

T.C.
İSTANBUL GEDİK ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ



KAMUSAL ALAN GELİŞİMİ VE SINIRLARI: DİN ÖZGÜRLÜĞÜ
BAKIMINDAN BİR DEĞERLENDİRME

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Estabraç Abdullah Janjoon AL-TAMEEMI

Hukuk Anabilim Dalı

Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

EYLÜL 2022

T.C.
İSTANBUL GEDİK ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ



KAMUSAL ALAN GELİŞİMİ VE SINIRLARI: DİN ÖZGÜRLÜĞÜ
BAKIMINDAN BİR DEĞERLENDİRME

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Estabrağ Abdullah Janjoon AL-TAMEEMI
(201231003)

Hukuk Anabilim Dalı

Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ahmet KESİK

EYLÜL 2022



T.C.
İSTANBUL GEDİK ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

Yüksek Lisans Tez Onay Belgesi

Enstitümüz, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı 201231003 numaralı öğrencisi Estabrağ Abdullah Janjoon Al-Tameemi'nin "Kamusal Alan Gelişimi ve Sınırları: Din Özgürlüğü Bakımından Bir Değerlendirme" adlı tez çalışması 26.09.2022 tarihinde yapılan tez savunma sınavında aşağıdaki jüri tarafından *Oy Birliği* ile Yüksek Lisans tezi olarak *Kabul* edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

Tez Savunma Tarihi: 26/09/2022

- 1) Tez Danışmanı:** Prof. Dr. Ahmet KESİK
- 2) Jüri Üyesi:** Prof. Dr. Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ
- 3) Jüri Üyesi:** Prof. Dr. İbrahim Attila ACAR

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum “Kamusal Alan Gelişimi ve Sınırları: Din Özgürlüğü Bakımından Bir Değerlendirme” adlı tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadar ki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Bibliyografya’da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla beyan ederim. (26/09/2022)

Estabraq Abdullah Janjoon Al-Tameemi



ÖNSÖZ

Bu çalışmanın yürütülmesi için gerekli koşulları sağlayan, tezin planlanmasında ve tamamlanmasında destek olan, eğitimim boyunca bilgi ve deneyimlerinden faydalandığım değerli danışman hocam Prof. Dr. Ahmet Kesik'e,

Bugünlere gelmemdeki katkıları büyük olan ve hayatımın her anında yanımda olan anne ve babama teşekkürlerimi sunarım.

Eylül 2022

Estabraq Abdullah Janjoon Al-Tameemi



İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
ÖNSÖZ	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	vii
ÖZET	viii
ABSTRACT	ix
1. GİRİŞ	1
2. KAMUSAL ALAN VE DEMOKRASİ	3
2.1 Kavramsal olarak kamusal alan	3
2.2 Kamusal Alanın Gelişimi	4
2.3 Demokrasi ve Kamusal Alan İlişkisi.....	6
2.3.1 Temsili liberal teori (Representative liberal theory)	7
2.3.2 Katılımcı liberal teori (Participatory liberal theory)	8
2.3.3 Gidimli teori (Discursive theory)	9
2.3.4 Tefsirci teori (Constructionist theory).....	10
2.4. Özgürlükler Mekânı Olarak Kamusal Alan	11
2.4.1. Özgürlükleri koruma rejimi açısından ulusal ve ulusal üstü alan ayrımı. 11	
2.4.2. Özel -kamu alan ayrımı	15
2.5. Özgürlüklerin Kullanımı	19
2.5.1. Temel hak ve özgürlükler	19
2.5.1.1. Temel hak ve özgürlükler kavramının tarihsel gelişimi	26
2.5.1.2. Temel hakların sınıflandırılması	30
2.5.2. Hukuk devletinde insan haklarının önemi	34
2.5.3. 1961 ve 1982 Anayasalarında genel olarak temel hak ve özgürlükler	40
2.5.3.1. 1961 Anayasası	41
2.5.3.2. 1982 Anayasası	42
2.5.4. Temel hak ve hürriyetlerin korunma yolları	43
2.5.4.1. İç hukuk yolları	44
2.5.4.2. Uluslararası hukuk yolları.....	52
3. KAMUSAL ALANDA DİN ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI	55
3.1. Din Özgürlüğü.....	55
3.1.1. Vicdan, inanç ve düşünce ilişkisi	55
3.1.2. Din ve dinsellik	59
3.1.3. Din özgürlüğünün önemi	63
3.1.3.1. Din özgürlüğü ve değeri	64
3.1.3.2. Din özgürlüğü ve kurumsal güvenceler	67
3.1.3.3. Din özgürlüğü ve laiklik, çoğulculuk, hoşgörü.....	69
3.1.3.4. Laik hukuk devleti ve din özgürlüğü	72
3.2. Din Özgürlüğü Hakları.....	72
3.2.1. Grupların din özgürlüğü.....	72
3.2.2. Tüzel kişilerin din özgürlüğü	74
3.2.3. Din özgürlüğü hakları çocuklar bağlamında	77

3.2.4. Din özgürlüğü (Yabancı)	78
3.3. Din Özgürlüğü Güvencesi Kapsamı.....	79
3.3.1. Vicdan yargısı	81
3.3.2. İç ve dış evren	84
3.3.3. Dine özgürlük ve dinden özgürlük.....	87
3.4. Din Özgürlüğü Haklarının Yükümlüsü.....	89
3.4.1. Devlet otoritesi, saygı ve tarafsızlık.....	90
3.4.2. Devletin pozitif yükümlülükleri ve üçüncü taraflar.....	93
3.4.2.1. Üçüncü tarafların görevleri ve ceza hukuku alanı	94
3.4.2.2. Üçüncü tarafların görevleri ve özel hukuk alanı.....	95
4. KAMUSAL ALAN VE DİN İLİŞKİSİ.....	97
4.1. Sekülerizm, Laiklik ve Demokrasi.....	99
4.2. Kamusal Temsil Aracı Olarak Din.....	100
4.2.1. John Rawls	100
4.2.2. Jürgen Habermas.....	101
4.2.3. Charles Taylor.....	102
4.2.4. Judith Butler ve Cornel West.....	103
4.3. Din Özgürlüğü Sınırları.....	103
4.3.1. Anayasal sınırlılık	104
4.3.2. Yasayla sınırlama	105
4.3.2.1. Anayasanın 24. Maddesi yönünden sınırlama	106
4.3.2.2. Uluslararası insan hakları normları yönünden sınırlama	106
4.3.3. Din özgürlüğü hakkının özü.....	107
5. SONUÇ VE ÖNERİLER.....	109
KAYNAKLAR	112
ÖZGEÇMİŞ.....	124

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AGİT	: Türkiye ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergis
BM	: Birleşmiş Milletler
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
DİAB	: Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İHEB	: Uluslararası insan hakları belgesi
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
MSHS	: Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu

KAMUSAL ALAN GELİŞİMİ VE SINIRLARI: DİN ÖZGÜRLÜĞÜ BAKIMINDAN BİR DEĞERLENDİRME

ÖZET

Küresel ölçekte yaşanan bilimsel ve sosyolojik değişimler tarih boyunca din ve inanç olgularının bireysel ve toplumsal çerçevede etkileri pek çok disiplininin araştırma konusu olmuştur. Bu çerçevede kamusal alan ve bu alanın nitelikleri, bu alanda yaşanan din ve inanç gibi toplumsal olgular, din özgürlüğü ve sınırlılıkları sürekli değişen ve gelişen olgular olarak hem sosyolojik hem de hukuksal sonuçlar üretmektedir. Toplum içinde ve toplumlar arasında hiyerarşiyi korumak ancak eşitlik ve adalet olgularının doğru uygulamaları ile mümkün olmaktadır. Bu nedenle anayasal hukuk kuralları, yargı içtihatları ve uluslararası sözleşmeler ve bildirgeler rehberliğinde eşitlik ve özgürlük korunmaktadır. Demokrasi ve özgürlüğün eksik olduğu toplumlarda temel hak ve özgürlüklerin doğru uygulanamaması toplum içinde ve arasında çeşitli tartışmalara ve çatışmalara neden olmaktadır. Bu bağlamda anayasal zeminde bireysel ve kamusal hakların ve özgürlüklerin korunması ve gerektiğinde sınırlandırılması gerekli olmaktadır. Toplumsal değişimlerin ve etkilerinin incelenmesine yönelik yapılan bu çalışmada; kamusal alan, bu alanın gelişimi ve demokrasi ile ilişkisi; kamusal alanda din özgürlüğü ve sınırları, kamusal alanı din ve demokrasi çerçevesinde sekülerizm ve laiklik olguları ve bu olguların toplumsal yansımaları değerlendirilmiştir. Sonuç bölümünde ise değerlendirilen olguların toplumsal sonuçları ve etkileri genel olarak değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Kamusal alan, Özgürlük, Din, Sekülerizm, Laiklik*

PUBLIC SPACE DEVELOPMENT AND ITS BOUNDARIES: AN EVALUATION IN TERMS OF RELIGIOUS FREEDOM

ABSTRACT

The scientific and sociological changes experienced on a global scale throughout history, and the effects of religion and belief phenomena in individual and social contexts have been the subject of research in many disciplines. In this framework, the public sphere and its characteristics, social phenomena such as religion and belief experienced in this field, and freedom of religion and its limitations generate both sociological and legal consequences as phenomena that are constantly changing and developing. Preserving the hierarchy within the society and between societies is only possible with the correct application of the facts of equality and justice. For this reason, equality and freedom are protected under the guidance of constitutional law, judicial jurisprudence, and international conventions and declarations. In societies where democracy and freedom are lacking, the inability to apply fundamental rights and freedoms correctly cause various debates and conflicts within and between the society. In this context, it is necessary to protect and, if necessary, limit individual and public rights and freedoms on a constitutional basis. This study was conducted to examine social changes and their effects; on the public sphere, its development and its relation with democracy; religious freedom and boundaries in the public sphere, secularism and secularism in the public sphere within the framework of religion and democracy, and the social reflections of these phenomena were evaluated. In the conclusion part, the social consequences and effects of the evaluated cases were evaluated in general.

Keywords: *Public sphere, Freedom, Religion, Secularism, Secularism*

1. GİRİŞ

Kamusal alan temelde siyaset bilimi kavramı olup sürekli değişen sosyal ve toplumsal süreçlere bağlı olarak hem güncelliğini korumakta hem de farklı disiplinler tarafından da inceleme konusu olmaktadır. Bireylerin bir araya gelerek görüş ve düşüncelerini ifade edebildikleri, belirli toplumsal kurallar çerçevesinde eylemlerini gerçekleştirebildikleri kamusal alanda hiyerarşik düzenin sağlanması ve korunması büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda genel olarak toplumun düzeninin ve sürekliliğinin sağlanması, özgürlüklerin korunması için geliştirilen hukuki yasaların uyulması ve uygulanması gerekmektedir.

Toplumsal ve siyasi öğeler arasında yer alan kamusal alan eşit haklara sahip bireylerin sivil örgütlenmeleri sayesinde bir kamu oluşturabilirler. Ancak bu kamu sınırlı olup siyasal sistemin bir parçası olarak gelişir. Bireyler sadece siyasi sistemi etkileyebilme gücüne sahiptir. Etki mekanizmaları arasında yer alan din geçmişten günümüze kadar toplumsal, sosyolojik, hukuksal ve siyasal boyutlarda toplumları etkileyerek değişim ve dönüşümlerin en önemli unsuru olmuştur. O nedenle pek çok disiplin tarafından inceleme konusu olmuştur. Bu inceleme alanları arasında din ve devlet düzeninin merkezinde laiklik ve dinin toplumsal hayattaki yeri merkezli sekülerizm yer almaktadır. Bu bağlamda din özgürlüğü, dinin devlet yapısına, devletler arası ilişkilere, birey ve toplumlara ideolojik ve sosyolojik etkileri konuları disiplinler arasında araştırılan temel konular arasında yer almaktadır.

Özellikle din özgürlüğüne gerek bireysel ve kamusal alanlarda gerekse vicdani boyutta etkileri ve etkilendikleri unsurlar toplumsal hayatı ve devlet yapısını yakından etkilemektedir. Her bireyin sahip olduğu bireysel din ve vicdan özgürlüğüne toplumsal hayata yansımaları ve etkileşimleri çerçevesinde bazı kanun ve yaptırımlarla sınırlandırılması söz konusu olabilmektedir. Ülkelerin devlet düzeninin eşitlik ve özgürlükler bağlamında korunması için ulusal anayasal düzenlemeler ve uluslararası bildirgeler çerçevesinde sınırlamalar yapılmaktadır. Hukuksal alanda düzenlenen sınırlamalar ve yaptırımların temel hedefi anayasal düzeni koruyarak toplumsal eşitliği ve refahı sağlamaktır.

Toplumsal bir alan olan kamusal alan da, her bireyin ve toplumun hak ve özgürlüklerini koruma çerçevesinde, en fazla farklılıkların ve bundan kaynaklanan çatışmaların yaşandığı din özgürlüğü, sınırlamaların ve kısıtlamaların en fazla yaşandığı bir özgürlük alanı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda din özgürlüğünün kısıtlanması ulusal ve uluslararası çerçevede değerlendirilmiştir.

Bu bilgiler ışığında çalışmanın ilk bölümünde araştırma konusuna dair temel bilgiler verilmiş, ikinci bölümde kamusal alan, bu alanın gelişimi ve demokrasi ile ilişkisi üzerine bilgi sunulmuştur. Üçüncü bölümde kamusal alanda din özgürlüğü ve sınırları hakkında bilgi verilmiştir. Dördüncü bölümde kamusal alanı din ve demokrasi çerçevesinde sekülerizm ve laiklik olguları ve bu olguların toplumsal yansımaları değerlendirilmiştir. Çalışmanın son bölümünde değerlendirilen olguların toplumsal sonuçları ve etkileri değerlendirilmiştir.

2. KAMUSAL ALAN VE DEMOKRASİ

2.1 Kavramsal olarak kamusal alan

“Kamusal” kelimesine yüklenen anlam değişiklik göstermektedir. Bu kapsamda “kamusal alan” kavramının farklı sözlük ve terminolojik anlamları bulunmaktadır.

Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre “kamu” kavramı “bütün, hep” ve “ülkedeki halkın tamamı, amme, halk” şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca Türk Dil Kurumu Sözlüğünde kelimenin farklı kullanımları olarak açıklanmıştır (TDK, 2018: 1180). Sözlükte “kamusal alan” kavramının tanımı yer almamakta ancak “kamusal” kelimesinin anlamına dayanarak “kamusal alan” kavramı “kamu ile ilgili alan” şeklinde ifade edilebilmektedir.

Yılmaz (2013) tarafından hazırlanan hukuk sözlüğünde “kamu” kavramı “amme, halk”, “kamusal” kavramı ise “resmi” olarak ifade edilmiştir. Benzer şekilde sözlükte “kamu” kelimesinin farklı kullanımları yer almakla birlikte “kamusal alan” kavramı yer almamaktadır. Bu tanımlara dayanarak “kamusal alan” kavramı “resmi alan” şeklinde tanımlanmaktadır (Yılmaz, 2013: 364).

Terminolojik olarak “kamusal alan” kavramını ilk kez kullanan Jürgen Habermas “kamusal” ve “kamu” terimlerinin birbiriyle uyuşmayan çok çeşitli anlamlarının bulunduğunu vurgulamaktadır. Habermas “kamusal” kavramını, kapalı toplulukların toplantılarından farklı olarak herkese açık toplantılar şeklinde tanımlamaktadır. Kamusallık ile ilgili “herkese açık olma” ilkesi benimsenmiş olsa da bu kavramın yeterli bir kriter olmadığı kabul edilmiştir. Ayrıca “kamusal binalar” kavramı herkese açık olmasının dışında daha geniş ve farklı alanları ifade etmektedir. Bu kavram devlet kurumlarını da içermekle birlikte devlet kurumları kamusaldır. Devlet “kamu erke” bir yapı olmakla birlikte bu niteliği kendi sınırları içinde yaşayan herkesin ortak kamusal huzurunu sağlamakla görevlidir. (Habermas, 2003: 59). Habermas, “kamu” kavramının kökenine göre kelimenin, 18. yüzyılda özellikle Almanya’da kullanılan “publicite” ve “publicity” kavramlarına dayanarak türetildiğini ifade etmektedir. Daha eski dönemlerde ise antik Yunan şehirlerinde, tüm halkın ortak

kullandıkları “(koine) polis” alanı ile bireylere ait olan “(idia) oikos” alanı kavramsal olarak birbirinden ayrı ifade edilmiştir. Çünkü eski Yunan toplumlarında “kamu”, bireysel özel alan dışında kalan istikrar ve özgürlük alanı olarak kabul edilmiştir. Orta Çağ’da ise “kamusal alan” kavramı Roma Hukuku’na göre “res publica” olarak ifade edilmiştir (Habermas, 2003: 59).

Kamusal alan kavramı hem sözlük hem de terminolojik anlamda tam olarak tanımlanamamakla birlikte özel alan ve kamusal alan kavramlarının sınırlarının net olarak belirlenememesi kesin tanımlamayı zorlaştırmaktadır.

2.2 Kamusal Alanın Gelişimi

Tarih boyunca bilimsel çalışmalar çoğunlukla pozitif ve beşerî bilimler çerçevesinde gelişmiş olup daha sonra toplumların sosyal yapıları ve değişim süreçleri ve süreci etkileyen faktörler araştırmacıların ilgisini çekmeye başlamıştır. Özellikle son yüzyılda araştırmacılar hem bireysel hem de toplumsal olayların ve sosyal yaşamın somut dünyasının çözümlenmesine yönelmişlerdir. Bu çerçevede toplumun temel birimlerinden aile hayatı, beşerî nüfus özellikleri, din, dil, etnik köken ve ırk ile ilgili oluşumların değerlendirilmesi yer almıştır. Özellikle son dönemde yapılan toplumsal yaşamın durum ve oluşumlarının incelenmesi ve bu oluşumların etkileri doğrultusunda “kamusal alan” kavramı ön plana çıkmıştır (Habermas, 2003: 369).

Kamusal alan ile ilgili araştırmalar yapan Jürgen Habermas, “Kamusallığın Yapısal Dönüşümü” adlı eserinde, bazı Avrupa ülkeleri örneğinde burjuva kamusunun ideal tipini tanımlamayı amaçlamıştır. Kamusallığın ortaya çıkışını Habermas 18. yüzyılın sonralarına doğru Almanya’da şehirli halktan ve burjuvalardan oluşan “..”un oluşumu ile ilişkilendirmektedir. Okuyan, düşünen, bir araya gelerek toplumsal meseleleri tartışan bu kamusal topluluk içerisinde güçlü bir iletişim ağı kurulmuştur. Habermas’a göre “*toplumsal hayatın politikleşmesi*” başta Fransa olmak üzere Almanya ve bazı Avrupa ülkelerini etkilemiş ve bu etki uzun yıllar devam etmiştir (Habermas, 2003).

Kamusal topluluğu oluşturan bu oluşum burjuva sınıfına mensup özel kişiler tarafından oluşturulmuştur. Özellikle, siyasi alanların dışında sinema, tiyatro, müze, konser gibi etkinliklerin sergilendiği alanlar kamusal alan olarak nitelendirilmiştir. Habermas bu alanı edebi özel bir kamusal alan şeklinde nitelendirmiştir. Aslında

“edebi kamu” olarak nitelenen bu alan “özel kamusal alanlar” anlamına gelmektedir. Daha sonra bu alanın etki çemberi giderek genişleyerek “devlet düzenlemelerine tabi olan, kamuoyunun sahiplendiği, hatta kamusal akıl yürüterek devlet ile hesaplaştığı eylemlerin alanı” şeklinde tanımlanmıştır. Bu eylemler de kamusal alanın gelişmesini büyük oranda etkilemiştir (Habermas, 2003: 375).

Edebi kamusal alanın dışında saray soyluları, egemen zümreleri, paye sahibi kilise mensupları tarafından oluşturulan “*temsili kamu*” oluşumu söz konusudur. Halk ise temsili kamu karşısında temsili kamunun tamamlayıcısı rolündedir. Edebi ve temsili kamu sosyal yaşantıları hakkında araştırma yapan Habermas, temsili kamuda sembollerin ve işaretlerin önemini ve değerini belirtmektedir (Habermas, 2003: 394).

Bu oluşturulan edebi ve temsili kamusal alanlar zamanla “devletle toplum arasındaki gerilimli alanda siyasal işlevler üstlenen alan” tanımlaması nedeniyle “*siyasal kamu*” oluşumu gerçekleşmiştir. Habermas’a göre; “siyasal kamu normatif demokrasi teorisinin temel kavramı olmalıdır” (Habermas, 2003: 392).

Özel alanda edebi kamusal alan, devlet alanı içinde temsili kamusal alan bulunmaktadır. Genelme yapılırsa kamusal alanın yapısal dönüşümü çerçevesinde bireylerin “mahrem alanı, ekonomik alan ve devlet alanı” olmak üzere üç temel alan bulunmaktadır (Habermas, 2003: 399).

Habermas kamunun yapısal dönüşümü ile ilgili araştırmalarına dayanarak; toplumsal öz-örgütlenme potansiyelinin dikkate alındığını ve Batı toplumlarında özellikle örgütlü kapitalizm ve sosyal devleti kapsayan gelişmelerle ilgilenildiğini vurgulamaktadır. Bu çerçevede “özel alan ve kamusal alan özerkliği” konuları üzerinde durmuştur. “Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü” adlı çalışmada Habermas, kamu tipolojisinin ve kamusal iletişiminin ilişkisini vurgulamıştır. Kamusal alanın tarihi incelendiğinde kamusal alan ile ilgili sabit bir algının olmadığı görülmektedir. Kamusal alanın bu tarihi süreçte edebi kamu, temsili kamu, siyasi kamu, gibi çeşitlerin arttığı görülmektedir. Bununla birlikte kamusal alan teorilerinin artması, çeşitli grupların ve bunlar arasındaki ilişkinin çeşitlenmesi sonucunda burjuva, milliyetçi, köylü, elit kadınlar, siyahiler, işçi sınıfı kamusal alanı gibi farklı kamusal alanlar türemiştir (Habermas, 2003: 413).

Araştırmacılar kamusal alanda tek-tipleştirmeye karşı çıkarak farklı kimliklerin oluşmasını savunmuşlardır. Ortak görüşlerine göre özel kamusal alanlar arasındaki

geleneksel çizgi değişmiş olup “*modern toplumlarda çoğulcu bir kamusal hak*” olgusu gelişmiştir.

İçinde yaşadığımız bu yüzyılda çeşitli fikir ve görüşlerin barındığı geniş kapsamlı kamusal alan oluştuğu görülmektedir (Çaha, 2003: 91). Bu çerçevede ise “*Avrupa kamusal alanı*” veya “*global kamusal alan*” kavramları geliştirilmiştir. Avrupa’daki coğrafi kültürel ve tarihi oluşumlar kamusal alan fikrini etkilemektedir. Bu alana “*Avrupa kamusal alanı*” denilmektedir. “*Global kamusal alanı*” ise uluslararası bağlamda ülkeler arasında etkileşime dayalı bir alanı tanımlamaktadır tanımlanmaktadır (Çelebi, 2002: 163). Günümüzde hem ulusal hem de uluslararası politik platformlarda etkileşim ve iletişimde önemli rol oynadığına yönelik tartışmalar devam etmektedir.

Literatürde “kamusal alan” çerçevesinde yapılan tanımlamalar ve süreçler incelendiğinde kamusal alan ile ilgili temel vurgu şu şekilde özetlenmektedir:

- Kamusal alan, kamusal mekanla birebir örtüşmez. Zira kamusal alanlar kamusal mekân olarak değerlendirilmemektedir.
- Birbirinden farklı kavramlar olan kamusal alan ve özel alan arasında keskin bir sınır yoktur.
- Kamusal mekanlar ve özel alanlar birbirinin içinde oluşabilmektedir.
- Kamusal alan herkese açık bir alan iken özel alan mahrem ya da belli kişilere açıktır.
- İletişim kamusalılık bağlamında ortak problemleri değerlendirirken önemli bir araç olup kamusal alan daha çok iletişimin niteliğini vurgulamakta ve bu nitelikler sayesinde farklılaşmaktadır.

Sonuç olarak bu tespitler ışığında kamusal alanın niteliği ve iletişimin modeli önem kazanmakla birlikte demokrasi olgusu ile etkileşimi büyük önem taşımaktadır.

2.3 Demokrasi ve Kamusal Alan İlişkisi

Kamusal alanla ilgili modern demokrasi teorilerinde belirtilen saptamalar, kamusal alanın kimler tarafından nasıl paylaşılması gerektiği ve kamusal alanda yapılan tartışmaların seyri çerçevesinde gelişmektedir. Genel olarak demokrasi teorilerinde özellikle karar verme süreçlerinde önemli olan unsurlar görev ve sorumlulukların yerine getirilmesi iken kamusal alan ile ilgili teorilerde iletişim ve etkileşim unsurları

önemli olmaktadır. Kamusal alanın demokratikliğini belirlemede belirtilen bu teorilerin kendilerine göre önceliği olan ölçütleri bulunmaktadır. Kabul gören demokrasi modeline göre kamusal alanın nitelikleri değişmektedir.

Geçmişten günümüze bazı araştırmacılar tarafından demokrasi ve kamusal alan ilişkisi çerçevesinde çeşitli araştırmalar yapılmış ve bu araştırmalar sonucunda kamusal alanda iletişimin niteliğine göre çeşitli modeller geliştirilmiştir. Bu modeller şu şekilde sıralanmaktadır (Ferree vd., 2002: 854):

2.3.1 Temsili liberal teori (Representative liberal theory)

İlk kez J. S. Mill tarafından tanımlanan teorinin modern yorumu J. Schumpeter'in "*Kapitalizm, Sosyalizm ve Demokrasi*" yapılmaktadır. Bu alanda A. Doxvns'un "*Demokrasinin Ekonomik Teorisi (An Economic Theory of Democracy)*" ve W. Kornhauser'in "*Kitle Toplumunun Politikaları (The Politics of Mass Society)*" isimli eserleri oldukça önemlidir (Ferree, 2002: 189). Bu teoride kamusal alanda "*kitlelerden*" çok "*elitlerin*" rolüne ve konumuna değer verilmekle birlikte sıradan halkın kamusal alana etkin bir şekilde katılımı zararlı görülmektedir. Başka bir ifadeyle elit halkın çeşitli örgütsel yapılanmalar sayesinde kamusal alanı şekillendirebileceği savunulmaktadır. Sınıf farkı gözetilen bu yaklaşımda uygulanan seçim modellerinde halk yalnızca belirli kişileri seçebilmektedir. Sıradan olarak nitelendirilen halk toplumsal ve kamusal meselelerde yeterli donanıma sahip değildir. Ayrıca kitleler hem kamusal sorunlara karşı ilgisiz hem de yeterli düzeyde bilgi sahibi değildir. Sosyolojik olarak halkın politik sürece katılmalarını engellemek için bariyer ve filtrelerle önlemler alınmaktadır (Önderman, 1991: 81). Temsili liberal teorisine göre kamusal alanın işleyişi ancak siyasi partiler aracılığıyla formel temsilciler tarafından yönetilmesiyle gerçekleşir. Teori özellikle kamusal alana kimlerin katılacağı konusu ile yakından ilgilenmekle birlikte halkın kamusal alana aktif katılımı sakıncalı görülürken "*elit hakimiyeti, uzmanlık, orantılılık, şeffaflık*" ilkelerine uygun politik bireylere öncelik tanınmaktadır. Toplumlarda kamusal alan sınırlarında görüş ve düşüncelerin belirtilmesinde "*tarafsızlık ve nezaket*" ilkelerine, müzakere süreçlerinde ise "*sonlandırma*" ilkesine göre hareket edilmektedir. Genelme yapıldığında; kamusal alanlarda halktan ziyade elitlerin ve uzman kişilerin söz sahibi olduğu yönetim anlayışı sergilenmekte ve bu kapsamda yaşanan tartışmalar şeffaf, tarafsız bir şekilde nezaketle düzenlenmektedir.

Ancak bu teoriye göre oluşturulan kamusal alanlarda tercih edilen demokrasi anlayışında elit tabaka dışında halkın katılımı istenmediği için dar kapsamlı bir model oluşturulmaktadır. Böylesi bir model de demokrasi ve kolektif özgürlükler alanını daraltacak sonuçlara neden olacaktır.

2.3.2 Katılımcı liberal teori (Participatory liberal theory)

İlk kez P. Hirst tarafından ortaya atılan bu teoride katılımcı bir demokrasi anlayışı savunulmakta “*birlik demokrasisi*” olarak nitelendirilmektedir (Mibraht, 1997: 92). Literatürde doğrudan, temsili ve referandumlu demokrasi kavramları ile özdeş anlamda kullanılan katılımcı teoride bazı noktalarda farklı anlayışlar sergilenmektedir. Örneğin katılımcı demokrasi teorisinin en önemli ayırıcı özelliği, demokratik katılım için seçime katılmayı yeterli ve uygun bulunmamasıdır (Sartori, 1993: 56). Teoriye göre sıradan halk siyasete ve politik tartışmalara, yasama faaliyetlerine katılabilmekte ve baskı grupları oluşturarak politik hayatta etkili olabilmektedir (Uysal, 1984: 82). Halkın özellikle toplumu ilgilendiren konularda kamusal faaliyetlere ve kararlara katılması, desteklemesi veya eleştirmesi oldukça önemlidir. Zira bu katılım demokrasinin en önemli niteliğidir. Katılım muhalefet konumunda veya siyasi politik argümanlarla sağlanabilmektedir. Bu katılımın demokrasiyi daha da güçlendirdiği düşünülmektedir. Bu nedenle demokrasinin güçlü ve sağlam olması için halkın katılımı zorunlu görülmektedir (Barber, 1995: 54). Teoriye göre katılım kamusal alanın değerini artırmakla birlikte katılımı dolaylı kılan ve zorlaştıran kurumsal engellere ve arabulucu yapılara güvenilmemektedir.

Bu yaklaşıma göre seçim ve seçime katılma demokrasiye katılım için yeterli olmasa da önemli bir adım olarak görülmektedir. Siyasi iktidarın gücü çoğunlukla halkın seçimine ve tercihinine dayanmaktadır. Bu bağlamda toplumda özgür ifade gücü, saygı, temel hak ve hürriyetlere saygı unsurları demokrasinin temeli olup bu unsurların eksikliğinde katılımcı demokrasinin varlığı da tehlikeye girebilmektedir. O nedenle halkın siyasi arenada kendini göstermesi toplumun ve sistemin güçlenmesi anlamına gelmektedir (Ferree, 2002: 167). Bu yaklaşımın temel kriter, en geniş kapsamda hem “*yetkilendirme*” hem de “*halkın katılımı*”nın esas alınmasıdır. Öyle ki bu kriter sonucunda “*tartışabilen tarzda bir kamusal alan*” tercih edildiği görülmektedir.

Sonuç olarak katılımcı liberal teori özgürlükler alanını oldukça geniş bir kamusal alan modeli geliştirmektedir. Kamusal alanda her türlü uygulamaya halkın katılımının sağlanması ile bu alanda özgürlükleri dolayısıyla demokrasiyi güçlendirmesi beklenmektedir.

2.3.3 Gidimli teori (Discursive theory)

Teorik olarak gidimli teori ile katılımcı liberal teori özellikleri birbirine çok benzemekle birlikte ikisi arasında net bir sınır belirlemek çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Çünkü her iki teoride de Özellikle de halkın kamusal alana katılımı gerekliliğine dayanmaktadır (Doğan, 1996: 414). Bu teorinin savunucularından olan Habermas' a göre kamusal alanda yaşanan tartışmalara siyasi aktörler ile birlikte sivil toplum da dahil edilmelidir.

Gidimli teorinin esas temelini kamusal iletişimin tarzı ve içeriği ile ilgili ölçütler oluşturmakta ve zayıf fikirlerden ziyade güçlü fikirlerin kamusal alanı geliştireceği düşünülmektedir. Habermas'a göre güçlü fikirler "*ideal söz durumu*" kavramı çerçevesinde oluşmaktadır. Bu çerçevede sivil toplum örgütleri kamusal alan içinde iletişime katılarak etkileşim sağlamaktadır. Bu etkileşim toplumun yönlendirilmesinde oldukça etkili bir araç olarak kabul edilmektedir (Habermas, 2003: 410).

Araştırmacılar kamusal alanda gerek bireylerin gerekse sivil örgütlerin tartışma, eleştirme, etkileme, kışkırtma gibi toplumsal hareketlerde dengeli ve sınırlı hareket edilerek anlaşma, uzlaşma, kavrama, katılma gibi olgular gerçekleştirilerek kamusal alanda demokrasi ve özgürlükler geliştirilebilmektedir (Habermas, 2003).

Bazı araştırmacılara göre teorinin temelinde müzakereci demokrasi anlayışı bulunmakta ve bireysel farklılıkları kabul etme, bu farklılıkları yaşayabilme sayesinde hem politik hem de toplumsal kazanımlar elde edilmektedir. Çoğulcu ve farklılıkların benimsendiği kamusal alanlarda güçlü bir iletişim ağı söz konusu olup bu sayede alt ve üst siyaset arasında denge sağlanabilmektedir (Benhabib, 1999: 111).

Gidimli teoride toplumdaki herkesin katılımı değerli görülmekte ve kamusal alan içinde ve dışında özgürce fikirler paylaşılabilir. Bu teorinin kamusal alana ilişkin öz değeri "*müzakerecilik*" "*diyalog*", "*saygı ve nezaket*" ilkeleridir. Bu

ilkeler ışığında alanda yaşanan tartışmalarda mutlaka bir fikir birliği sağlanmaya çalışılmaktadır (Erdoğan, 2004: 319).

2.3.4 Tefsirci teori (Constructionist theory)

N. Fraser, S.Benhabib, ve İ.Marion gibi araştırmacılar tarafından savunulan bu teoriye göre politik unsurlar hem özel hem de kamusal alanı etkileyebilme gücüne sahiptir. Bu yaklaşımı savunan yazarlar aynı zamanda kamusal alanda eşitsizliklerin giderilmesi amacıyla, var olan düzenleme ve kategorilerin eleştirel bir tarzda sorgulanması gerekliliğini de vurgulamaktadırlar. Bu çerçevede tefsirci teori kamusal alanda gerçekleşen her türlü politik süreci incelemekte ve değerlendirmektedir. Kamusal alanda gerçekleşen politik süreçleri her yönüyle irdeleyen bu yaklaşım “tefsirci teori” olarak isimlendirilmektedir (Ferree vd., 2002: 309).

Modele göre kamusal kararlar alınırken günlük yaşam ile politik alanları birbirinden ayırmak oldukça güç olup bu durum karar alanlarını daraltmaktadır. Bu tür durumlarda “uzmanlık” ölçüsü bu yaklaşımda kabul görmemektir. Hem bireysel hem de politik sözcülerin yer aldığı alanlarda halkın katılımı oldukça önemlidir. Bununla birlikte katılımın değeri katılımcıların “farklılıklarıyla tanınması” ile yakından ilişkilidir (Ferree vd., 2002: 471).

Benhabib kamusal müzakere sürecinin bir bilgi edinme yöntemi olduğunu savunmaktadır. Bu Bu çerçevede bireyler hem birbirlerinin hem de toplumun görüş ve düşüncelerini ancak müzakerelere katılarak öğrenebilir, bu değerlendirmelerle ancak karar aşamalarına katılabilir. O nedenle müzakere süreci kamusal alana katılım bilgi aktarımını sağlamakta ve doğru kararlara ulaşmada önemli rol oynamaktadır (Benhabib, Bisin, 2011: 111).

Katılımcı liberal geleneğin aksine, bu gelenekte politika özel ve kamu alanları arasında önemli bir araçtır. Bu araç da gücünü bireysel ve toplumsal değerlerden almaktadır. Bu yaklaşım kamu ve özel ayırımına atıfta bulunarak sıradan insanların çeşitli yaşam alanlarında politikayla iç içe girdiklerini vurgulamaktadır. Cumhuriyetçi gelenekteki katılma şekli Benhabib’e göre modernist ve demokratik olmalıdır (Benhabib, Bisin, 2011: 111).

Tefsirci teoride en önemli husus, kamusal ve özel alan şeklindeki bir ayrışmanın kabul görmemesidir. Fakat bu ayrışma kabul görmese de özel ve kamu alanlarının etkinliği her alanda görülmektedir. Devletin özgürlüklere müdahale alanının sınırları

çizilirken, bu zorunlulukla ister istemez karşılaşılmaktadır. Öyle ki özel mekanlarda özgürlükler artarken özgürlükler çatışmasını engellemek, bireysel ve toplumsal hakları korumak için kamusal mekanlarda müdahaleler ve sınırlamalar uygulanmaktadır. Bu duruma örnek olarak kişinin kendi özel mekânında dilediği gibi inanç özgürlüğünü yaşaması mümkün iken kamusal mekanlarda birtakım sınırlamalara maruz kalabilmektedir. Sonuç olarak özgürlükler yönünden kamusal alanla özel alanların nitelikleri birbirinden ayrılmaktadır.

2.4. Özgürlükler Mekânı Olarak Kamusal Alan

Özgürlükler ve temel haklar demokrasi ve kamusal alan merkezinde oldukça fazla önem taşımaktadır. Kabul gören demokrasi anlayışı ile kamusal alanın içeriğini karşılıklı birbirini etkilemektedir. Bu çerçevede araştırmacılar tarafından kamusal alanın özgürlüklerin varlık sebebi olup olmadığı tartışılmaktadır. Ancak özgürlükler hukukunda kamusal alan kavramı yer almamakla birlikte özgürlükler ile ilgili konularda alanlar ve niteliklerinden söz edilmektedir. Bu kavram daha çok özgürlüklerin tanındığı, korunduğu bir hukuk alanını temsil etmektedir (Kaboğlu, 2005: 66). Yaklaşım kapsamında ulusal ve ulusal üstü alan şeklinde bir farklılaşma söz konusu olup ulusal üstü alan da evrensel ve bölgesel şeklinde kategorize edilebilmektedir. Bu özel-kamu ayrımı “*özgürlükleri koruma rejimi*” yönünden oldukça önemlidir. Bu kapsamda özgürlükler hukuku açısından öncelikle ulusal ve ulusal üstü alan, daha sonra özel-kamusal alan farklılaşması incelenecektir.

