menfaatlerini uzlaştırmak ve herkesin inançlarına saygı gösterilmesini sağlamak için kişinin dinini veya inancını izhar etme özgürlüğüne sınırlamalar getirmek gerekli olabilir.
- Aynı şekilde, Mahkeme, Türkiye'de lâiklik ilkesinin, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygıyla uyumlu olan devletin temel ilkelerinden biri olduğunu ifade etmiştir. Halkın büyük bir çoğunluğunun belli bir dine mensup olduğu Türkiye gibi bir ülkede, bu dinî icra etmeyenleri ya da başka bir dinden olanları kökten dinci hareketlerden korumak için üniversitelerde alınan önlemlerin Sözleşmenin 9/2 maddesine göre haklı görülebilir. Bu bağlamda, lâik üniversiteler, ibadetin tezahürünü ya da belirtilen dinin sembollerini, değişik dinden öğrenciler arasında huzurlu ortak yaşamı sağlamak amacıyla böyle bir tezahürün yeri ve adetine göre yasaklamalar uygulayarak, düzenleyebilir ve böylece kamu düzenini ve diğerlerinin inançlarını korur.
- Devlete bırakılan takdir hakkının kapsamını tanımlarken, Sözleşme tarafından garanti altına alınan hakkın önemine, yasaklanmış eylemlerin mahiyetine ve yasaklamanın amacına riayet edilmelidir. Devlet ile dinler arasındaki ilişkiler tartışma konusu olduğunda, ki bununla ilgili düşünceler demokratik toplumlarda makul şekilde birbirlerinden çok farklılık gösterebilir, bu durumda ulusal yasa koyucunun rolüne özel bir önem verilmelidir. Bu gibi durumlarda, üzerinde tartışılan çıkarlar arasında kurulması gere-

⁶⁴ Aynı doğrultuda bkz.: Lucia Dahlab-İsviçre'ye Karşı, Ayrıca Anayasa Mahkemesinin 1989 Tarihli YÖK'ün Geçici 16. maddesini İptal Kararının Eleştirisi İçin Sami Selçuk, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Yeni Türkiye Yayınları, 2000, s. 427-431.

ken adil denge; diğerlerinin hak ve özgürlüklerine, iç huzursuzluktan kaçınmaya, kamu düzeni ve çoğulculuğun gereklerine saygı göstermek yoluyla sağlanmalıdır.

- Akit Devletlerin öğrenim kurumlarında dini simgelerin kullanılmasına ilişkin düzenlemelere gelince; Ulusal geleneklere bağlı olarak konu hakkındaki kurallar bir ülkeden diğerine değiştiği ve diğerlerinin haklarının korunması ve kamu düzeni gerekleri hususunda ortak bir yeknesak Avrupa anlayışı olmadığı için bir takdir alanının bırakılması uygun olur. Eğitimin kendi doğasının düzenleyici yetkiyi gerekli kıldığı kaydedilmelidir. Özellikle bu nev'i düzenlemelerin hiçbir zaman çoğulculuk ilkesini ihlal etmemesi, Sözleşmedeki diğer haklarla çatışmaması veya din ve inanç özgürlüğünü tamamıyla inkâr etmemesi bakımından Avrupa denetimini bertaraf etmez.”