2.4.1. Özgürlükleri koruma rejimi açısından ulusal ve ulusal üstü alan ayrımı

İkinci Dünya Savaşı'nın yaşanmasına neden olan diktatör rejimler nedeniyle “özgürlük” konusunda ulusal alan ve yaptırımlarının tek başına yeterli olmadığı, hatta tehlikeli durumlara neden olabileceği görüşü benimsenmiştir. Çünkü ulusal düzeydeki özgürlük sorunlarının uluslararası barışı olumsuz yönde etkilediği bu savaş ile daha iyi anlaşılmıştır. Özgürlükler hukuku açısından ulusal-ulusal üstü alan ayrımı da yine bu savaş döneminde daha belirgin anlaşılmıştır. Yaşanan bu olumsuz deneyimler özgürlükler konusunun ulusal üstü düzeyde ele alınması gerekliliğini göstermiştir. Bu gelişmelerin ardından 1945'te Birleşmiş Milletler Antlaşması imzalanmış ve 1948'de Birleşmiş Milletler “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi” kabul

edilmiştir. Yaşanan savaşla birlikte insan haklarının önemi daha da anlaşılmış ve bu konuda somut adımlar atılması için iş birliği çemberi genişletilmiştir (Gülmez, 2004: 67).

İlk olarak insan haklarının korunması ulusal alanda başlamıştır. Örneğin İngiliz Hak Bildirgeleri insan hakları kapsamında gerçekleştirilen ulusal uygulamalar olup bu uygulamalar nitelik olarak oldukça dar çerçevede değerlendirilmiştir (Magna Carta Libertatum 1215, Petition of Rights 1628, Habeas Corpus Act 1679, Declaration of Rights 1689, Treason Trials Act 1696, Act of Settlement 1701). Yine ulusal kapsamda hazırlanan insan hakları koruma bildirgeleri arasında Amerikan Hak Bildirgeleri yer almaktadır. Özellikle bu belgelerde bireysel özgürlükleri devletin müdahalesine karşı koruma amacına yönelik çalışmalar yer almıştır. Ayrıca 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ulusal alanda insan haklarının korunmasına yönelik bildirgedir (Gemalmaz, 2001: 511).

Bu konuda Gemalmaz, insan hakları hukukunun farklı ideolojiler tarafından benimsenen asgari insan hakları kabulüne dayandığını ifade etmektedir. İkinci Dünya Savaşından önce, devletler arasındaki ilişkiler uluslararası hukuk tarafından, devlet-vatandaş arasındaki ilişkiler de ulusal iç hukuk tarafından düzenlenmekteydi. Yani bu yaklaşıma göre, uluslararası hukukta hak öznelerinin yalnızca devlet olduğu kabul edilmekteydi. Bu nedenle ülkesinde devleti tarafından haksızlığa uğradığını düşünen kişiler iç hukuk meselesi olarak kabul edildiği için bu konuda uluslararası mercilere başvuramamaktaydı (Gülmez, 2004: 67).

Birleşmiş Milletler ile ulusal korumadan evrensel korumaya geçildikten sonra bölgesel koruma süreci ön plana çıkmıştır. Ancak devletler arasındaki özellikle sosyalist blok ile batı bloğu hem ideolojik hem de sosyolojik farklılıklar nedeniyle anlaşamamakta ve bu da evrensel barışı olumsuz etkilemekteydi. O nedenle ortak değerlere sahip bölgesel koruma uygulanmaya başlanmıştır. Bu konuda atılan ilk adımlardan biri olan Avrupa Konseyi Mayıs 1948'de La Haye'de 16 Avrupa ülkesinden gelen 700 delegenin ve öteki 10 ülkeden gelen gözlemcilerin katılımıyla toplanmışlar ve toplantı sonunda "Avrupa Birliği" kurulması çağrısı yapılmıştır. Bu çağrıyı dikkate alan Belçika, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, İngiltere, Danimarka, Norveç, İrlanda, İtalya, İsveç olmak üzere 10 Avrupa ülkesi 5 Mayıs 1949'da Londra'da toplanarak Avrupa Konseyi Statüsünü kabul etmişlerdir. Bu konseyin kurulmasının ardından yine bölgesel statüde Avrupa Konseyinden sonra yine

bölgesel düzeyde, Amerikan Devletleri Örgütü, Afrika Birliği Örgütü, Avrupa Güvenlik ve İş birliği Teşkilatı (AGİT), Avrupa Birliği (AB) gibi örgütler kurulmuştur (Gülmez, 2004: 67).

Bütün bu gelişmelerin ardından özgürlüklerin ulusal üstü alana taşınması ve ulusal alan ile ulusal üstü alanlar arasında yapıcı ve doğru ilişkilerin kurulması “özgürlüklerin korunması” bakımından oldukça önemli bir nokta olmuştur. Bu kapsamda 16. yüzyılda J. Bodin ile temelleri atılan yaklaşımda özellikle “ulusal yetki”, “egemenlik” unsurları mutlak ve en üstün güç olarak kabul görmüştür. Daha sonraki yüzyıllarda “egemenlik” unsurunun üzerinde hiçbir otoritenin olmadığı sınırlandırılmayan, üstün bir güç olduğu kabul edilmiştir (Hazır, 1990: 81). Fakat İkinci Dünya Savaşı ile birlikte “uluslararası hukuk” kavramının önem kazanması sonucunda egemenlik ve ulusal yetki anlayışında önemli değişimler yaşanmıştır. Bu kapsamda ulusal yetki, uluslararası hukukun sınırlandırmadığı ve sadece ilgili devletin yetkilerinin söz konusu olduğu yetki alanları olarak ifade edilmiştir (Pazarcı, 1998: 89).

Ulusal yetki Birleşmiş Milletler Anlaşmasının 2. Maddesi'nde: *"İş bu Antlaşmanın hiçbir hükmü, ne özü itibariyle bir devletin milli yetkisi içinde bulunan İşlere Birleşmiş Milletlerin karışmasına cevaz verir ve ne de üyeleri, bu gibi işleri, bu Antlaşma gereğince bir çözüme tarzına bağlamaya icbar eder;*" şeklinde tanımlanmıştır (Döner, 2003: 214).

İnsan Hakları Hukuku ulusal üstü bir alan olarak *"temel hak ve özgürlükler"* yönünden *"minimum standartları"* açıkça ifade etmektedir. Bu ifadeye göre taraf devletler ulusal hukuklarında bu standartları benimseyerek bireysel ve toplumsal hakların korunmasını sağlayabilmektedir. Ancak bu kabul ikincil nitelikte bir kabul olup ulusal hukukun da korunması amacı güdülmektedir. Çünkü taraf ülkeler iç hukukunun korunması ve uygulanması öncelikli olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda iç hukuk düzenlemelerinde uygulamanın niteliği ve korunması konusunda ulusal hukuk sistemi yetkili kılınmıştır (Gözübüyük, 2004: 96).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de özgürlüklerin ve hakların korunmasında ulusal hukuk sisteminin uluslararası hukuk normlarının önünde yer aldığını içtihatlarında vurgulamaktadır. Her ne kadar AİHM taraf devletleri özgürlükler ve hakların korunması yönünde denetim yapabiliyorsa da bu uygulamanın ikincil nitelikte

olduğu ve ulusal hukuk normlarını birincil koruma alanı olduğunu, sürekli vurgulanmaktadır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (AİHM) taraf ülkelerde çok etkin bir denetim yapmakla birlikte, Sözleşmenin öngördüğü denetimin ikincil nitelikte olduğunu, öncelikli korumanın ulusal makamlar ve ulusal yargı organlarınca yapılması gerektiğini sürekli kararlarında vurgulamaktadır. Örneğin, AİHM Handyside-Birleşik Krallık kararında iç hukuk yolları tamamlandıktan sonra bu birime başvurulacağını belirtmektedir.

Genel anlamda insan haklarının korunması meselesinde birincil merci olan ulusal hukuk sisteminde konu ile ilgili “iç hukukun tüketilmesi” koşulunun sağlanması gerekmektedir. Konu bu açıdan değerlendirildiğinde insan hakları ve özgürlük ile ilgili davalarda ilk önce iç hukuk yargılama aşamalarının tamamlanması gerekmektedir.

Örneğin AİHM Aksoy - Türkiye kararında (Karar Tarihi 18.12.1996), Sözleşme ile kurulan koruma sisteminin iç hukuk sistemine yardımcı bir sistem olduğunu vurgulanmıştır (AİHKM, 2018: 239)

Öncelikle özgürlükler yönünden kullanma yetkisi ve takdiri ulusal hukuk sistemine aittir. Bu bağlamda hukuk sistemi temel hak ve özgürlükler ile ilgili düzenleme yaparken taraf olunan “ulusal üstü insan hakları belgelerinde” belirtilen standartları göz önünde bulundurmak zorundadır. Nitekim Anayasa Madde 7 (2004) ve Anayasa Madde 90’ın son fıkrasına uyuşmazlık durumlarında uluslararası anlaşma hükümlerine başvurulacağı ile ilgili ifade eklenmiştir. Bu hükümle insan hakları ile ilgili kanun ve uygulamalar Anayasal hukuk sisteminde yerini almıştır.

Temel yasama organı tarafından belirlenen standartların uygulanması ve yorumlanması çerçevesinde “yükümlü ulusal yargı organlarının” belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda AİHM, Handyside kararında takdir alını kimlerin nasıl kullanacağını şu şekilde ifade etmiştir: “...,10. Maddenin 2. fıkrası, Sözleşmeciler Devletlere bir takdir alanı bırakır. ‘Hukukun Öngördüğü’ bu alan hem ulusal yasa koyucuya hem de yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş olan yargılama makamına da tanınmıştır”

Özgürlükler bakımından ulusal alanın çerçevesini, Mahkeme TBKP-Türkiye kararında, “devletin egemenlik yetkisini kullandığı alan” ile bütünleştirmektedir: “... Sözleşmeciler Devletlerin siyasi ve kurumsal organları, Sözleşme”de yer alan haklara

ve ilkelere saygı göstermek zorundadırlar. Bu bağlamda, ele alman hükümlerin anayasa maddeleri mi, yoksa sadece yasa maddeleri mi olduğu pek bir önem taşımaz. Bu tür hükümler ilgili Devletin egemenlik yetkisini kullanmasının aracı oldukları andan itibaren, Sözleşme'nin denetimine tabidirler” şeklinde belirtmiştir.

Bu karara göre devletin egemenlik yetkisini kullanabildiği tüm alanlar ulusal yetki alanına dahildir. Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 'ne göre “egemenlik alanı” “ülkesel alanı” kapsayarak egemenlik yetkilerinin kullanıldığı tüm alanları da kapsayacak şekilde oldukça geniş benimsenmektedir (TBKP, 1998: 868). Sonuç olarak ulusal üstü alanı koruma yönünden, ulusal alan dahilinde özel veya kamusal alan ayrımı ve niteliklerinin önemi bulunmamaktadır.

Genel anlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi çerçevesinden değerlendirildiğinde ulusal ve ulusal üstü alan farklılaşması karşılaştırmasında özgürlükler açısından esas olan ulusal alan olup ulusal üstü alanın ikincil değerdedir. Bu çerçevede ulusal alanın öngördüğü koruma bitirilmeden, ulusal üstü alana geçilmesi doğru değildir (Tezcan vd., 2004: 79).

2.4.2. Özel -kamu alan ayrımı

Anayasal düzenlemelerde ve uluslararası belgelerde özgürlükler hukukuna dair düzenlemelerde özel alan-kamusal alan kavramları yer almamaktadır. Öyle ki bu kavramlar çoğunlukla siyaset sosyolojisi ve felsefesinde kullanılmaktadır. Bu bağlamda siyaset bilimine göre; özel alan bireyin belirlediği mahrem alan, kamusal alan ise sınırlandırılabilen toplumsal sorunların paylaşıldığı iletişim ve etkileşim alanı olarak ifade edilmektedir. Ayrıca özel ve kamusal alan ayrımı özel ve kamusal mekân ayrımında özel mekanlarda kamusal alanlar, kamusal alanlarda da özel mekanlar oluşabilmektedir.

Geçmişten günümüze düşünme, örgütlenme, seyahat etme gibi bireysel tutum ve davranışlar varlığa dayalı hak ve özgürlükler olarak kabul görmüştür (Sağlam, 1982: 91). Aynı zamanda toplumsal yaşamın gereği olarak belirli alanlarda bir arada yaşama zorunluluğu da bireysel anlamda ortak yaşam alanlarına uyumlu tutum ve davranışlar geliştirilmesi, düzenlenmesi gerçeğini ortaya çıkarmıştır. Geliştirilen bu düzenin özelliklerine göre bazı sınırlamaların yapılması kaçınılmazdır. Dolayısıyla “ortak düzen” gerçeği özgürlük idealizesinin sınırlandırılması anlayışının ortaya

çıkmasına neden olmuştur. Bu doğrultuda sınırlama realitesinin türettiği “*özgürlük kural, sınırlama istisnadır*” ilkesi özgürlüklerin önceliğini vurgulamaktadır.

Bu ilke kamusal alanda geçerli olan bir ilke olup bu ilke bireyin mahrem alanı olan özel alana etki edemez. Çünkü hukuk sistemi özel alanı korumak ile ilgili kurallar koyabilmekte ancak bu alanda bireysel hakları sınırlayacak hükümler koyamaz. Bu durum bireyin özel alanının özgürlükler hukuku tarafından koruma altına alınmış olduğu anlamına gelmektedir. Örneğin bireyin özel alan içerisindeki tutum ve eylemleri kamusal alana yansımadıkça herhangi bir müdahale yapılamaz.

Genel olarak bireyin öznel hak ve özgürlükleri sınırlandırılmadan kamusal alanda özgürlükler sınırlanabilir. Ancak bu mümkün olmadığında istisnai olarak sınırlamalar yapılabilmektedir. Ayrıca hakkın niteliğine göre herhangi bir sınırlama yapmadan da düzenleme yapılabilmektedir. Başka bir ifadeyle sınırlama düzenlemenin yetersiz kaldığı durumlarda başvurulması gereken bir yöntemdir (Sağlam, 1982: 94).

Ulusal anayasalarda ve uluslararası insan hakları belgelerinde insan haklarının sınırlandırılabilir olduğu belirtilmekle birlikte bu sınırlandırma yorumu tüm hakları istisnasız içermemektedir. Niteliklerine göre hakları farklı şartlarda sınırlandırmak mümkündür. Bazı haklar mutlak kabul edilerek hiçbir şekilde sınırlandırmakta, bazı haklar da belirli şartlarda sınırlandırılmaktadır (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2002: 213). Örneğin “işkence yasağı” mutlak hak olarak tüm insan hakları belgelerinde hiçbir şekilde sınırlandırılmaz şeklinde belirtilmektedir. Diğer taraftan kamu yararı ve düzeninin korunması ve gözetilmesi çerçevesinde bir takım düşünce ve inanç temelli özgürlükler sınırlandırılmaktadır. Bu bağlamda sınırlamanın öngörüldüğü durumlarda üç ilke benimsenmektedir. Bunlardan ilki; sınırlamanın meşru bir amaç taşıması yani belirli sebeplere dayanmasıdır. Örneğin başkalarının hakları ve özgürlükleri ilgili olup kamu yararı, kamu düzeni, kamu güvenliği, genel ahlak bu çerçevede yer almaktadır. İkincisi sınırlamanın yöntemi ile ilgili olup ölçülü olmak, kanunları uygulamak bu kapsamda yer almaktadır. Sonuncusu ise sınırlamanın gerekliliği olup hakkın özüne dokunmama, demokratik toplum düzeninde gerekli olma bu kapsamda değerlendirilmektedir (Soysal, 1987: 81).

Ulusal ve uluslararası anayasal hukuk sistemlerinde ve insan hakları ile ilgili bildirelerde özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili ortak genel bir anlayış oluşmuştur.

Öyle ki özgürlüklerin sınırlanması konusunda uluslararası hukuk sisteminde yer alan ilkeler anayasal düzenlemelerde de yer almıştır. Türkiye’de 1982 Anayasası ile AİHS tarafından demokratikleşmenin bir normu olarak belirlenen ilke ve sınırlamalar birbirine paraleldir.

Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamalar ile ilgili AİHS 8-11. ve 4. Protokolün 2. Maddelerinde “*meşru amaçlara dayanarak*” ve “*demokratik toplum da gerekli olduğu ölçüde*” ilkelerine dayanarak yapılabileceği ifade edilmektedir.

Yasallık ilkesi, “*hukuk devleti*” ve “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” ilkelerinin ayrılmaz parçasıdır. Bu bağlamda yasallık ilkesi özgürlüklerin sınırlanmasında kullanılan ölçütlerin başında yer almaktadır. Anayasa (1982) Madde 13’de “*yasallık ilkesi*”, temel hak ve özgürlüklerin “*ancak kanunla*” sınırlanabileceği şeklinde belirtilmektedir (Teziç, 1991: 81). Bu sınırlandırmanın yasallığı ise devlet katında uygulanabilir, bireysel anlamda öngörülebilir olması, açık ve ulaşılabilir olması gerekmektedir. Bununla birlikte yasallık ilkesi ancak yasa ile belirlenebilmektedir, tüzükler, kararname ve yönetmelikler bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Ayrıca yasanın açıklığı ve ulaşılabilirliği ilkenin tamamlayıcı unsurları arasında yer almaktadır. Zira ulusal hukuk sisteminde sınırlamanın yasal dayanağının olmaması anayasaya aykırı kabul edilmektedir. Bu ilke çerçevesinde kamusal alan ancak yasayla sınırlanabilir.

“Nedene bağlılık” ilkesi çerçevesinde sınırlama ancak Anayasa Madde 13 hükmüne göre yapılabilmektedir. Yasaya göre, bireysel ve toplumsal temel hak ve hürriyetler Anayasada belirtilen ilgili yasalar çerçevesinde sınırlandırılabilir.

Yine bu ilkeye göre özgürlüklerin sınırlanmasında kamusal alan bir neden olarak kabul edilemez. Sınırlama ilgili anayasal hükümler dahilinde yapılabilir. Gerek anayasal hükümlerde gerekse insan hakları ile ilgili bildirgelerde yer alan hükümlerde kamusal alan olgusu özgürlükleri sınırlamanın nedenleri arasında yer almamaktadır. Sonuç olarak kamusal alanda özgürlükler sınırlanabilir, ancak bu sınırlama meşru bir amaca ve onunla ilgili anayasal hükümler çerçevesinde yapılması gerekmektedir.

Ölçülülük ilkesi, bir hakkın sınırlanmasında amaç ve araç arasında dengeyi ifade etmektedir. Öyle ki haklar sınırlanırken sınırlamanın amacına elverişli araçlar gerekli olduğu kadar kullanılmalı ve orantılı uygulanmalıdır (Sağlam, 1982: 82). Bununla

birlikte ilke; kamusal ve bireysel menfaat arasında dengeyi korumalı, uygulanan sınırlamanın orantılı ve elverişli olmasını sağlamalıdır.

Genel olarak değerlendirildiğinde sınırlamaların yasallığı, meşru nedene dayanması ve ölçülü olması, kamusal alanda özgürlüklere müdahale edilirken sınırlama yapacak organa verilen takdir yetkisini ifade etmektedir. Fakat sınırlamada önemli bir husus yapılacak sınırlamanın nereye kadar gidileceğinin belirlenmesidir. Bu bağlamda “*hakkın özüne dokunmama*” ve “*demokratik toplum düzenin gereklerine aykırı olmama*” ilkeleri sınırlamanın kesin hatlarını belirlemektedir (Kaboğlu, 2002: 96).

Bu ilkelerden “öz” ilkesi; temel hak ve özgürlükler sınırlandırılırken sınırlamaların hakkın kullanılmasını zorlaştıracak ya da kullanılmasını imkânsız kılacak noktaya gelmemesini ifade etmektedir. Buna göre ilke, temel hakların dokunulmaz bir öze sahip olduğu varsayımını kabul etmektedir. Çünkü temel haklar sınırlandırılmasında bir sınır bulunmaktadır. Hakkın “öz” olgusu bir çeşit dokunulmazlık alanı olup Anayasa Mahkemesi kararında bu konuda “. ” şeklinde ifade edilmektedir (AYMKD I, 1963, s. 74).

Hakkın özüne dokunmama ilkesine göre kamusal alan olgusunun kendisinin özgürlüklerin sınırlandırılmasında kesinlikle kullanılmayacağını vurgulamaktadır. Aksi takdirde bu alan özgürlükler için kullanılamaz hale gelmektedir.

Genel olarak bu ilkeler ışığında, anayasal hukuk sistemi çerçevesinde yasalarla yapılan sınırlamaların demokratik toplumun gerekleri ile bağdaşır olması gerekmektedir. Bu şart Anayasa Madde 13’te Maddesi gereğince “*sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz*” şeklinde ifade edilmektedir.

Demokratik toplum; hukuk kuralları, toplumsal değerler ve demokrasi ilkeleri ile birlikte oluşturulan bir toplum düzenini ifade etmektedir. Bu doğrultuda demokratik toplum düzeninin hem yerelliği hem de evrenselliği bulunmaktadır. Devletin hukuk düzeni de tamamen anayasal hukuk sistemi norm ve ilkelerinden oluşmaktadır. Anayasa ile belirlenen hukuk kurallarının oluşturduğu düzeni ifade etmektedir. Bu nedenle demokratik toplum düzeni ile ulusal hukuk düzeni özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda farklı yorumlar içermektedir (Eren, 2003: 145).

Ülkelerin iç hukukları gereği toplumsal düzenin dinamikleri birbirinden farklı olabilmektedir. Toplumsal değerler ve şartlar özgürlüklerin sınırlandırılmasında farklılıkların oluşmasına neden olabilmektedir. Örneğin demokrasinin hâkim olduğu

lkelerde bu sınırlamalar yapılırken demokrasi ilkeleri, anayasal hükümler ve uluslararası insan hakları bildirileri birlikte değerlendirilmektedir.

Temel haklar açısından demokratik toplumla kurulan yakın ilişki demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü işlevsel kılmakla birlikte bu işlevsellik de demokratik nitelikleri ile gerçekleşmektedir. Demokrasinin nitelikleri arsında çoğulculuk, düşünce özgürlüğü, açık fikirlilik ve hoşgörü gibi unsurlar yer almakta ve bu nitelikler sınırlamanın niteliğini ve doğruluğunu tespitite yn göstermektedir. Oyle ki demokrasinin özünde yer alan çoğulculuk ilkesi özgürlüklerin var olabilmesinin temel Őartıdır. Toplumlarda birlikte yaŐamak zorunda olan bireyler kendi farklılıklarıyla toplumsal yaşam içinde aktif olarak var olmak istemektedir. Bu nedenle farklılıkları ifade edebilmeleri de düşünce özgürlüğünün tanınmasına dayanmaktadır. Ayrıca toplumsal yaŐamdaki farklılıklara tahammül derecesi demokratik hoşgörü ilkesine dayanmaktadır.

AİHM Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP) kararında çoğulculuk, demokrasi ve düşünce özgürlüğü kavramlarının ilişkisinde; temel haklara yönelik müdahalelerin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması gerektiğini vurgulamıştır (Eren, 2003: 145).

Sonuç olarak çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik gibi demokrasinin temel unsurları temelinde kamusal alanda özgürlüklerin sınırlanması demokratik toplum gerekleri arasında yer almaktadır. Bu bağlamda sınırlandırma eylemlerinde hem benimsenen demokrasi anlayışı hem de kamusal alanın niteliği ve ilişkisi büyük önem taşımaktadır (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2002: 213).

2.5. zgrlklerin Kullanımı

2.5.1. Temel hak ve zgrlkler

İnsan hakları kavramının anlaşılabilmesi için, etkileşim içinde olduğu kavramların da anlaşılabilmesi ve tespit edilmesi önemlidir. Bu bağlamda, bir üst kavram olarak insan hakları kavramı altında özgürlük ve hak kavramlarını incelemek ve anlamak gerekmektedir. İnsan haklarının, insanların doğumla birlikte kazandıkları "*haklar*" olarak tanımlandığından bahisle, söz konusu kavramın bir "*hak*" atısı altında toplandığı görülmektedir.

Özgürlük kavramı ise, insana tanınan bu hakların pratik hayatta kullanılabilmesinin önünü açan, haklara kaynak olan olgudur. Zira özgürlüğün pratik hayatta yer bulmadığı bir zeminde, tanınan haklar yalnızca teorik düzeyde kalmaktadır. Bu sebeple insanlara tanınan özgürlük alanlarının sınırlandırılması, otoritenin bu özgürlük alanlarını sınırlandırma kudretini ve bunları belirleyen normlar da yine kendisine insan hakları konusunun içerisinde yer bulmaktadır. İnsan hakları anlayışı, bireylerin kendilerine tanınan özgürlük alanlarının hukuk devleti ilkeleriyle sınırlandırılmasını şart koşmaktadır. Görüldüğü üzere hak ve özgürlük kavramları insan hakları kavramının anlaşılabilmesi adına önemlidir.

Hakların bireyin doğumuyla beraber kazanıldığının kabul edilmesine rağmen, bazı hakların ise toplumsallık ile birlikte yürürlüğe girdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Devletler ise, bu hakları sağlamak ve güvence altına almak yükümü altındadır. Karşılığında ise bireyler de devletlerin bu güvenceleri sağlarken şart koştuğu kısıtlamalara rıza göstermek durumundadır. Söz konusu kısıtlamalar ise esasen hakların güvencesini oluşturmaktadır (Çeçen, 2020: 81). Devlet tarafından sağlanan ve güvence altına alınan hakların kullanılması ve düzenlenmesi kapsamında hukuk kavramı karşımıza çıkmaktadır. Hukuk kavramı, hakların kullanımı konusundaki meselelerle ilişkili olarak ortaya çıkmaktadır (Mumcu, 2007: 18).

Toplumsal hayat içerisinde bireylerin eylemlerini meşru kılmaları ve hak talep etmeleri kaçınılmazdır. Örneğin birey, haber alma özgürlüğü olduğunu ileri sürebilir, bu bağlamda bu özgürlüğü ihlal edildiği takdirde savunma araçlarını harekete geçirme hakkı da bulunmaktadır. Sonuç olarak haklar, bireylere ayrıcalıklı bir konum sunmakta, sosyal özgürlük tanımaktadır. Hukuki araçlar ile ortaya konulan hak talebi sayesinde bireylere tanınmış teorik haklar, pratik hayatta karşılıklarını bulmaktadır (Donnelly, 1995: 20). Dolayısıyla haklar ve özgürlükler karşılıklı ve sürekli olarak birbirlerini yaratmaktadırlar. Hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı yoluyla gerçekleşmesi gibi, özgürlükler hakların kullanımları yoluyla meşrulaşmakta ve pratiğe dökülmektedirler. Bu iki kavram, birbirlerinin önkoşulu niteliğindedir. Hak olmadan özgürlük, özgürlük olmadan hakkın olması düşünülememektedir (Donnelly, 2014).

Özgürlüğün sınırlarını, insan onuruna yaraşır biçimde çizmesi yükümü altında olan devlettir. Burada önemli olan nokta, bireylerin özgürlüklerinin haksız yere sınırlandırılmamasıdır (Erdoğan, 2004: 91). Bu bağlamda öğretilde, özgürlüğün

“yasaklanmamış eylemler” olarak tanımlandığı görülmektedir. Dolayısıyla, devletlerin özgürlükleri kısıtlama yükümünü yerine getirirken, sınırlarını insan haklarına göre çizmesi gerektiğini söylemek önemlidir. Bir üst kavram olan insan haklarını, toplumsal düzen ve güven için gerekli olan sosyal ve ekonomik hakların ve ödevlerin güvence mekanizması olarak görmek mümkündür (Atalay, 1997: 464).

Bu doğrultuda, insan hakları kavramının incelenmesi gerekmektedir. İnsan hakları, doğrudan toplumsal düzen ve güven ortamının sağlanması amacıyla ortaya çıkmış ve gelişim göstermiştir. Öncelikli olarak sosyal bilimlerin konu edindiği toplumsal düzen, toplum yaşamı gibi kavramların merkezine aldığı insanı incelemek zorunlu gözükmektedir.

Toplumsal düzenin merkezindeki bu canlının en önemli özelliği düşünebilmesidir. İnsanın düşünme yetisi, onu çeşitli kararlar veren, toplumsal düzeni sağlayıcı topluluklar, toplumlar, iktidarlar yani devletler kuran bir canlı haline getirmektedir. Aristoteles bu doğrultuda insanın sürekli olarak düşünen politik ve akıllı bir hayvan olduğunu belirtmiştir. Çeşitli tarihsel gelişmeler, çağların hâkim ideolojilerine göre insana farklı anlamlar atfedilmiştir. Felsefenin doğduğu dönem olan Antik Çağ’da baskın hümanizm ile birlikte insana büyük bir önem atfedilmiştir. Bu dönem de özellikle Aristoteles düşüncesine göre insan doğrudan bir amaçtır.

Orta çağ Avrupası’ni ele aldığımızda insanın varoluş amacı baskın skolastik düşünce bağlamında dine hizmet olarak tanımlanmıştır. Bahsi geçen dönemde insanın başlıca amacı Tanrı’nın buyruklarına itaat ve dinin tasarladığı mükemmel insan tasvirine olabildiğince yaklaşımdır. Dolayısıyla insan aklına değil, Tanrısal akla önem verilmiş, insan bu bağlamda ele alınmıştır (Kütükcü, 2014: 356). Kant’ın felsefesi, insanı Antik Çağ felsefesinde olduğu gibi doğrudan bir amaç olarak ele almıştır. İnsan onurunu ve hayatını, dolayısıyla insanı başlı başına bir amaç olarak ortaya koyan günümüz insan hakları anlayışına giden yolda, Kant’ın felsefesinin itici bir güç olduğunu söylemek bu açıdan mümkündür (Kant, 1999: 97).

Hak, birey çıkarlarının yasallaştırılmasıdır. Hak, kişinin toplumdan isteyebileceği, talep edeceği ve kullanabileceği yetkililerdir (Cevizci, 2009: 536). Haklar, toplumsal yaşamda karşılıklı saygı yükümlülüğünü düzenleyen unsurlardır. Şöyle ki, bireye herhangi bir özgürlük tanıyan bir hak, toplumun diğer kesinlerine de bu bireyin hakkını kullanmasına saygı gösterme yükümü getirir. Bireyler, toplumsal düzenin

devamlılığını sağlamak adına birbirlerinin yetki alanlarına müdahale etmemekle yükümlüdürler. Zira haklar, hukuk kaidelerinden doğmaktadır (Çüçen, 2011: 42).

Görüldüğü üzere insan hakları, bireyin toplumsallaşması ile önem kazanmaya başlamış ve toplumsallığın getirdiği kaygılar ile paralel olarak gelişim göstermiştir. Bireyin toplumsallaşma süreci, konuyla ilgili filozoflarca, toplum sözleşmesi şeklinde ifadesini bulmuştur (Gözübüyük, 2004: 196).

Hobbes, insanların yaratılış bakımından eşit olduklarını ifade etmiştir. Asıl sorunun bireyler arası eşitliğin toplum hayatında sağlanması olduğuna dikkat çeken Hobbes, bunun sağlanamaması durumunda toplumda doğabilecek çatışmanın altını çizmiştir. Düşünürün ünlü sözü “*insan insanın kurdudur*”, bu düzlemde ortaya atılmış olup, bu düşünceye göre bir çatışmanın olduğu toplumda toplumsal düzenin kurulması oldukça zor, hatta imkânsız olacaktır. Hobbes’a göre bu durumun karşısında durabilecek tek şey, toplumsal sözleşme, yani insanların sahip olduğu hakların başkalarının haklarıyla sınırlandırılmasına rıza göstermesi durumudur (Hobbes, 2007: 77).

Locke da bireyin toplumsallaşma öncesi eşit olduğunu savunmaktadır. Bireylerin yaratılış itibarıyla eşit oldukları düşüncesini Hobbes gibi savunan Locke, eşitliğin bireylerin sahip olduğu doğal akılda gizli olduğunu savunmuştur (Locke, 2000: 86). Locke, bireylerin doğuştan sahip oldukları hakları güvenceye alacak bir otoritenin yokluğunda, bireysel otoritenin hâkim olacağını, bunun da beraberinde toplumsal bir çatışmaya yol açacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla Locke’a göre bu potansiyel çatışma tehlikesi, bireyin temel haklarını güvence altına alma ödevini bir otoriteye bırakmasıyla, yani bir toplumsal sözleşme aracılığıyla savuşturulabilecektir. Ünlü düşünür, toplumsal düzenin ancak ve ancak bireyden üstün bir otoritenin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alınmasıyla kurulabileceğini ve insan onuruna yaraşır bir hayat sunulabileceğini savunmuştur (Locke, 2000: 86).

Rousseau’nun “*Toplum Sözleşmesi*” adlı çalışmasının günümüz insan hakları literatüründe önemi büyüktür. Rousseau, insanın özgür doğmuş fakat her yerde zincire vurulmuş olduğunu ifade etmiştir. Rousseau’nun insanın her yerde zincire vurulduğundan bahisle işaret ettiği her yer şüphesiz ki “*toplum*”dur. Yaratılış olarak eşit olan bireyler, toplum tarafından bozulmuştur (Rousseau, 2009: 81). Ünlü düşünür bu düşüncesini “.” şeklinde ifade etmiştir. Rousseau burada, mülkiyet

dolayısıyla bireysel çıkarların insanların mutluluğunu ve huzurunu bozduğunu, toplumsal düzenin de bu sebeple tehlikede olduğunu söylemektedir. Ünlü düşünür bu soruna çözümü, toplumsal sözleşmenin kurulmasında bulur. Ona göre ideal toplumsal sözleşmenin özü, insanın kendisine itaat etmesi anlamına gelmektedir; zira Rousseau insanı, dolayısıyla halkı egemen güç kabul etmektedir.

İnsan haklarının güvence altına alınması adına bir toplumsal sözleşme kurulması, bu sayede insan onuruna yaraşır bir hayatın bireylere sağlanması fikrini ortaya atan bu üç düşünürün fikirlerinin ayrıldığı noktalar yadsınamaz olsa da ortak noktaları konuya ışık tutabilmek adına oldukça kıymetlidir. Bu bağlamda, toplumsal düzen ihtiyacı gözümüze çarpmaktadır. Bireysellikten toplumsallığa geçişin önkoşulu olan toplumsal düzen ihtiyacı da beraberinde bir hukuk düzenine duyulan ihtiyacı getirmiştir. Bilindiği üzere hukuk, toplumsal yaşamı düzenlemekte olup, toplumsallığın bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Toplumsal düzeni var eden, kuralların ve kurallara uyma konusunda bir söz birliğinin, diğer bir deyişle bir toplumsal sözleşmenin varlığıdır (Atasoy, 2007: 122).

Hakların kaynağı olan hukuk, üzerinde çokça tartışılmış, ortak bir tanım arayışına girilmiş, fakat geniş kapsamı nedeniyle evrensel ve genel bir tanımının mümkün olmadığı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Kant, bu kavramı ‘hukukçuların bile tanımlayamayacağı’ bir kavram olarak nitelendirmiştir. Kelimenin etimolojisine girdiğimizde ise karşımıza hak kavramı çıkmaktadır (Çeçen, 1975: 214).

Etimolojik kökenden yola çıkarak, hakların kaynağı şeklinde özet bir tanım ortaya koymamız mümkün gözükmemektedir. Hukuk, amacı toplumsal düzeni sağlamak olan, otorite sayesinde bireye bu hakların güvencesini veren kurallar bütünüdür. Dolayısıyla hukukun hedefi, toplumsal düzeni, insanların bir arada huzur ve güven içinde yaşamasını, bunların ön koşulu olan adaleti güvence altına almaktır.

İnsan hakları tarih boyunca olduğu gibi günümüzde de toplumsal hayatın her alanında önemini korumakta, deyim yerindeyse toplumsal, siyasal ve kültürel yaşamın merkezinde bulunmaktadır. İnsanı önceleyen anlayışın dünya üzerinde kabul görmeye başlamasıyla birlikte, “*insan hakları*” kavramı siyasal düzlemde de önem kazanmaya başlamıştır.

İnsan hakları, insanların yalnızca insan olmaları sebebiyle sahip oldukları hak ve özgürlükler olarak tanımlanmaktadır. İnsanların, doğal olarak sahip oldukları,

olmaları gerektiği kabul edilen bu haklar temelse insanlık onurunu koruma amacına hizmet etmektedir. Özgürlükçü siyaset teorileri, devletlerin varlık sebeplerinin insan haklarının korunması olduğunu kabul etmektedir. Bu açıdan baktığımızda, devletin esas görevinin insanların temel hak ve özgürlüklerini korumaktır (Aydın, 2008: 61).

İnsan hakları, yukarıda bahsedildiği üzere “*yalnızca insan olmaktan kaynaklı haklar*” şeklinde tanımlansa da kapsamı oldukça geniş, çok boyutlu, disiplinler arası bir kavramdır. Disiplinler arası özelliğe sahip bu kavram, insanlık tarihi boyunca toplumsal mücadelelere konu olmuş olup, 1948 yılında Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi’nin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabulüyle kurumsal bir yapıda kendine yer bulmuştur (İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 1948).

Donnelly, hak kelimesinin etimolojisini incelemiş ve dünya üzerinde neredeyse bütün dillerde benzer anlamlara işaret ettiğini ortaya koymuştur. Bu bağlamda ‘hak’ kelimesinin evrensel olarak ahlaki, hukuki ve siyasi anlamları mevcuttur (Donnelly, 1995: 28). Ahlak bağlamında dürüstlük, doğruluk gibi anlamlar içeren bu kelime, siyasal ve hukuk bağlamında ise ‘haklara sahip olma ehliyeti’ anlamına gelmektedir. Hukuk alanında ‘hak’ dendiğinde karşımıza çeşitli ehliyetler bağlamında, örneğin ‘*eşya üzerinde mülkiyet kurma*’, ‘*sözleşme yapabilme*’ gibi yetkiler tanıyan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özel hukuk kaynaklı sözleşmeler ile hak iktisap etmek mümkündür. Buna örnek olarak, bir kira sözleşmesi ile bir eşyanın geçici kullanım hakkı elde edilebilmektedir. Belirli süresi olan bu hak, sözleşme süresinin sona ermesini takiben sona erecektir. Genel anlamda hukuk bağlamında haklar ile insan haklarının ayrıldığı nokta, burasıdır. İnsan hakları, disiplinler üstü bir kavram olarak karşımıza çıkmakta olup, sözleşme veya hukuk düzeni ile kişiye tanıtılmış unsurlar değildir.