b) Yukarıda Belirtilen İlkelerin Mevcut Davaya Uygulanması

- Bayan Şahin gibi üniversitede başörtüsü takan öğrencilerin haklarına, yer ve hareketlerine kısıtlamalar getiren 23 Şubat 1998 tarihli genelgenin yol açtığı müdahalenin “gerekliliğini” değerlendirmek için, Mahkeme, bu genelgeyi kendi hukuksal ve toplumsal koşulları içerisine oturtmalı ve olayın koşulları ışığında değerlendirmelidir. Mevcut olaya uygulanabilir ilkeleri dikkate alarak, Mahkemenin görevi, müdahale için gösterilen sebeplerin ilgili, tatmin edici olup olmadıkları ile ulusal düzeyde alınan tedbirlerin istenen amaçla orantılı olup olmadıklarına hasredilmiştir.
- Öncelikle, müdahalenin ilk ilkeyi —lâiklik ve eşitlik— temel alıp almadığı incelenmelidir. 7 Mart 1989 tarihli kararında, Anayasa Mahkemesi diğerlerinin yanı sıra, lâikliğin Türkiye’de demokratik değerlerin güvencesi olduğunu, —bireysel vicdanı ilgilendirdiği sürece— inanç özgürlüğünün kısıtlanamayacağı ve vatandaşların kanun karşısında eşit olduğu ilkesini vurgulamıştır. Lâiklik, aynı zamanda bireyi dış baskılardan korur. Kişinin dinini ifşa etme hakkına, bu değer ve ilkeleri korumak için kısıtlamalar getirilebilir. Bu tür bir lâiklik kavramı Mahkemeye göre, Sözleşmenin temelini oluşturan değerlerle uyumludur ve Mahkeme bu ilkenin desteklenmesinin Türkiye’de demokrasinin korunması için gerekli görülebileceğini kabul eder.
- Dahası, Anayasa Mahkemesi gibi AİHM de, Türkiye bağlamında başörtüsü sorununun değerlendirilmesinde, zorunlu bir dinî vecibe gibi takdim edilen veya algılanan böylesi bir simgeyi takmanın, onu takmamayı seçenler üzerinde yaratacağı etkiyi de göz önüne almak zorundadır. Daha önce kaydedildiği gibi bahis konusu tartışmalı hususlar, nüfusunun çoğunluğunun İslâm inancına, kadın haklarına ve lâik bir yaşam tarzına kuvvetli bir bağlılığı savlarken, “diğerlerinin hak ve özgürlükleri” ve “kamu düzeninin” devamının korunmasını sağlamayı da içermektedir. Bu alandaki özgürlüğe uygulanan kısıtlamalar, bu sebeple, özellikle Türk Mahkemele-ri’nin bu dinî sembolün Türkiye’de yakın zamanda siyasi önem kazandığına karar vermelerinden beri, yukarıdaki iki yasal amaca erişmek için bir toplumsal ihtiyacın karşılanması olarak görülebilir.
- Mahkeme, daha önce Türkiye’de kendi dinlerinin sembollerini ve dinî inançlar üzerine kurulmuş bir toplum kavramını empoze etmeye çalışan aşırı siyasi hareketlerin olduğunu gözden kaçırmamıştır. Mahkeme, Taraf Devletlerin Sözleşme hükümlerine uygun olarak siyasi hareketlere karşı, tarihsel deneyimlerini dikkate alarak tutum takınabileceğini belirtmiştir. Söz konusu düzenlemeler, bu bağlamda ele alınmalı ve yukarıda bahsedilen meşru hedeflere ulaşmaya ve üniversitedeki çoğulculuğu korumaya yönelik tedbir niteliğinde olmalıdır.
- Yukarıda bahsedilen açıklamalar göz önünde tutulduğunda lâiklik ilkesi; Anayasa Mahkemesi tarafından da vurgulandığı gibi üniversitelerde bir dinî işaret olarak başörtüsü takılmasının yasaklanmasının temelinde yatan baslıca nedendir. Yetkili makamlarca, bayan öğrencilerin üniversitelerde başlarını örtmeleriyle ilgili mevcut davadaki durum da dahil olmak üzere, dinî sembollerini takmalarını kabul etmenin; çoğulculuğun değerleri, başkalarının haklarına saygı ve özellikle kadın ve erkeğin kanun önünde eşitliğinin öğretildiği ve uygulamaya konulduğu böyle bir bağlamda, bu tür değerlerin gelişmesine aykırılık teşkil edeceğini dikkate almaları makul karşılanabilir. Yukarıda belirtildiği şekilde Türk mahkemelerinin İslâmi başörtüsünün Anayasaya aykırı olduğunu kabul ettikleri ve üniversite alanlarında başörtüsü takılması ile ilgili düzenlemelerin uzunca bir süredir mevcut olduğu açıktır. Bu sebeple, bazı üniversitelerin, münferit derslerin özelliği ve kapsamına bağlı olarak bu kuralları çok sıkı bir şekilde uygula-

mamiş olmaları, bu kuralların hakli olmadığı anlamına gelmez. Ayrıca bu, Üniversite yetkililerinin kanundan, üniversitelerin işleyişine ilişkin kurallardan ve münferit derslerin gereksinimlerinden doğan düzenleme yapma haklarından vazgeçtikleri anlamına da gelmez. Aynı şekilde, bir üniversitenin dinsel sembollerini giyme konusundaki politikasına olursa olsun, bunlar tarafından yapılan düzenlemeler ve bunları uygulamaya yönelik münferit tedbirler idari yargının denetimine tabidir.

- Yukarıda bahsedilenlerin ışığında ve Taraf Devletlere bırakılan takdir yetkisinin alanını göz önüne alarak, İstanbul Üniversitesinin İslâmi başörtüsü takılmasına sınırlamalar getiren düzenlemelerinin ve bunları uygulamaya yönelik tedbirlerin, güdülen amaçlarla orantılı ve hakli olduğuna ve demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Sonuç olarak, Mahkeme, Oybirliğiyle Sözleşmenin 9. Maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶⁵

Eleştiriler

AİHM'in başörtülü üniversite öğrencisi Leyla Şahin'in başvurusunu reddetmesi kararı kamuoyunda tartışma ve eleştirilere sebep olmuştur. Bu karar, özgürlükler konusunda çalışma yapan birçok kişiyi hayal kırıklığına uğrattığı gibi AİHM'e olan güvenlerinde de büyük bir zedelenmeye sebep olmuştur.⁶⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, daha önceki kararlarında olduğu gibi, Leyla Şahin kararında da azınlığın inanç özgürlüğünü *olası ihlal tehlikelerine* karşı korumak için çoğunluğun mevcut inanç özgürlüğüne sınırlama getirilmesine onay vermiştir. Mahkemenin bu tutumunu anlamlandırmak oldukça güçtür. Ayrıca Mahkeme, kararda adeta Anayasa Mahkemesi'nin 1989 tarihli YÖK'ün geçici 16. maddesini iptal ettiği kararın gerekçesini kes yapıştır yoluyla kararına gerekçe olarak derç etmiştir. Türk Hükümeti'nin iddialarını aynen kabul etmiştir. "Mahkeme, bu kararıyla birlik-

te Türkiye'nin siyasi geçmişini lâiklik kavramıyla birlikte vurgulamıştır."⁶⁷ Kararda inanç özgürlüğünün ihlal edilmediği konusunda tatmin edici ve hukuki değer taşıyan bir gerekçe ortaya koyamamıştır. Mahkemenin altı yıl süren (1998-2004) bu davada Anayasa Mahkemesi'nin 1989 tarihli karar gerekçesini kendi kararına gerekçe yapması akıllarda soru işaretleri bırakmıştır. Ayrıca mahkemenin Leyla Şahin kararını oy birliğiyle alması şaşırtıcıdır.

f) Rommel Fanger-Almanya Davası

Katolik Caritas örgütüne yönetilen bir hastanede çalışan Alman doktor olan başvuru, basında kürtaj lehine beyanlarda bulunmuş, bunun üzerine işveren bu beyanı iş sözleşmesi hükümlerine aykırılık olarak değerlendirmiş (işçinin sadakat borcu) ve doktorun işine son vermiştir.

Doktor, önce Alman Mahkemeleri'ne başvurmuş, yargı sürecinin ilerleyen aşamalarında Federal İş Mahkemesi'nin doktor lehine verdiği kararı, işverenin başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, Katolik Kilisesi'nin iç işlerini düzenleme hakkının İş Mahkemeleri tarafından yeterince dikkate alınmadığına hükmetmiştir.

Sorunu Komisyon önüne götüren başvuru sahibi doktor, AİHS'in 10. maddesinde düzenlenen "ifade özgürlüğünün" ihlale uğradığını iddia etmiştir. Alman Hükümeti ise savunmasında, Kilisenin iç işlerine karışmama hükmünün hem Alman Temel Yasası'nın (Anayasası) hem de AİHS'in 9. maddesinde düzenlenen *inanç özgürlüğü* gereği olduğunu ileri sürmüştür.