İnsan haklarının önkoşulu ve tek koşulu, insanların dünya üzerinde doğum ile birlikte varlık kazanmasıdır. Dolayısıyla insanlar, doğdukları andan itibaren bu haklara koşulsuz şartsız bir şekilde sahip kabul edilirler. Hak kelimesinin etimolojisini incelemiş olan Donnelly, insan hakları ile hukuki anlamda hak farkının burada da kendisini gösterdiğini kaydetmiştir. O’na göre, insan hakları kavramı, insan ve birey kavramlarını da içermektedir (Donnelly, 1995: 31).

Bu bilgiye paralel olarak, Birleşmiş Milletler Viyana Deklarasyonu’nda, hakların insanlık onurundan doğduğu ve öznesinin insan olduğu düzenlenmiş bulunmaktadır.

Dolayısıyla insan hakları ve hak kavramlarının özdeşlikleri oldukları kadar, insan haklarının genel anlamda hak kavramından daha üstün ve daha özel olduğu akılda tutulmalıdır. Bu özel statülü haklar devredilemeyeceği gibi, ihlal edilmesine rıza göstermek de mümkün değildir. Bu hakların iktisabı için yerel hukuki düzenlemelerin varlığı aranmaz, herkese karşı ve her siyasal sınır içerisinde ileri sürülebilir nitelikte ve evrenseldirler. Dolayısıyla, insan hakları başlığı altında değerlendirilebilecek hakların hangileri olduğunun ayrımı oldukça önemlidir.

Bilindiği üzere, insanların sahip olması gerektiği genel görüşe göre kabul edilen, içerikleri açısından ‘iyi’ veya ‘iyilik odaklı’ her hak, insan hakkı olarak değerlendirilemeyecektir. İnsan haklarının tespitinde, hakkın insanlık onuru için bir koşul niteliği taşıması ve evrensellik niteliği ayırt edici bir unsurdur.

Öznesi insan olan bu hakların sağlanması, bu şekilde insan onurunun korunması sorumluluğu, bireyin altında yaşadığı egemen güçte, devlettedir. Genel kabul gören görüşe göre, devletler insan hakları konusunda sorumlu olan ve insan haklarını ihlal edebilme potansiyeli taşıyan tek unsurlardır. Şüphesiz ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi insan hakları kavramının içeriğinin anlaşılabilmesi adına oldukça önemlidir. Bu bağlamda ilgili sözleşme de insan haklarının sağlanmasında ve korunmasında devletin yükümlü olduğu görüşünü desteklemektedir. Ayrım gözetmeden bütün vatandaşlarına temel hak ve özgürlükleri sağlamayan, bu temel hakları tanımayan taraf devletler, sözleşmeyi ihlal etmiş olacaktlardır. Yine aynı doğrultuda Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi de insanların onur ve insan hakları bakımından doğuştan eşit olduklarına değinmiştir. Bunu takiben, insanlar arasında hiçbir ayırım olmaksızın temel hak ve özgürlüklerden yararlanabileceğini de düzenlemiştir.

Görüldüğü üzere, insan hakları kavramı oldukça geniş kapsamlı bir kavram olup, araştırmacılar tarafından oldukça değişik şekillerde tanımlanmıştır. Böylesine geniş kapsamlı bir kavramın kabul görmüş tek bir tanımına ulaşmanın ve bu tanım etrafında birleşmenin zor olması olağandır. Bu bağlamda literatürde farklı tanımlara rastlayabilmekteyiz. Bu değişik tanımlar arasında önemli olan, tanımlar arasında ortak unsurları tespit etmek, bu vasıtayla insan haklarının olmazsa olmaz unsurlarını ortaya koymaktır. Daha önce değinildiği üzere bu ortak noktaların en temelleri, doğuştan kaynaklanma niteliği, devletlerce bireylere sağlanması konusunda güvence verilmesi gerektiği, evrensellik niteliği ve bireyler arasında ayırım yapılmaksızın

herkese sağlanması gerekliliğidir. İnsan haklarına bu açıdan evrensel standartlar olarak bakılabilmektedir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi kapsamında söz konusu kavram oldukça detaylı bir şekilde açıklanmıştır. İlgili düzenlemede insan hakları, dünya barışının ve toplumsal adaletin önkoşulu olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre insan hakları sağlanmadan, dünya barışı ve toplumsal adaletin sağlanması mümkün olmayacaktır.

2.5.1.1. Temel hak ve özgürlükler kavramının tarihsel gelişimi

İnsan haklarının bir anda ortaya çıkmış bir kavram değildir. Yüzyıllar içerisinde insanoğlunun toplumsal, düşünsel, kültürel ve ahlaki gelişimiyle eşgüdümlü olarak gelişen düşünsel çalışmalar sonucunda ortaya çıkmış bir kavramdır ve izlerini, neredeyse insanlığın başlarından itibaren sürebilmemiz mümkündür. İnsanın birey olarak dünya üzerinde varoluşundan itibaren kendisine sadece insan olmasından kaynaklı tanınması gereken haklar, insanlık onuruna yaraşır bir yaşam sürmesini güvence altına alan özgürlükler günümüz anlayışında olduğu denli kapsamlı olmasa dahi, en azından düşünsel planda her zaman mevcudiyetini korumuştur. İnsan haklarının, bir diğer deyişle temel hak ve özgürlüklerin toplumsal hayatta tarih boyunca değişik şekillerde kendisine yer bulduğunu görmekteyiz (Güneş, 2020: 124).

M.Ö. 5. Yüzyıl'da karşımıza çıkan Sofizm Akımı, insanı merkezine alan anlayışı ile insan haklarının ilk tohumlarını atmıştır (Yıldızdöken, 2017: 61). İnsanları eğitme amacı güden bu gezgin öğretmenler, Sofistler, insanların ancak eğitimle mutlu ve güvenli bir hayat sürebileceğini savunmaktaydılar. Amaçları, bireyleri kendi kişiliklerini geliştirebilecekleri bilgilerle buluşturmaktır. İnsan dediğimiz canlının gelişmeye hazır olduğunu ve gelişimi sayesinde özgürleşebileceğini savunmuşlardır. Protagoras, her şeyin ölçüsünün insan olduğunu söylemiştir. Buradan yola çıkarak bu durumda esas değer insan olduğunu, bu gerçeğin ise bir değerler çatışması olacağını, bu çatışmanın da toplumu bir kaos ortamına sürükleyeceğini söylemek mümkündür. Bu durumda insanların eğitilmeleri gerektiği, bu eğitimin toplumda huzur ve güven ortamının sağlanacağı savunulmuştur (Çüçen, 2011: 154).

İnsan haklarının tarihteki izlerini öncelikli olarak egemen güce, devletlere başkaldırırlarda görmekteyiz. Bu başkaldırırlar tarihsel insan hakları mücadelelerinin

temsili olup, otorite sembollerinin baskılarına direnişlerle kendilerini göstermiştir. Otoriteye direniş ve bireysel özgürlüğün sağlanması mücadeleleri, yani insan hakları mücadelelerinin tarihin her döneminde yeri olmuştur. Bilinen bir mit olan Prometheus'un tanrılardan ateşi çalıp tanrılara başkaldırısı dahi, insan hakları mücadelelerinin sembolü olarak kabul edilebilir.

Tarihin eski dönemlerine ilişkin insan hakları mücadelelerine ve insan hakları gelişiminin izlerine dair örnekleri çoğaltmak mümkün olsa da çalışma kapsamında konunun dağılmaması adına yazılı belgeler üzerinden çalışmayı sürdürmek uygun düşmektedir. Bu bağlamda karşımıza şüphesiz ki, 1215 tarihinde imzalanmış olan Magna Carta Libertatum çıkmaktadır. İlgili belge, insan hakları açısından önemli bir adım niteliğinde olup egemen otoritenin keyfi olarak bireysel haklara müdahalesini sınırlar niteliktedir. Bu bağlamda kanunsuz tutuklamalar, mala el konulması, keyfi vergi alınmasına getirilen yasaklar, insan haklarının güvencesi olarak karşımıza çıkmaktadır. 1689 tarihinde ise yine aynı coğrafyada, İngiltere'de imzalanan Haklar Bildirgesi ile yargı güvenceleri kapsamında vatandaşların hakları belirlenmiş, bu şekilde insan hakları mücadeleleri bakımından önemli bir adım atılmıştır (Magna Carta, 1215: Madde. 39).

Amerikan belgelerinde 18.yy. felsefesinin etkisi kendisini hissettirmektedir. 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesi' nin de insan hakları mücadelesi sürecinde büyük katkıları olmuştur (Haklar Bildirgesi (Bili of Rights), 1689). Amerikan Bağımsızlık Bildirgesinden önce Kuzey Amerika'daki devletler tarafından anayasalarında yer verilen bildirge insanların doğuştan özgür ve eşit yaratıldıklarını ifade etmesi açısından oldukça önemli bir yere sahiptir.

Jefferson'ın kaleme aldığı Amerikan Bağımsızlık bildirgesinde ise esas itibari ile yönetim ve ekonomik koşullar sebebiyle Büyük Britanya Krallığı'na karşı kolonilerin bağımsızlıkları ilan edilmiştir. Bu bildirmede eşitliklere, özgürlüklere ve otoritenin yükümlülükleriyle beraber kralın hukuksuz uygulamalarına dikkat çekilmiştir. Söz konusu bildirme, otoritenin bireylerin huzuru ve güvenini sağlamak için var olduğunu belgeler niteliktedir. Bu bağlamda otoritelerin, yani devletlerin, halk eksenli olmaları gerektiğinin, güçlerini halktan aldıklarının ve halkın refahına hizmetle yükümlü olduklarının, bir diğer deyişle bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesi olarak var olmaları gerektiğinin altı çizilmiştir. Özellikle yaşam, özgürlük ve mutluluğa ulaşma hakkı olmak üzere insanların "Tanrı tarafından

verilmiş bazı dokunulmaz hakları” olduğunu ve devletin var olma sebebinin hak ve özgürlükleri korumak olduğunu ifade etmesi açısından oldukça önemlidir (Güneş, 2020: 126).

1789 tarihine gelindiğinde Fransa’da önemli bir değişimin önünü açan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, yine insan hakları mücadelesinin kilometre taşlarından biri olarak sayılmaktadır. Söz konusu düzenleme ile feodal düzenin sonu getirilmiş, temelleri Anayasa’ya dayanan modern düzene geçiş süreci başlamıştır. Bireylerin özgürlüklerinin korunmasını ve yasal eşitliklerini savunan bildirgenin, Montesquieu’nun kuvvetler ayrılığını yaklaşımını benimsemiş 16. Madde hükmü ise insan hakları mücadelesi için oldukça önemlidir. Söz konusu maddede hakların güvence altına alınmadığı, kuvvetler ayrılığının belirtilmediği bir toplumun anayasadan yoksun sayılacağı ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere, 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, kuvvetler ayrılığı, anayasal düzen ve insan hakları arasındaki zorunlu köprüyü kurmuş, bu üç unsuru birbirlerinin önkoşulu olarak nitelendirerek insan hakları mücadelesine damgasını vurmuştur. Yine aynı bildirmede temel haklar sayılmış bulunmaktadır. Bireylere özgürlük, mülkiyet hakkı, güvenlik hakkı ve zulme karşı direnme hakları verilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir.

Yirminci yüzyıla gelindiğinde, insan hakları coğrafi sınırları aşarak küreselleşmeye başlamıştır. Bunun sebebi bir evrensel insan hakları bildirgesi ve üç bölgesel insan hakları sözleşmesinin imzalanmış olmasıdır. Birleşmiş milletlerin İkinci Dünya Savaşı sonrasında imzaladığı 1948 tarihli bildirme bu bağlamda önemli bir adımdır. Bahsi geçen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, İkinci Dünya Savaşı sonrasında başlaması umut edilen yeni bir sürecin göstergesi niteliğindedir. Bu düzenlemeler adeta insan hakları anayasası niteliğinde görülmektedirler. Birleşmiş Milletler, söz konusu düzenlemeler vasıtasıyla insan haklarını evrensel düzlemde güvence altına almış bulunmaktadır. Bu düzenlemeler ve genel olarak Birleşmiş Milletler’in üstlenmiş olduğu görev, bu kuruluşu insan haklarının kurumsal güvencesi haline getirmiştir demek mümkündür. Bünyesinde İnsan Hakları Komisyonu’nu barındıran kuruluşun aynı şekilde merkezi İsviçre’de olan bir İnsan Hakları Merkezi mevcuttur. Birleşmiş Milletler, sivil toplum kuruluşları ve üye ülkelerle karşılıklı görüş alışverişinde bulunarak insan hakları mücadelesini gün geçtikçe yükseltmeye devam etmektedir.

İnsan hakları mücadelelerinin en önemli kazanımlarından biri ise şüphesiz 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'dir. Bahsi geçen bölgesel sözleşme, Avrupa Konseyi tarafından yürürlüğe konmuştur. İmzalanıp yürürlüğe girmiş olan bağlı protokolleri ile birlikte Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi, insan haklarının önemli bir güvencesi niteliğindedir. Bu kapsamda, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi ülkeler üstü kurumlar vesilesiyle bağlayıcı kararlar üretebilme yetkisine sahip otoriteler kurulmuştur. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kendi alanında benzerleriyle karşılaştırılamayacak kadar çok davaya bakan, kararlar veren ve içtihatlar oluşturan bir mahkeme olarak insan haklarının bir otorite tarafından güvence altına alınması açısından önemli bir organ ve tedbir olarak değerlendirilmektedir (Aybay, 2010: 256).

1890 yılında kurulan Uluslararası Amerika Cumhuriyetleri Birliği 1910 da Pan-Amerikan birliği adını almış, 1948'de ise Amerikan Devletleri Örgütü şekline dönüştürülmüştür. Söz konusu kuruluş, İnsan Hakları Amerikan Devletleri Arası Komisyonu ve Amerikan Devletleri Arası İnsan Hakları Mahkemesi kurduğundan, insan hakları açısından önemli adımlarıyla bilinmektedir. 1978 yılında imzalanmış olan Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Beyannamesi, hâlihazırda Güney Amerika'da hukuk devletinin güvencesi niteliğindedir. Söz konusu düzenleme, geçerli olduğu bölgelerde insan haklarını güvence altına almaktadır. İlgili düzenleme 82 maddeden oluşmakta olup Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler Medeni Haklar Sözleşmesi'nden esinlendiği açıktır.

Bölgesel örgütlenmeler, 1963 yılında Afrika Birliği Örgütü ile devam etmiştir. Söz konusu örgütün kurucu düzenlemesinin girişinde, halkların kendi kaderlerini tayin hakkı kapsamında devredilemez, vazgeçilemez haklarına yer verilmiştir. Afrika halklarının insan onuruna yaraşır bir yaşam sürmesini gözetme amacıyla varlık kazanmış olan örgüt, bu halkların eşitliğini ve özgürlüğünü zorunlu hedefler olarak belirlemiştir. Afrika halkları arası dayanışma ve iş birliğine dikkat çekilmiştir. 1986 tarihine gelindiğindeyse kapsamlı bir insan hakları sözleşmesi olan Afrika İnsan ve Halkların Hakları sözleşmesi imzalanmıştır. Medeni, siyasal, ekonomik ve sosyal hakları düzenleyen sözleşme, insan hakları ile ilgili bir komisyon da kurmuştur. Komisyon düzenlenmişse de insan haklarına ilişkin yargı süreci düzenlenmemiştir. İlgili sözleşme 68 maddeden oluşmaktadır. AİHS, Birleşmiş Milletler Medeni Haklar, Birleşmiş Milletler Ekonomik Haklar Sözleşmelerinden esinlendiği açıktır.

Sözleşme, haklara ilişkin kapsamlı düzenlemesi sebebiyle kendisinden önceki sözleşmelerden farklı bir nitelik taşımaktadır.

İkinci Dünya Savaşı, dünya üzerinde topyekûn bir değişim sürecini beraberinde getirmiştir. Şüphesiz ki söz konusu savaşın en önemli yankısı, insan haklarının öneminin anlaşılması alanında olmuştur, insan hakları mücadeleleri ivme kazanmıştır. İnsan haklarının sadece bildirilerde ve anayasalarda olmasının yeterli olmadığı anlaşılmış ve uluslararası anlaşmaların, sözleşmelerin ve konferansların konusu edilerek güvencelerin artırılması amaçlanmıştır. Bu bağlamda 33 Avrupa ülkesinin, Amerika Birleşik Devletleri'nin ve Kanada'nın 1975 yılında imzaladığı Helsinki Nihai Senedi, Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Konferansı sürecini başlatmıştır. Esas amacı doğu-batı ilişkilerini geliştirmek olan söz konusu belge, batı ülkeleri için temel insan haklarının güvence altına alınması amacını gütmektedir. Bu kapsamda etnik gerilimlerin azaltılmasına, demokrasinin geliştirilmesine çalışılmıştır.

Helsinki Nihai Senedinde insan haklarına da yer verilmiştir. Söz konusu temel hak ve özgürlükler, belgenin VII. İlkesinde saygı unsuru ele alınmıştır (Helsinki Nihai Senedi (Helsinki Final Act), Ağustos, 1975). 1990 yılında imzalanan Paris şartı ile birlikte, Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Konferansı, kurumsal bir yapıya kavuşmaya başlamıştır. Söz konusu yapı, kurucu belgesi olan Helsinki Sonuç Belgesi dahil olmak üzere bütün düzenlemelerinde insan haklarına vurgu yapmış ve taraf devletleri bu hakları güvence altına almaya çağırmıştır. Helsinki Sonuç Belgesi özellikle Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın amaç ve ilkelerine ve Evrensel Bildirge'ye uyma yükümlülüğü getirmiştir. Bu anlaşmaların yanında insan hakları alanında bütün ülkelerarası bildirge ve anlaşmalara uyma yükümlülüğünü de saklı tutması açısından kapsamlı bir insan hakları düzenlemesi oluşturmuştur. Paris Şartı ise taraf devletler için demokrasiyi zorunlu kılmıştır. Daha önce bahsedildiği üzere insan haklarının var olabildiği ideal sistem olan demokrasinin zorunlu kılınması, yine insan hakları mücadelelerinde atılmış önemli bir adımdır.

2.5.1.2. Temel hakların sınıflandırılması

İnsan hakları, egemen otoriteyi sınırlandırıp, otoritenin müdahale edemeyeceği bireysel bir özgürlük alanı sağlamaktadır. Egemen otorite, diğer bir deyişle devlet, insan haklarını güvence altına almak için kimi zaman etken unsur olarak hareket

etmekte, bazı tedbir ve önlemler almakta, kimi zaman ise pasif duruşunu koruyarak müdahalesizlik vasıtasıyla hedeflenen ideale ulaşmaya çalışmaktadır (Ceylan, 2017: 218). Sağlanabilmesi için devletin aktif müdahalesini gerektiren ve müdahalesizliğini gerektiren hakların varlığı, söz konusu hakların tanımlanabilmesi için bir ayrım, sınıflandırmaya gidilmesini zorunlu kılmıştır. Öğretide bu bağlamda çeşitli sınıflandırmalar yapılmış olup en bilinenleri negatif-pozitif-aktif statü hak ayrımları ve bireysel-kolektif hak ayrımları olarak sıralanabilmektedir (Turhan, 2013: 378).

Söz konusu sınıflandırmalarda göz önünde bulundurulmuş unsur ağırlıklı olarak hakların nitelikleri ve güvence altına almayı hedefledikleri özgürlük alanlarıdır. Araştırmacılar bu ayrımları ortaya koyarken, insan hakları mücadelelerinin tarihini, tarihsel arka planını göz önünde bulundurmamışlardır. İnsan hakları kavramı, insan hakları mücadelelerinin bir ürünü olduğundan, bu tarihsel sürecin de göz önünde bulundurulduğu ayrımlar daha sağlıklı ve güvenilir gözükmektedir (Çeçen, 2013: 825).

Negatif, pozitif ve aktif statü hakları ayrımı, Jellinek tarafından ortaya koyulmuş olup günümüzde klasik sınıflandırma olarak öğretide kendine yer bulmaktadır. Ayrımda kullanılmış olan “statü” kavramı bireyin ve devletin birbirleri karşısındaki konumlarını ifade eder niteliktedir. Bireyin devlet karşısındaki statüsü, yine bireyin devletten güvence altına alınmasını istediği temel hakkıyla ilgili devletin yükümlülüğünü belirler niteliktedir (Donnelly, 1995: 31).

Bahsi geçen müdahale devletin hareketsiz kalması, özgürlük alanına müdahale etmemesi olduğu zaman Jellinek’in ayrımındaki negatif statü hakları söz konusu olmaktadır. Negatif statü hakları, devletin müdahalesi olmaksızın bireyin yararlanmasına ve özgürlük alanını oluşturarak kullanmasına açık haklardır. Bunlara en temel örnek olarak yaşam hakkı verilebilmektedir. Bireyler bu haklarını kendi özgür alanları içerisinde, devletin herhangi bir edimine ihtiyaç duymaksızın kullanabilmekte ve kullanmalıdırlar.

Pozitif statü haklarında ise devletin etken hareketi gerekmektedir. Bireylerin devletin müdahalesi olmaksızın kullanamayacağı, ancak devletin sağlaması halinde kullanabileceği, devletin bir edim yükümlülüğü altında olduğu hakları Jellinek, pozitif statü hakları olarak sınıflandırmıştır. Ekonomik ve sosyal nitelikli haklar, örneğin sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı bu kapsamdadır. Devlet, pozitif statü

haklarını sağlayarak toplumsal eşitsizliği gidermek ve toplumsal düzeni, adaleti sağlamakla yükümlüdür.

Jellinek'in ayrımındaki aktif statü haklarına gelince, bunlar bireyi bir anlamda aktif olarak egemen konumuna getirmektedirler. Bunu, bireylerin devlet oluşumu ve yetkisinin kullanımına katılmalarını sağlayan özgürlük alanları yaratarak yaparlar. Bireylere bu tanınan bu özgürlük alanları, seçme ve seçilme hakları, siyasal parti kurma gibi haklar sayesinde gerçekleşmektedir. Aktif statü hakları sayesinde bireyler devlet yönetiminde aktif olarak rol almakta ve yönetim sürecine katılmaktadırlar. Bu bağlamda devletin hem etken müdahalesi hem müdahalesizliği gerekmektedir. Örnek olarak devlet vatandaşa etken müdahalesiyle seçme ve seçilme hakkının kullanılabilmesini sağlamalı, fakat bireylerin hür iradelerine müdahalesiz kalmalıdır.

Jellinek'in sınıflandırması öğretide, haklar arası güç dengesinin kurulamayacağı durumlarda insan haklarının tehlikeye düşebileceği düşüncesiyle eleştirilmektedir. Devletin etken müdahalesini gerektiren pozitif statü haklarının gerçekleştirilmesi süreci, diğer bireylerin haklarını kısıtlayabilmektedir. Örneğin, devlet yoksulluğu gidermek için aldığı tedbirlerle diğer bireylerin haklarını ihlal edebilecektir. Özet olarak insan haklarının bütünlüğü, Jellinek'in bu ayrımındaki haklar arası potansiyel hiyerarşi tehlikesi nedeniyle bozulabilecektir.

1977 yılında Karel Vasak'ın öne sürdüğü kuşak ayrımı, insan hakları mücadelelerinin tarihsel evrimini göz önünde bulundurduğundan önemli bir ayrım olarak karşımıza çıkmaktadır. Vasak'ın ayrımı hakları birinci, ikinci ve üçüncü kuşak insan hakları olarak ayırmakta olup egemen otorite ile birey arası ilişkinin özelliklerine değinmekte, insan hakları mücadelesinin tarihsel sürecini de hesaba katmaktadır (Vasak, 1977: 28).

Vasak'ın ayrımında belirttiği birinci kuşak haklar, siyasal ve kişisel haklar olup, özgürlüğün hukuksal alanda kurumsallaşmasını hedeflemektedir. İkinci kuşak haklar olarak belirlenmiş olan ekonomik ve sosyal hakların amacı ise eşitlik olarak karşımıza çıkmaktadır. Son ayrım olan üçüncü kuşak haklar ise dayanışma ve halkların hakları olup, dayanışmanın kurumsallaşması hedefini güden hakları kapsamaktadır. Vasak'ın 1979 yılında yaptığı ayrım öğretide geliştirilmekte olup, gelişmeler ışığında bilimin kötüye kullanılmaması gibi dördüncü bir kuşak hak grubunun kimi hukukçularca kabul edildiği de görülmektedir (Gül, 2010: 81).

Görüldüğü üzere Vasak'ın ayrıma tabi tuttuğu haklar esasen özgürlük, eşitlik ve dayanışma kavramlarının üzerine kurulmuşlardır. Dolayısıyla bu hakların birbirleri arasındaki denge, toplum içerisinde bu iç ilkenin dengesi niteliğinde olduğundan insan haklarının toplumsal düzende uygulamaya geçmesi bu üç kuşak hakkın birbirleriyle dengesinin hassas bir şekilde kurulmasıyla mümkün olabilecektir.

Üç kuşak hak arasındaki güç dengesi, çoğu zaman ekonomik ve siyasal nedenlerin hukuk düzenine yansımından kaynaklanmaktadır. Buna örnek olarak, sosyal devlet anlayışının kuvvetli olduğu bölgelerde ekonomik ve sosyal haklar yani ikinci kuşak haklar güçlenirken, sosyal devlet anlayışı zayıfladıkça ikinci kuşak hakların diğer hak kuşakları karşısında gücünü yitirdiğini görmek kaçınılmaz olmaktadır. Bu noktada kuşaklar arası tamamlayıcılık unsuru değerlendirilmelidir.

Değinilmesi gereken son sınıflandırma ise, bireysel haklar ve kolektif haklar ayrımıdır. Adından anlaşılacağı üzere, bireysel haklar yalnızca bireyin tek başına kullanabileceği haklar olarak özetlenebilmektedir. Kolektif haklar ise bireyin diğer bireylerle birlikte kullanımını gerektiren haklar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu ayrım, toplumsallığın gelişmesi, çeşitli grupların da grup olarak hak talep etmeleri sonucu önem kazanmıştır. Toplumların değişik etnik, kültürel gruplar gibi azınlık gruplarının diğer azınlık gruplarından kendilerini ayıran niteliklerin korunmasını talep etmesi sonucu, kolektif hak anlayışı ortaya çıkmıştır. Söz konusu hak ayrımı teorik düzlemde tartışılabilir nitelikte de olsa, bireysel ve kolektif hak ayrımının keskin bir şekilde yapılması zor, hatta imkânsız gözükmektedir. Zira her bireysel hakkın kolektif niteliği olduğu gibi her kolektif hakkın da bireysel niteliği olduğunu söylemek mümkündür (Coşkun, 2006:81).

Sonuç olarak, insan haklarının sınıflandırılması egemen otorite olan devletin sorumluluk alanlarının belirlenmesi ve bireyin özgürlük alanının sınırlarının belirlenebilmesi açısından önemli bir meseledir. Öğretide bu konuyla ilgili çokça ayrım ortaya koyulmuşsa da önemli olan insan haklarının tarihsel sürecinin göz ardı edilmemesi, haklar arası hiyerarşiye gidilmeden insan onuruna yaraşır bir hayatın toplumca sürdürülebilmesi adına bireylere devlet tarafından sağlanmasıdır. Hangi ayrım söz konusu olursa olsun, siyasal sistemin ve egemen ideolojinin herhangi bir hak grubuna üstünlük tanıdığı durumlarda insan hakları ihlalleri söz konusu olabilecek ve devlet ile birey arasındaki sınır silikleşecektir.

2.5.2. Hukuk devletinde insan haklarının önemi

Devlet anayasalarında “*temel hak ve hürriyetler*” olarak karşılığını bulan insan haklarını sağlama ve güvence altına alma yükümlülüğü devletlere yüklenmiş bir sorumluluktur. Bu bilgi temelinden yola çıkarak, insan haklarının güvence altına alındığı, vatandaşlarına insan onuruna yaraşır bir hayat sunma hedefini gerçekleştirmek adına bu hakların sağlandığı devletlerin olmazsa olmaz niteliklerinden biri olarak karşımıza “hukuk devleti ilkesi” çıkmaktadır. Bu bağlamda önce hukuk devleti ilkesi değerlendirilecek, çizilen çerçeve içerisinde ilgili ilkenin insan hakları üzerindeki etkisi incelenecektir.

İnsan dediğimiz canlının yaşamını sürdürebilmesi için toplumsal dayanışmaya ihtiyaç duyduğunu, barınma, beslenme gibi temel ihtiyaçlarını ancak ve ancak bu yolla güvenli bir şekilde gerçekleştirebileceğini fark etmesini takiben toplumsal yaşam kaçınılmaz bir zorunluluk olmuştur.

Toplumsal yaşam her ne kadar dayanışmayı beraberinde getirirse ve bireylerin yaşamını kolaylaştırma amacı gütsede birey bazındaki eşitsizlikler tarihin her döneminde çatışmalara sebep olmuştur. Toplum içerisinde güçlü olan ile zayıf olan arasındaki çatışmalar ve toplumsal adaletsizliğin doğurduğu çatışmalar, hak arayışına yol açmış, antik çağlarda karşımıza bireysel oç alma şeklinde çıkan hak arayışı, zamanla yerini devlet otoritesi vasıtasıyla hak aramaya bırakmıştır.

Bireyler arası çatışmanın devlet otoritesi vasıtasıyla çözümlenmesi yolu toplumsal çatışmaları düzenleyici bir çözüm yolu olarak belirlenmişse de bu olgu yeni ‘güçlü’ ve ‘zayıf taraflar yaratmıştır. Devletin otorite olduğu bu anlayışta devlet ‘üstün güç’ karşısındaki vatandaş ise ‘korunmaya muhtaç’ konumuna gelmiştir.

Bireyin çatışmalara karşı korunma organı olarak başvurduğu devlet, toplumsal adaleti sağlarken yüklendiği otoritesini, üstün gücünü hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın kullandığına ise yine toplumsal adalet dengesinin bozulması kaçınılmaz olacaktır. Bu bağlamda insanlık tarihi, devletin bahsi geçen sınırsız otoritesinin sınırlanması mücadelelerine sahne olmuştur.

Devletin kendi otoritesinin sınırlandırılması gerektiği anlayışı, anayasal belgelerle güvence altına alınmıştır. Anayasal belgeler, devletin keyfi uygulamalarını sınırlama, vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini tanıma ve güvence altına alma, devletin

işlem ve eylemlerini denetleme aracı olarak devlet ve vatandaş arasındaki bir çeşit “toplumsal sözleşmeler” olarak yürürlüğe girmiştir.

Toplumsal hayatın adil ve güvenli bir sürdürülebilirlik içerisinde devam edebilmesinin tek yolu, bireylerin birbirlerinin temel haklarına karşılıklı saygı göstermesi, bu durumun ihlalinin ise müeyyidelere bağlanmış olmasıdır. Bilindiği üzere bu karşılıklı saygı mekanizmasını müeyyidelerle sağlamlaştıran ise, toplumsal adalet ve güveni sağlama yükümü altında olan devlettir.

Bu mekanizma çağdaş devlet sistemlerinde, anayasalar vasıtasıyla düzenlenmektedir. İnsan haklarının anayasalardaki karşılığı olan temel hak ve hürriyetler, devlet otoritesinin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun denetimi, dolayısıyla temel hak ve hürriyetlerin müdahale edilemez sınırları anayasalarda düzenlendiği ve güvence altına alındığı takdirde, vatandaşlar tarafından devletlere karşı ileri sürülebilirlik kudreti kazanmaktadır.

Devlet tanımı, antik çağlardan günümüze değişim göstermiştir. Antik çağlarda vatandaşın ‘hizmetkâr’, devletin ‘efendi’ olduğu devlet sistemleri, günümüzde tam tersi duruma evrilmiştir. Çağdaş devlet sistemlerinde, devlete toplumsal adaleti sağlama, vatandaşlarına insan onuruna yaraşır bir hayat sunma ve bu doğrultuda üstlenmesi gereken sorumlulukları hukuksal düzenlemelerle güvenceye alma vasfı yüklenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla çağdaş dünyada devlet, antik çağların tersine, ‘hizmetkâr’ devlettir. Hizmetkâr devlet anlayışı olarak tasvir ettiğimiz bu anlayış, devletin kendi otoritesini hukuk kuralları ile sınırlandırması, aktif bir denetleme mekanizmasının varlığı ile hayat bulmaktadır. Devlet içi denetleme mekanizmasının pratik hayatta ideal şekilde karşılık bulabildiği sistemler olan kuvvetler ayrılığı sistemleri, devlet pratiklerinde temel hak ve hürriyetlere saygının, vatandaşlara insan onuruna yaraşır bir hayat sunmanın öneminin, toplumsal adaletin önemini ön plana çıkarmış, beraberinde kaçınılmaz olarak sosyal hukuk devleti anlayışını getirmiştir.

Kendi otoritesinin sınırlarını anayasal belgeler ile çizen, vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerini kendi otoritesinden önde tutan devletler hukuku içselleştirmiş, ilke edinmiş ve bu durum ‘hukuk devleti’ anlayışını doğurmuştur.

Hukuk devleti ilkesi, her ne kadar devletlerin anayasalarında yer bulsa da esasen bir anlayışın sonucu olup, insan haklarına saygı temelinde doğal bir sürecin beraberinde getirdiği bir unsurdur. Kuvvetler ayrılığı sistemine dayalı bir devlet sisteminde, insan

haklarına saygı, ancak ve ancak hukuk devleti ilkesinin benimsenmesi ile mümkündür. Devletlerin hukuku içselleştirmeleriyle birlikte hukukun üstünlüğü toplumlarda önemli bir yer kazanmaya başlamıştır. Hukukun üstünlüğünün teminatı ise bireylerin birbirleriyle ve egemen güç olan devletle olan ilişkilerini düzenleyen soyut, genel ve objektif kuralların varlığıdır. Hukuk devleti ilkesi, en basit haliyle hukukun üstünlüğünün esas olduğu devlet sistemi anlamına gelmektedir. Hukuk devletlerinde yalnızca bireyler değil, yönetim gücünü elinde bulunduran organlar da hukukun altındadır, hukuka uymakla yükümlüdür (Kobaoğlu, 2005: 124).

Devletin hukuku içselleştirmesi yolunda inşa edilen hukuk devleti ilkesi, bir bakıma demokrasinin hukuka yerleştirilmesidir. Şüphesiz ki, yalnızca yasaların ve anayasaların varlığı, hukuk devleti olmak için, hukukun üstünlüğünün temin edilebilmesi için yeterli olmamaktadır. Bir devletin belirlediği hukuk kurallarının adaleti sağlamak ve devlet otoritesini sınırlandırmak açısından yeterli olması gerekmektedir. Söz konusu yasalarda vatandaşların insan onuruna yaraşır bir hayat sürmesi hedefi üstün yarar olarak kabul edilmeli, bu unsur bütün yasaların ruhuna yansıtılmalıdır (Kobaoğlu, 2005: 124).

Zira Anayasa Mahkemesi hukuk devleti tanımını “*bütün faaliyetlerinde Anayasa ve hukuka uyan, temel hak ve özgürlükleri koruyan*” şeklinde ortaya koymuştur (T.C. Anayasa Mahkemesinin E.2012/107, K2013/90 Kararı § 14, 10.07.2013).

Bir başka açıklayıcı tanım ise Avrupa Komisyonu tarafından, “*insan haklarının ve temel hürriyetlerin etkili bir biçimde kullanılmasını sağlayan yasalar, bağımsız yargı, etkili ve kısıntısız yargı, yasalar önünde eşitliği sağlayan hukuk sistemi*” olarak ortaya koyulmuştur (Avrupa Hukuk Yolu ile Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Hukuk Devleti Kontrol Listesi, Mart, 2016).

İngiltere, hukuk devleti kavramının geliştirilmesi yolunda attığı adımlarla anlayışa önemli bir katkı sağlamıştır. İngilizlere göre hukuk devletinde bulunması gereken özelliklerden ilki masumiyet karinesinin kabulüdür. Masumiyet karinesi günümüz çağdaş hukuk devletlerinde de kabul görmekte olup en basit haliyle kişinin suçu yargı organınca sabit olmadıkça, müeyyide uygulanması yasağıdır. Yine günümüzdeki karşılığı adil yargılanma hakkı olan bir diğer özellik de İngilizler tarafından herkesin hiçbir ayrıma tabi olmaksızın aynı mahkemenin yargısına tabi olması gerekliliği olarak belirtilmiştir.

Hukuk devleti için belirttikleri son özellik ise temel hakları tespit eden içtihatlardan oluşan bir anayasanın varlığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bahsi geçen içtihadı anayasanın esas hedefinin, dava yoluyla tespit edilen temel hakların korunması olduğu şüphe götürmemektedir. İngilizler bu şekilde, toplumsal hayatta karşılaşılan çatışmaları kapsayan bir kurallar bütünü oluşturmayı hedeflemişlerdir (Çoban vd., 2008: 190).

Bir devletin hukuk devleti olma iddiasının sağlam temellere dayanabilmesi için öncelikle temel hak ve hürriyetlerin araç değil, amaç olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, yapılacak bütün düzenlemeler, devlet organlarının bütün iş ve eylemleri temel hak ve hürriyetleri sağlamak hedefine hizmet etmelidir. Hukuk devleti anlayışı, temel hak ve hürriyetlere dokunulmaz bir alan sağlayan düzenlemeleri yapmayı şart koşmaktadır.