Komisyon, bu mantığı izleyerek şu hükme varmıştır:

Başvuru sahibi doktorun, iş sözleşmesini özgürce imzalamakla Katolik Kilisesi'ne karşı sadakat borcu altına girdiğini ve bu borcun getirdiği ifade özgürlüğünü belli alanlarda sınırladığını kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi de sadakat borcunun getirdiği "makul ölçülerdeki" sınırların aşılmasını gözetmekle haklıdır. Sonuçta, sözleşmenin 10. maddesi

⁶⁵ Leyla Şahin-Türkiye'ye Karşı, AİHM Kararları, www.adaletbakanligi.gov.tr, 28.03.2005.

⁶⁶ Halim Yılmaz, "AİHM İçtihatlarında Din Özgürlüğü ve Leyla Şahin-Türkiye Kararı", *Toplum ve Hukuk* dergisi, Yıl 3, Sayı 11, Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2004, s. 129.

⁶⁷ Halim Yılmaz, s. 123.

devlete, makul ölçütleriyle aşan üstün bir koruma borcu yüklemes. Mevcut olayda başvuru sahibinin 10. madde tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğüne müdahale olmadığı gibi devletin aynı maddeden kaynaklanan olumlu yükümlerini ihlal etmesi de söz konusu değildir.⁶⁸

Eleştiriler

Komisyon, söz konusu olayda, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri süren başvuru-cuyu değil, Kilise'nin ahlâki değerlerinin ağır ihlal edildiğini (inanç özgürlüğünün) ileri süren Katolik Kilisesi'ni korumuştur. *Komisyonun, ücretli ve memurlarla ilgili başvurularda izlediği mantığı özetlemek gerekirse; iş sözleşmesinin altına imzasını atan birey, inanç özgürlüğünü ileri sürme hakkını "tüketir" şeklindedir.* Bu tavrını Dahlap, Leyla Şahin, Karaduman, Kalaç davasının karar gerekçesinde de görmek mümkündür.

AİHS'İN 1. EK PROTOKOLÜNÜN 2. MADDESİNE GÖRE İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ

1. Birinci Ek Protokolün İkinci Maddesinin Hazırlık Çalışmaları ve Maddenin Şekillenışı

"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Taslağı'nın kaleme alınış sürecinin son safhalarında gündeme getirilen konulardan biri de "ebeveynin çocuklarının eğitimini tayin etmesi" meselesidir. Üzerinde uzlaşmaya varılamayan konular arasında yer alan bu hak, AİHS'in kabulünü geciktireceği kaygısıyla metinden çıkarılmıştır. AİHS'in kabulünden sonra, Uzmanlar Komitesi 1951 Şubatından itibaren konuyu ele almıştır. Başlangıçta, sözleşme metnine derç edilmesi umulan ve olumlu bir ifadeyle "herkesin eğitim hakkı olduğunu" söyleyen metin, izleyen dönemde değişime uğrayarak "kimse eğitim hakkından mahrum edilemez" biçiminde olumsuz bir ifadeye bürünmüştür. 1950'lerin soğuk savaş atmosferinde özel önem taşıyan bir başka

konu da maddenin ikinci cümlesinde yer alan "dini ya da felsefi kanaatlerine göre" ifadeleri oluşturmuştur. Madde taslağı, İstişari Asamble'ye sunulduğunda büyük tartışmalara neden olmuş, ancak tüm tartışmalara rağmen madde İstişari Asamble'de oy çokluğuyla kabul edilmiş ve Bakanlar Komitesince görüşülerek 20 Mart 1952'de imzalanmıştır.⁶⁹

Ancak Türkiye, hassasiyet gösterdiği bu konuda maddeye çekince koymuştur. Buna göre; "İnsan hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesine 1. Ek Protokolün 2. maddesi, 3 Mart 1924 tarihli ve 430 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanununun hükümlerini ihlal etmez."⁷⁰

2. Eğitim ve Öğretim Hakkı

AİHS'e Ek 1. Protokolün 2. maddesine göre; "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevleri yerine getirirken, ebeveynin bu eğitim ve öğretimi kendi dinî ve felsefi inançlarına göre temin etme hakkına saygı gösterir."

Söz konusu madde, önce 1. cümleyle bireye öğrenim hakkı tanımakta, sonra da 2. cümleyle devlete üstlendiği eğitim ve öğretim fonksiyonunu yerine getirirken, ana ve babanın dinî ve felsefi inançlarına riayet etme mükellefiyetini yüklemektedir. Maddenin 2. cümlesi, dinî ve öteki öğrenim dalları arasında bir ayırım yapmamakta; eğitim ve öğretim faaliyetlerinin yerine getirildiği her alanda ana babanın dinî ve felsefi inançlarına saygıyı emretmektedir.⁷¹ Ebeveynin dinî ve felsefi inancına saygı yükümü, onlara bu kanaatlerin devlet okullarında çocuklarına öğretilmesini talep etme hakkı vermez. Komisyon'a göre; ikinci maddenin özü, kamusal eğitimde çoğulculuk ve hoşgörünün korunması ve sistematik telkinin yasaklanmasıdır; ebeveynin dinî ve felsefi kanaatlerine saygı göstermelidir. Ancak bunların mutlaka devlet eğitim sistemine yansıtılmaları gerekmemektedir.

⁶⁹ Öktem, s. 279.

⁷⁰ RG., 19 Mart 1954, No: 8662, akt.: Öktem, s. 265.

⁷¹ Gözübüyük-Gölcüklü ; s. 432.

⁶⁸ Rommelfanger-Almanya'ya Karşı, 12242/86, 6 Eylül 1989, akt.: Öktem, s. 293.

Madde metninden de anlaşıldığı gibi;

- Devletin pozitif yükümlülüğü; devlet, isteyen herkese eğitim ve öğretim imkanı sunmak zorundadır.
- Devletin negatif yükümlülüğü; devlet, kamusal eğitim ve öğretim verirken, öğrencilerin ebeveynlerinin dinî ve felsefi inançlarına aykırı olarak sistematik telkinde bulunamayacaktır.⁷²

SONUÇ

Demokratik bir hukuk devletinde inanç özgürlüğünün kamu hayatında ifade bulması ve bu hayata ilişkin yansımalarının bulunması normal olup, buna kategorik olarak karşı çıkılamaz. İnançın gereklerinin serbestçe yerine getirilmesi, kamuya somut ve belirlenebilir bir zarar vermediği müddetçe, kamusal alanda da korunmalıdır.⁷³ Din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen metinlerde ifade edildiği üzere, bu özgürlük, sadece bireylerin inançlarını ve vicdani kanaatlerini güvence altına alarak gerçekleşmez. Bireysel yaşamda ve toplumsal yaşamda inancını gereği gibi yerine getirme ve açıklama, dışa vurma (tezahür) özgürlüğünü de kapsar.⁷⁴ Din ve vicdan özgürlüğünün varlığı için sadece inanma, inancın gereğini yerine getirme, propagandasını yapma, eğitim-öğretim serbestisinin var olması yeterli değildir. Bir dinî benimsemek ve onun gereklerini yerine getirmek eğitim ve öğretim, çalışma hakkı gibi bir diğer temel hak ve hürriyetten mahrumiyet sonucunu doğuruyorsa bu durumda inanç özgürlüğünün zedelendiği kabul edilir.

“Çoğulcu Demokrasi; başka başka (öteki ve berikilerin) olanların birbirini ve farklılıklarını yok etmeden “bir ağaç gibi tek ve hür/ve bir orman gibi kardeşçesine” (Nazım Hikmet)

⁷² Eğitim hakkı konusunda bkz.: Örnek Kararlar: Mah. K. Campbell Et Cosans-İngiltere Davası, 25.02.1982, A48., Mah. K. Belçika Dil Davası, 23.07. 1968, A6., Kom. K. Kemal Yanaşık-Türkiye Davası, 06.01.1993, 14524/89.

⁷³ Benli, s. 98.

⁷⁴ Niyazi Öktem, “Temel Hak ve Özgürlüklerden düşünce ve İnanç Özgürlüğünün Özünü”, İnsan Hakları Sempozyumu, İstanbul: 1995, s. 139.