Hukuk devletlerinde temel hak ve hürriyetler, öncelikle anayasalar vasıtasıyla korunmaktadır. Anayasaların üst norm niteliğinde, normlar hiyerarşisinin en üst basamağında olduğu, değiştirilmesi oldukça zorlu metinler olduğu kabul edilmektedir. Anayasaların içeriğinde devletin yetkilerinin sınırlarının çizilmiş olması, temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması açısından oldukça önemlidir. Dolayısıyla üst norm niteliğindeki bu belgelerde bireylerin hakları düzenlenip güvence altına alınmakta, aynı zamanda devletin de gücünün sınırları çizilmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması da yine hukuk devleti ilkesine uygun bir şekilde anlaşılmalıdır. Temel hak ve hürriyetlerin, hangi şartlar altında, hangi şekilde ve hangi sınırlara uyularak sınırlandırılabilmesi sorunu hukuk devleti ilkesinin içselleştirilmesi yoluyla çözülmektedir. Bu anlayış, söz konusu hak ve hürriyetlerin ancak ve ancak kanun ile sınırlandırılabilmesinin kabulünü zorunlu kılmaktadır. Aksi takdirde, egemen gücü elinde bulunduran kişi veya kişilerin temel hak ve hürriyetleri kendi ideolojileri doğrultusunda sınırlandırması veya kaldırması tehlikesiyle karşı karşıya kalınabilecektir. Temel hak ve hürriyetlerin yalnızca kanunla sınırlandırılabilmesi, söz konusu hakları egemen gücün keyfiyetinden kurtarmakta ve demokrasinin tecelli ettiği yasama organının demokratik oylaması ile çıkaracağı kanuni düzenlemelere zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda, bireylerin dokunulmaz, vazgeçilmez ve devredilmez temel hak ve hürriyetlerin özünü zedeleyici, bu hakları tümüyle kullanılmaz hale getirici nitelikteki sınırlandırmalar, hukuk devleti ilkesiyle ters düşmektedir. Anayasa Mahkemesi, temel hak ve

hürriyetlerin sınırlandırmasında “*söz konusu özgürlüğün kullanılmasının imkânsız hale getirilmesinin*” hukuk devleti anlayışına aykırı olduğunu belirtmiştir (Çağlayan, 1998: 54).

Dolayısıyla, ister ‘*hukuk devleti*’, ister ‘*hukukun üstünlüğü*’ kavramı kullanılsın, temelde ifade edilmek istenen ana fikir, egemen otoritenin kendi gücünü hukuk kurallarıyla, anayasal belgelerle sınırlandırmasıdır. Zira hukukun üstünlüğünün esas hedefi, egemen otoritenin işlem ve eylemlerinde yasalara uyma zorunluluğunun kabul edilmesi, egemen otoritenin keyfiyetinin önlenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Pozitif hukukun var olduğu her devletin hukuk devleti olduğu önermesi hatalıdır. Hukuk devleti yalnızca bir kavram değil, bütüncül bir anlayış olup yalnızca biçimsel zorunluluklarının değil, aynı zamanda içeriksel zorunluluklarının da var olması gerekmektedir. Dolayısıyla hukuk devleti yalnızca ‘*hukuku olan bir devlet*’ değil, ‘*hukukun hâkim olduğu devlet*’ olarak tanımlanmalıdır. Bu çerçevede değerlendirecek olursak, her hukuk devletinin hukuki metinlerle devlet otoritesini sınırlaması, bu çerçevede düzenlenmiş olan hukuki normlara sahip olması gerekmektedir. Bu çerçevede önemli olan, hukuk devleti anlayışının içselleştirilmesidir. Zira, tek başına bir anayasanın varlığı, insan haklarının güvence altına alındığı anlamına gelmemektedir. Hukuk devleti anlayışının içselleştirilmediği devlet yönetimlerinde düzenlenmiş anayasaların kendileri, temel hak ve hürriyetlerinin ihlal kaynağı dahi olabilmektedirler. Bu şekilde düzenlenmiş anayasalar vasıtasıyla devletler düzenledikleri anayasalarla, keyfi işlem ve eylemlerini meşrulaştırabileceklerdir. Dolayısıyla yalnızca bir hukuki düzenleme değil, hukuki düzenlemenin insan haklarını üstün yarar olarak gözettiği bir anlayışın mevcut olması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu olan bir ‘*hukuk devleti*’ değil, ‘*hukuku olan bir devlet*’ olacaktır. Bu noktada karşımıza maddi anlamda hukuk devletinin önemi çıkmaktadır. Hukuk devletinin karşıtı, mutlak güç olarak düşünülebilmektedir. Otoritenin hiçbir sınırlamaya tabi olmadığı, denetimsiz bir yönetim mekanizmasına sahip olduğu mutlak gücün mevcudiyetinde hukuk devleti anlayışının varlığını iddia etmek mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla önemli olan biçimsel kanunlar değil, maddi açıdan kabul edilmiş değerler bütünüdür. Ayrıca hukuk devletinin hukuk ötesi, hatta anayasa ötesi bir kavram olduğu belirtilmiştir (Çoban vd., 2008: 190).

Bu açıklamaları özetleyecek olursak hukuk devleti, bir devletin hukuki metninin özünü, sahip olması gerektiği nitelikleri ve içeriğini ortaya koyan ve araştıran bir öğretilerdir. Maddi anlamda hukuk devleti, devletin hukuki metninin insan haklarına uygunluğunun göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. Kanunların varlığı, adil yargılanma hakkı, masumiyet karinesi, lehe kanunun geçmişe yürütmesi gibi biçimsel hukuk devleti gerekliliği göz önünde bulundurulduğu zaman hukuk devletinin dar ve geniş anlamları karşımıza çıkmaktadır. Dar anlamda hukuk devleti kavramı, devletin hukuk kurallarına uymasını ve bu kurallar çerçevesinde gücünü kullanmasını, geniş anlamda hukuk devleti ise devletin bütün vatandaşlarının hukuk kurallarına uyması ve bu kurallarca yönetilmesini ifade etmektedir.

Görüldüğü üzere geniş anlamda hukuk devleti, kişileri de birbirlerinin hak ve hürriyetlerine saygı anlamında kısıtlar niteliktedir. Hukuk devleti, devletin niteliği olup aynı zamanda rolünü de belirler içeriktedir. Zira bünyesinde bir demokrasi anlayışı barındırmaktadır. Hukuk devleti olma iddiasında olan bir devletin hukukun üstünlüğünü tanıması gerektiği doğrusu da bu hukuk insan haklarına saygılı, vatandaşları için bu hakları güvence altına alan, adil yargılanma hakkının sabit olduğu, evrensel standartlara da uygun olan hukuktur. Böylesi bir hukuk, temeline bireyi almalıdır. Bireye odaklanan hukuk devletinde devlet bir araç konumundayken, amaç ise temel hak ve hürriyetler, yani insan haklarıdır. Devletin varlık amacı, insan haklarının sağlanmasıdır. Dolayısıyla hukuk devletinin en önemli amacı egemen otoritenin gücünü kötüye kullanma tehlikesinin, bu kötüye kullanımın insan hakları üzerindeki potansiyel risklerinin asgariye indirilmesidir.

Bu doğrultuda önceden belirlenmiş ve yalnızca lehe olduğu müddetçe geriye dönük uygulanabilecek kanunlar, araç olarak kullanılacaktır. Hukuk devleti anlayışı ile aralarında sıkı bir bağ bulunan temel hak ve hürriyetlerin yanında, adalet kavramı da oldukça önemlidir. Bu üç kavram, birbirlerinin önkoşulu niteliğinde olup, birbirlerini tamamlar niteliktedirler. Merkezine bireyi alan hukuki düzenlemeler ile ulaşılmaya çalışılan esas amaç olan insan onuruna yaraşır bir hayat sunmanın yanı sıra, adaletin sağlanması da önemli bir amaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Adaletin eksik kaldığı bir toplumda çatışmaların önüne geçilemeyeceği ve temel hakların bu çatışmalar vasıtasıyla ihlal edileceği de tartışılmaz bir gerçekliktir. İnsan hakları bağlamında ele aldığımız adalet kavramının toplumsal düzlemde gerçekleşebilmesinin en önemli ön koşulu, kanun önünde eşitliğin sağlanması ile mümkündür.

Toplumsal adaletin sağlandığı, insan haklarının merkeze alındığı bir devlet sisteminde her birey, din, dil, etnik köken, siyasi düşünce gibi farklılıklar gözetilmeksizin kanunlar önünde eşittir ve kanunların sağladığı hakları kullanabilir. Toplumsal adaletin sağlandığı bir hukuk devletinin ilk ödevi, ayırım yapmaksızın her bireyin insan olmaktan kaynaklı haklarını sağlamak ve güvenceye almaktır. Ele alınan unsurlardan yola çıkıldığında, devletin üzerinde adaleti gerçekleştirme yükümlülüğünün bulunduğu aşıkardır. Adaleti gerçekleştirme yükümlülüğünün uygulamada yerine getirilebilmesi için adil bir hukuk düzeninin kurulması, bunun da adil hukuki metinler düzenleme yoluyla gerçekleştirilmesi bir zorunluluktur.

Bu doğrultuda, başta en üst norm olan anayasa olmak üzere, devlet ve bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen, bununla birlikte toplumsal düzeni ve güvenliği sağlamak, kaosu önlemek, özgürlük alanları yaratmak hedefi güden hukuki düzenlemelerin adil olması gerekmektedir. Söz konusu unsur hukuk devleti olmanın bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Zira bir devlet, her ne kadar yasaların üstünlüğünü kabul etmiş, teşkilatlanmasını, gücünün sınırlarını, vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerini, bu özgürlüklere müdahalenin sınırlarını, toplumsal yaşam ve düzeni yasalarla düzenlemiş ve teminat altına almış olsa da bu yasaların içeriği adil olmadıkça, söz konusu devletin bir hukuk devleti olduğunu söylemek hakkaniyetli olmayacaktır. Söz konusu olanın yazılı olan hukuk kuralları değil, fakat genel hukuk kaidelerinin, anlayışının, hakkaniyetin ve adaletin üstünlüğü olduğunu kabul etmek esastır.

2.5.3. 1961 ve 1982 Anayasalarında genel olarak temel hak ve özgürlükler

İnsan haklarının varlığı ve yansımaları ilk yazılı Türk Anayasası olan Kanun-i Esasiden itibaren hazırlanan tüm anayasalarda yer almaktadır. Öyle ki insan haklarının doğrudan anayasalarda düzenlenmiş bölümleri temel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilmektedir. Konu ve başlık olarak özellikle 1961 ve 1982 Anayasalarının içeriğinden bahsedilecek olması, bu Anayasaların temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması açısından önceki anayasalara göre temel hak ve özgürlüklere daha sistematik biçimde yer vermiş olmasından kaynaklanmakla birlikte önceki anayasalar temel hak ve özgürlüklere dair düzenlemeler açısından değerlendirilecektir.

Türk hukuk sisteminin ilk anayasası olan 1876 tarihli Kanun-i Esasi’de temel hak ve özgürlükler ile ilgili düzenlemeler 8’inci ve 26’ncı maddeleri arasında yer almaktadır. Kanun-i Esasi’de yargı konusunda başka haklar da bulunmakla birlikte bu hakların düzenlenmesi ile ilgili kanunlarda esas tasarruf yetkisi padişahta olduğu için bu dönemde temel haklara dair tam bir güvence bulunmamaktadır. Bu Anayasada II. Meşrutiyetin ilanı ile birlikte padişahın sürgün etme yetkisi ilga edilmiş, basın hürriyeti hakkı, toplantı ve dernek hakkı, haberleşme gizliliği hakkı, sansür yasağı düzenlemeleri yer almıştır (Yıldız, 2014).

18.yüzyıl felsefesinin ve Fransız İhtilali etkilerinin görüldüğü 1924 Anayasası ile tabii hak doktrinini benimsemiş, 68’inci Maddede yer alan hürriyet tanımı 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nden alınmıştır. Anayasa’da yer alan toplam yirmi maddede temel hak ve özgürlükler yer almıştır. Ayrıca seyahat, söz, düşünce ve kanaat, çalışma, sözleşme ve seçme hakkı hürriyeti ilk defa bu dönemde tanınan haklar arasında yer almaktadır. Fakat bu Anayasa ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvence sağlanamamış, 1924-1950 tarihlerinde aykırı bazı uygulamalar yaşanmıştır (Kalabalık, 2014). Sonuç olarak 1924 Anayasası’nda hak ve özgürlüklere detaylı biçimde yer verilmemekle birlikte bunların sınırlandırılmasında da güvenceli bir sistem bulunmamaktadır (Gözler, 2018: 124).

2.5.3.1. 1961 Anayasası

1961 Anayasası 27 Mayıs 1960 darbesi sonrası hazırlanmış olup daha önce hazırlanan anayasalardan farklı olarak hem temel hak ve özgürlüklerin düzenlenişi hem de insan hakları yönünden daha ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Anayasanın Genel Esaslar ana başlığını taşıyan birinci kısım Madde 2’de “*Cumhuriyetin Nitelikleri*” kapsamında “*Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.*” hükmü bulunmakla birlikte devlet ve insan hakları ilk kez bir anayasa çerçevesinde değerlendirilmiştir. (Erdoğan, 2004: 124). Anayasa’nın ikinci kısmında temel hak ve özgürlükler kapsamında; bireysel, iktisadi, sosyal, siyasi hak ve ödevler başlıkları ile ayrıntılı ifade edilmiştir. 1961 Anayasası ile birey ve toplumların sosyal hakları ilk defa sistematik olarak Anayasada yer almış ve bu hakların dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikleri ile sınırlandırma şartları ve ilkeleri belirtilmiştir. Anayasa Madde 11’de “*Temel Hakların Özü*” başlığı altında temel hak ve

özgürlüklerin ancak kanunlarla sınırlandırılabilceği, hakkın özüne dokunulamayacağı vurgulanmaktadır. Daha sonra yapılan değişikle madde başlığı “Temel hak ve hürriyetlerin özü, sınırlanması ve kötüye kullanılmaması” şeklinde değiştirilmiştir. Maddenin içeriğinde ise hakların sınırlandırılmasında ise Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun yapılması gerektiği belirtilmektedir (Tunç vd., 2015: 109). Yalnız yapılan bu değişiklik hakların korunmasına ve sınırlandırılması konusunda Anayasayı geriye götürmüştür. Ancak 1961 Anayasası bir darbe anayasası olarak görüldüğü için özgürlükler tam anlamıyla tanınmamıştır. Her ne kadar anayasa tarihine farklı bir boyut kazandırsa da bu Anayasa toplumda sivil-siyasi özgürlükler konusunda sergilediği tavır “demokratik olmayan” bir imaj oluşturmuştur (Gözler, 2011: 38- 39).

2.5.3.2. 1982 Anayasası

Özgürlüklerin terör eylemlerine neden olabileceği varsayımından hareketle hazırlanan 1982 Anayasası yine bir darbe anayasası olup özgürlükler ve haklar konusunda kuşkuyla karşılanmaktadır (Fendoğlu, 2002: 127). Günümüze kadar kesinlikle değiştirilemez nitelikteki ilk üç maddesi dışındaki maddelerde pek çok kez değişiklik yapılmıştır. Anayasa (1982) Madde 2’de yer alan “*Cumhuriyetin Nitelikleri*” yan başlıklı hüküm şu şekildedir: “*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir*”. 1961 Anayasası ile 1982 Anayasasında dikkat çeken en önemli farklılıklardan birisi “insan haklarına saygılı” ifadesinin kullanılmasıdır. Bu değişikliğin amacı konusunda net bir görüş bulunmamaktadır.

1982 Anayasasında, temel hak ve özgürlüklerin eşit ve dokunulmaz olduğu ile ilgili hüküm Madde 12’de belirtilmektedir. Yine özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin Madde 5’de devletin görevleri vurgulanırken Cumhuriyet’i ve kişilerin haklarının korunmasının öncelikli olduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa’da belirtilen Madde 2 ve Madde 5’e göre “devletin devlet madde hükümlerine uygun davranma yükümlülüğu” bulunmaktadır. Ancak 1982 Anayasası olağanüstü hallerde devlete mevcudiyetini koruyabilmesi için bazı ayrıcalıklı yetkiler vermiştir. Ancak hangi durumda olunursa olunsun devletin bu hükümlerde belirtilen amaca ve nitelikleri gözetmesi gerekmektedir. Aksi durumda Anayasanın özünün

boşaltılması durumu ile karşı karşıya kalınır ve bunun sonucunda da Anayasanın tamamıyla askıya alınması söz konusu olur (Gözler, 1991: 25; Şirin, 2016: 506).

2.5.4. Temel hak ve hürriyetlerin korunma yolları

Toplumların ve bireylerin onurlu bir yaşam sürebilmesinin ön şartı insan haklarına uyulmasıdır. Çünkü insan haklarının, temel hak ve hürriyetler adı altında vatandaşlarına sağlama ve güvence altına alma görevi devletler üzerinde bir hükümdür. Ayrıca kuvvetler ayrılığı sistemi ile insan haklarının korunabilmesi, uygulanabilmesi ve güvence altına alınabilmesi, egemen iktidarın keyfi bir şekilde bu hak ve hürriyetleri sınırlama yoluna gidememesi iç birbiriyle ilişkili kavramlardır.

İnsan hakları pratiği ile temel hak ve özgürlüklerin sağlanması ve sınırlandırılması arasındaki ilişkiye değinildiği gibi, bu hak ve özgürlüklerin korunması üzerinde durulması gereken bir önemli bir konudur. Çünkü özgürlüklerin kullanılması konusunda en önemli unsurlardan biri de bunların korunması unsurudur.

Temel hak ve hürriyetlerin korunması dendiği zaman, hakların ve özgürlüklerinin içeriklerinin, korudukları özgürlük alanlarının ihlal edilmemesi, ihlal halinde ise ihlalden önceki hale getirilmeleri anlaşılmalıdır. Dolayısıyla korunmanın öznesi temel hak ve hürriyetlerken, karşı öznesi ise onları ihlal eden kişi veya kurumlardır.

Temel hak ve hürriyetlerin sağlanması ve uygulanmasını güvence altına alma görevi devlet organının üzerinde olduğundan, şüphesiz ki bu temel hak ve özgürlükler, devletlere karşı ileri sürülebilmektedir. Bahsi geçen hak ve özgürlüklerin ihlali halinde, birey, devlete karşı hak ve özgürlüğünün korunmasını talep etmek durumunda kalacaktır. Örneğin seçme ve seçilme hakkı, niteliği gereği devlete yükümlülük getiren bir temel haktır. Bu hakkı yerine getirebilecek ve ihlal edebilecek tek kurum devlet olduğundan, hakkın devletin ihlaline karşı korunması gerekmektedir.

Bununla birlikte kimi temel hak ve özgürlüklerin karşı öznesi devlet olabileceği gibi özel hukuk kişileri de olabilmektedir. Şüphesiz ki bu durumda ilgili hak ve özgürlüğü ihlal edebilme kabiliyeti hem devlette hem özel hukuk kişilerinde olacaktır. Bu doğrultuda hakkın hem devletin hem özel hukuk kişilerinin ihlallerine karşı korunması gerekecektir. Örneğin kişinin beden ve ruh bütünlüğünü koruma amacı güden kişi dokunulmazlığı hakkını devlet organları ihlal edebileceği gibi, bu hakkın özel hukuk kişilerince de ihlal edilmesi mümkündür. Bunun gibi hakların özel hukuk

kişilerince ihlal edilmesi durumunda, korumanın karşı öznesi özel hukuk kişileri de olabilmektedir.

Temel hak ve hürriyetlerin korunması için hukuk sistemlerinde esas olarak iki ana yol belirlenmiştir. Öğretide iç hukuk yolları adı verilen iç koruma ve uluslararası hukuk yolları adı verilen dış koruma ana başlığı altında tanınmış çeşitli hukuk yolları, temel hak ve hürriyetlerin korunması için başvurulacak yolları belirtmektedir.

2.5.4.1. İç hukuk yolları

Kuvvetler ayrılığını benimseyen devlet sistemlerinin temelinde bir denge ve denetleme mekanizması yaratarak hakları korumak, hakları ihlâl edilen kişilerin ise '*yetkili makama*' en kısa sürede geciktirilmeden başvurabilmesini sağlamak yatmaktadır. Söz konusu '*yetkili makam*' öncelikle yargı organı olmakla beraber, farklı organlardan ve taraflardan gelebilecek hak ihlallerine karşı farklı koruma yolları da benimsenmiştir. Temel hak ve hürriyetlerin korunması için belirlenen iç hukuk koruma yollarını, yasamaya karşı koruma, yürütmeye karşı koruma, yargıya karşı koruma ve özel hukuk kişilerine karşı koruma adı altında 4 ana grupta sınıflandırılmaktadır:

a. Yasamaya karşı koruma

Kuvvetler ayrılığı sistemlerinde yasama organları, temel hak ve hürriyetlerin sağlanması ve güvence altına alınması yükümlülüğü altında olan devlet organları olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de insan haklarının iç hukuk metnilerindeki karşılığı olan temel hak ve özgürlüklerin sağlandığı anayasal belgeleri düzenleyen, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması yetkisini haiz olan ve sınırlarını belirleyen organ yasama organıdır. Yasama organının bu iş ve işlemleri sırasındaki keyfiyetinin önlenmesi ancak ve ancak katı ve yazılı anayasalar vasıtasıyla mümkün olabilmektedir.

Temel hak ve hürriyetlerin korunabilmesi için devleti sınırlayan ilkeler koymak ve devleti kurallara bağlamak adına temel unsur, katı bir yazılı anayasa olarak karşımıza çıkmaktadır (Turhan, 2005: 124). Anayasa aracılığıyla devlet organları ve hükümet edenlerin yaptırma tâbi kılınması sağlanarak bu organların bireyin temel hak ve hürriyetlerine saygı göstermesi amaçlanmaktadır. Katı ve yazılı bir anayasa ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler, yasama organının keyfi uygulamalarından korunabileceklerdir. Anayasal güvenceye sahip temel hak ve

özgürlükler, değişen iktidar ve yasama organı karşısında dokunulmazlıklarını sürdürebilecekler ve ilgili hak ve özgürlüklerle korunan alanların ihlali katı, yani değiştirilmesi zor bir anayasa ile yasama organının müdahalesinden korunmuş olacaktır (Atay, 2008:154).

Şüphesiz ki temel hak ve özgürlüklerin yasama organının müdahalesine karşı korunabilmesi için, temel hak ve özgürlüklerin sınırlarının kesin bir şekilde belirlendiği, katı ve yazılı bir anayasanın mevcudiyeti yeterli değildir. Bununla birlikte anayasal yargı da temel hak ve özgürlükler için yasama organına karşı koruma niteliği taşımaktadır. Ülkemizde ve daha birçok modern demokratik sistemlerde mevcut olan Anayasa mahkemeleri, yasama organlarının temel hak ve özgürlüklere müdahalelerini denetlemekle, ihlal durumunda ilgili yasayı iptal etmekle yükümlüdür. Bu uygulamadan muaf olan, anayasa yargısı ile anayasal metinlerin içeriğinin korunmadığı ölkelerde yalnızca bir anayasal metnin varlığı yasama organına karşı korunma sağlamayacaktır. Zira yasama organı bir yaptırıma maruz kalmadan anayasal belgeyi ihlal edebilecektir. Anayasa mahkemeleri tarafından gerçekleştirilen bu iç koruma yolu ile insan haklarının anayasal güvence altına alınması ve anayasal düzeyde korunması sağlanmaktadır.

Sonuç olarak, yasama organının temel hak ve özgürlüklerce korunması hedeflenen normatif alanlara müdahalesi, ilgili hak ve özgürlüğün ihlali, katı ve yazılı bir anayasa ile korunmaktadır. Bununla birlikte bu ihlallerin denetleneceği, gerekirse iptal edilerek özgürlük alanının eski haline getirileceği anayasal korunma merci olan Anayasa Mahkemeleri de yine yasama organına karşı korunmayı perçinleyen bir unsurdur (Atay, 2008:154).

b. Yürütmeye karşı koruma

İhlallerine karşı koruma sağlanması gereken tek organ yasama organı değildir. Yürütme organının da temel hak ve özgürlükler ile korunan normatif alanı ihlali mümkündür. Bu ihlal düzenleyici işlemler veya idari kararlarla meydana gelebilir. Yürütme organının inisiyatifinde olan kararname, tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici işlemleri, temel hak ve özgürlükleri ihlal edici nitelikte olabilir. Bununla birlikte yürütme organının aldığı idari kararlar da temel hak ve özgürlüklerin ihlali sonucunu oluşturabilir.

Yürütme organının bu gibi ihlalleri, bireylerin anayasa ile sağlanmış olan temel hak ve hürriyetlerini ihlal eder nitelikte olduğu durumlarda, temel hak ve hürriyetlerin yürütme organının iş ve eylemlerine karşı korunması gerekmektedir. Bu durumda bireylerin koruma için başvuracağı yolların karşı öznesi, yürütme organı olacaktır.

Yürütme organına karşı korunma için ilk sayılabilecek yol teşrii başvuru yolu olabilir de bu yolun etkisiz olduğu öğretilerinde kabul edilmektedir (Gözler, 2011: 14). Teşrii başvuru yolu, yasama organları bünyesinde kurulmuş komisyonlara, idarenin düzenleyici işlemleriyle hakları ihlal edilen bireyler tarafından başvurulması ile kullanılmaktadır. Nitekim burada karşılaşılan engel, kuvvetler ayrılığı sistemlerinin doğasından kaynaklanmaktadır. Kuvvetler ayrılığı sistemlerinde, organların birbirleri üzerinde icrai güçleri bulunmamaktadır. Dolayısıyla ilgili komisyonlarca başvuru üzerine düzenlenen raporlar yalnızca tavsiye niteliğinde kalacaktır. Her ne kadar yasama organının başvuru üzerine ihlalleri engellemek üzere yasama işlevini yerine getirmesi mümkün olsa da pratik düzlemde çok karşılaşılan bir uygulama değildir.

İdari işlemlerle temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireylerin, ihlalin engellenmesi adına koruma için başvurabileceği bir diğer yol da idari başvuru yoludur. Bu başvuru yolunda bireyler idareden haklarına yapılan ihlallerin engellenmesi talebinde bulunmaktadırlar. İdari başvuru yolları da kendi içinde alt kategorilere ayrılmaktadır. İdari başvuru yollarından biri istitaf başvurusudur. Söz konusu yolda, yürütmenin düzenleyici işlemiyle hakkı ihlal edilen birey, bizzat ilgili düzenleyici işlemin sahibi olan idareye başvurmaktadır. Başvuru, düzenleyici işlemin geri alınmasını, yerine yeni bir işlem tesis edilerek etkisiz kılınmasını veya değiştirilmesini talep eder niteliktedir. Hakkı ihlal edilen birey bu vasıta ile idareden, ihlal yoluyla uğradığı zararın tazminini de talep edebilmektedir.

İdari başvuru yollarından bir diğeri olan hiyerarşik başvuru yolunda ise, düzenleyici işlemi yapan makamın üst idari makamına ilgili düzenleyici işlem ile ilgili başvuru yapılmasından ibarettir. Son idari başvuru yolu olarak karşımıza çıkan vesayet başvurusu ile, düzenleyici işlemi yapan idari makamın ilgili işlemi üzerinde onaylama, erteleme gibi yetkileri olan vesayet makamından, ihlale sebep olan işlemin onaylanmamasını veya iptalini talep etmektedir.

Bahsi geçen idari başvuru yollarının hepsi, idarenin ihlalinin kaldırılmasını, yine idareden talep etme içeriğine sahiptir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin etkilemediği bu

organ içi uygulamada, yani yürütme organının kararlarının yürütme organı içinde icrai niteliğe sahip olabileceği bu uygulamada, bireylerin başvurularının sonuç vermesi mümkündür. Fakat ilgili hak ve hürriyetlerin, işlem sahibi idare tarafından değil, bağımsız bir kurum tarafından değerlendirilmesi ve ihlal mevcutsa ihlalin giderilmesi kararının verilmesinin daha hakkaniyetli olacağı, şüphesizdir (Gözler, 2011: 125).

Yürütmenin işlem ve eylemlerine karşı en önemli korunma yolu, yargısal korunma olarak değerlendirilebilmektedir. Hukuk devleti olma iddiasında olan bir devlet sisteminin olmazsa olmaz koşullarından birinin, devlet organlarının işlem ve eylemlerinin hukuk kuralları ile bağlı olmasıdır. Dolayısıyla hukuk devletlerinin anayasal belgelerinde, bireyleri idarenin temel hak ve özgürlük ihlallerinden koruyabilmek adına idarenin ihlal niteliği taşıyan işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açık tutulmaktadır. Temel hak ve hürriyetleri idarenin düzenleyici işlem ve eylemleriyle ihlal edilen bireyler, işlemin iptali, eylemin durdurulması, zararın tazmini talebiyle yargı yoluna başvurabilmektedir. Bu başvuru yolu da “*idari yargı yolu*” olarak adlandırılmakta olup, bireylere yargısal bir korunma sağlar niteliktedir.

c. Yargıya karşı koruma

İnsan haklarının bir ülkenin yasalarında yer bulmasından sonra onların korunmasında en önemli organ yargı organıdır. Korunmanın sağlanabilmesi için ise yargı organının etkinliği, tarafsızlığı, bağımsızlığı, üyelerinin etkinlik ve yetkinlikleri önemlidir. Yargının varlık sebebi hak ve özgürlükleri korumak olduğundan, ilke olarak yargı organına karşı hak ve özgürlükleri koruma sorunu olmamasına karşın pratikte temel hak ve özgürlüklere karşı en önemli koruma organı olan yargıdan gelebilecek ihlallere karşı da korunma sağlanması gerekmektedir (Yıldız, 2014).

Hukuk devletinde bir hukuki sorumluluğu veya bir suç isnadı sebebiyle mahkeme önüne çıkan bireylerin de bazı hak ve özgürlükleri bulunmaktadır. İşte yargıya karşı koruma tam da bu noktada, yargı organlarının bu hak ve özgürlükleri ihlal etmemesi için gerekmektedir.

Bu korumayı sağlamak ve yargıya karşı güven duyulmasını temin etmek amacıyla hâkimin yasaklılığı ve reddi kurumları ile ret ve çekinme yöntemleri kabul edilmiştir (Ferendeci, 2019: 208). Bu iki kurum ile kanun koyucu tarafların objektif /tarafsız bir hâkimin önünde yargılanmalarını ve haklarının ihlal edilmemesini teminat altına

almaktadır (Yüzbaşıoğlu, 2016: 405). Ret ve çekinme yöntemleri, hâkimin davayı tarafsız olarak göremeyeceği, önüne gelen uyuşmazlığın çözümünde önyargılı olabileceği veya hâkimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlerin olabileceği bu sebeple de hâkimin kişilerin hak ve özgürlüklerini ihlal edebileceği varsayımına dayanmakta olup kişiler belli nedenlerin varlığını ileri sürerek hâkimi reddedilebileceği gibi hâkim de kendiliğinden davaya bakmaktan çekinebilir (Pekcanitez vd., 2017: 201). Yasaklılık ve ret kurumları 5271 sayılı Türk Hukukunda Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Madde 22 ve devamında ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Madde 34 ve devamında düzenlenmiştir.

Bu kurumlara ilave olarak hukukumuzda yargı işlevinin muhtemel hatalarını gidermeye ve temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik, yargı organlarının vermiş olduğu kararlara karşı itiraz, istinaf, temyiz, karar düzeltme, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru gibi yollar düzenlenerek temel hak ve özgürlüklerin yargı organlarına karşı korunmasını güçlendirmek amaçlanmıştır.

Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim sürecine bireysel başvuru hakkını 1987'de ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin zorunlu yargı yetkisini 1990'da kabul etmiştir. Bu doğrultuda 5271 sayılı CMK Madde 311-1/f, 6100 sayılı HMK Madde 375-1/i ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) Madde 53-1/ı düzenlemeleri ile AİHM tarafından İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerinin ihlâl edildiği yönünde karar verilmesinin yargılamanın yenilenmesi ve yargılamanın iadesi sebebi sayılarak yargı organının uluslararası bir denetime açılması temel hak ve özgürlüklerin yargıya karşı korunması açısından önemli bir koruma yöntemidir.

Temel hak ve özgürlüklerin yargı organına karşı korunması konusunda 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylamasıyla kabul edilen ve 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe giren uygulama kanunu ile hukukumuzda yer bulan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı bulunmaktadır.

Başvuruları kısaca özetleyecek olursak; 2018/30030 numaralı bireysel başvurusu ile başvuru Kadri Enes Berberoğlu kendisi hakkında açılan ceza davasının temyiz incelemesi aşamasında tutuklu bulunduğu sırada milletvekili seçildiği için Anayasa Madde 83 uyarınca dokunulmazlık kazanmasına rağmen yargılamanın durmadığı ve tutukluluk halinin devam ettirildiği sebebiyle Anayasa Madde 67 ile korunan seçme,

seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile Madde 19 ile korunan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa mahkemesi tüm veriler, olgular, olaylar, komisyon tutanakları ve madde gerekçeleri ışığında yapmış olduğu değerlendirme sonucunda Genel Kurulu'nun 17 Eylül 2020 tarihli kararı ile Anayasa geçici Madde 20 uyarınca Yargıtay'ın yapmış olduğu yorumu hatalı bularak başvuru sahibinin iddia ettiği gibi Anayasa Madde 67 ile korunan seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile Madde 19 ile korunan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini oybirliği ile tespit etmiştir. Hükmün gönderildiği derece mahkemesi Anayasa mahkemesinin yerindelik denetimi yaptığını iddia etmiş, yeniden yargılama yapılmasına yer olmadığına karar vererek hak ihlalini ortadan kaldırmamıştır.

Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi'nin 9 Haziran 2020 karar tarihli 2017/38610 başvuru numaralı Selahattin Demirtaş başvurusu kararında da Mahkeme, başvuru sahibinin tutukluluğunun makul süreyi aşması dolayısıyla Anayasa Madde 19 ile korunan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasını kabul edilebilir bularak, hak ihlalinin yapıldığı tespitinde bulunmuştur. İhlalin mahkeme kararından kaynaklanması sebebiyle başvuru sahibi avukatlarının derece mahkemesine tahliye talebiyle başvurusunu derece mahkemesi reddederek tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeleri belirlemiştir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru sonucunda bir temel hak ve özgürlük hakkında ihlal kararı verildiğinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için, durumu mümkün olduğunca eski haline getirmek, yani ihlalden önceki duruma dönülmesini sağlamak gerekmektedir. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir. 6216 Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Madde 50/2 ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü Madde 79/1-a uyarınca ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili

mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Bu düzenleme, ihlali ortadan kaldırmak için yeniden yargılama sonucunu doğuran ve ilgili bireysel başvuruyla özgülenmiş bir ihlali giderme yolunu öngörmektedir.

Açıklanan sebeplerle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan yargısal mercilerin yasal yükümlülüğü, ihlal kararının niteliğini dikkate alarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde hareket etmek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (T.C. Anayasa Mahkemesinin Aligül Alkaya ve Diğerleri (2), B. No: 2016/12506 Bireysel Başvuru Kararı § 57).

Açık kanuni düzenleme ve Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında ihlalin kaldırılmasına yönelik genel ilkeleri belirlemesine karşın uygulama da ilk derece mahkemeleri takdir yetkisi bulunmadığı halde Anayasa Mahkemesinin tespit ettiği hak ihlalinin ortadan kaldırmaya yönelik işlemleri yapmayarak kararlarında direnmiş ve Anayasa Mahkemesinin kararlarını yerine getirmemiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararlarının gereklerinin yerine getirilmemesi karar ile tespit edilen ihlalin devam ettiği anlamına gelir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmediğine ilişkin iddiaları incelemek de yine Anayasa Mahkemesinin görev alanına girer. Anayasa mahkemesinin tespit ettiği hak ihlali kararlarının derece mahkemeleri tarafından yerine getirilmemesi durumunda yargı organına karşı koruma sağlamak amaçlı yeniden bireysel başvuru yolu Anayasa Mahkemesi kararıyla açılmış olmaktadır (T.C. Anayasa Mahkemesinin Aligül Alkaya ve Diğerleri (2), B. No: 2016/12506 Bireysel Başvuru Kararı § 52).

Bahsedilen örnek kararlardaki derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesinin kararlarını yerine getirmeme kararından sonra yürütme organından gelen açıklamalar 104 ışığında derece mahkemelerinin kararları yeniden incelendiğinde, yürütmenin iradesine uygun veya etkisi altında kararlar verdikleri değerlendirilebilir. Yargı bir meşruiyet kaynağı olarak görüldüğünden yürütmenin sürekli olarak nüfuz ve kontrol etmeye çalıştığı, baskı yaptığı, kendi iktidarına hizmet etmek amaçlı kullanmak

istediği bir organ olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargı organının bu tür müdahalelerin öznesi olması temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesine sebep olmaktadır

Anayasalar devletin işleyişini belirlerken aynı zamanda da hak ve özgürlüklerimizin güvencesidir ve hukuk devletinin temelini oluşturmaktadır. Anayasa hükümlerinin uygulanmasını gözeten yargı merci Anayasa Mahkemesi'dir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Madde 66/1'e göre ".". Ayrıca derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesi kararlarını uygulaması Anayasa Madde 153'ün de gereğidir. Bu sebeplerle Anayasa Mahkemesi kararları uygulanmak zorundadır (Pekcanıtez vd., 2017: 201).

d. Özel hukuk kişilerine karşı koruma

Bireylere anayasal metinlerle tanınmış temel hak ve özgürlüklerin kimi zaman özel hukuk kişilerince de ihlal edilebileceğine değinilmiştir. İhlalin karşı öznesi özel hukuk kişileri olduğu zaman, hakkın ihlali gerçekleştiren kişilere karşı korunması gerekliliği doğmaktadır.

Bir temel hak ve özgürlüğü düzenleyen hukuki belgedeki ilgili madde, o hak ile korunan özgürlük alanını belirtir niteliktedir. Bu alana yapılan müdahaleler, hakkın kullanımını imkânsız hale getirebilir. Özel hukuk kişilerince yapılan ihlaller bir yandan da hakkın kullanımının diğer bireylerin özgürlük alanı ile sınırlı olduğu kabulü çerçevesinde değerlendirilmelidir. Öyle ki, bireyler birbirlerinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmeyecek şekilde, kendilerine tanınan hak ve özgürlüklerini kullanmak durumundadırlar.

Gerek bireylerin özgürlüklerinin, toplumun diğer mensuplarının özgürlük alanlarına ihlal edecek şekilde kullanıldığı hallerde, gerek bir bireyin temel hak ve hürriyetlerine yine başka bir özel hukuk kişisi eliyle hukuka aykırı bir müdahalenin varlığı halinde, hukuk düzeninde yargı yolu açık tutulmuştur. Bu müdahaleler, ihlal alanlarına göre hukuki anlamda farklı şekillerde isimlendirilmektedir. Özel hukuk kişilerince temel hak ve özgürlüğün ihlali durumunda, hakkı ihlal edilen bireyler adli yargı yoluna başvurarak ihlalin durdurulmasını ve/veya zararın tazminini talep edebilmektedirler. Özel hukuk kişileri tarafından temel hak ve özgürlüklere gelebilecek müdahalelerin, medeni hukukta "*haksız fiil*", ceza hukukunda "*suç*" olarak kabul edilmesi ile bu tarz müdahalelerin engellenmesi amaçlanmıştır (Gözler, 2011: 153).

Yargısal korunma yolu adı verilen temel hak ve hürriyetin ihlali halinde başvurulabilecek olan kanun yolunda (idareye karşı başvurulabilecek idari kanun yolu da bu kapsamda olacak şekilde), başvurulacak olan yargı makamının haiz olduğu güvenceler verilecek yargı kararlarının ve hak ihlallerinin giderilebilmesi için, önemlidir. Hakimlik teminatı, bağımsızlığı, kanuni hâkim güvencesi, aleni yargılama ilkesi, gerekçeli karar zorunluluğu gibi ilkeler ve ceza yargılamalarında karşılaşılabileceğimiz cezaların kanuniliği, aleyhe kararın geçmişe uygulanamaması, masumiyet karinesi gibi ilkeler bahsi geçen yargısal güvencelerdir. Bu güvenceler aynı zamanda yargı organının, devletin diğer organlarından bağımsız hareket edebilmesinin teminatıdır. Bunun yanı sıra, bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlali halinde başvuracağı yargısal yol, yargı organına tanınmış güvencelerin varlığı halinde anlamlı hale gelebilecektir. Nitekim yargı organı bu güvencelerin varlığı halinde hakkaniyetli bir yargısal korunma sağlayabilecektir.

2.5.4.2. Uluslararası hukuk yolları

İkinci Dünya Savaşı sonrası insan haklarının önemine yapılan vurguyla birlikte, insan haklarının anayasal metinlerdeki karşılığı olan temel hak ve özgürlükler için uluslararası hukuk yolları geliştirilmeye başlanmıştır. Uluslararası hukuk yolları adı verilen ülkeler üstü çeşitli organlar bulunmaktadır. “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu”, “İnsan Hakları Komitesi” gibi çeşitli organlar, ihlal edilen hak için uluslararası koruma sağlamak üzere kurulmuş bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uygulamada en sık başvuru ve en etkili sonuç alınan uluslararası hukuk yolu olarak karşımıza çıktığından, bu organ üzerinden uluslararası hukuk yollarını incelemek uygun olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kurulmuş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmede tanınmış olan temel hak ve özgürlüklerin üye devletlerce ihlali halinde başvurulabilecek bir uluslararası koruma yoludur. Bu kapsamda, sözleşmeye taraf ülkelerden birinin vatandaşı olan birey, vatandaşı olduğu devlet tarafından temel hak ve özgürlüğü ihlal edildiği takdirde, mahkemeye hak ihlali konusunda bireysel başvuru yapabilmektedir.

Bireysel başvuru ve kabul edilebilirlik koşulları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 34 ve 35 hükmünde açıkça belirtilmiştir (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (European Convention on Human Rights), Kasım, 1950). Buna göre Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilmenin önkoşulu taraf ülkenin iç hukuk yollarının tüketilmiş olmasıdır. Birey öncelikle, ihlal edilen hakkının dahil olduğu hukuk tarafından kendisine tanınmış koruma yollarını kullanmış, talep ettiği korumaya kavuşamamış olmalıdır. Bu şartı tamamlamış, iç hukuk yollarını tüketmiş olan birey, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 35 hükmüne göre, iç hukukta korumayı elde edememesini takiben 4 ay içinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmalıdır. AİHM'ye başvuru için öngörülen 6 aylık süre 1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe giren 15 No.lu Protokol ile 4 aya indirilmiştir. Bu yeni süre koşulu Protokolün yürürlüğe girdiği 1 Ağustos 2021 tarihinden itibaren 6 ay geçtikten sonra, yani 1 Şubat 2022'de uygulanmaya başlayacaktır.

Bireysel başvuruyu takiben mahkeme önkoşulların mevcudiyetini inceleyecek, uygun gördüğü takdirde uyuşmazlığın esasını inceleyecektir. Önkoşulların yokluğu, başvurunun reddi sonucunu doğurmakta olup, kesin bir karar teşkil etmektedir. Mahkeme, uyuşmazlığın esasını inceleme kararı verdiği takdirde taraflara uzlaşma önerbilme yetkisine sahiptir. Taraflar arası uzlaşma yoluyla uyuşmazlığın çözülmediği takdirde mahkeme uyuşmazlığın esasına girecek, gerektiği takdirde duruşmalı olarak uyuşmazlığı inceleyecektir. Yargılama sürecinin sonunda, taraf devletçe ihlal edilen bir hakkın mevcudiyeti konusunda karar verilirse, zararın giderilmesine karar verecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ilgili madde hükümlerinden açıkça anlaşılacağı üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yalnızca ilgili devleti zararın tazminine mahkûm edebilme kabiliyetine sahiptir. Mahkeme, devletin iç hukuk karar ve işlemlerine karışmamakta, ihlal niteliği taşıyan iş ve eylemleri iptal edememekte, geri alamamakta, düzeltmemektedir. Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının, Sözleşme'nin Madde 46 hükmüne göre, bağlayıcı olduğu kabul edilse de kararların cebri icrası mümkün değildir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi diğer uluslararası hukuk koruma yolları kararları da ülkeler için cebri icra kabiliyetinden yoksundur. Devletler egemenlikleri ve diğer ülkelere karşı bağımsızlıklarının göstergesi olarak egemenlikleri altındaki yerlerde ulusal mahkemelerinin kararlarının hüküm ve sonuç doğurmasını, yabancıların bu faaliyetlere karışmamasını ve buna yönelik düzenlemeleri de kendileri oluşturmak istemektedirler. Bu organların kararlarının ülkeler için

doğrudan icra kabiliyeti olmadığından, temel hak ve özgürlükler için en etkili korumanın iç hukuk yolları olduğu şüphesiz ki açıktır.

Zira, iç hukuk yollarında ihlal niteliği taşıyan işlem ve eylemin geri alınması ile birlikte tazminata hükmedilebileceği gibi, uluslararası koruma yolları yalnızca tazminat sağlayabilmektedir. Bununla birlikte, her ne kadar cebri icra kabiliyetleri olmasa da uluslararası hukuk koruma yolları da ilgili temel haklar ve özgürlüklerin içeriklerini ve sınırlarını belirleme açısından, verdikleri tavsiye niteliğindeki kararlar sayesinde, emsal oluşturabilecek nitelikte olduklarından oldukça kıymetlidir. Kamusal alan gelişimi ve sınırlarının değerlendirilmesinin ardından sonraki bölümde kamusal alanda din özgürlükleri ve sınırlandırılması değerlendirilecektir.



3. KAMUSAL ALANDA DİN ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

Bu bölümde din, din özgürlüğü ve kamusal alanda din özgürlüğü kavramlarının tanımları ve hukuki boyutta toplumsal yansımaları değerlendirilmiştir.

3.1. Din Özgürlüğü

Din ve inanç özgürlüğü, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan temel haklardan biri olup aynı zamanda en tartışmalı konulardan biri olmuştur. Din özgürlüğünün temel bir hak olduğu genel olarak kabul edilse de içeriği veya kapsamı hakkında çok az fikir birliği vardır. Din özgürlüğü çeşitli disiplinlerde farklı anlamlar yüklenen bir kavram olup inanç ve vicdan özgürlüğü gibi kavramlarla da ya birlikte ya da birbirinin yerine de kullanılmaktadır. Hukuk ve anayasa ile ilgili literatürde genellikle din özgürlüğü kavramı kullanılmaktadır. Genel olarak din özgürlüğü; birey ve toplumların din ve dinsel konularında baskı ve yaptırımdan uzak özgür olmaları anlamına gelmektedir. Bu tanımlama olgusal veya normatif boyutları içermektedir. Bu çerçevede din ve dinsel konusunda bireylerin baskıdan uzak özgür olmalarını içeren olgusal boyut sosyal bilim disiplinlerin araştırma konusudur. İnsanların din özgürlüğünün vasıfları olan ahlak, gelenek, etik, hukuk niteliği taşıyan normatif boyut felsefe, ilahiyat veya hukuk bilimlerinin araştırma kapsamında yer almaktadır. Din özgürlüğü kavramı genellikle belirlenen boyut kapsamında değerlendirilmekle birlikte din kavramının hukuk normunun olgusal karşılığı önemli araştırma alanları olmuştur. Bu bağlamda din özgürlüğü kavramının çeşitli disiplinlerde araştırılması ve sınırlarının belirlenmesi devam etmektedir (Arslan, 2005a: 1-9).

3.1.1. Vicdan, inanç ve düşünce ilişkisi

Vicdan, insanın yaşadığı olaylar karşısında değerlendirmeler yapabildiği, iyi ile kötü arasındaki farkı anlayabildiği, olgusal gerçekliği yargılayabildiği ve ahlaki çerçevede hükümler verebildiği manevi bir olgudur. Anlam bakımından “vicdan” kelimesi İngilizce ve Fransızca ’da “conscience”, Almanca “Gewissen” sözcüklerinin

karşılığdır. Kelimenin kökeni Arapça olup “bulmak” anlamına gelen Vav-Cim-Del kelimesine dayanmaktadır (Atalay, 2000:122-124).

Vicdan kelimesi TDK Büyük Türkçe Sözlükte kısaca bireyin öznel davranışlarından dolayı yargılamasını sağlayan içsel güç olarak tanımlanmaktadır (TDK, 2022).

TDK Bilim ve Sanat Terimleri Sözlüğünde ise bireyin davranışlarının muhakemesini yapmasını sağlayan değerler bütünü şeklinde tanımlanmaktadır (TDK, 2022).

Esen (1971) hukuk dairesinde vicdan ve vicdan özgürlüğünün korunması konusunda dış tezahürler ile vicdan arasındaki ayrıma dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu ifade çerçevesinde vicdan, dinsel veya ahlaki kurallarla, özgür bir iradeyle oluşan ve benimsenen bir olgudur. Vicdan özgürlüğü ile ilgili değerler de hukuk kurallarıyla korunur, ancak vicdanın niteliği bu hukuk dairesinin dışında yer almaktadır. Vicdani davranış ve eylemler bu dairenin içinde yer almaktadır (Esen, 1971: 87-88).

Baker (1999)’a göre vicdan kavramını; *“kişi yaptıklarından hatta yapmadıklarından sorumludur, vicdan bu çerçevede ahlakın koşuludur ve önünde gelir, vicdan bir güçtür, insanın dış buyruklara, zorunluluklara "katlanabilme" gücüne vicdan denir”* şeklinde tanımlamaktadır.

Atalay (2000) hukuk alanında vicdan ile ilgili düzenlemelerde dinsel normların felsefi yorumlarının tarafsız olması gerektiğini vurgulamaktadır. Ayrıca Atalay vicdan ve hukuk arasındaki ayrıma dikkat çekerek hukuka aykırılık ile vicdan azabı çekmenin birbirinden ayrı kavramlar olduğu ile ilgili görüş bildirmektedir (Atalay, 2000:121-123).

İnsani yargı olarak tanımlanan vicdan yargı sürecinin başından sonuna kadar devam eden bir olgudur. Vicdan, olaylar ve durumlar karşısında kişinin ne yapması ya da yapmaması gerektiği, karşısındaki yollardan hangisini seçmesi konusunda bir yargı sunarak kişinin davranış biçimini etkiler. Vicdan kişinin davranışlarını yargılayarak doğru davranışı “vicdan rahatlığı”, yanlış davranışı “vicdan azabı” ile cezalandıran yol gösterici bir olgudur. Vicdan, iyi ve kötü normlar çerçevesinde manevi öz yargılama yapabilme yeteneği olarak da tanımlanmaktadır. Ancak bu yargı yeteneği tüm yaşam kriterlerine göre belirlenmektedir. Bu bağlamda vicdan özgürlüğü ile bireyin tüm yaşamında vicdani yargıları ile hareket edebilme hakkı kastedilmektedir. Bu özgürlüğün toplumsal hukuk kuralları ile ilişkilendirilmesi ve çevrenmesi

gerekmektedir (Esen, 1971:88). Bununla birlikte vicdan kişinin kalbindeki adalet duygusunun yönlendiricisidir. Hukuk biliminde adalet ve vicdan çoğu zaman birlikte değerlendirilmektedir. Anayasa'nın 138. Maddesi'ne göre karar vermeleri gerekliliği vurgulanmaktadır. Bu maddeye göre; hâkimin vicdanı, başkalarının davasında hukuk kurallarına dayanarak adaletin gereği ile ilgili bir yargıda bulunur. Ayrıca vicdan, ahlaki sorumluluğu hukuksal sorumluluğu ile birleştirilmiş hâkime yol gösterici bir rehber olur. Bu bağlamda vicdan ahlakın bir var olma alanıdır.

Modern vicdan özgürlüğünün özgür yargı hakkı ve vicdani yargılara göre eylem hakkı olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyuta göre bütün yaşamsal olayları kapsar ve vicdani yargılardan dolayı başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı duymayı gerektirir. İkinci boyut ise vicdan özgürlüğü bireysel maneviyatla ilgili olup dinsel, ahlak, inanç gibi olguları kapsamaktadır. Bu bağlamda vicdan özgürlüğü din özgürlüğünün merkezine vicdan özgürlüğü yerleştirilmelidir. Vicdani ret kavramı kişinin kendi vicdani yargılarını ön planda tutarak hukuk kurallarını ve dolayısıyla başkalarının haklarını gözetmemesi anlamına gelmektedir. Ayrıca kendi vicdani hükümlerini hukuktan üstün gören kişi hukuk sisteminin adilliği konusunda çeşitli söylem ve eylemlerde bulunabilir ki buna “sivil itaatsizlik” denmektedir. Sivil itaatsizlik eylemlerinin sonuçları arasında da vicdani ret hakları yer almaktadır (Habermas,1995).

Anayasa Mahkemesi'nin Birinci Türban Kararında “din özgürlüğünün anayasal sınırları” yorumunda *kişinin manevi hayatı* kavramı kilit işlev olarak belirtilmiştir. Bu hükme göre kişinin manevi yaşamının toplumu etkilediği ve bu durumda din özgürlüğünün anayasal sınırları ihlal edildiği ifade edilmektedir.

Aynı kararda Mahkeme tarafından vicdan özgürlüğü kavramı kişinin istediğine inanma hakkı olarak ifade edilmektedir.

İnanç kavramı Türkçe 'de “inanmak” mastarından türemiştir. İnanç kelimesinin İngilizcede karşılığı belief; Fransızcada karşılığı croyance; Almandada Glaube; Arapçada karşılığı El-İman sözcükleridir. TDK Sözlüğünde inanç kelimesinin anlamları “inanma hissi, bağlı olma, iman, itikat” gibi kavramlarla ifade edilmektedir (TDK, 2022).

AİHS'nin 9. Maddesi herhangi bir inanca ve dine karşı önemli bir güvencedir ve pasifizm ve seküler inançları korumaktadır. Ayrıca Mahkeme, “*ana-babanın dini ve*

felsefi kanaatleri” ifadesinde geçen inanç kavramını “felsefi ya da dinsel kanaat” şeklinde yorumlamıştır (“McFeely/Birleşik Krallık, Başvuru No: 8317/78; Sözleşmenin Birinci Ek Protokolü 2. Maddesi”).

İnsan Hakları Komitesi, 18. Maddesinde geçen “inanç” kavramını “tüm bireylerin benimsedikleri veya benimsemedikleri tüm inançların korunması hakkı” çerçevesinde değerlendirmiştir.

İnanç ve düşünce terimleri anlam bakımından kapsamları birbirine yakın olup çoğu zaman karıştırılmaktadır. Ancak kabul edilen genel gerçek şu ki düşünce ve inanç kapsamları öznel olup kişiye, duruma, olaylara göre değişmektedir. İnanç ve düşünce arasında kesin bir sınır bulunmamakla birlikte iki kavram ideal olarak farklı kategorileri ifade etmektedir. Bununla ilgili Evans, AİHS Madde 9/1’in kapsamı çerçevesinde değerlendirme yaparak: *bireylerin düşünce ve vicdanları ışığında inançlarını oluşturduklarını*” vurgulamıştır (Evans, 2001: 52-53).”

Ülkemizde Anayasa’da farklı maddelerde paralel hükümlerle “*inanç ve düşünce özgürlükleri*” kavramları düzenlenmiştir. Anayasa Madde 24’de, “*bireylerin inanç, vicdan ve düşünce hürriyeti*” belirtilirken “*ibadet özgürlüğü*” de vurgulanmaktadır. Bununla birlikte 25. Maddede, benzer olarak “*düşünce ve kanaat hürriyetinden*” bahsedilmektedir. Bu durum başka bir hükümden “*kimsenin dini inanç ve düşüncelerini açıklamaya ve ibadetlere katılmaya zorlanamayacağı*” belirtilmektedir. Belirtilen bu güvenceler yasa kaydından bağımsız olup olgunun hukuksal değerlendirmesinde kesinlik sağlamak için inanç ve düşünce arasındaki kesin sınırın belirlenmesi kurumsal yönden önemli kabul edilmektedir.

Bu bağlamda Anayasa’da inanç ve düşünce kavramları ayrı maddelerde paralel hükümlerle düzenlenmesi bu kavramların aynı seviyede korumaya değer görüldüğü anlamına gelmekte ve “*kanaat hürriyeti*” tanınmışken, ayrıca “*dini (...) kanaat hürriyeti(nin)*” düzenlenmesi bu yorumu güçlendirmektedir. Öyle ki 25. Madde’de “*din ve vicdan hürriyeti*” ile ilgili hükümler burada da geçerli sayılmaktadır. Çünkü hürriyetin hiçbir şekilde ihlal edilemeyeceği açıkça vurgulanmaktadır. (2709 Sayılı Kanun, *Gerekçe*). Aynı zamanda Anayasa Mahkemesi kararında “*din ve vicdan özgürlüğünün birbirini güçlendirdiği*” yorumunda bulunmuş ve bu kavramlar arasındaki ilişkiye vurgu yapmıştır. Kavramlar arasındaki bu paralellik, insan hakları öğretisinde yer alan iç evren – dış evren çerçevesinde de ifade edilmektedir. Öyle ki

iç evren dahilindeki hükümlerde tam bir paralellik varken dış evren dahilindeki hükümlerde kavramlar birbirinden ayrılmaktadır. İncanın toplumsal yönleri anayasal düzenlemelerle koruma altına alınmışken, düşüncenin genel, özel, bireysel ve kurumsal yönleri ile ayrı ayrı değerlendirilerek yasalarla düşünce özgürlüğü ile ilgili hukuksal düzenlemeler yapılmıştır (Anayasa Madde 24/2, 24/4 ve Madde 26, Madde 32).

Evrensel beyannamelerde; “*din, vicdan ve düşünce özgürlüğü*” hem başlıklarda hem de metinlerde yer almaktadır. Özellikle insan hakları ile ilgili hukuksal terminolojide “*din veya inanç*” ifadesi 1945 yılından sonra yapılan düzenlemelerde daha çok kullanılmıştır. Ayrıca bu konuda AGİT belgeleri önemli belgeler kapsamındadır. Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (1969) Madde 12’de “*vicdan ve din özgürlüğü*” başlığı altında, Madde 13’de “*Düşünce ve İfade Özgürlüğü*” başlığı altında ifade edilmektedir. İnsan ve Halkların Haklarına İlişkin Afrika Şartında (1981) Madde 8’de “*vicdan ve din özgürlükleri*” şeklinde belirtilmiştir.

Ayrıca 1981 yılında imzalanan din ve vicdan özgürlüğünü konu alan bildirmede özellikle sık sık konunun önemi vurgulanmıştır. Bildirmede Madde 171’de, 1989 yılında Çocuk Hakları Sözleşmesi Madde 14’de, Avrupa Temel Haklar Şartı (2000) Madde 10’da özellikle herkesin din ve vicdan özgürlüğü hakkının olduğu belirtilmektedir. Bütün bu tanımlar ve hukuki normlar çerçevesinde herhangi bir din özgürlüğü normunun evrenselliği benimsediği ölçüde dinselikle ilgili eşitliliği de benimsemesi gerekmektedir (Evans, 2001:52-52).

3.1.2. Din ve dinsellik

İnsanlık tarihinin en önemli olgularından biri olan “din” kavramının literatürde çeşitli tanımlamaları bulunmaktadır. İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerindeki “religion” sözcüğünün Türkçe karşılığı olan “din” kelimesi Latince religare (bağlamak) mastarından türemiş bir isimdir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1048) metinlerinde bu şekilde kullanılmıştır. Din kelimesinin kökeni Arapça “Ed-Dîn” ve Farsça “mezhep” sözcüğüne dayanmaktadır (Nişanyan, 2022). Türk Dil Kurumu Sözlüğü ’ne göre “din” kelimesi genel olarak “*tanrı, doğüstü güçler gibi kutsal varlıklara inanma ve bu kapsamda yapılan ritüellerin tamamı*” şeklinde ifade edilmektedir (TDK, 2022).

Türk Dil Kurumu Bilim ve Sanat Terimleri Sözlüğü/Toplumbilim terminolojik sözlüklerinde “din” kelimesi “insanların gizemli doğa üstü olay ve kavramları açıklamaya çalıştıkları güç ve bu güce çeşitli ritüellerle tapınma” şeklinde belirtilmektedir (TDK, 2022).

Bu tanımlamalara göre “din” kelimesi inanç, kutsal, ibadet unsurları ile sosyal bir bu nitelikteki inançların normatif düzenini ve kurulumunu içeren sosyal bir oluşumdur. Geçmişten günümüze din olgusu ilahiyat ve felsefe bilim alanlarının yanı sıra insan ve toplum bilimleri bilim alanlarında da araştırılmıştır. Bütün disiplinlerde ortak geçerli bir “din” tanımı bulunmamakla birlikte terminolojik sözlüklerde verilen temel tanımlamalar ışığında din kavramının inanç, bilgi, davranış, düzen, gelenek, töre gibi boyutları bulunmaktadır. Bu temel boyutların hakikat ve geçerlilik nitelikleri ilahiyat bilim alanında içerden bir bakış açısıyla, felsefe ve sosyal bilim alanlarında ise dışarıdan bir bakış açısıyla incelenmektedir. Örneğin ABD’de üniversitelerdeki akademik çalışmalar “theology” ve “religious studies” programları olarak bakış açılarındaki farklılıklara dayanarak belirlenmiştir. Türkiye’de her iki türden öğretim ve araştırmalar yapılan ilahiyat fakültelerinde İslam dininin yorumu ile ilgili içerik “theology “ve dinsel araştırmalar içeriğinde ise “religious studies” tipi yaklaşım benimsenmektedir (Gözaydın, 2011).

Sosyoloji disiplininde dinle ilgili araştırmalar yapan Durkheim ve Weber gibi sosyologlar çalışmalarında belirli bir dini değil de toplumbilimi çerçevesinde din olgusunun inanç, eylem, gelenek ve kurum gibi unsurlar üzerinden incelemişlerdir (Aktay ve Köktaş, 2007; McKinnon, 2010).

Toplumsal sosyoloji açısından değerlendirilen din kavramının inanç, benimseme, ibadet, ayin, vicdan, değiştirme, etkileme gibi boyutları bulunmaktadır. Çünkü din kavramının birey, toplum, kurum ve dogma (akide) alanlarında önemli bir etkisi ve anlamı bulunmaktadır. Dinsellik kavramı ise birey, topluluk, kurum ve dogma alanlarındaki etkinin tamamını içermektedir. Ayrıca bu dinsellik kavramında bireysel ve toplumsal çeşitlilik zorunluluğu bulunmaktadır (Krishnaswami, 1960).

Antropoloji disiplininde görgül kuşkuculuk çerçevesinde “yöntemsel bireyci” eksenli geliştirilen Smith’in (1962) tezi özellikle din incelemeleri yaklaşımlarında belirleyici bir etki yaratmıştır. Smith (1962) tek bir din olmadığını, bu nedenle dinin soyut ve genel bir tanımının yapılamayacağını vurgulamaktadır. Bu doğrultuda araştırmacılar

din tanımının sınırlamalarını belirlemeye çalışmışlardır. Yine antropoloji disiplinde yer alan araştırmacılardan Clifford Geertz, dinlerin “kültürel sistemler” olarak kavranmasını önermiş ve bu görüşü bilim otoriteleri tarafından kabul görmüş olmasına rağmen bazı otoriteler tarafından aşırı özcü ve genel bir tanımlama yapma eğiliminden dolayı eleştirilmiştir (Gerrtz, 1966).

Dinsel olarak nitelenen toplumsal olayların değişimi ve gelişimi, toplumları nasıl ve ne yönde etkilediği tüm bilimlerin ortak noktasıdır. Bu bağlamda toplumsallık dönüşümlerinde “dinsel” olgu etkinliği ve etkililiği olan bir kavramdır (Taylor, 2007). Özellikle toplumsal siyaset ve hukuk çerçevesinde inançlar ve ibadetlerden oluşan dinsellik unsuru sınırlandırılmış özgül bir evren olarak nitelendirilmektedir. Dinsellik laik hukukun ve siyasetin düzenleme ve karar ögesi olup siyasal ve dinsel otoriteler arasındaki ilişkileri belirleyen normları kapsamaktadır. Bu çerçevede dinsellik siyasal ve hukuksal bir kategori olarak Kabul edilmektedir (Asad, 1993; 2003).

Genel olarak değerlendirildiğinde din özgürlüğü kavramının temelleri din kavramına dayanmaktadır. Ayrıca özgürlük ve hukuk kavramlarının dinsellik üzerindeki etkisi ve bütünleşmesine dikkat edilmeli ve din özgürlüğünün hukuk güvencesi, insan hakları temelinde değerlendirilmelidir.

İngilizcede “religiosity” kelimesi ile ifade edilen “dinsellik” kelimesi “dindarlık” kelimesi ile de ifade edilmektedir (Bergin, 1983). Alan yazında Bourdieu (1971a) toplumsallığın modernleşmesi sonucunda dinsel alanın oluştuğunu, bu alanın bireysel ve kurumsal deneyimleri içerdiğini belirtmiştir. Gans (1994) ise dinsel kültür ve dinsel örgütlenmeleri “sembolik dinsellik” ifadesiyle tanımlamıştır (Subaşı, 2004: 41-44).

Subaşı (2004) dinsellik kavramını, bireysel ve toplumsal dışa dönük tutum ve davranışları kapsadığını belirtmektedir. Ayrıca toplumsallığın laikleşme süreçleri içerisinde dinselliğin toplumla ilgili diğer alanlardan farklılaştığını ve modernleşme sürecini belirginleştirdiğini vurgulamaktadır.

Bütün bu tanımların ışığında dinsellik kavramının hem bireysel veya kolektif öznelik çerçevesinde hem de kurumsal çerçevede değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme çerçevesinde genel olarak din özgürlüğü normunun konusu dinsellik olarak kabul edilmektedir. Ancak tüm disiplinlerde din ve dinselliğin genel geçer kesin bir

tanımlaması yapılamamıştır. Özellikle hukuk alanında kavram tanımlamasında zorluk çekilmektedir. Lerner (2006), hukuk bilimi çerçevesinde din ve inanç kavramalarının çeşitli tanımlamalarını yapmıştır. Bununla birlikte hukukçular tarafından da çeşitli tanımlar yapılmış ama bu tanımlar mahkeme içtihatlarında çoğu zaman kabul görmemiştir (Lerner, 2006). AİHM içtihadında bazı davalarda geliştirilen din ve dinsellik ile ilgili tanımlama denemeleri sürekli uygulanmamıştır. Bu duruma örnek AİHM Arrowsmith/Birleşik Krallık davası kararının gerekçesi verilebilir. Bu kararda değerlendirilen Arrowsmith gereklilik testi daha sonraki AİHM kararlarında uygulanmamıştır (Evans, 2001: 111-126).

Hukuk biliminde dinsellik ile ilgili en fazla kabul gören tanımlama Gunn (2003) tarafından yapılmıştır. Bu tanımlamada Gunn; “*dinsel konuların hukuk normları çerçevesinde değerlendirilmesi*” şeklinde ifade etmiştir (Gunn, 2003).

Evans ise bu konuda; “.” görüşünü sunmuştur. Özetle hukukçular karar aşamasında hem kendi din tanımlarını empoze etmekten uzak durmalı hem de bilimsel otoritelerin veya kişilerin nitelemelerinden hareketle konuyu çözümlenmekten uzak durmalıdır. Bununla birlikte hukuksal işlemlerde Krishnaswami Raporu (Krishnaswami, 1960) gibi insan haklarının korunması amacıyla hazırlanmış hukuksal değeri bulunan çalışmalar değerlendirilmelidir. Evans AİHM'nin din özgürlüğü içtihadını bu yönde değerlendirmektedir. Ona göre: AİHM, din özgürlüğü normunun konusunu fonksiyonel bir dinsellik tanımının bulunmaması sebebiyle oldukça geniş çerçevede değerlendirmekte, bu genişliği dengelemek için meşru sınırlamalar kategorisini doktrinler yardımıyla geniş yelpazede değerlendirmektedir. Böylesi bir durumda dinsellik tanımlarının çeşitliliğinden kaynaklanan güçlüklerle mücadele edilememekte, meşru müdahale alanının genişletilmesi de özgürlük güvencesinin zayıflamasına neden olmaktadır (Evans, 2001: 202-207).

Hukuk normlarıyla din özgürlüğü eşit koruma ve eşit saygı terimleriyle güvence altına alınmış olup bu normlar çerçevesinde dinsel çeşitlilik dikkate alınmalıdır. Dinsel çeşitlilik her ne kadar zaman zaman saygı veya baskı görse de çeşitlilik sürekliliğini korumuştur. Bu bağlamda modern din özgürlüğü normu dinsel çeşitliliğin eşitlik ve saygı güvencesine bağlı olup dinsel dogmaların tutumları bu çeşitliliğin meşru sınırlarını belirleme ve sürdürme çabasıyla yakından ilişkilidir. Yalnız modern din özgürlüğü normu farklı normatif bakış açısıyla bu dogmaların belirlediği sınırlarla kesişebilen ya da çatışabilen yeni sınırlar belirleme gücüne

sahiptir. İHEB (1948) 18. Maddede tanımlanan “din özgürlüğü” normu, İslam dininin normlarına yakın normlar içermekle birlikte bağdaşık olmayan hükümler de içermektedir. Örneğin İHEB Madde 18' de yer alan din değiştirme özgürlüğü ile ilgili hükme Suudi Arabistan Krallığı'nın çekince koymuştur (Köse, 2003). Bir başka örnekte Roma Katolik inancı İHEB 18 maddesi ile bağdaşmaz nitelikteydi. Daha sonra 1965 yılında İkinci Vatikan Konsili tarafından bu uyuşmazlık ortadan kaldırılmıştır. Bu örneklere göre dinsel normlar ile İHEB normları arasındaki farklılıkların nedeni İHEB normunun laik temellere dayanmış olmasıdır. İHEB hükümlerinde dinsel dogmaların hükümleri bağlayıcı unsur olarak kabul edilmemiştir.

Literatürde yapılan tanımlamalara dayanarak genel geçerli tek bir din kavramının olmadığı, tekil dinlerin ve çeşitlilik ihtiva eden dinselliklerin olduğu sonucu elde edilmektedir. Tekillikleri içeren genel ve soyut bir dinsellik alanı olduğu gibi özneler ya da kurumlara dayanan tekil dinsellik de bulunmaktadır. Dinsellik modernleşmeye paralel olarak gelişmekte ve bu alanda bireysel ve toplumsal öznellikler etkin olabilmektedir. Bu çerçevede inançlar, düşünceler davranışlar, alışkanlıklar, rutin eylemler dinsellik alanında karşılığı bulabilmektedir. Kişisel habitus dinsel ritüellerden etkilenebilen bir olgudur. Kişisel habitus (bedensel yatkınlıklar) kavramı ise tecrübeler, algı, takdir gibi unsurların oluşturduğu yatkınlıklar düzeni olarak tanımlanmaktadır (Bourdieu, 1971b:161). Örneğin namaz kılmak için kişi kıyafetini, ortamını, gündelik düzenini namaz vakitlerine göre ayarlayabilmektedir Dini normların ve hayatın iç içe girdiği topluluklarda hukuk kuralları çerçevesinde din sınırlılıkları ve dinsel çeşitlilik daha fazla dikkate alınmalıdır.

3.1.3. Din özgürlüğünün önemi

Disiplinler arası geniş kapsamlı bir olgu olan din özgürlüğü; bireylerin istedikleri dini benimsemeleri, dini uygulamalarda kendi özgür iradelerine göre davranmaları ya da dini reddetmeleri, değiştirmeleri ve her türlü baskıdan uzak bu tercihlerini yaşayabilmeleri anlamına gelmektedir. Özellikle din özgürlüğü ahlaki, felsefi, hukuksal ve siyasi ilkeler çerçevesinde bu özgürlüğün baskıdan korunması kapsamında değerlendirilmektedir. Zira din, bireyin kendi özgür iradesiyle tercih ve işlem yapacağı özerk bir alan olup bu alanın korunması ideali din özgürlüğünün

temelini oluşturmaktadır. Din özgürlüğünün sınırları hukuk ilkeleriyle, dinsel teolojilerle, farklı felsefi yaklaşımlarla, vicdan ve inanç ölçütleriyle, toplumun genel kültürü, değer yargıları ve gelenekleri ile belirlenmektedir (Lindholm, 2004: 19-29).

Toplumlar siyasi bir örgüt yapılanması sergilediklerinde bu sınırlar çoğunlukla siyasi ve hukuksal ilkelerle belirlenmekte ve korunmaktadır. Din özgürlüğü ilkesi, hukuk kurallarına uygun belirli bir oluşumu, din özgürlüğü ise belirli bir siyasi düzende normalleşmiş bir olguyu ifade etmektedir. Demokrasinin hâkim olduğu siyasi oluşumlarda din özgürlüğü hukuk ilkeleri ile sınırlanmış ve güvence altına alınmıştır. Özellikle hukuka dayalı siyasi ve kamu otoritesi bu özgürlüğe saygı duymayı ve duyulmasını sağlamakla mükelleftir. Bu düzen de bireylerin din özgürlükleri için korumalı ve sınırlı özerk bir alan oluşturmaktadır (Kaboğlu, 2002: 360-382).

3.1.3.1. Din özgürlüğü ve değeri

Toplumlarda din özgürlüğünün değeri dinsel norm ve uygulamalarla belirlenmektedir. Bireyin kendi özgür iradesiyle seçtiği din ona göre doğru din olup onun kurallarını ve yaşam tarzını yaşayabilmesi din özgürlüğünün temel gerekliliğidir. Dışardan bir otorite tarafından dayatılan dine inanmak ve bu dinin kurallarına uymak din özgürlüğü değildir. Zira din özgürlüğünün değeri ve esası baskı ve otoriter tutumdan ayrıdır, ayrı tutulmalıdır. Örneğin bir dönem kiliseler tarafından vicdan özgürlüğü “çılgınlık” veya “ölümcül bir hata” olduğunu savunmaktaydı. Ancak kilise 1965 yılında İkinci Vatikan Konsili yayınladığı Din Özgürlüğü Bildirgesi ile din özgürlüğünün herkesin hakkı olduğunu bildirmiştir. Bu bildirmede din özgürlüğü: “*din özgürlüğü bireylerin dinsel ibadet ve tapınmalarını sivil toplumda yerine getirebilmeleri*” şeklinde tanımlanmaktadır (Evans, 2001: 26).

Her bireyin ve toplumun inandığı din kutsaldır ve değerlidir. Din hem bireysel hem de toplumsal anlamda mutluluğa, refaha, birlik ve dayanışmaya katkı sağlamak ve bu nedenle bu olguya büyük değer verilmektedir. Bu değer din özgürlüğü kavramını da etkilemektedir. Din özgürlüğü bu manevi ve toplumsal etkinliklerde önemli bir araç olup bu etkinliklerin özgürce yaşanması büyük önem taşımaktadır. Bu noktada dinsel ritüellerin yaşanabilmesi için din özgürlüğü önemli olmakta ve bu bağlamda değeri artmaktadır (Lindholm, 2004: 22-44). Dworkin’e (1978) göre bireylerin değer verdikleri konularda özgür olmalarının değerli olduğunu savunmaktadır (Dworkin,

1978: 315-327). Bir başka ifadeyle birey ve toplum dine değer verdiği ölçüde dinsel değeri vardır. Dolayısıyla din özgürlüğü de bu çerçevede değerlidir.