yan yana yaşayabildiği bir rejimdir. Demokrasi, herkesin özgürleşmesi çizgisinde gelişir ve çeşitliliği olabildiğince artırır. Tümelci devletler, insanı devletleştirirken çoğulcu demokrasiler, hukuk devletleri, devleti insancillaştırmışlardır... Çoğulcu demokrasilerde; herkes, halk, söylenmez, homurdanmaz; söyler hem de yüksek sesle. Çoğulcu demokrasi, kendine karşı görüşlere bile hoşgörülü olacak ölçüde cömert bir rejimdir. Böyle olmak da zorundadır. Nasıl ki insan vücudu bir oranda yıkıcı mikrop taşımadığı taktirde mikroplara karşı korunma sistemini güçlendiremezse, bağışıklığını yitirirse, demokrasi de uç akımlara karşı hoşgörü göstermediği zaman rejim bağışıklılık kazanamaz. Dahası reddettiği tümelci rejimlere benzeme tuzağına düşer. Her demokrasi, tümelciliğin tohumlarını da az çok bünyesinde taşıyarak gelişir. Ancak, demokratik hoşgörünün doğasıyla bu tümelci tohumlar yapısal çoğulculuğa zorlanarak evcilleştirilir... İnanç özgürlüğü, teokratik bir ülkede devletin bir lutfudur; lâik bir ülkede ise lâikliğin kaçınılmaz sonucudur.”⁷⁵

1993'e kadar AİHM, inanç özgürlüğünün ihlal edildiğine dair hiçbir karar vermemiştir. İlk defa 25 Mayıs 1993 tarihli Kokkinakis kararında inanç özgürlüğünün ihlale uğradığı yönünde karar vermiştir.

Tüm bu aktarımlardan sonra; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin inanç özgürlüğü konusunda tutarlı ve tatmin edici bir içtihat oluşturduğu söylenemez. 1993'e kadar hiç ihlal kararı vermemiş olması ve bu tarihten sonra da ihlal verdiği veya vermediği kararlarının gerekçelerinin çelişik ve tutarsız olması bunun en güzel ve açık örneğidir. AİHM'in vermiş olduğu kararlara baktığımızda; öncelikle Müslümanlar tarafından yapılan başvurular ile gayrimüslimlerin yaptığı başvurular konusunda tamamen olmasa da genelde gayrimüslimlere karşı daha korumacı bir tavır takındığını görebiliriz.⁷⁶ Ama genel anlamda; inanç özgürlüğüne bakışı olumsuz bir görünüm sergilemektedir. Bunun nedenleri;

⁷⁵ Selçuk, s. 428.

⁷⁶ Otto Preminger İstitüt-Avusturya'ya Karşı. Buna Karşılık Karaduman-Türkiye Davası.

a) Türkiye İle İlgili Nedenler

Türkiye'nin Osmanlı Devletinin küçük bir devamı olarak görülmesi,⁷⁷

Avrupa'nın Müslümanlara bakış açısı ve gelecek endişeleri,

Türkiye'den yapılan başvuruların genelde siyasi boyutunun olması,⁷⁸

Türk hükümetlerinin lâikliği koruma endişelerini sürekli ileri sürmesi,

Bir gayrimüslimin Müslümanlığı yeterince bilmemesi

b) Genel Nedenler

Avrupa'nın Orta Çağ psikozunu hala atlatamamış olması,

Tanımlama yoluna gidildiğinde evrensel bir insan haklarının söz konusu olmaması.⁷⁹

Müslümanlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin inanç özgürlüğü konusunda Türkiye'den yapılan başvurular hakkında vermiş olduğu kararların, siyasi, taraflı ve gayri âdil kararlar olduğu tezini ileri sürerken; lâik olan kesimler ise AİHM kararlarının objektif, tarafsız ve âdil olduğu anti tezini ileri sürmektedirler. Yaptığımız bu çalışmada, ileri sürülen her iki düşüncenin de doğru yanları olduğu gibi yanlış yanlarının da olduğunu gördük. Mahkemenin her kesimi tatmin edecek kararları ve karar gerekçeleri olduğu gibi hukukçu olmayanları dahi güldürecek kadar basit ve tutarsız kararları da mevcuttur (Şerif-Yunanistan, Leyla Şahin-Türkiye kararı). İleri sürülen tez ve anti tezdən yola çıkarak ulaştığımız sentez; Müslümanlara yönelik verdiği kararlarda biraz daha taraflı davrandığı bariz olsa da, açıkçası AİHM'in, tarihi, dinî, sosyolojik, kültürel, siyasi nedenlerle inanç özgürlüğü konusunda tam ve

tutarlı bir içtihat oluşturmadığını görmekteyiz.