John Locke Hoşgörü Üzerine Mektup'unda din özgürlüğünün modern siyasal düşünce çerçevesinde normatif şekillendirmesinin örneklerini sunmuştur (Locke, 2005). Locke'a göre siyasal toplumda iç barışın sağlanması zorunludur. Bu çerçevede toplumda dinselliğin varlığı ve çeşitliliği karşısında iç barışın sağlanabilmesi ile ilgili stratejilerin değerini araştırmıştır. Bu stratejilerden birisi dinselliği siyasal baskıyla ortadan kaldırma girişimleridir. Bu tür girişimler modernliğe ilk geçişlerde denenmiş ancak baskı stratejisi kabul görmemiştir. Zira baskı içerikli eylemler, dinsel alanda başarısız sonuçlanmış ve hatta siyasal toplumun iç barışına da zarar vermiştir. Bu stratejilerden ikincisi araçsal bir değer taşıyan "hoşgörü" olgusudur. Baskının tam aksine bu olgu sayesinde toplumda dinsel çeşitlilik düzene girebilecek, toplumsal barış daha kolay gerçekleşebilecektir. Her ne kadar hoşgörü stratejisi siyasal riskler içerse de baskı olgusunun tehlikelerine kıyasla daha az zararlı hatta faydalı bir olgudur. Sonuç olarak Locke'un din özgürlüğüne ilişkin geliştirdiği önerme bireyin doğal haklarına dayalı normatiflik ve siyasal barışı temel alan araçsallık argümanlarını içermektedir. Bu önermeye göre birey veya toplumun din özgürlüğü her koşulda savunulmamaktadır, zira bu kavram araçsallık değerlendirmesi üzerine kurulmuştur. Çünkü her din veya dinsel argümanlar aynı hoşgörü çemberinde yer almamaktadır.

Tarihi gelişmelere bakıldığında dinsel ile ilgili özgürlüklerin toplumsal ve siyasi istikrarın sağlanmasında ve korunmasında önemli etken olduğu açıkça görülmektedir. Tersine din özgürlüğünün siyasi otoriteler tarafından baskı altına alındığı toplumlarda istikrarsızlığın ve iç çatışmaların yaşandığı görülmektedir. Hoşgörü olgusu da bu noktada din özgürlüğünü meşrulaştırmak için araçsallık değerlendirmelerine dayanarak işlevsellik görebilmektedir. Ancak bu sınırlılık, modern insan ve eşitlik hakları yönünden yetersiz ve eksik kabul edilmektedir.

Başgil (1996) din özgürlüğünün değerine yönelik araştırmalarında *din olgusunun beşerî hayattaki yerinin önemini vurgulamaktadır* (Başgil, 1996: 93). Başgil'e göre dinsellik ile ilgili çeşitlilik gerçeği karşısında bu türden yaklaşımları dikkate alındığında dinlerin değerini kabul eden bir yaklaşım daha kapsayıcı ve bütünleştirici olacak ve bu takdirde dinlerin değeri nispi olarak değerlendirilecektir.

Din özgürlüğünün değeri konusunda Arslan (2005a: 1) şu ifadeleri kullanmaktadır: *“İnanan insanların büyük kısmı için din yaşamı anlama ve anlamlandırmada en önemli kaynak olup insanların bu çerçevede özgürce inanma, inandığı gibi yaşama veya inanmama hakları bulunmaktadır”*

Bu ifadeler ışığında Arslan’ın ve Dworkin’in din özgürlüğü değerlendirmelerinde paralellik görülmektedir. Bu değerlendirmelerde özellikle insan hakları çerçevesinde din özgürlüğünün korunmasında önemli noktalar vurgulanmaktadır. Bunlar; “önemli değerler içeren dinsel anlamında özgür olma bu değerlerin gerçekleşmesinde önemli rol oynamaktadır, bütüncül özgürlük dinsel özgürlük olmadan sağlanamaz” şeklinde ifade edilmektedir.

İnsan haklarının hukuk normlarıyla korunması kapsamında yer alan dinsel özgürlüğün değeri dinin birey ve toplumların özgürlükler bütününe bir parçası olduğu görüşüne kabule dayanmaktadır. Bu şekilde insanların değeri ve din özgürlüğünün değeri birbiri ile ilişkilendirilmektedir. Dinsel çeşitlilik kabul gördüğünde hem insana verilen değer hem de din özgürlüğünün değeri artmaktadır.

Ancak tarihte çoğu zaman din konusunda özerkliklerinin sağlanması oldukça güç olmuştur. Dinsel çeşitlilik ve bu çeşitliliği kabullenme ve kabul ettirebilme bağlamında sürekli çatışmalar ve var olma savaşı yaşanmıştır. Bu savaşın nedeni sınırlılıkların herkes tarafından kabul edilen hukuk kuralları ile belirlenememesi, çeşitliliğe saygı gösterememe ve baskı ile özgürlüğü kısıtlamak olarak kabul edilmektedir. Çünkü toplumlarda birlikte yaşama zorunluluğu bireyin dinsel özerkliğinin esnek veya katı sınırlarını belirlemektedir. Çoğu zaman insanlar dinlerini başkaları ile birlikte yaşamaktadırlar. Bu kolektif yaşam da bir takım hukuk normlarını özellikle özgürlük ve özerk alanların sınırlarının belirlenmesinde gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda din özgürlüğünü sağlamak ve korumak için din özgürlüğü ilkesi sınır belirtmektedir: Bunlardan ilki “.” şeklinde ifade edilmektedir (Kaboğlu, 2002: 361-364).

Zorlama ve ayrımcılık din özgürlüğünün önündeki iki önemli engeldir. Siyasi veya toplumsal baskı din özgürlüğünü zorlayıcı ve ayrımcı politikalarla sınırladığı durumda çatışmaların yaşanması kaçınılmazdır. Bu nedenle din özgürlüğünün sınırları insan haklarını temel alan hukuk kuralları ile belirlenmelidir. Bu sayede

hukuk güvencesi dinsellik konusunda olası çatışmaların önüne geçmektedir (Sullivan, 1988:488).

3.1.3.2. Din özgürlüğü ve kurumsal güvenceler

Toplumsal yapılarda özgürlüklere ilişkin kurumsal güvenceler anayasalar ile sağlanmakta ve verilmektedir. Din özgürlüğüne ilişkin kurumsal güvenceler de yine anayasal düzenlemeler ve bazı kurumlaşma tipleri ile sağlanmaktadır.

Türkiye’de Anayasa’nın 24. Madde düzenlemesi ile din kurumu güvence altına alınmıştır. Din özgürlüğü inanç, düşünce, ibadet, eğitim gibi boyutlarda Anayasa ile güvence altına alınmaktadır. Anayasada Madde 10; “*Kanun önünde eşitlik*” başlığı altında ayrımcılık eylemlerine vurgu yapılmaktadır. Ayrıca “... *siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ...*” ifadesi ile din kurumlarının tanınma ve meşrulaştırılma seviyesinde güvence altına alınmaktadır. 1924 Anayasasında Madde 75’de yapılan düzenlemede “(h).” şeklinde olup daha sonra bu madde 3115 sayılı Yasa (05.02.1937) ile “..” şeklinde değiştirilmiş ve Anayasa’nın dini tarikatlarla ilgili hukuksal tanınma seviyesindeki güvence kaldırılmıştır. Madde 90’da belirtilen uluslararası hukuk düzenlemeleri de genel bir din kurumuna ilişkin güvenceyi pekiştirmektedir. Bu hukuki kurumsal güvence, sosyal-kültürel kurumların varlığını hukuken meşru sayma düzeyinde sınırlamalar getirmektedir (Kili ve Gözübüyük, 2000: 136).

Anayasanın genel olarak din kurumuna yönelik güvencesi, inanma, ibadet, kanaat, benimseme, ayinler ve eğitim boyutu ile tanımlanmakla birlikte dinlerin çoğuna uygulanabilmektedir. Ancak yeni dinsel ve inanç ile ilgili oluşumların bu çerçevede değerlendirilmesi her zaman ve her durumda mümkün olmamaktadır. Konu ile ilgili çeşitli örneklerde Danıştay’ın inançların 1587 sayılı Nüfus Kanunu (Mülga) (1972) Madde 43 anlamında bir “din” olup olmadıkları sorunu çerçevesinde aldığı kararlar bulunmaktadır. Bu çerçevede Danıştay Bahai inancının bir “din” olarak kabul edilemeyeceği yönünde ve benzer şekilde Yahova Şahitleri inancı konusunda da olumsuz karar vermiştir.

Yapılan araştırmalarda hukuk sistemlerinde din özgürlüğü konusunda yaygın olmayan dinsellik çeşitlerine daha az koruma sağladığı belirlenmiştir. Bu araştırmalar da AİHM ve İnsan Hakları Komitesi gibi kuruluşların dinsel çeşitliliği daha çok dikkate almalarına neden olmuştur. Özellikle AİHS Madde 9’a dayanarak

AİHM kararlarının çoğunda yaygın olmayan dinsel hakların korunmasına yönelik kararlar almıştır. Örneğin, Yahova Şahitliği gibi yeni dinler, Hristiyanlık, İslam Yahudilik, Sih dini, Budizm, Hinduizm gibi yerleşik dinlerle birlikte aynı kategoride değerlendirilmiştir. Wicca inancının AİHS Madde 9 kapsamında korunmasına yönelik başvuran kişi ya da kişiler bu inancın varlığını açıkça ortaya koyamadıklarını düşünen Komisyon kabul edilemezlik kararı almıştır. Bu bağlamda din özgürlüğünün korunmasına ilişkin 22 Sayılı Genel Yorumda; “*benimsenen ya da benimsenmeyen tüm inanç haklarının korunması*” şeklinde ifade edilmiştir (İnsan Hakları Komitesi MSHS Madde 18, 22 Sayılı Genel Yorum, Para. 2).

Yerleşik olmayan dinsel haklarda uygulanan ritüellerin ibadet kapsamında olup olmadığı hukuk kuralları ile belirlenmektedir. Bununla birlikte bazı coğrafyalarda yerleşik dinsel hak adı altında yapılan ama din tanımından dışlanan ritüeller bulunmaktadır. Bu tür ritüeller bazen yazılı uyarılar ile yasaklanmaktadır. Bu konuda 677 sayılı Yasanın Madde 1’de açıkça belirtilmektedir.

Anayasa Madde 174 (İnkılâp Kanunlarının Korunması) 07.11.1982 itibariyle yürürlükte bulunan hükümler önemli istisnalar kapsamaktadır. Bu yasa kapsamında tarikat faaliyetlerinin yasaklanması, tekke ve zaviyelerin kapatılması ve bu kapsamda yapılan faaliyetler yasaklanmıştır (Daver, 1954).

Ülkemizde hukukla korunan dinsel hak ile ilgili yorumlarda Alevi inancı konusunda sorunlar yaşanmaktadır. Bu nedenle Alevilik inancının hangi dinsel hak çeşidine, ne ölçüde ve nasıl dahil olduğunun hukuk kriterlerine göre belirlenmesi gerekmektedir. Günümüzde Alevi inancının hangi ritüellerinin ibadet niteliği taşıdığı, hangi mekanların ibadethane olduğu henüz hukuk çerçevesinde netlik kazanmamıştır. Alevi inancına mensup kişilerin eşitlik ve özgürlük beklentileri devam etmekte ve bu zümre hukuk sisteminde dinsel konularda eşitlik bağlamında sorunlar olduğunu düşünmektedir (“Alevi Kültür Derneği” 2009: 23-54). AİHM de kararında Alevi inancının AİHS 1. Ek Protokol Madde 2 ve Madde 9 kapsamında bir inanç olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, başvuruyu Madde 9 yönüyle incelemenin gerekli olmadığına kanaat getirmiştir. Mahkeme başka bir kararında, Alevi vatandaşın dini ile ilgili verinin nüfus kaydına işlenmesini aykırı bulması ile ilgili yaptığı başvuruda Sözleşmenin Madde 9 hükmüne aykırılık iddiası kabul edilmiştir.

Anayasa tarafından korunan dinsellik çeşidi laik devlet düzene uygun olan dinseliktir. Bu çerçevede dinselliğin meşru sınırlarının nerede başladığı ve bittiği tartışmalara neden olmaktadır. Bu sınır Madde 24/son'da “(d)evletin ... temel düzenini din kurallarına dayandırma” şeklinde belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi laiklik ile ilgili; “kişinin manevi değerleri toplumu etkileme seviyesine geldiği takdirde kamu güvenliğini koruma adına bazı sınırlamaların yapılabileceği” şeklinde yorum yapmıştır. Kararda bahsedilen “sınırlama” ise bu alanın tamamen kapatılması olarak anlaşılmış ve sonraki bazı kararlara bu şekilde yansımıştır.

Kaboğlu (2002), belirtilen bu sınırın siyaset ile çizildiğini şu şekilde belirtmektedir: “din toplumsal alanda sınırlı tutularak siyasi platformlara ve devlet yönetimine taşınmaması gerekmektedir” (Kaboğlu,2002: 371-372).” Bu çerçevede dinselliğin bireyin yalnızca iç alemiyle ilgili olmadığı, tüm sosyal çevresini de kapsadığını bu nedenle din özgürlüğünün koruma alanına sosyal etkinin de dahil edilmesi gerektiği görüşü benimsenmektedir (Kaboğlu, 2002: 361-362).

Ülkemizde Anayasada Madde 136 ile yapılan düzenlemede dinsel kurumlar güvence altına alınmıştır. Bu bağlamda 1024'te kurulan Diyanet İşleri Başkanlığı (DİB) 1961'den itibaren anayasal bir kurum niteliği taşımaya başlamış ve 1982 Anayasası'nda bu statü daha da geliştirilmiştir. Ayrıca 1983 yılında kabul edilen Kanun ile siyasal partilerin DİB'in Anayasasının 136. Maddesi'nde belirtilen konumunun değiştirilmesi girişimleri engellenmektedir. Bununla birlikte 2820 sayılı Yasa Madde 89'da kanunlar çerçevesinde DİB'in hukuksal statüsü belirlenmiştir (Gözaydın, 2009: 301-305).

Lozan Barış Antlaşması'nın bazı maddelerinde azınlık inançları için kurumsal güvenceler bulunmaktadır. Antlaşmanın Üçüncü Faslında (Akalliyetlerin Himayesi) bulunan 37-44. Maddelerinde gayrimüslim akalliyetler(e) korumalı bir statü, faslın 37-39. Maddelerinde eşit hak ve özgürlük güvenceleri, 40-43. Maddelerinde gayrimüslimlerin eğitim ve din işlerine dair güvenceler tanımlanmaktadır. Bu hükümler Anayasa Maddeler 2 ve 90/son maddeleri ile desteklenmektedir (Oran, 2005).

3.1.3.3.Din özgürlüğü ve laiklik, çoğulculuk, hoşgörü

Anayasa ile belirlenen temel haklar hukuk güvencesi ile korunmaktadır. Hukuk sistemi bireysel hakları, toplumsal kurum ve kuruluşları, sosyal statükoyu korumaya

yönelik Anayasal hakların bireysel ve toplumsal anlamda doğru ve yerinde kullanılmasını sağlamaktadır. Bu doğrultuda din özgürlüğü, öznel haklar ve nesnel sonuçları ile birlikte siyasal toplumun hukuksal düzenini etkilemektedir (Gören, 2000: 39-43). Bu etkiler kapsamında laiklik ve din özgürlüğü arasında güçlü bir ilişki bulunmaktadır. Cumhuriyet laik devlet yapısı ve Anayasa’da belirtilen kanunlar çerçevesinde din özgürlüğünü korunmasını içermektedir

Siyasal toplumlarda da din özgürlükleri ancak anayasal düzenlemelerle korunabilmektedir. Özellikle Avrupa Konseyi üyesi milletlerinde din özgürlüğü devlet din modeli çerçevesinde değil kişilere saygı ve eşitliği benimseyen bir anlayış çerçevesinde korunmaktadır (Ahdar ve Leigh, 2003). AİHM Sözleşme kapsamında tarafların din özgürlüğünü koruyabilmesi için “nötrlük ve tarafsızlık” (neutrality and impartiality) şartı getirilmektedir. AİHM ulusların geleneklerindeki farklılıklar da gözetilerek din özgürlüğünün kurumsallaşarak değil belirlenen standartların karşılanarak sağlanması gerektiği belirtilmektedir. Örneğin Komisyon 1985 yılında devlet kilisesi sitemini benimseyen İsveç aleyhine yapılan bir başvuruya dair kararında şu konuyu vurgulamıştır: “*devlet kilisesi faaliyetlerinin din özgürlüğü kapsamında özel güvenceleri içermesi, katılım veya ayrılmakta bireylerin özgür olması gerekir*”

Din özgürlüğü ve laiklik ile ilgili AİHM’nin Lautsi Büyük Daire’de görülen Lautsi davası ile ilgili geniş kitler arasında tartışmalar yaşanmıştır. Bu konuda pek çok Avrupa ülkesi hükümetleri, kuruluşlar, Avrupa Parlamentosu üye grupları davaya müdahil olmuştur. Daire kararına yönelik Mahkeme’ye çok sayıda görüş sunulmuştur (Lautsi/İtalya Büyük Daire para. 47-56).

Din özgürlüğü ile ilgili farklı ülkelerin ve komisyonların anayasal hukuk düzenleri incelendiğinde büyük çoğunluğunun bireylerin kendi iç dünyalarında tercih ettikleri ve yaşadıkları din özgürlüğüne tam bir dokunulmazlık tanıdığı, ancak dinsellik ritüel ve pratiklerin yaşandığı, uygulandığı sosyal çevre ile ilgili pek çok sınırlamanın yapıldığı görülmektedir (Lerner, 2000).

İnanç özgürlüğünün ve bu özgürlüğün hukuki güvencesinin en önemli sonucu dinsellikte çeşitlilik olup bu çeşitlilik çoğulculuk olarak nitelendirilmektedir. Çeşitlilik kavramı olgusal boyutu, çoğulculuk kavramı da çeşitliliğin normatif ve kurumsal boyutu ifade etmektedir. Bu bağlamda din özgürlüğünün kurumsal

yönünün kapsamı dinsel alanında çoğulculuk olgusuna bağlıdır. Ayrıca din özgürlüğünün olduğu toplumlarda dinsel alanında ve çeşitliliğinde çoğulculuk hâkim bir olgu olarak görülmektedir. Kamu perspektifinde çoğulculuğun önemli bir sonucu, tarafsızlık olgusu olup din özgürlüğünün ve çeşitliliğinin hukuk güvencesinde yaşanması ancak kamu otoritesinin tarafsızlığı ile mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda kamu otoritesine dinsel ayrımcılığı önleme konusunda büyük görev düşmektedir. Sonuç olarak insan haklarını koruyan ve gözetilen laik hukuk devletinde din özgürlüğü normunun kurumsal karşılığı dinsel alanında çoğulculuk ve kamu otoritesinin tarafsızlığıdır.

Kültürel alanda din özgürlüğü güvencesinin gerek ve yeter şartlarından birisi “hoşgörü” olgusu olup farklılıkların saygı gördüğü, sözlü, fiili veya psikolojik saldırıya uğramadığı kültürel bir metafordur. Siyasal anlamda hoşgörü farklı siyasi görüşlere, dini, sosyal ve kültürel farklılıklara dair yürütülen ılımlı politikayı ifade etmektedir. Michael Walzer (1998) tarafından geliştirilen hoşgörü modeline göre, hoşgörü olgusu kültürel normlar ve politikalar ile birlikte değerlendirilmelidir (Walzer, 1998). Walzer’e göre hoşgörü; farklı etnik, tarihi ve kültürel niteliklere sahip toplumların barış içinde birlikte yaşayabilmeleri şeklinde tanımlanmaktadır.

Walzer’in tanımladığı hoşgörü rejimleri tipolojisi ulusal devlet ve göçmen toplum şeklinde sıralanmaktadır. Bu rejimler ilk önce hoşgörüyü esas almaktadır. Bu rejimlerin ortak hedefi farklılıkların barış içinde bir arada var olması olup hoşgörünün boyutları ve sınırları da farklıdır. Farklı hoşgörü rejimleri ve tutumları arasında zorunlu bir karşılıklık yoktur.

Walzer’in tipolojisine göre Türkiye çokuluslu imparatorluktan ulus devlete geçen bir devlet olup çokuluslu imparatorluğun hoşgörü rejiminde çeşitli etnik, siyasi veya kültürel topluluklar hoşgörü çemberinde özerk ya da yarı özerk bir şekilde varlığını sürdürmüştür. Bu rejimde en önemli unsur toplulukların birbirlerine hoşgörülü davranmalarından çok hukuka uygun davranmaları daha da önemlidir. Walzer’e göre, uzun süren hoşgörü rejimiyle örnek bir ulus olup daha sonra olgunlaşan uluslaşma akımının etkisiyle ortadan kalkmıştır. İmparatorluğun içindeki farklı topluluklar kendi özerk yapılarıyla uluslaşmaya yönelmişlerdir (Walzer, 1997: 15).

Belirtilen tipoloji geçişine en iyi örneklerden biri olan Türkiye Cumhuriyeti’nde hoşgörü merkezli ulusal bir rejim benimsenmiştir. Walzer, farklılığa hoşgörünün

ulusal devletlerde daha az benimsendiğini belirtmektedir. 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması'nda Türkiye'deki tüm azınlık grupların hakları da belirtilmiştir. Ancak bu karar siyasi veya kurumsal mercilerin takdirine bağlı olarak işlemekte ve zaman zaman ihlal edilebilmektedir (Walzer, 1997: 15).

Genel anlamda hoşgörünün din özgürlüğü kavramıyla iki yönlü ilişkisi bulunmaktadır. Bunlar; bireylerin dinsellik konusunda baskıdan özgür olarak kendi iradeleriyle din ve inanç ile ilgili özgürlükleri hukuk kuralları ile korunduğu ölçüde hoşgörü rejimini belirlenmektedir. İkincisi ise hoşgörü rejimi hem din özgürlüğünü koruyan hukuk sistemini yönlendirmekte hem de kamu otoritesinin farklılıklara karşı tutumunu belirlemektedir.

3.1.3.4. Laik hukuk devleti ve din özgürlüğü

Laik hukuk devletlerinde insan haklarına saygı ekseninde din özgürlüğünü destekleyen ve onaylayan bir yaklaşım sergilenir. Hukuk devleti ilkesinin hedefleri; kamu otoritesinin hukuka bağlılığını sağlamak, bireyler için hukuk güvencesi sunmak ve insan haklarına saygıyı kapsamaktadır. Hedefler arasında uluslararası platformlarda önemli olan insan haklarına saygı kavramı ulusal ve uluslararası insan hakları hukuku kurallarının geçerliliğini içermektedir. Din özgürlüğüne yönelik insan hakları laik devlet hukukunun sınırlarını belirlemektedir.

3.2. Din Özgürlüğü Hakları

Türkiye'de Anayasa'ya göre “herkes” kavramı din özgürlüğünün temel kavramıdır Madde 24/1'de “açıkça herkes için din özgürlüğünün güvence altına alındığı” ifade edilmektedir. Bu tanımlama ışığında din özgürlüğü toplum açısından gruplar, tüzel kişiler, çocuklar ve yabancılar olmak üzere dört kategoriye ayrılmaktadır.

3.2.1. Grupların din özgürlüğü

Dinsellik konusunda özgürlüğü ifade eden din özgürlüğü toplumlarda bireysel ya da birlikte yaşanan bir olgudur. Bu nedenle özgürlüğün sınırları belirlenirken birlikte gruplar halinde yaşanan dinsel çeşitliliğin pratikleri ile ilgili normlara dikkat edilmelidir. Bu anlamda AİHS Madde 9 ve MSHS Madde 18 hükümlerinde dinsellik olgusunun “*bireysel y da toplum halinde*” yansımalarının korunması gerekliliği belirtilmektedir. Anayasamızda ise Madde 24'de dinsellik konusunun bireyselliği

veya kolektifliği belirtilmemiş olmakla birlikte madde dzenlemesinde özgürlük güvencesi kapsamında ifade edilen “*ibadet, ayin, din eğitimi*” gibi olgular çoğu zaman kolektif geręekleřtirilen eylemlerdir. Ancak bu kolektif eylemlerin din özgürlüğu ile ilgili öznel haklar seviyesindeki karşılığı net ve kesin olmamakla birlikte bu konu ayrı olarak hak özneliği konusuyla bağlantılıdır (Jones, 2008). Bu çerçevede grupların hak öznesi olabilme yeterliliği konusunda araştırmalar yapılmakta, ortak akıl birliği aranmaktadır. Kolektif özgürlükler kavramı dört durumla özetlenmektedir. Bunlar: (1) Bireysel olarak sahip olunan hakların birlikte kullanıldığı özgürlük modeli vardır. Kişilerin ibadet hakkını yerine getirmede bireysel hakları bulunmakla birlikte bu haklar gruplar için geçerli değildir. Anayasa Madde 24 kapsamında kendilerine tanınan özgür ibadet hakkını birlikte kullanmak için bir araya gelmeleri. Bu eylemde bireysel haklar vardır, grup olarak bir hak söz konusu değildir. (2) Bireylerin bir araya gelerek oluşturdukları grubun kolektif olarak sahip oldukları haklarla korunan bir özgürlük modeli bulunmaktadır. Bu şekilde grubun hak özneliği kazanabilmesi için tüzel kişiliğe sahip olmalıdır. Aksi takdirde birlik halinde değil birlikte hak özneliğinden söz edilir. (3) Grup bireyelerinin beraber sahip oldukları haklarla korunan modeldir. Beraber sahip olunan hak, bireysel olarak ayrı ayrı her bireyin sahip olduğu hakların toplamından başka bir durumu ifade etmektedir. Bu durumda grubun tüzel kişiliğe sahip olması gerekmemektedir. (4) Bireyler belirli nitelikler göre belirlenen sınıflandırmalara dahil olarak bazı haklar edinebilirler. Bu durumlar “*grup hakları*” olarak ifade edilmektedir. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (2006) Engelli Kişilerin Haklarına ilişkin makul dzenlemelerde bu tür haklar belirtilmektedir (“UN Treaty Collection”, 2022. Aynı Sözleşme Madde 2’de; “engelli bireyelerin hak ve özgürlüklerinin diğer bireyelerle eşit uygulanması gerektiği” ifade edilmektedir (Gül, 2008). Bir başka örnekte MSHS Madde 27 kapsamında dzenlenen “*azınlık grupların hakları*” bu tip kapsamında değerlendirilebilir (Lerner, 1991:15-16).

Kolektif bir boyut taşıyan dinsellik, bireyelerin çevrelerindeki kişilerden öğrendikleri, beraber yaptıkları ile oluşturdukları bir yaşama alanı olarak ifade edilmektedir. Yani dinsellik bireyin özgür vicdanında köklenmekte, başkalarıyla etkileşimi ile gelişmektedir. Dinsel ibadetlerin, inançların, ritüellerin, törenlerin ve temrinlerin öğrenilmesi ve uygulanması başkalarıyla birlikte eylemleri ve paylaşmayı gerektirmektedir (Krishnaswami, 1960). IHEB (1948) ile birlikte uluslararası insan

hakları hukukunda din özgürlüğü daha çok dikkat çekmiş ve bu konuda hukuk sistemlerine yansımalar olmuştur. AİHS Madde 9 ve MSHS Madde 18 bireysel ya da grup olarak inancı dışı vurma özgürlüğü çerçevesinde yapılabilecek hareketleri kapsamaktadır (Lerner, 1991:14-16).

Türk Anayasasında “Kişi Hak ve Özgürlükleri” başlığı altında din ve vicdan hürriyetine ilişkin düzenlemede; hak özneliğinin kolektif boyutu ile ilgili bir açıklama bulunmamaktadır. Buna göre ilgili maddede yalnızca bireysel bir hak olarak din ve vicdan hürriyetinin güvenceye alındığı ifade edilmektedir. Buna göre eğitim, tören gibi etkinliklerin her zaman, ibadet gibi etkinliklerin çoğu zaman kolektif öznelikle gerçekleştirilebileceği görülmektedir.

Türkiye’de hukuk sisteminde, tüzel kişiliği bulunmayan gruplara tanınan haklar ile ilgili Lozan Barış Antlaşması'nda istisnai düzenlemeler belirtilmiştir. Bu düzenlemede hakkın dört kategoriye ayrıldığı görülmektedir. Bunlar: “*Gayrimüslim azınlıkların kolektif hakları, gayrimüslim azınlık olup Türk uyruklarına ait bireysel haklar, tüm Türk uyruklarına ait haklar ve Türkiye’de meskûn herkese ait haklar*” şeklinde belirtilmiştir. Ayrıca bu maddenin dışında Madde 39’da “*Türk uyruklu herkese medeni ve siyasi haklarda eşitlik*” hakkı tanınmıştır. Bu maddeler haricinde “*eğitsel, dinsel ve hayır kurumlarının örgütlenmesi konusunda gayrimüslim azınlıklara verilen haklar*” şeklinde tanımlanmıştır (Madde 40, 41, 42, 43) (Altunpolat, 2005).

3.2.2. Tüzel kişilerin din özgürlüğü

Bireyler arasında bazı amaçlar çerçevesinde sürekli bir araya gelme isteğinin hukuk düzenince tanınması tüzel kişilik olarak adlandırılmaktadır. Hem kamu hem de özel hukuk ayırımının bulunduğu hukuk sistemlerinde sınıflandırılmaktadır. Türkiye hukuk sisteminde kamu hukuku, tüzel kişilerin kurulması veya sona ermesi yasaların verdiği yetkiye göre yapılmaktadır (AY Madde 123). Gerçek kişilerin sahip olduğu temel haklara tüzel kişilerin sahip olup olmadığı konusunda kesin bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak tüzel kişilerin hak ve ödev yüklenebilen hukuksal bir öznellik statüsünde bulunması dışlanmamaktadır (Özta, 2005: 32-330).

Türkiye’de Anayasa hukukunda tüzel kişilerin temel hak özneliği ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte ilgili durumlarda, Eski Medeni Kanun’un 46. Maddesi gereği düzenleme yapılmaktadır (Gören, 2000:66; Velidedeoğlu, 1969:113).

Türk Medeni Kanunu'nda 4721 sayılı yasada tüzel kişiler hakkında Madde 48'de; *“yaradılış gereği insana özgü niteliklerin dışında bütün hak ve borçlara ehil”* oldukları şeklinde yorumlanmaktadır (Zevkliler vd., 2008: 195). Temel hak özneliğinde tüzel kişilerin mülkiyet hakkı açısından bir sorun bulunmamaktadır. Benzer şekilde; Anayasanın Madde 35'de temel hakkın öznesini belirten "herkes" ifadesi hem gerçek hem de tüzel kişileri kapsamaktadır. Örnek bir davada Mahkeme, Türk Hava Kurumu'nun yeniden yapılandırılmasını amaçlayan düzenleme dernek kurma özgürlüğüne yönelik bir müdahale olarak değerlendirilmiştir.

Mülkiyet ve örgütlenme özgürlükleri alanlarında (konut dokunulmazlığı, ifade ve haberleşmenin gizliliği özgürlüğü, gibi) Anayasa Mahkemesi tüzel kişilerin hak özneliğini tanımaktadır. Konu ile ilgili olarak Anayasa'da 4721 sayılı Medeni Kanun'un 48. Maddesinde tüzel kişilerin hak ehliyetine ilişkin: *“tüzel kişilerin bireysel haklar dışındaki haklara sahip olabileceği”* şeklinde yorumlanmaktadır. Uluslararası hukukta ise AIHM tarafından *“tüzel kişilerin hak özneliğinin düzenleme metninde”* açıkça belirtilmiş ve *“mülkiyet hakkı ve bunun dışında bu tür lafzi açıklığın bulunmadığı örgütlenme”* ve *“din özgürlüklerinde tüzel kişilerin hak ve ifade özneliğini”* düzenlemeleri kabul etmiştir (“Birinci Ek Protokol” Madde 1; AIHS Madde 11-10-9). Ayrıca mahkeme *“kâr amacı gütmeyen örgütlenmelerle birlikte ticari şirketlerin de hak özneliğini”* tanımıştır (Harris vd., 2009: 443-548). Ayrıca Birleşik Krallık hukuk sisteminde Sözleşme Madde 8'de, *“tüzel kişinin özel alanı gerçek kişilerden farklı görülmemelidir”* şeklinde benimsenmiştir (Amos, 2006:356-357).

Anayasaya göre tüzel kişiliğin amaç unsuru ile tüzel kişilerin hak ehliyetinin özgül sınırları *“tüzel kişilerin bir amacının olması gerekmekte ve hak yeteneklerinin de amaçları ile sınırlı olduğu”* şeklinde belirtilmektedir. Bu sınırlılık Ultra vires olarak adlandırılmakta ve buna göre *“tüzel kişiler ancak amaçları çerçevesinde”* hak ve borç edinebilmektedir (Velidedeoğlu, 1969:114). Ultra vires'in, common-law sisteminde idare hukukunda ve ticaret hukukunda yetki aşımı durumlarında uygulama alanı olmuştur (Öztan, 2005:356-357). Anayasada ticari şirketler açısından yeni Türk Ticaret Kanunu ile bu ilke bırakılmış, *“ticari şirketlerin tüzel kişiler hak ehliyeti hükümlerine tabi olacakları”* şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca Yeni Türk Ticaret Kanunu ultra vires ilkesinin uygulaması sınırlandırılmıştır (Madde 371/2).

Tüzel kişiliğin çeşitli sivil veya siyasi yapılanmalarda niteliklerini belirleyen temel girdiler amaç unsuru olarak nitelendirilmektedir. Sonuç olarak tüzel kişinin hukuk sisteminde var olması veya sona ermesi birçok durumda “amaçla” ilişkilidir. Öyle ki “amacın” gerçekleşmemesi gibi durumlarda hukuk yoluyla dernek tüzel kişilik sona erdirilebilmektedir.

Tüzel kişilerle ilgili bir başka önemli durum “etkinlik yasağı” olup Anayasa Madde 30/a-b’de derneklerin tüzüklerinde belirttikleri amaç ve bu amaç kapsamındaki faaliyetler dışında veya Anayasa’da belirtilen suç eylemlerini gerçekleştirmemeleri gerektiği belirtilmiştir (RG 23.11.2004-25649). Yine Medeni Kanun Madde 90 düzenlemesinde paralel hükümler yer almaktadır.

Vakıflar, sendikalar ve siyasal partiler gibi tüzel kişilerle ilgili “amaçla sınırlılık” kavramına Anayasa Mahkemesi yer vermektedir. Bu doğrultuda Mahkeme “amaçla sınırlılık” kuralının Türk hukukunda geçerli olduğunu ifade etmiştir. Temel haklar açısından amaçla sınırlılık kuralına göre; *“tüzel kişilerin amaçları dışında temel hak korumasına alınmayacaklar”* şeklinde anlaşılmaktadır.

Kiliseler ve diğer dinsel, felsefi inanç temelli örgütlenmeler din özgürlüğü kapsamında özel olarak değerlendirilmelidir. AİHM’in din özgürlüğü içtihadında, *“tüzel kişilerin de doğrudan din özgürlüğü hakkına sahip oldukları”* belirtilmektedir (Harris vd., 2009:430). Ancak Komisyon, içtihadın ilk aşamalarında içtihat değişikliği yapılmıştır.

Din özgürlüğü hakları kapsamında tüzel kişilerle ilgili bir başka sorun, *“dini grupların tüzel kişiliğe sahip olabilmelerine”* ilişkindir. Bu konuda AİHM bir kararında 9. Madde güvencesinin hem 11. Madde hem de 6. Madde güvenceleri ile birlikte değerlendirmiş ve tüzel kişiliğin tanınmamasını bu üç maddenin ihlali şeklinde yorumlamıştır.

Türkiye’deki dinsel toplulukların tüzel kişilik sorunu ile ilgili Venedik Komisyonu 2010 yılında gayrimüslim azınlık toplulukları esas alan bir görüş yayımlamıştır. Görüş *“Müslüman gruplara da mutatis mutandis uygulanabilir”* niteliktedir. Ayrıca Komisyon, konuya ilişkin Avrupa standardı hakkında ulusal yaklaşımların çeşitliliği içinde şu şekilde sonuç bildirmiştir: *“Dinsel gruplar da kendileri adına hukuki işlem yapma hakları ve tüzel kişilik edinebilme imkanları bulunmaktadır”*.

Genel olarak uygulanan hukuki kararlar ışığında şu sonuçlar elde edilmiştir: “*Gerçek kişilerden farklı olarak din özgürlüğü yönünden tüzel kişiler bazı yapısal sınırlılıkları bulunmakta ve dinsel nitelikli hükümlerin sağladığı güvencenin kategorik olarak dışında tutulmamaları gerekir*”.

Din özgürlüğü hakkına ilişkin pozitif güvenceler belirli türde tüzel kişiler için özel sınırlamalar getirmektedir, ancak tüzel kişileri dışlamamaktadır. Anayasa Madde 24/2'ye uygun olarak tüzel kişilere kategorik olarak serbestçe icra edilebilecek bir tören düzenleme hakkı verilmektedir. Ancak bir cami yaptırma derneği tarafından düzenlenecek dini törenin organizasyonuna siyasi parti ilçe teşkilatının katılması uygun değildir. Bu değerlendirmede amaçla sınırlılık kuralı ve Anayasa Madde 24/son hükümleriyle düzenlenen laik devlet nitelikleri ile ilgili istismar yasağı ve kaideleri ölçüt olarak alınmıştır.

Genel olarak; “*devlet ve kamu tüzel kişiliği bulunan birimlerin bu yönde bir hak güvencesi yoktur, bunlar laik Cumhuriyet hukuku çerçevesinde yetkilere sahiptir*” şeklinde özetlenmektedir. Ancak kamu görevinin gereklerinden kaynaklanan fazladan sınırlamalar olabilmektedir (Dahlab/İsviçre; Manoussakis/Yunanistan; Kalaç/Türkiye).

3.2.3. Din özgürlüğü hakları çocuklar bağlamında

Çocukların din özgürlüğü Anayasa’da yer alan “herkes” veya “kimse” ifadeleri kapsamında yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi 1986 tarihli Semavi Dinler Kararında, din özgürlüğü hakkının öznesini “*ülke sınırların içinde yaşayan herkes*” olduğu şeklinde yorumlamıştır (RG 22.02.1987-19380). Anayasa’ya göre; “*din ve inanç nedeniyle çocukların ayrımcılık görmeme hakkı bulunmaktadır. Onların da kişilikleri ile ilgili dokunulmaz temel hakları ve din özgürlüğü hakları vardır (Madde 10,12,24)*” şeklinde yorumlanmaktadır. Bu sınırlılıkların çocukların temel hak özneliği açısından en genel meşruiyet çerçevesi Anayasa Madde 12/2 düzenlemesinde “*bireyin ailesine ve topluma karşı ödev ve sorumluluklarını temel hak ve hürriyetler çerçevesinde yer alır*” şeklinde özetlenmektedir (Uygun, 1992:53).

Anayasanın 24. Maddesi 4. fıkrasında din özgürlüğünde çocukları açıkça ifade eden düzenleme bulunmaktadır. Bu Madde ‘de din eğitimin çocukların yasal temsilcilerinin isteğine bağlı olduğu ifade edilmektedir. Yani din eğitim ve

öğretiminde çocuğun kendi isteği değil yasal temsilcisinin seçimi doğrultusunda karar alınmaktadır.

Konu ile ilgili Anayasa Madde 24/4 düzenlemesinde genelden özele doğru normlar belirtilmektedir. Zorlama yasağı ile ilgili düzenlemeler Anayasa Madde 24/3'te belirtilmiştir: *“hiç kimsenin din ve inanç benimsenmesi ve ibadetlere katılma konusunda zorlanamaz, kınanamaz, suçlanamaz”*. Bu hükmün kapsama alanında çocuklar da yer almaktadır.

Çocuğun din özgürlüğü kapsamında “velinin dini terbiye hakkı” ilgili uluslararası sözleşmelerde şu düzenlemeler yer almaktadır: AİHS Birinci Ek Protokol Madde 2 metnine göre; devletin uyguladığı eğitim faaliyetleri dışında ebeveynin kendi inanç ve felsefesine göre eğitim verme hakkı bulunmaktadır. MSHS 18. Maddenin 4. Fıkrasında ise taraf devletlerin çocuğun yasal vasilerinin dini eğitimle ilgili uygulamalarına saygı göstermeleri gerektiği vurgulanmaktadır.

1989 ÇHS Madde 14 metninde *“taraf devletlerin çocuğun din ve inanç özgürlüğüne saygı göstermeleri gerektiği”* ifade edilmektedir. İHEB (1948) Madde 14/2’de de çocuğun din ve inanç özgürlüğüne saygı vurgulanmıştır.

Anayasada 4721 sayılı Yasa Madde 339’da “velayetin kapsamı(na)” ilişkin şu “genel” hükümlerde; ebeveynler çocuğun bakım ve eğitimi ile ilgili çocuğun menfaatini gözeterek gerekli kararları almak ve uygulamakla yükümlü oldukları ifade edilmektedir.

Medeni Kanun 341. Maddede çocuğun dini eğitimi ile ilgili *“anne babanın çocuğun dini eğitimi belirleme hakkı bulunmaktadır”* ifadesi yer almaktadır.

Anayasanın 24. Maddesi’nde çocukların din özgürlüğü özellikle vurgulanmaktadır.

3.2.4. Din özgürlüğü (Yabancı)

Türkiye’de yaşayan yabancılar anayasal güvence altında olan din özgürlüğü haklarının öznesi konumundadır. Çünkü Anayasa’nın 24. Maddesi’nde belirtilen herkesin din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin hükmüne göre “herkes” ifadesi Türkiye Cumhuriyeti egemenliği altında yaşayan herkesi kapsamaktadır. Anayasa Mahkemesi de 1986 tarihli Semavi Dinler Kararı’nda da bu kabul vurgulanmıştır. Ancak ülkede yaşayan *“herkes”* ve *“ülkede yaşama”* kavramının sınırları hakkında kesin bir belirginlik yoktur.

Ayrıca Lozan Barış Antlaşması Madde 38'e göre *devlet olarak Türkiye Cumhuriyeti ülke sınırları içinde yaşayan herkesin* din özgürlüğünü korumayı taahhüt etmektedir (Altunpolat, 2005:84-85; Oran, 2005: 49-51). Ancak "*Türkiye'nin ahalisi*" kategorisine dahil olmak için bireyin ülkede yaşaması, giriş yapması, kısa veya uzun süre bulunması gibi şartlarla ilgi belirgin bir şart bulunmamaktadır. AİHS (1950) ve MSHS (1966) insan hakları belgelerine göre daha büyük bir belirginlik bulunmakta ve bildirilerde belirtilen haklar, taraf devletlerin sınırları içindeki herkesi kapsamaktadır. Hüküm gereği yabancılar hak öznesi olup istisnaları özel olarak belirtilmiştir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (1966-ESKHS) Madde 2'nin 2. ve 3. fıkralarında: "*Taraf devletlerin Sözleşme 'de belirtilen hakları hiçbir ayırım gözetmeksizin herkese uygulamak zorundadır*" şeklinde yabancıların genel hak özneliğinin bulunduğu belirtilmektedir.

Bu konuda İnsan Hakları Komitesi Sözleşmede (1986) yabancıların sahip oldukları hakların değerlendirildiği yorumu, 2004 yılındaki Sözleşme 'de tekrar yinelemiştir.

AİHM de AİHS dayanarak yorumda bulunmuştur. Türkiye ise konu ile ilgili MSHS'ye "*Anayasanın yasal ve idari düzeninin geçerli olduğu ülkesel sınırlar itibariyle*" ifadesiyle onaylayarak taraf devlet konumunda yer almıştır ("5851 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Üçüncü Beyan" 2003. Türkiye'nin konuya yaklaşımında AİHS ve MSHS hükümlerine benzer şekilde, "*devletin yargı yetkisi altında bulunan herkes*" olduğu benimsenmektedir. Bununla birlikte "din özgürlüğü ile ilgili konularda yabancıların i haklarının sınırlandırılması" ile ilgili uluslararası hukuka uygunluğu kabulü ve Anayasa 16. Maddesi yeterli görülmektedir.

3.3. Din Özgürlüğü Güvencesi Kapsamı

Genel olarak "Din Özgürlüğü İlkesi"; bireylerin dinsellik konusunda baskıdan özgür olmalarını güvence altına anayasal kuralların bütününe ifade etmektedir. Din Özgürlüğü İlkesi 'ne dayanan öznel haklar iki temel nokta çerçevesinde ifade edilmektedir. Bu noktalardan biri bireylerin kişilerin dinsellikle ilgili kazanımları olup bu kazanım analitik anlamda negatif ve pozitif kazanımlar olacak şekilde gruplandırılmaktadır. Genel olarak negatif kazanım özgürlüğü dinden özgürlük ve pozitif kazanım özgürlüğü dine özgürlük şeklinde tanımlanmaktadır. Kişiler öznel tercihlerine göre bir inancı ritüelleri veya ibadetleri çerçevesinde diledikleri şekilde yaşayabilirler. Öyle ki bu kazanım ve yönelimler kişiye veya inancın niteliğine göre

değişkenlik göstermektedir. Bu çerçevede dinsellik konusunda bireylerin özgür olmaları bu değişkenlerle birlikte özgürlük güvencesinin değişkenliğini de kapsamaktadır. Ayrıca dinden özgürlük kavramının en önemli özelliği “genellik” ilkesine dayanmasıdır. Bu bağlamda “dinden özgürlük”, tüm bireylerin benimsemediği inançlardan, dinlerden ya da gerçekleştirmek istemediği dinsellik uygulamalarından özgür olması anlamına gelmektedir. Ayrıca bireyler içselleştirdikleri inanç veya dinin gerektirdiği gibi yaşama konusunda farklı tutum ve davranışlar sergileyebilmektedir. Bu şartlarda bireylerin istemedikleri inanç veya dinsellikten uzak durma özgürlükleri dinden özgürlük, istedikleri inanca veya dinselliğe yönelme özgürlükleri dine özgürlük şeklinde ifade edilmektedir (Sapir ve Statman, 2005). Bu noktalardan ikincisi bireylerin dinsellikle ilgili

Bu eksenlerden ikincisi ise kişilerin dinselliğe ilişkin kazanımlarının gerçekleşme boyutu olup bu boyut bireylerin “iç evreni” ve “dış evreni” şeklinde gruplandırılmaktadır (Özenç, 2006). Herkesin bir iç evreni vardır; inanç ve düşünceler bu evrende yer alırlar, dışardaki kişiler bu evrende olanlar hakkında ifade veya diğer davranışlarını dışa vurduğu ölçüde bilgi sahibi olabilirler. Üçüncü kişiler tarafından gözlenebilir olan dış evrende davranışlar yer almaktadır. Bu bağlamda anayasal din özgürlüğü güvencesi bireylerin dinsellik konusundaki kazanımlarını hem iç ve dış evren hem de iki yönlü koruma altına almaktadır. Öyle ki hiçbir birey belirli bir inancı kabul etmeye zorlanamayacağı gibi, inancı kabul etmekten men edilemez

İç evren kapsamında bireylerin din özgürlüğü benimseme ve benimsememe şeklinde tanımlanmaktadır. Dış evren kapsamında ise din özgürlüğü bireylerin sergiledikleri çeşitli davranışlar biçiminde ifade edilmektedir. Günümüzde din özgürlüğünün dış evrendeki ifadesinin korunma kapsamının insan hakları genelgesi ve Anayasa’da uyumlu olduklarına dair belirsizlik devam etmektedir.

Din özgürlüğü kapsamında yer alan öznel haklar, bireyin dinsellikle ilgili kazanımlarının yansımalarını kapsamaktadır. Bu şekilde bireyler din ve inanç özgürlüklerini engellenmeden, zorlanmadan, suçlanmadan, kınanmadan ve ayrımcılığa maruz kalmadan yaşayabilecekleri hukuk güvencesine sahip olabilmektedir. Bu çerçevede bu güvence; bireysel haklar, üçüncü taraf için görev ve sorumluluklar, hukuksal düzende uyulması gereken kurallar ve dini örgütler için bazı yönlerden özerklik ve varlık güvenceleri gibi nitelikler taşımaktadır. Özellikle

bireysel dini alanlarda negatif kazanımlarının korunması “zorlanmama” hakkının gereğinden kaynaklanmaktadır. Yine bireysel dini alanlarda pozitif kazanımlarının korunması “engellenmeme” hakkının gereğine dayanmaktadır. Bir başka ifadeyle üçüncü tarafların saygı gerekliliği “zorlanmama” ve “engellenmeme” şartlarının temel niteliğini oluşturmaktadır. Kamu otoritesinin saygı ve saygıyı koruma görevi de dini inanç özgürlüğünde “zorlamama” “engellememe” ve buna izin vermeme anlamına gelmektedir. Bu kazanımlarla birlikte kişilerin herhangi bir inançlarından dolayı ayrımcılığa maruz kalmama, suçlanmama ve kınanmama hakları dinsel inanç özgürlüğünün gerekleri arasında yer almaktadır. Bu haklar bireysel pozitif ve negatif kazanımlar ile iç ve dış evrendeki bütün durumlar için geçerlidir. Bireysel dini inançlar yönünde bireylerin neye, nasıl inandıkları, ibadetlerini gerçekleştirme yöntemleri konularında kesinlikle ayırım, engelleme, suçlama veya kınama söz konusu değildir. Bunun sonucunda kamu otoritesinin bütün dini özgürlükten doğan bireysel hakları koruma, saygı duyma ve saygı duyulmasını sağlama görevinin icrası üçüncü tarafların hakları ihlal etmesini engelleyecek nitelikte olmalıdır.

3.3.1. Vicdan yargısı

Genel olarak dinsel ve maneviyat, vicdan yargısının egemenliğinin kabul edildiği alanlar olarak nitelendirilmektedir. Yalnız ileriki aşamalarda vicdan yargısı inanç çerçevesinde kanaat boyutundan davranış boyutuna geçtiğinde bu durumun toplumsal etkileri daha da belirginleşmektedir. Ancak bu belirginleşen durumlar sürekli değişerek kapsam yönüyle gelişmektedir. Bu sınırlar dahilinde toplumsal anlamda “vicdani ret” kavramı ilk olarak “zorunlu askerlik hizmeti” durumunda ortaya çıkmış olup daha sonra “genel normlara uyma görevi” ve “vicdani kanaatlerle bağdaşmaması sebebiyle bağışık tutulma” anlamına doğru çevrilmiştir. Toplumsal anlamda askerlik konusunda vicdani ret konusu dini inançlardan dolayı “öldürme” olayına tepki nedeniyle ortaya çıkmış olup daha sonra “dini inanç boyutundan sıyrılarak “şiddet eylemlerine tepki vicdani olgu” olarak benimsenmiştir.

Bu bağlamda “vicdani ret” olgusunun vicdan özgürlüğüne bağlı bir hak olarak değerlendirilmesi ulusal hukuk çerçevesinde gerekli olmuştur (“Ülke/Türkiye, Başvuru No: 39437/98” 2006). Değerlendirmeler sonucunda “vicdani ret” hakkı ve bu hakkın vicdan özgürlüğü güvencesi pek çok ulusal hukuk çerçevesinde kabul görmüştür. Bununla birlikte uluslararası hukukta ve sözleşmelerde bu hak ve

güvence açıkça yer almazken, bu konuda yargı içtihatlarında “vicdani ret” kavramı “vicdan özgürlüğü” kapsamında değerlendirilmiştir (Takemura, 2009).

Bu bağlamda MSHS İnsan Hakları Komitesi askerlik görevi için “vicdani ret hakkının” “vicdan özgürlüğü” olgusu dahilinde değerlendirmiştir, ancak taraf devletlere Madde 18’in bireylerin vicdani ret hakkını tanıması konusunda kesin bir hüküm belirtilmemiştir. Bu konuda Komite’nin yorumu: “...askerlik hizmetini yapmamış olmamaları sebebiyle vicdani retçilere karşı ayrımcılık yapılmamalıdır” şeklinde belirtilmiştir (“22 Sayılı Genel Yorumu, para. 11, 1993”; Scheinin, 2000:13-15).

Bu gelişmeler çerçevesinde “vicdani ret” hakkının ulusal hukuk düzeyinde kabul görmesi artarak özellikle Avrupa devletler hukuku Avrupa Birliği standardına” yönelmiştir. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın din özgürlüğüne dair Madde 10’da “vicdani ret” hakkı açıkça kabul edilmekle birlikte hakkın kullanılma normlarının belirlenmesi ulusal hukuka dayandırılmaktadır Burada kastedilen Madde 10’un ilk fıkrası, AİHS Madde 9/1 ile benzer olup yasalar çerçevesinde vicdani ret hakkı tanınmaktadır. Ayrıca Madde 10/2’de ulusal yasalar çerçevesinde vicdani veya dinsel nedenlerden dolayı askerlik yapmama hakkının tanınması gerektiği şeklinde belirtilmektedir.

AİHM ise Bayatyan (2011) davasındaki kararında “vicdani ret” ile ilgili yerleşik içtihadını değiştirmiş, “vicdani ret” hakkının Sözleşmenin 9. Maddesi kapsamında yer alan “vicdan özgürlüğünün korunması” ile ilgili ifadenin “vicdani ret” hakkını da kapsadığını benimsemiştir (Altıparmak, 2011). Bu karara benzer bir karar Yahova Şahitliğini ile ilgili Türkiye aleyhinde açılan davada alınmıştır Mahkemeye göre: *askerlik hizmetini yapmayı reddetmenin yasalara uygun olup olmadığı ile ilgili her bir davanın somut şartları dikkate alınarak çözülmesi gerektiği belirtilmektedir.* Bütün bu içtihatlarda “benimseme” eyleminin “içten ve köklü biçimde olması”, benimsenen inançların da “önem, ciddiyet, tutarlılık ve ikna edicilik taşıması” gerektiği vurgulanmaktadır. Ancak bu ölçütler soyut kavramlara dayandığı için kesin bir nitelik çerçevesi çizemez. Buna istinaden Mahkeme içtihadında, “içten benimsemenin” varlığının kabul edilmekte ve bu varsayım da bir “karine işlevinde” kullanılmaktadır.

Türkiye Anayasası'nda, Madde 72'de askerlik görevinin herkesin hakkı ve ödevi olduğu, bu konu ile ilgili yasal düzenlemelere riayet edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu düzenlemeye göre “askerlik hizmetine” alternatif olarak “kamu hizmeti getirilmesi” kabul edilmektedir. Bu düzenleme ilk kez 1961 Anayasası'nda belirtilmiş ve 1982 Anayasası'nda bu temel korunmuştur. Kabule göre “vatan hizmeti” istisnalar haricinde “zorunlu askerlik hizmeti” kabul edilmiştir (Sevinç, 2006: 304-306). Konu ile ilgili 1993 yılı 4613 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda ve Madde 5/2'de birden fazla uyruğu bulunan vatandaşların askerlik görevi ile ilgili hususlar belirtilmektedir.

Bunun anlamı; birden fazla uyruğa mensup vatandaşlar askerlik hizmeti yapılmış sayılmışsa bu durum Türk hukukunda da bu şekilde kabul edilecektir. Konu ile ilgili başka bir istisnai durum belirtilmemiştir. Vatan hizmeti ile ilgili “1927 tarih ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu” Madde 1 ve Madde 10'da askerlik görevinin zorunlu olduğu ve muaf durumlarda belirtilen şartların yerine getirilmesi takdirde bu görevden muaf sayılmaları ile ilgili hükümler düzenlenmiştir. Bu bağlamda ulusal hukuk normlarına ve içtihatlarına göre askerlik görevi ile ilgili vicdani ret hakkı kabul edilmemektedir (Mızrak, 2008: 139-155). Ayrıca Türk Hukuk sisteminde AİHM'nin Bayatyan ve Erçep kararlarında belirtilen vicdani ret ile ilgili nasıl bir içtihat uygulayacağı henüz netlik kazanmamıştır.

Bireysel maneviyatı aşan bir konuda, askerlik hizmetine karşı vicdani ret hakkının tanınması, insanın vicdanının yargısına aykırı davranmaya zorlanamamasına ilişkin istisnai bir güvence olarak görülmektedir. İnançın gereklerini yerine getirmeme, inancın yasakladığı eylemleri gerçekleştirme inanca aykırı eylemler arasında yer almaktadır. Bununla birlikte öldürmemeye ilişkin dinsel buyruğa göre hareket edilmesi, kürtaj uygulamasında tıbbi görev almaktan kaçınmak vicdani haklardan sayılmaktadır. Konuya örnek olarak ABD'de yaşayan Amish topluluğuna mensup kişilere “sekizinci sınıftan sonra örgün eğitime devam zorunluluğu” ile ilgili karşıt olarak topluluğun inançları gözetilerek “vicdani ret hakkı” verilmiştir. Bu karar topluluğun din özgürlüğünü kısıtlayıcı unsurların oluşmasına istinaden verilmiştir (Evans vd., 2001: 168). Bir başka örnekte Avrupa'da Birleşik Krallık Lordlar Kamarası trafikte motosiklet kullananların kask takma zorunluluğu ile ilgili düzenlemede inancından dolayı türban takan kişilerin din özgürlüğünün istisnai durum gerektirebileceğini kabul etmemiş fakat benzer davada AİHM'de alınan

kararda, bu konuda “*ayrıntılı istisna*” tanımlaması yapılmıştır (Hill, 2005: 1152-1158). Benzer bir durumda İnsan Hakları Komitesi (1994) kararında, “*din inancı gereği marihuana kullanmayı narkotik maddelerle ilgili suçlara ilişkin ulusal ceza yasası hükümlerine bağışık hale getirmeyeceği*” şeklinde yorum bildirmiştir. Türkiye’de ise “vicdani ret” hakkının tanınmasının Anayasa Mahkemesi’nin “eşitlik içtihadına göre haklı bir nedene dayanma veya kamu yararına uygunluk” şeklinde ifade edilmektedir (Evans, 2001:198-200). Sonuç olarak “*kişinin inancı nedeniyle muaf olması*” durumu ulusal ve uluslararası hukuk sistemlerinde sınırlı bir çerçevede değerlendirilmiş olmakla birlikte konu ile ilgili genel kanaat; “*bu tür muafiyetlerde ceza hukuku normlarının uygun olmadığı*” yönündedir (Witte, 2005; Gedicks, 2005: 1242-1254).

Vicdanla ilgili davalardan birinde “vergi sorumluluğuna vicdan ve dini kanaatlar çerçevesinde karşı çıkılamayacağı” hükmü kabul edilmiştir. AİHM (1983) C./Birleşik Krallık kararında silahlanma harcamalarının ulusal genel bütçe giderleri kapsamında bulunmasına karşı çıkan bir başvuruda Komisyon 9. Madde’ye göre “vicdan özgürlüğü hakkının ihlal edilmesi” şeklinde hüküm bildirmiştir. Türkiye’de “eşitlik içtihadı ile ilgili temel çizgileri Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “... *kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz..*”

Anayasa Mahkemesi bir davada “genel düzenlemelerin getirdiği normlara uyma görevini” inanç normlarına aykırı olması çerçevesinde “eşitlik ilkesine” daha şekilci seviyede yorum getirmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme yükseköğretim kurumlarında inançları gereği türban kullanma serbesiyetisine dair verdiği kararda, başka dinsel inançlar karşısında bir inanca fazladan ayrıcalık tanındığı ve bu durumun eşitlik ilkesiyle çeliştiği gerekçesiyle laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olduğu yönünde hüküm bildirmiştir. Verilen bu kararlarda Mahkemenin başvurduğu gerekçede “kamusallığın dinseliliğin belirleyiciliğinden korunması” amacı vurgulansa da bu karar destekleyici olmaktan ziyade engelleyici bir hüküm içermektedir (Özsunay, 2005).

3.3.2. İç ve dış evren

Çağdaş din özgürlüğü çerçevesinde dinsellikle ilgili yaklaşımlar hem ulusal anayasalarda hem de insan hakları ile ilgili uluslararası belgelere göre iç ve dış evren

olmak üzere iki ayrı düzlemde değerlendirilmiştir. Bu bağlamda bireyin dış evrenindeki din özgürlüğü sınırlı ve ölçülü iken iç evrende mutlak bir özgürlük anlayışı benimsenmektedir. Öyle ki dış evren güvencesi dinselliğin bireysel ya da kolektif, özel ya da kamusal ibadet, eğitim, inancını yayma gibi dışavurumlu eylemleri kapsarken; iç evren güvencesi kişinin öz inancından dolayı engellenme, zorlanma, suçlanma, ayrımcılığa maruz kalma ve kınanma gibi durumlarla ilgili eylemleri içermektedir. İki evren güvencesi de genel bir din özgürlüğü güvencesi içermektedir (Öktem, 2002:318-337).

Din özgürlüğüne ilişkin Anayasanın 24. Maddesi düzenlemesinde bireylerin iç ve dış evrenlerinde bir çizgi olduğu, bu çizginin farklılıkları ayırttığı belirtilmektedir. Bireylerin iç evreninde benimsedikleri inanç ve kanaatleri ile ilgili herhangi bir anayasal sınır söz konusu değilken dış evreninde gerçekleştirdiği dışa vurumlar ve eylemlerle ilgili anayasal sınırlamalar bulunmaktadır. Bu yasal kabullenmeler çerçevesinde AIHS ve MSHS benzer düzenlemeler vurgulamıştır. Genel olarak benimsenen bu görüşlerde; din veya inanç özgürlüğü ile ilgili bireysel hakların sınırlanamayacağı, din veya inancını dışa vurma ve eylemlerle gerçekleştirme hakkının yasalarla sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir. Türk Hukuku'nda Anayasa Mahkemesi içtihatlarında din özgürlüğü bu görüşlere paralel düzenlemelerle değerlendirilmektedir. Mahkemenin (1971) “Din Hizmetleri Sınıfı Kararı”nda din özgürlüğünü iki seviyeli korumaya yönelik geliştirilen laiklik tanımında: “....., *kamu düzenini güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama, (...) niteliklerinden oluşmuş bir ilke*” şeklinde ifade edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi iç evreni din ve inancın bireylerin manevi hayatına ilişkin kısmı (inanç), dış evreni ise bireylerin içinde bulunduğu toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin kısmı şeklinde ayırmıştır. Özellikle bu ayırmda birey ya da bireyin dinselliği değil de “din” terimi tercih edilmiş olup “din” olgusu bir kısmı mutlak ve diğer kısmı sınırlı olacak şekilde güvenceye alınmıştır. Başka bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi din özgürlüğü içtihadında kurumsal hak boyutuna öncelik vermektedir. Genel olarak bireyin benimsediği ya da benimsemediği din veya inancı ile ilgili olarak kınanması, suçlanması iç evrendeki din özgürlüğünün, inanç veya din izharında bulunmaktan veya bulunmaktan dolayı kınama veya suçlama yasağı dış evrenle ilgili din özgürlüğünün korunması ile ilgilidir. Dış evrenle ilgili korumalar

kişinin ifade özgürlüğü kapsamında yer almaktadır. AİHM (1976) ‘nin Handyside kararından itibaren yerleşik kabulü, “*demokratik toplumlarda ifade özgürlüğünün işlevsel olması gerektiği*” şeklinde özetlenmektedir. AİHM üç ayrı davada “*bireysel ifade özgürlüklerinin çoğunluk dinine mensup bireyleri incitebilecek özelliği*” sebebiyle ifade özgürlüklerini sınırlayıcı kararlar almıştır. Mahkeme bu sınırlama kararlarını AİHS Madde 10/2’de ifade edilen “*herkesin haklarının korunması*” kapsamında almıştır. Bu davalarda Mahkeme’nin sınırlama gerekçesi “*kişilerin iç evrende inanç özgürlüğünün korunması*” şeklinde yorumlanmıştır.

İnsan Hakları Komitesi 22 Sayılı Genel Yorumu’nda din, vicdan, ibadet ile ilgili özgürlüklere dair hükümler belirtilmiştir (22 sayılı Genel Yorum, para. 4).

Türk hukuk sisteminde 1961 ve 1982 Anayasaları’nda belirtilen dinsellik izhar yöntemleri; “*ibadet, ayin, din eğitim ve öğretimi(dir)*” şeklinde belirtilmektedir. Bununla birlikte 1961 Anayasasında, dış evren özgürlüğü ile ilgili pozitif kazanımlara yönelik düzenlemede, “*kamu düzenine ve genel ahlaka uygun olan ibadet ve ayinlerin serbest olduğu*” belirtilmiş olup bu durum 1982 Anayasasında “*14. madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî ayin ve törenler serbesttir*” şeklinde ifade edilmektedir. Aynı zamanda Anayasada belirtilen temel haklar genel rejimi 14. Madde hükümlerine aykırı olmamalıdır. Bu bağlamda düzenleme: “*din eğitimi ve öğretimi bireylerin kendi tercihlerine, çocukların da yasal vasilerinin tercihlerine bağlıdır*” şeklinde belirginleşmektedir. Madde 19/4 (1961 Anayasası)’de de benzer hüküm yer almaktadır.

Anayasa (1982) Madde 24’te belirtilen hükümlerde “*ibadet ve ayinler*” ve “*din eğitimi*” şeklinde iki küme izhar biçimi tanımlanmıştır. Ancak uluslararası hukuk düzenlemelerinde yer alan “*inanca ait yükümlülükleri yerine getirme*” kısmının Madde 24’te karşılığı bulunmamaktadır. Ayrıca Anayasa Madde 24/2’de belirtilen “*serbestlik normunu*” tanımlayan metin ile aynı maddenin 3. fıkrasında “*zorlama yasağı ile ilgili*” tanımlar birbiriyle örtüşmektedir. Yani sonuç olarak, din seçimi ve ibadetler serbest olduğu gibi, bu konuda kimse zorlanamaz. MSHS Madde 18 korumasında bulunan dışa vurum ritüellerine dair İnsan Hakları Komitesi içtihadı ile Anayasa’nın Madde 24’te tanımlanan dış evren güvencesinin kapsamı birbirine benzerlik göstermektedir. Madde 24’ün maddenin gerekçesindeki ifadede “*inancın yükümlülüklerini yerine getirme ya da getirmeme özgürlüğü*” yorumu bu ifadeyi

desteklemektedir. Bu maddeye göre din ve vicdan hürriyeti; “*kişi inancı gereklerini yerine getirme konusunda suçlanamaz*” şeklinde ifade edilmektedir.

Türk hukuk sisteminde “*din özgürlüğü çerçevesinde dışa vurum biçimlerinin korunmasına yönelik*” Yargıtay'ın 1986 tarihli Yahova Şahitleri Kararında belirtilen içtihatla konu geniş kapsamlı değerlendirilmiştir. Genel anlamda Yargıtay yorumu ile uluslararası insan hakları hukukunda yerleşik yorumla benzer olup bu içtihat din özgürlüğü güvencesinin yerleşik olmayan inanç modellerinin korunmasına yönelik hususlarda aşındırılması riskine karşı önemli bir konumda yer almaktadır.

Genel olarak hem ulusal hem de uluslararası hukukta din özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesine yönelik iç ve dış evren ayrımı ile bireysel pozitif ve negatif kazanımların kolaylık sağladığı düşünülmektedir. Bu bağlamda “din ve vicdan özgürlüğü hakkı”, temelde “bir özgürlük hakkı” olduğu için benimseme ve reddetme tutumları aynı ölçüde korunmaktadır. Dolayısıyla din özgürlüğü güvencesinin konusu ile kapsamı arasında bağlantı sağlanırken bu ayrım bir köprü işlevi görmektedir.

3.3.3. Dine özgürlük ve dinden özgürlük

Birey ve toplumların dinsellikle ilgili durum ve eylemleri benimseme ya da benimsememe bağlamında özgür olmaları ile dinsellikte baskıdan özgür olmaları aynı anlama gelmektedir. Anayasal hukuk alanında din özgürlüğünün temel hak terimleriyle korunması bireylerin dinsellik unsurları karşısında negatif ya da pozitif kazanımlarının olduğunu göstermektedir. Bireylerin din benimseme ve uygulama haklarını vurgulayan pozitif boyut “dine özgürlük” kavramını, din benimsememe ve uygulamama haklarını vurgulayan negatif boyut ise “dinden özgürlük” kavramını ifade etmektedir. İki kavram arasındaki en önemli fark; “dinden özgürlük” kavramı herkes için her durumda, “dine özgürlük” kavramı ise sadece bir dini benimseyen ve uygulamak isteyenler için anlamlı ve geçerli olmasıdır. Bu bağlamda birey “bir din benimserken” diğer dinler konusunda “dinden özgürlük” hakkının devam etmesi “dinden özgürlük” kavramının önemini artırmaktadır. Ayrıca din özgürlüğünün kapsamında hem “inanma ve uygulama hakları” hem de “inanmama ve uygulamama hakları” yer almakta ve bu durum ulusal ve uluslararası hukukta da oldukça yaygın benimsenmektedir. Ancak uluslararası hukukta genel özgürlük normundan türetilebileceği görüşü kabul eden bir anlayış hakimdir.

Genel olarak ulusal ve uluslararası hukukta “din özgürlüğüne” dair belirlenen bireysel haklar hem dine özgürlük hem de dinden özgürlük boyutları çerçevesinde engellenmeme ve zorlanmama hakları olarak ifade edilmektedir. Bu bağlamda bireyler hem iç hem de dış evrenlerinde istedikleri dinselliğe yönelmekten engellenmemeli; istemedikleri dinselliğe yönelmeye zorlanmamalıdır. Bu nedenle din özgürlüğü güvencesinin kuruluşunda “engellenmeme ve zorlanmama hakları” kesinlikle bulunmaktadır. Ayrıca din özgürlüğü güvencesi ve hakları, dinsellik alanının korunmasını içermektedir. Dolayısıyla bu boyutlar tamamlayıcılık çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Anayasa Madde 24’ün 3. fıkrası “*bireylerin dinsellik benimsemeleri ve bu kapsamda dışavuruma zorlanmalarını*” yasaklamaktadır. Öyle ki bu yasak, kapsamlı bir güvence olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda hukukla tanınan din özgürlüğü güvencesi hem negatif hem de pozitif kazanımların korunması çerçevesinde incelendiğinde Madde 24’ün güçlü güvenceler getirdiği görülmektedir. Ancak Milli Eğitim’de ilk ve orta öğretimde din kültürü ve ahlak dersinin zorunlu dersler kategorisinde yer almasında Madde 24/4’ önemli bir istisnai durum söz konusudur. Dinsellik kavramının eğitim sisteminde yer alması bazı sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Bu doğrultuda AİHM Türk Milli Eğitim Sisteminde zorunlu dersler arasında bulunan güvenceye aykırı olduğu hükmünü belirtmiştir. Bu görüşün dayanağını ise şu koşullarda belirtmiştir: “*ders içeriğinin belirli din uygulamalarına odaklanmaması ve böylesi durumda da derse katılım zorunlu olmamalıdır*”. Bu koşullara göre okullarda resmi olarak uygulanan eğitim öğrenciye bir inancın telkininden uzak olmalıdır. Örnek bir davada Mahkeme; uygulamanın nesnellik, çoğulculuk ve tarafsızlık içermediğini, dolayısıyla yukarıda bahsedilen koşullar sağlanamamakla birlikte eğitim sistemindeki bu uygulama inanç özgürlüğünün ihlal edildiğini göstermektedir. Ayrıca bu konuda Danıştay içtihadı da aynı yönde gerçekleşmiştir. Danıştay AİHM'nin içtihadını ve AİHS güvencelerini göz önünde bulundurarak dersin içeriği ile ilgili “Anayasa Madde 24/4 çerçevesinde değerlendirme yaparak ilgili dersin “*din eğitimi ve öğretimi*” niteliğinde olduğu kararını vermiştir.

Ayrıca Danıştay bu kararında “Anayasa Mahkemesinin Birinci İmam-Hatip Kararı'nda” belirttiği yorumu da dikkate almıştır.

Bununla birlikte MSHS Madde 18’de belirtilen “dinsel alanda inanç özgürlüğü güvencesini” dikkate alan İnsan Hakları Komitesi “*okullarda din eğitiminin ayrıcalıklara yol açmaması ve bu konuda çeşitli muafiyetler sunması*” gerektiği şeklinde görüş belirtmiştir.

Anayasanın 24. Maddesi’nde “dine özgürlük” kavramı ile pozitif boyut yönünden sınırlı ve katı bir koruma vurgulanmıştır. İlgili Maddede “dinsel eğitimin devlet gözetiminde yapılması” gerektiği belirtilmektedir. Ancak düzenleme metninde yayma, vecibeleri yerine getirme ve uygulama hakları belirtilmemiştir.

Yine aynı konuda Anayasa Mahkemesi içtihadın 24. Madde’nin dış evrendeki normları açısından değerlendirilmiştir. Mahkemenin yorumunda: “*dinin toplumu ilgilendiren hususlarında sınırlamalar yapılması*” şeklinde ifade etmiştir. Yargıtay içtihadında ise “inancını izhara ilişkin” 24. Maddede belirtilen haklar açıkça belirtilmemiş ve bu doğrultuda geniş anlamda kabul edilmiştir

Sonuç olarak Türk hukuk sisteminde Anayasa Madde 24 “dinsellik ile ilgili eylemlerin çeşitliliğini kapsayıcı yorumlama” yönüyle kapalı değildir

3.4. Din Özgürlüğü Haklarının Yükümlüsü

Din özgürlüğüne ilişkin haklar çerçevesinde bireylerin “herkesin birbirinin inancına saygı gösterme ve birbirini inancı konusunda zorlamama ve suçlamama” gibi görev ve sorumlulukları bulunmaktadır. Bu çerçevede kamu otoritesinin “bireylerin din özgürlüğü haklarını koruma” koruma yönünde hukuksal anlamda birtakım sınırlandırmaları ve yaptırımları bulunmaktadır. Bu bağlamda öncelikle temel hak normlarına uygunluk hukuka normlarının ve hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında mutlaka değerlendirilmelidir. Türk hukukunda temel hak normları ile ilgili olarak esas alınan temel düzenleme Anayasa Madde 11 düzenlemesidir. Bu düzenlemeye göre Anayasa hükümleri ve belirlenen haklar hukuk sisteminde bulunan herkesi kapsayıcı niteliğe sahiptir. Bu durum bütün özgürlüklerde olduğu gibi “din özgürlüğünde” de bağlayıcı niteliktedir. Fakat bağlayıcı hükümlerin sonuçları devlet ve üçüncü kişiler ayrımı çerçevesinde değerlendirilmektedir.

3.4.1. Devlet otoritesi, saygı ve tarafsızlık

Bireylerin din özgürlüğü haklarının yükümlüsü her durumda kamu otoritesidir. Bu otorite mevcut hakları hem çiğnememe hem de çiğnenmesine izin vermeme sorumluluğunu taşımakla birlikte bu sorumluluk Anayasa Madde 2’de belirtilmektedir. Anayasa ve laik hukuk sistemi kamu otoritesine icraatları ve yaptırım gücü ile hukuk ve insan hakları çerçevesinde din özgürlüğünü korumayı esas kılmaktadır. Anayasa Madde 11 gibi bağlayıcılığı hükümleri devletin Anayasa’ya riayet görevini belirtmektedir. Bununla birlikte kamu otoritesi olarak devletin hiçbir yaptırımı “din özgürlüğüne” dair belirlenen anayasal sınırları ihlal etme yetkisine sahip değildir. Öyle ki devletin esas görevi Anayasa’nın 11. Madde ’sine göre herkesin anayasal haklara saygı göstermesini ve kurallara riayet etmesini sağlamaktır. Kamu otoritesi, Anayasa 10. Madde ’ye göre “inanç ve din konularında ayrımcılık yapmama” ve 15. Madde ve 24/3'teki düzenlemeye göre “suçlama ve kınama yasaklarına riayet etmek ve ettirmek” ile yükümlü merciidir. Ayrıca bu yükümlülükler ulusal ve uluslararası hukuk normları ve sözleşmelerle desteklenmektedir. İlgili madde ve metinler arasında ulusal anayasal düzenlemeler, uluslararası bildiriler ve anlaşmalar bulunmaktadır. Özetle “*din ve vicdan kapsamında kimse zorlanamaz, suçlanamaz*”, ayrıca kamu otoritesinin yaptırımları din özgürlüğünün sınırlandırılmasına ve korunmasına dair hükümlerle paralel olmak zorundadır. Anayasa Madde 24’e göre “*din özgürlüğünün sınırları anayasal sınırlılık hükümleriyle*” belirlenmektedir. Ancak yabancı uyruklu vatandaşlar için Anayasa Madde 16 tek başına uygulanabilir, bu bağlamda yabancıların din özgürlükleri uluslararası hukuk çerçevesinde yasayla sınırlandırılabilir.

Din özgürlüğüne saygı çerçevesinde kamu otoritesinin görevi üçüncü kişilerin saldırılarını önlemeye yöneliktir. Bu bağlamda devletin saygı görevi (ödevi) “Devletin pozitif yükümlülükleri ve üçüncü taraflar” başlığı altında değerlendirilmiştir.