"AİHM, 9. madde de zarif tutumlu, esnek yorumlu, oynak uç merkezli yöntem ve gerekçeli kararlar vermiştir. Sözleşmeyi, yorum takdirini geniş salımlı emsal kararlar ihdas edecek şekilde kullanmaktadır. Oysa bu düşünce, vicdan ve din hak ve özgürlüğü, insanın en temel hakkıdır. İnsan, hakça din özgürlüğünü yaşamalı; net ve berrakça vicdanının sesini dinlemeli, varsa vicdan çığlığını haykırmalı; ...ve insan, özgürce düşünmelidir. Yoksa, siz Avrupa'ya, Anadolu'ya, dağlara, taşlara Sözleşme hükümlerini yazmışsınız neye yarar."⁸⁰

"Her zorba, zorbalığın kısır döngüsünde kendi yarattığı zorbalığına ve kullandığı baskı tekniklerine, eninde sonunda yenik düşmeye mahkumdur." (Paul Valery) ■

Kaynakça

Arif Emre Öktem; *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberta Yayınları, 2002.

Declan O'Sullivan, "İnsan Hakları Beyannamesi Evrensel mi?", *İnsan Hakları Araştırmaları*, İstanbul: Mazlumder Yayınları, Yıl 1, Sayı 1, 2003.

Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara: 2002.

Fatma Benli, "Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğünün İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi", *Birikimler I*, Danışman Yayınları, İstanbul: 2003.

Fatma Benli, "Human Rights Watch Raporu ve Leyla Şahin/Türkiye Kararı", www.turkhukuk-enstitusu.org, (06.04.2005).

Gülden Sönmez-Muharrem Balcı; *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, Danışman Yayınları, İstanbul: Nisan 2001.

Hacı Ali Özhan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Neler Değişti?", *Liberal Düşünce* dergisi, Sayı 23, Yaz 2001.

Halim Yılmaz; "AİHM İchtihatlarında Din Özgürlüğü ve Leyla Şahin/Türkiye Kararı", *Toplum ve Hukuk* dergisi, Yıl 3, Sayı 11, İstanbul: Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2004.

İbrahim Kaboğlu; *Özgürlükler Hukuku*, Alfa Yayınları, Aralık 1993.

⁷⁷ Mahkeme birçok kararında Türkiye'nin siyasi ve dini geçmişine atıf yapmıştır: Refah Partisi-Türkiye, Leyla Şahin-Türkiye Kararı

⁷⁸ Leyla Şahin-Türkiye, Karaduma-Türkiye, Refah Partisi-Türkiye, Kalaç-Türkiye kararı.

⁷⁹ Declan O'Sullivan, *İnsan Hakları Beyannamesi Evrensel mi?*, İnsan Hakları Araştırmaları, Mazlumder Yayınları, Yıl 1, Sayı 1, 2003, s. 39-46.

⁸⁰ Arslantürk, s. 20.

Leyla Şahin-Türkiye Kararı, www.yargitay.gov.tr., AHİM kararları, (03.04.2005)

Mustafa Arslantürk, “Düşünce, Vicdan ve Din Hak ve Özgürlüğü”, <http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihs/madde9.htm>, (12.04.2005)

Mustafa Duran, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. madde, Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde9.htm>, (12. 04.2005).

Niyazi Öktem; “Temel Hak ve Özgürlüklerden Düşünce ve İnanç Özgürlüğünün Özünü”, İnsan Hakları Sempozyumu, İstanbul: 1995.

Osman Doğru; ***Bireysel Başvuru İçin AİHS ve AİHM'in İchtüzüğü***, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul: 2000.

Osman Doğru; ***İnsan Hakları Kararlar Derlemesi***, İstanbul Barosu Yayınları, c. 1, İstanbul: 1998.

Sami Selçuk; ***Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne***, Yeni Türkiye Yayınları, 2000.

Sibel Eraslan, “İnanç Özgürlüğüne Karşı Önleyici Vuruş”, Türkiye İnsan Hakları Vakfı ve İnsan Hakları Derneği'nin birlikte düzenlediği 3-4 Aralık 2004 günleri Bursa'da yapılan İnsan Hakları Konferansı'ndaki sunuşudur.

Şeref Gözübüyük-Feyyaz Gölcüklü; ***Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması***, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara: 2004.