Devletin laik Cumhuriyet yönetimine uygun olarak tarafsızlığı “devletin bireysel din özgürlüğü haklarına saygı ödevi” gerekliliği olarak kabul edilmektedir. Öyle ki kamu otoritesi olarak devletin “toplumdaki farklı inançlara karşı tarafsızlığı” laikliğin gereklilikleri arasında sayılmaktadır. Bu bağlamda “laik devletin dinsel anlam taşımaması” devletin tarafsızlık ilkesinin esasları arasında yer almaktadır.

Uluslararası hukuk ve insan hakları normları çerçevesinde “din özgürlüğünü saygı görevi devlete tarafsızlık ödevi yüklemektedir” şeklinde belirtilmektedir.

AİHM'nin din özgürlüğü içtihadı şu şekilde belirtilmektedir. Avrupa'da Lautsi/İtalya davası dinseliliğin siyasal yeri konusu ile ilgili tartışmalar geniş yankı uyandırmıştır. Davada hem mahkemenin yorumları hem davacının iddiaları hem de taraf ülkenin savunmaları tarafsızlık-laiklik ve din özgürlüğü-tarafsızlık ilişkilerine farklı yorumlar getirmiştir. Davada Büyük Daire taraf hükümetin Madde 9 kapsamında yükümlülüğünü belirlemek ve uygulanıp uygulanmadığını saptamak için uygulamanın laiklik niteliğini değil tarafsızlık niteliğini sorgulamış ve sonuçta Madde 9 ihlali olmadığını belirlemiştir. İnsan Hakları Komitesi MSHS'nin din özgürlüğü hükümlerini “*tarafsızlık*” çerçevesinde yorumlamıştır (22 sayılı Genel Yorum, para. 10).

AİHM de insan hakları ile ilgili yorumlarında, “*taraf devletlerde din ve inanç çeşitliliğini dikkate alarak belirli bir inanç modelini empoze etmekten kaçındığı ve insan hakları normlarını ön planda tuttuğu*” görülmektedir (Evans, 2001:18-22, 204, 208). Bu şekilde “tarafsızlık kavramına”, bu asgari standardı saptamaya yönelik belirlenen bir anlam yüklenmiştir. Bu tespitler ışığında tarafsızlık kavramı, “*düşünce, vicdan ve din veya inanç özgürlüğünün sağlanması için devletlerin yerine getirmeleri gereken ödevlerin asgari standardı*” şeklinde tanımlanmaktadır. AİHM, Lautsi ve diğerleri/İtalya davasında yalnızca AİHS güvenceleri kapsamında bir denetim yapmış, ilgili ülkenin anayasal laiklik hükümlerinden doğan güvencenin uygunluk denetimini yapmamıştır. Bu konuda Mahkeme: “*Okullarda haç bulundurulmasına ilişkin düzenlemenin laiklik ilkesine aykırı olmadığı*” şeklinde görüş bildirmiştir. Benzer şekilde Mahkeme “laisizm” ile ilgili başvuruda laisizmi bir inanç kabul etmiş ve bireylerin laisizm inançlarına saygı haklarının ihlal edilip edilmediğini denetlemiştir.

AİHS ve MSHS'ne göre; “*inanç ve din konusunda ayrımcılık yapmama devletin tarafsızlık ilkesinin*” bir gereğidir. Bu çerçevede MSHS Madde 2/1'e göre: “*taraf devletler Sözleşme 'de belirtilen insan hak ve özgürlüklerine dair hükümleri tarafsızlık ilkesi çerçevesinde gerçekleştirmekle yükümlüdür*” şeklinde özetlenmektedir. Bununla birlikte AİHS Madde 14'e göre: “*Sözleşmede tanımlanan hak ve özgürlükler hiçbir konuda ayrımcılık yapmadan yerine getirilmelidir*” şeklinde ifade edilmektedir. Sonuç olarak Sözleşmelere göre; taraf devletlerin her ne

sebeple olursa olsun din ya da inanç nedeniyle ayrımcılık yapmaları yasaklanmıştır. Özellikle AİHM Madde 14 içtihadında, “*ayrımcılık ile ilgili denetim yapılabilmesi için hususun Sözleşme ‘de yer alması gerekmekte*” ve “*muhit testi (ambit test)*” gibi bir ölçütle değerlendirme yapmaktadır. Daha açık bir ifadeyle; “*Sözleşme muhitinde yer alan hakkın kullanılmasında ayrımcılık yapılmaması gerektiği*” şeklinde özetlenmektedir (Harris vd., 2009:580-581).

Daha sonra AİHS’de 12. Ek Protokolün yürürlüğe girmesiyle, “*taraf devletlerin görev ve sorumlulukları hukuk sisteminde bireylere tanınan tüm hakları kapsamaktadır*” hükmü geçerli olmuştur. Bununla birlikte MSHS Madde 26’da hukuk önünde eşitliği ve ayrımcılık görmeme hakkını düzenleyerek kabul edilen hükümlerle Sözleşme ‘de tanınan haklar dışında da eşitlik güvencesi tanınmaktadır MSHS 26. Maddesinde de benzer şekilde ifade edilmektedir.

İnsan Hakları Komitesi MSHS'nin 2., 3. ve 26. Maddelerine yönelik hükümlerle düzenlenen ayrımcılık yasağını, 18 Sayılı Genel Yorumu’nda “herhangi bir statü ve durum gözetilmeksizin bütün hak ve özgürlükler herkese eşit dağıtılmalıdır” şeklinde özetlenmektedir.

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’nin tarafsızlık kavramı ile ilgili kesin bir yorum bulunmamaktadır. Mahkeme’nin tarafsızlık yorumu örnek içtihatlarda ortaya çıkmaktadır. Bu örnek davalardan birinde Anayasa Mahkemesi’nin 1995 tarihli İkinci Din Hanesi kararına göre Mahkeme’nin laik devlet içtihadında tarafsızlık yorumunun biçimsel tarafsızlık kavrayışı ile uyduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi söz konusu dava kararında; “din ve inançlar konusunda “dinini” kelimesinin genel bir kategoriye işaret ettiğini ve bu nedenle ayırım söz konusu olamaz” hükmünü belirtmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi yükseköğretim kurumlarında öğrencilerin kıyafetlerine ilişkin kararlarda maddi tarafsızlık karşısında biçimsel tarafsızlığı savunma yönünde karar vermiştir. Yüksek öğretim kurumlarında öğrenci kıyafetlerine ilişkin kararlar şu şekildedir:

- 1989 tarihli Birinci Türban Kararında; *yüksek öğretim kurumlarında baş örtüsü takma ile ilgili yasal düzenleme belirli bir dini inancı yansıttığı gerekçesiyle eşitlik ve laiklik ilkelerine aykırı*” nitelendirilmiştir.
- 1990 tarihli İkinci Türban Kararında; “*bu durum Anayasaya aykırı olamaz*” yönünde bir karar vermiştir

- 2008 tarihli Üçüncü Türban Kararında; “konu ile ilgili anayasa değişikliği Anayasaya aykırı kabul edilmiştir” ve bu doğrultuda iptale kararı vermiştir

Bu kararlarda görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarındaki tarafsızlık yorumu ile “bireysel dini bilginin kimlik kartına işlenmesine dair” davalarda sergilediği yorum birbirine paralel olup tarafsızlığın maddi kavranışına kapalı hüküm verilmiştir.

Ayrımcılık ve tarafsızlık yasağı hukukta eşitlik normu çerçevesinde değerlendirilmektedir. Eşitlik normu, “bireylerin hak ve özgürlükleri kapsamında ayrımcılık yasağını” öngörmektedir. Bu şekilde “farklı niteliklerin” farklı muamele sebebi olmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Bu temeller “korunan temel” olarak da adlandırılmakta ve cinsel yönelim, engellilik gibi tercih veya durumlar korunan temeller arasında yer almaktadır. Bu korunan temeller, farklılıkların kabul gördüğü ya da nötr karşılandığı insanların farklı olma haklarının korunduğu alanları ifade etmektedir (FRA, 2010); Harris vd., 2009: 607).

AİHM'in ayrımcılık içtihadında din ve inanç, etnik köken, cinsiyet ayrımcılığı gibi durumlarda hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık bulunduğu davalar bulunmaktadır. Sonuç olarak doğrudan veya dolaylı ayrımcılık çerçevesinde din ya da inanç temelinde tanımlanan bir alanda aleyhte sonuçlar oluşturacak uygulamalar yapılamaz (Harris vd., 2009: 612-613).

3.4.2. Devletin pozitif yükümlülükleri ve üçüncü taraflar

Toplumlarda din özgürlüğü ile ilgili temel hak hükümler yalnızca kamu otoritesine bağlı olmamakla birlikte toplumun tamamını ilgilendirmektedir. Özellikle dinsellik içerikli pozitif veya negatif öğeler bireysel ve toplumsal hayatın tamamını etkilemektedir. Bu çerçevede inancı veya görüşleri nedeniyle ayrımcılık görmeme, zorlanmama, kınanmama ya da engellenmeme şeklindeki hukuksal ve toplumsal güvenceler hem bireysel hem de toplumun diğer fertlerini etkileyen kurallar taşımaktadır. Bireyin din özgürlüğünün korunması amacıyla başka kişilerin özgürlüklerine bazı sınırlamalar yansımaktadır.

Toplumlarda anayasal hukuk tarafından belirlenen ve din özgürlüğünü de kapsayan temel hak ile ilgili hükümler hem birey devlet hem de bireyler arasında da görev ve sorumluluklar doğurmaktadır. Hukuk kurallarının üçüncü şahıslar üzerindeki bu görev ve sorumluluk etkisi “yatay etki” olarak tanımlanmaktadır. Alman Anayasası

hükümlerinde geliştirilen yatay etki kavramı farklı ülkelerin anayasal hukuk sistemlerinde ve özellikle AİHM içtihadında da kabul görmüştür. Yatay etki kavramı “temel hakların ikili karakteri” çerçevesinde belirtilen “nesnel düzen normu işlevinin” bir parçasıdır (Alexy, 2002:351-365; Harris, 2009: 18-21). Yatay etkiye örnek olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Lüth kararında, konu şu şekilde değerlendirilmiştir: “*Anayasal hükümler hukukun tüm hükümlerinde geçerlidir, özel hukuk normları da dikkate alınmalıdır*” (BVerfGE 2007, 198, 204; Kanadoğlu, 2000:19-20).

Bununla birlikte kişiler arası ilişkilerde insan haklarının korunması görevi kapsamında yatay etki uluslararası insan hakları hukukunda yer almaktadır. AİHS 1. Madde’sine göre; “*taraf devletlerin Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlükleri tanınması*” şeklinde ifade edilmektedir. Taraf devletlerin bu maddede bahsedilen hakları tanıma ile ilgili taahhüdü, AİHM’ne göre “negatif ve pozitif yükümlülükler” şeklinde tanımlanmaktadır.

Birleşmiş Milletler kapsamında insan hakları koruma sistemi içinde insan haklarının korunması kavramının devletlere yüklediği görevin içeriği saygı gösterme, koruma ve gerçekleştirme şeklinde ifade edilmektedir. MSHS 2. Maddede: “*hakları sağlamak ve korumak için tedbir almak*” şeklinde tanımlanmıştır. Burada kastedilen saygı gösterme negatif yükümlülüğe, koruma ve gerçekleştirme pozitif yükümlülüğe karşılık gelmektedir (Harris vd., 2009:19; Koch, 2005).

Türk hukuk sisteminde “*üçüncü şahıslar açısından din özgürlüğünün temel hak ve hükümlerinin bağlayıcı niteliği*” Anayasada Madde 11/1 düzenlemesinde açık bir şekilde belirtilmektedir: “*Anayasa hükümleri (...) kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*” (Kanadoğlu, 2000:30). Bu çerçevede Anayasa hükümlerinin kişileri bağlayıcılığı doğrultusunda farklı sonucu vardır. Bu sonuçlardan ilki Anayasa Madde 12/2 ve Madde 14/2’de belirtilen “*kişilerin anayasal hakları başkalarının anayasal haklarıyla sınırlıdır*” sonucudur. Bahsedilen diğer sonuçlar ise “*ceza ve özel hukuk bağlamında*” belirtilmektedir.

3.4.2.1. Üçüncü tarafların görevleri ve ceza hukuku alanı

Din özgürlüğüne ilişkin hakların üçüncü kişilere görev ve sorumluluklar yüklemesi, yani ceza hukuku alanında kamu otoritesine pozitif yükümlülükler getirilmesi ile ilgili hükümler; 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (RG

12.10.2004 – 25611) “hürriyete karşı suçlar” kısmında yer alan 122. Maddesinde düzenlenen “din ve inanç ayrımcılığı yapma” ile 115. maddesinde düzenlenen “din ve inanç özgürlüğünü engelleme” suçları şeklinde sıralanmaktadır (Bayraktar, 1983).

Türk Ceza Hukuku’nda 5237 sayılı Yasayla yer alan “*ayrımcılık*” 122. Maddede ayrıntılı şekilde belirtilmiştir (“5237 sayılı Yasa, Gerekçe”).

Ayrıca Ceza hukukunun tehdit hükümleri hakkında 5237 sayılı TCK Madde 106’da ceza yaptırımları belirtilmektedir.

Özgürlüğe karşı işlenen suçlardan olan din özgürlüğünün kullanılmasını engelleme suçu, neden olan unsurlarda cebir veya tehdit bulunmasından dolayı bu suçun oluşumunda cebir veya tehdit suçlarından ayrıca ceza kesilmeyecektir. Cezanın takdirinde, 5237 sayılı TCK Madde 119’da sayılan ağırlaştırıcı sebeplerle ilgili hükümler dikkate alınacak ve “*kasten yaralama varsa bu konudaki cezai yaptırımlar uygulanacaktır*”

765 sayılı mülga Ceza Kanununun Madde 175 düzenlemesinde kişilerin inancından doğan pozitif yükümlülüklerini üçüncü tarafların kınama, tahkir veya alay etme gibi müdahalelerine karşı korunmaktadır. Madde 115 yalnızca dinsel inançların değil, aynı zamanda “*felsefi, siyasi, sosyal inançların*” özgürce benimsenmesini ve dışavurumunu da ceza yaptırımıyla koruma altına almaktadır.

Bununla birlikte Anayasa’da 5237 sayılı Ceza Yasasının başka bölümlerinde din özgürlüğünü koruyucu nitelikte maddeler bulunmaktadır.

Uluslararası hukukta ve sözleşmelerde kişilerin ifade özgürlükleri üzerinde dinsel nefret ifadelerinin cezalandırılması ile ilgili hükümler yer almaktadır. Bununla birlikte Komite dinsel inançlara saygısızlık ifadelerinin yasaklanmasını, 20. Madde’de belirtilen türden ifadeler dışında, Sözleşme’ye aykırı bulmaktadır (“34 Sayılı Genel Yorum, para. 48”).

3.4.2.2. Üçüncü tarafların görevleri ve özel hukuk alanı

Özel hukuk alanında temel hak hükümlerinin bağlayıcılığı, Anayasa’nın, medeni hukukun ve borçlar hukukunun sözleşme hükümleri ile yasa uygulayıcıların takdir yetkisine ilişkin hükümler ile temellendiği kabul edilmektedir (Kanadoğlu, 2000:30-35). Bununla birlikte Kanadoğlu (2000)’a göre; “*hâkimin takdir yetkisini Medeni Kanun Madde 4 kapsamında hakkaniyete uygun olarak kullanırken durumun*

gereklerini ve haklı sebepleri Anayasada yer alan temel hakların ve ilkelerin ışığında somutlaştırarak belirlemesi” gerekmektedir.

Anayasa'nın din özgürlüğüne ilişkin temel hak normları; tarafından önelere haklar, taraflara görev ve sorumluluklar ve hukuk sistemine korunması gereken değerler ve uyulması gereken sınırlar belirlemekle birlikte önel hak normu, nesnel düzen normu ve kurumsal güvence uygulamalarını gerçekleştirmektedir. Bu bağlamda sonraki bölümde kamusal alan ve din ilişkisi değerlendirilecektir.



4. KAMUSAL ALAN VE DİN İLİŞKİSİ

Modernizm kavramı insanlığın yaşadığı değişimler sonucunda ortaya çıkmış ve bu oluşumla birlikte kamusal ve özel alan kavramları toplumsal hayatın merkezine yerleşmiştir. Bu bağlamda ortaya çıkan ve gelişen kavramlardan biri olan “aydınlanma” oldukça önemli bir süreç olup sosyal ve ekonomik sonuçları nedeniyle akılcı devrimin alt yapısı çerçevesinde modern toplumun entelektüel temellerini meydana getirmiştir. Aydınlanma, 18. yüzyılda Fransa’da, aklın işlevsel özelliğinin daha önemli kabul edildiği bir dönemde toplumsal değerler ve kurumların eleştirilmesini esas kabul eden entelektüel bir hareket olarak tanımlanmaktadır. Aydınlanma akımının amacı, hurafe ve mitlerden oluşan ve kötü kabul edilen eski geleneksel düzenden, iyi ve özgürleştirici olduğu kabul edilen aklın egemen olduğu bir sisteme geçebilmek için faydalı olabilecek her türlü akılla somutlaştırılan ilkeleri ve felsefi toplumsal düşünceleri topluma benimsetmektir. Aydınlanma kavramı ile kamusal alanda din olgusunun yeri ve önemi daha da belirginleşmiştir. Bu felsefeye göre bireyin kendi hayatını yönetebilmesi ve yönlendirebilmesi için aklın ve bilimin egemenliğini kayıtsız şartsız kabul etmesi gerekmektedir (Karadağ, 2006).

Esasında din özel alana ait bir olgu olup kamusal alanda aklın ve bilimin önderliğinde metafizik olgu olmamasından dolayı yer bulamamıştır. Öyle ki kamusal alanda aydınlanma felsefesine dayalı rasyonel bir akıl yürütme şekli hakimdir. O nedenle bu alana akıl dışı olguların dahil edilmesi mümkün değildir. Din doğası gereği özel bir olgu olup bu sınırların dışına çıkarak kamusal alanda değerlendirilemez. Tarihsel süreçte Batı’da din ve kilise tüm alanlarda aktif bir olgu durumunda iken bu tabular yıkılmış yerine kamu merkezinde burjuvazi denilen yeni bir toplumsal düzen gelmiştir. Yılan dini tabuların yerine burjuvazi aydınların akılcı tarafı olmuştur. Yani burjuva erdemi dini hakikat anlayışının yerini almıştır. Daha sonra kamusal bir topluluk konumuna gelen burjuvazinin gelişip iktidar gücü elde etmesiyle birlikte din sınırlı özel bir alanda sıkışıp kalmıştır. Özel alanda din unsurunun en önemli boyutları ahlak ve vicdan olarak belirginleşmiştir. Ancak

modern bilimin ve felsefenin gelişmesiyle din unsurunun yer aldığı özel alan oldukça sınırlı kalmıştır (Köroğlu, 2014).

Kamusal alanda din unsurunun varlığı, etkisi ve algılanma biçimi Avrupa ve Amerika'da yaşanan reformlardan etkilenmiştir. Yenilikçilik, akılcılık ve Aydınlanma akımlarının etkisiyle Liberal demokrasilerde özellikle iki yaklaşım bulunmaktadır: İlk yaklaşım örneği görülen Birleşik Krallık 'ta yaygın olan çok kültürcü yaklaşımdır.

Orta çağ dönemine damga vuran kilise ve devlet ilişkisi bu akımlar sayesinde son bularak yeni modeller gelişmiştir. Bu modellere göre kesin ayırım yapılmalıdır. Benimsenen dini inanç devlet düzeninden uzak tutulmakta, diğer modelde ise İskandinav ülkelerinde ve İngiltere'de olduğu gibi 'sembolik' anlamda bir yapılanma uygulanmaktadır. Bu iki yaklaşım farklı noktaları vurgulamakla birlikte "dini toplulukları, demokratik devleti, dini ve siyasal alanların ayrımı "gibi bazı temel varsayımları kapsamaktadır (Taylor, 2011: 34; Hogan, 2006: 4-5; Trigg, 2007: 131). Bu modellerin dışında kalan İsrail'de ise gerçek anlamda seküler bir devlet yapısı bulunmamaktadır. Burada söz konusu ülke dini uygulamaları desteklemekle birlikte dinî kurumları resmi olarak tanımaktadır. Din özgürlüğünün bir parçası olarak İsrail'de evlilik, boşanma gibi hem toplumsal hem de bireysel uygulamalar dini hukuk ve dini kurumlar aracılığıyla yapılmaktadır. Bununla birlikte devlet, dini hizmetler sunan dini konseylere, dini okullara ve dini mahkemelere maddi destek sağlamaktadır.

Araştırmacılar eşitlik, özgürlük, dayanışma temelli farklı dünya, din ve inanç görüşleri arasında uyumlu ve sağlıklı kurabilmek adına farklı görüşler bildirmişlerdir. Örneğin Rawls gibi araştırmacılar dinden tamamen soyutlanmış olan bir rasyonaliteyi ön plana çıkaran laik sistemi savunmuştur. Ancak Taylor bu yaklaşımı, " bahsedilen laiklik anlayışının evrensel ilkeler belirleyemeyeceği " konusunda eleştirmiştir. Ona göre her dinin, modernizm ve kamusal alan olguları ile farklı boyutlarda ilişkisi bulunmaktadır. Kamusal alan söz konusu olduğunda söz konusu olan bütün öğeleri, kamusal anlamlandırma ve tanımlama çerçevesinde farklı önermeler sunmaktadır. Bu durum belirtilen ilkeleri üst otorite çerçevesinde yukardan aşağıya empoze etmek eşitlik ilkesini zedeleyebilir. Başka bir ifadeyle bazı inanç ve dini grupların doktrinlerini eşit bir şekilde fark etmek mümkün olmayabilir (Taylor, 2007: 35-36; Butler, 1997: 70).

Genellikle din inancının her alanda yer aldığı role ilişkin değerlendirmeler “.” kavramının kapsamında gerçekleşmektedir. Ancak bu konuda esas önemli konu dinin işlevinin boyutlarının ve etkilerinin belirlenmesidir. Bu konuda Taylor’ın “dinlerin modernite ile farklı ilişkileri” yorumuna göre özellikle İslam dininin Batı dünyasının katı evrelerini geçme düşüncesi doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü Avrupa’da din ve inanç ile ilgili çeşitli sorunlar yaşanmaktadır. Örneğin Danimarka’da Müslüman mezarlığı istenmesi, Almanya ve İtalya’da cami yapılması, Fransa’da örtünme özgürlüğünün talep edilmesi Batı’da Müslümanların yaşadığı sorunlar arasında yer almaktadır. Taylor’a göre “Müslüman topluluklarda yaşanan sorunların temelinde laiklik anlayışı” bulunmaktadır. Bununla birlikte laiklik din-devlet ilişkisine dayanan bir olgu olarak kabul edilse bile aslında laiklik demokratik devletin çoğulculuğa vereceği doğru tepkiye dayanmaktadır (Foret ve Schlesinger, 2007: 188; Bhargava, 2011: 4; Messner, 2008: 133-134; Taylor, 2006: 36; Trigg, 2007:10).

4.1. Sekülerizm, Laiklik ve Demokrasi

Tarihsel süreçte çok araştırmacı din, siyaset, sekülerizm ve liberal demokrasi ilişkisini araştırmıştır. Bu araştırmalarda çeşitli model ve teoriler geliştirilmiştir. Günümüzde sekülerizm ve liberal demokrasi arasındaki ilişkinin boyutları ve birbirine etkileri, liberal demokrasinin sekülerizmi hangi boyutta gerektirdiği ile ilgili tartışmalar hala devam etmektedir (Hashemi, 2007: 1-20; Trigg, 2007:190-191).

Tüm dünyada din ve dinamikler farklı olsa da din konuları kapsayan eğitim, sağlık ve insan hakları büyük ölçüde benzerlik taşımaktadır. Ancak özellikle siyasal liberal devletteki rolüne ilişkin tartışmaların değerlendirilmesine olanak sağlamıştır. Bu da “sekülerizmin demokrasinin temel şartı olduğu” kabulünün sorgulanmasına neden olmuştur (Hogan, 2009:4; Casanova, 2011:3).

Seküler düşüncenin bir yansıması olarak inanç ve devlet işlerinin ayrı tutulması felsefi bir fikrin ürünü olarak kurumları birbirlerinden ayırma eğilimidir. Demokrasi ve sekülerizm ilişkisinde bu iki kavramın var olabilmek için birbirlerine gereksinim duyup duymadığı konusunda iki yaklaşım bulunmaktadır. Bu yaklaşımlardan biri Robert Dahl, Juan Linz, Jose Casanova’nın temsil ettiği “demokrasinin gelişmesinde sekülerizmin ön şart kabul edilmemesi” eğilimidir. Diğer yaklaşım ise savunan Tocqueville, Rawls, Ackerman, Rorty ve Taylor’ın temsil ettiği “din-devlet ayrımının gerekli olduğu” yaklaşımıdır. Bununla birlikte Alfred Stepan, bu iki

yaklaşımına alternatif olarak “dinin kamunun dışında bırakılması ve hoşgörü yaklaşımının benimsenmesi gerektiği” yaklaşımını savunmaktadır (Stepan, 2001: 213-253; Casanova, 2011: 5; Trigg, 2007:30).

Amerika Birleşik Devletleri’nde kuruluş yıllarından itibaren dinlere geniş bir ibadet özgürlüğü verilmiştir. Ancak Avrupa’da bu durum çok farklı olup siyasi sistemin dinsel veya seküler güçlerle topluma baskı uygulaması olarak algılanmıştır. Bu bağlamda sekülerlik/laiklik ilişkisi koruyucu kalkan olarak öne sürülmektedir. (Casanova, 2011:16; Tocqueville,2007: 308; Hashemi, 2009:7-8).

4.2. Kamusal Temsil Aracı Olarak Din

Hebarmas’a göre; dinler kamuoyunun ortak eğilimleri ile şekillendirmesi amaçlanmaktadır (Çiğdem, 2004: 507). Bu düşünce ve beklentiler sekülerleşme kuramı ile açıklanmaktadır. Sekülerleşme kuramı; “dinin, inanan bireylerin özel alanlarına bırakılmasını ve böylece onu kapalı bir cemaat alanına indirgemeyi tavsiye eden düşünceye” dayanmaktadır.

4.2.1. John Rawls

Liberal gelenekten gelen Amerikalı bir siyaset felsefecisi olan John Rawls (1921-2002)’in tanımladığı “Adalet olarak adalet teorisi” eşit temel haklara sahip olan ve eşitlikçi bir ekonomik sistem içinde iş birliği yapan özgür vatandaşlardan oluşan bir toplumu tanımlamaktadır. Siyasal liberalizm teorisi, bir demokraside siyasal gücün meşru kullanımını araştırır ve özgür kurumların izin verdiği dünya görüşlerinin çeşitliliğine rağmen sivil birliğin nasıl devam edebileceğini tasavvur eder. Halkların hukuku üzerine yazıları, kalıcı olarak barışçıl ve hoşgörülü bir uluslararası düzen yaratmayı amaçlayan liberal bir dış politika ortaya koymaktadır. Rawls, adaleti ilk olarak 1971 tarihli A Theory of Justice (Adalet Teorisi) adlı kitabında sistematik bir şekilde adalet olarak ortaya koydu. Rawls, yaşamı boyunca adaleti hakkaniyet olarak yeniden işlemeye devam etti, Politik Liberalizm (1993), Halkların Yasası (1999) ve Adalet Olarak Adalet (2001)’deki teoriyi yeniden ifade etti.

Avrupa’daki din savaşları ve mezhepsel çatışmalar liberal anlayışın ortaya çıkmasında büyük rol oynamıştır. Bu oluşumlar arasında “anayasal devlet, siyasi iktidarı demokratikleştirerek, hükümeti sekülerleştirerek” sorunları çözmeye odaklanmıştır. Zira geçmişteki örnekler vatandaşların özgürlüğü ve eşitliği için böyle

bir düzenlemeyi zorunlu hale getirmiştir. Rawls'a göre gerçek din, kişilerin vicdan ve ifade özgürlüklerini sınırlandıran olgulardan korunmasını sağlar. Ona göre; “dinin kamuyu kontrol etme yetki ve etkisinin olmaması” gerekmektedir.

Rawls “metafiziksel olmayan siyasal” kavramı çerçevesinde geliştirdiği “doğrunun önceliği (priority of right)” savında, hiçbir normla ilişkisi olmayan bir siyasal kavramsallaştırmanın taslağını belirlemeyi hedeflemiştir. Bu siyasal kavramsallaştırma, onu gereksiz tartışmalardan uzak tutarken, hakkaniyet ve tarafsızlık çerçevesinde adalet olgusuna dayalı gelişmektedir. Bu kurama göre; “doğrunun önceliği, kabul edilen iyi düşüncelerin, siyasal adalet anlayışının sınırlarını tanıması ya da rol üstlenmesi anlamına” gelmektedir. Çeşitli ve kapsamlı farklı normlara sahip topluluklar, ancak adalet olgusu sayesinde uzlaşmaya varabildiklerinde eşit ve özgür bireylerden oluşan adil ve güçlü bir toplum seviyesine erişebilmektedir. Rawls'a göre,” en önemli olgu adalet olgusu olup sadakati ve devlete bağlılığı en üst seviyelere taşımaktır” (Finlayson, 2005:101, 103; Rawls, 2007: 209, 211-212).

4.2.2. Jürgen Habermas

Çağdaş toplum anlayışı çerçevesinde Habermas “dinin rolü üzerine tartışmaları hoşgörü olgusu” ekseninde yapmıştır. Bu şekilde farklı görüşler arasında köprü kurmaya çalışan Habermas'a göre “kamusal alanda tüm düşünceler özgürce açıklanabilmeli”. Aynı zamanda Habermas; “seküler ve dindar vatandaşların, kendilerinden beklenen normatif beklentileri karşılayabileceğini ancak bunu birbirleriyle ilgili olarak bilişsel ve epistemik bazı şartları yerine getirdiklerinde yapabileceklerini” vurgulamaktadır. Post metafizik düşüncede felsefi bir düzlemde, toplumun post seküler yapısında bulunan bireyin seküler farkındalığı ortaya çıkabilir. Bu çerçevede modernleşme akımlarının etkisinde dinin yıkılmadığını belirten Habermas, ‘post-seküler’ bir tavır sergilemenin gerekliliğini belirtmiştir (Thomassen, Habermas, 2010:155; Habermas, 2004: 119; Mendieta ve Vanantwerpen, 2011:4). Ona göre; “kamusal alan, tüm iktidarın rasyonel müzakere baskısına dönüştürüldüğü sosyal bir alan haline gelmektedir”. Habermas'a göre toplumun gelişim sürecini; “toplumların modern öncesinden dini topluluklara, sonra modern topluma, modern-seküler ve çağdaş topluluklara evrildiğini ve nihayet post-seküler topluma doğru geliştiği” şeklinde ifade etmektedir. Ona göre öğrenme sürecinde bu gelişme çok

önemlidir (Thomassen, Habermas, 2010: 155). Genel olarak olarak Rawls ve Habermas kamusal alanda dini argümanların sınırlı kullanılması gerekliliğini savunmuşlardır (Habermas, 2010: 130; Taylor, 1998: 53).

4.2.3. Charles Taylor

Yirminci yüzyılın en önemli düşünürleri arasında yer alan Charles Malgrave Taylor, özellikle modernlik, kimlik oluşumu, çok kültürcülük ve sekülerizm tartışmalarına katkıda bulunmuş bir siyaset kuramcısıdır. Ancak Taylor'a göre dinî ve dinî olmayan görüşleri karşıt olarak konumlandırmak yerine dini bir sorun olarak değerlendiren "sekülerizm" anlayışının yerine alternatif bir yaklaşım kabullenilmelidir. Ayrıca küresel ölçekte tanrıya inancın artık aksiyomatik olmadığı, farklı alternatiflerin de bulunduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda hem dinin teolojik önemi hem de siyasal etkileri dikkate alınmalıdır (Taylor, 2006: 49-51; Taylor, 2007; Mendieta ve Vanantwerpen, 2011:6). Temel toplumsal çıkarları korumaya yönelik hareketlere ve yenilikçi çok anlamlılığa vurgu yapan Taylor, modern toplumda sürekli gelişen çoğulculuğun taleplerine ilkesel olarak da cevap veren bir yapı olmasını savunmaktadır. Taylor, tanımladığı özgürlük çerçevesinde "vicdan özgürlüğü" ile "saygıda eşitlik" olguları arasında bir denge kurulmasının gerekliliğini önemle vurgulamaktadır. Ona göre, demokrasi anlayışı herkesin inanç ve düşüncesini kapsamalıdır. Zira demokrasilerin en önemli görevi, çoğulcu toplumlarda hoşgörünün önemini öne çıkararak demokrasinin üstünlüklerini vurgulamaktır (Taylor, 1998:50-51; Mendieta ve Vanantwerpen, 2011:7; Trigg, 2007: 111-112).

Laiklik tartışmalarında sürekli dinle ilgili söylemlerin ağırlıklı olduğunu vurgulayan Taylor, bu tutumu "sekülerizm" veya "laikliğin" kurumlar aracılığıyla varlığını sürdürmesine bağlamaktadır. Ancak Taylor, "bu moelin dayanışma, özgürlük ve eşitlik ilkelerini gözetmediğini" belirtmektedir. Ona göre Fransa'da din-devlet ayrımının sürekli gündeme gelmesi ve dinin kamusal alandan çıkarılması isteği bu yaklaşımdan kaynaklanmaktadır (Taylor, 2007: 40).

Bu bağlamda Taylor, "eşitlik, özgürlük ve dayanışma içinde farklı inanç, din ve dünya görüşlerini benimseyenler arasında mümkün olduğunca uyumlu ilişkiler kurmak amacına en iyi nasıl ulaşılabileceğinin belirlenmesi gerektiğini" savunmaktadır (Taylor, 2006:619).

4.2.4. Judith Butler ve Cornel West

ABD’li postyapısalcı filozof Judith Butler kamusal alan kavramına dilbilimsel bakımdan yaklaşmaktadır. Butler siyasal kamusal alan teorisinde şimdiye kadar tartışılan konular dışında farklı bir noktaya temas ederek “var olmak için dile ihtiyaç duyduğumuz” düşüncesini savunmuştur (Butler,1997:26).

Cornel West, kamusal alan ve din arasındaki ilişkilerle ilgili araştırmalarda bulunan ABD’li bir filozoftur. West değerlendirmelerini ABD örneklemini üzerinden yapmıştır. Bu bağlamda genel olarak West, Amerikan kamusal alanındaki argümanları dikkate alarak dindarlığın boyutlarını belirleyerek Amerikan demokrasisinin başarılarını eleştirel bir değerlendirmeye tâbi tutmaktadır. West’e göre yeryüzündeki “ezilenler”, sınıfındaki bireyler aslında zengin bir dinî kültüre sahip olup bu durumla “dayanışma” olgusu sayesinde baş edebilmektedirler.

Araştırmacılar tarafından geliştirilen yaklaşımlar, toplumlarda “*laikliğin yorumlanma*” yöntemlerine göre şekil almış; bazı toplumlarda “*dinin temsili*” özgürlükler çerçevesinde kabul edilerek geniş bir alana yayılmış, bazı toplumlarda ise laiklik daha dar kapsamlı yorumlanarak “dinin temsili” sınırlanan dar bir alanda kalmıştır. Bu farklı yaklaşımların temel nedeni ise “.” gibi faktörlerdir.

4.3. Din Özgürlüğü Sınırları

Din özgürlüğü, öncelikle konusu sonra uygulandığı sosyal çevre yönüyle sınırları olan bir kavramdır. Özellikle hukuk normları ve güvencesi açısından birey ve topluluklar “özgürlük” kavramının bir öznesi olarak değerlendirilmekte ve bu öznelere ait hak ve özgürlüklerin alanları farklı derecelerde sınırlandırılabilir. Örneğin, çocuklar, yabancılar, kamu görevlileri gibi gerçek kişiler arasında, dinsel olan, olmayan, ticari ve siyasal kimlikli tüzel kişiler arasında hem gerçek hem de tüzel kişiler arasında özgürlük sınırları farklıdır. Bunun yanında “din özgürlüğü” kavramının anlamı, değeri ve kapsamı ancak sınırlarının belirginleşmesi ile net bir şekilde ortaya konulabilmektedir. Özellikle hukuk güvencesinde bulunan tüm siyasal toplumlarda bütün özgürlüklerle birlikte “din özgürlüğü” de belirli ve belirgin sınırlara sahiptir. Hukuk sisteminde hukuk kuralları ile korunan din özgürlüğünün sınırlarının korunması açısından belirli bazı kabullenmeler bulunmaktadır. Hem

uluslararası insan hakları belgelerinde hem de ulusal anayasalar çerçevesinde yaptıkları düzenlemelerde bu sınırlandırmalar belirtilmiştir.

Din özgürlüğü güvencesi pozitif anayasa hukukunda yer almaktadır. Bu doğrultuda “Din Özgürlüğü İlkesi” normatif anayasanın bütünselliği kapsamında diğer hukuksal normlarla işlevsel bir görünüme sahip olup bu işlevsellik din özgürlüğü sınırları ile belirlenmektedir. Alexy terminolojisiyle ilke-norm karakterinde olan “Din Özgürlüğü İlkesi” çeşitli normlardan oluşan bir normlar kompleksi olup bu kompleksin öznel hak ve nesnel düzen boyutları olduğu kabul edilmektedir.

4.3.1. Anayasal sınırlılık

Her durumda geçerli olan “Din Özgürlüğü İlkesi” aynı kategorideki diğer anayasal ilke-norm niteliğindeki temel hak normlarıyla karşılaştığında bu ilkenin özellikle ilkelerle ilgili kavramlarla uygulanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. O nedenle ilke-normların hukuk düzenindeki yeri ve düzeni ile din özgürlüğünün anayasal sınırlılığı yakından ilişkilidir.

İlk etapta din özgürlüğü kavramı “Anayasal Din Özgürlüğü İlkesi” adı altında tanımlanan kural-normlar açısından sınırlanmaktadır. Kural-normlar arasında inanç benimseme veya benimsememe, engelleme, inanç zorlama nedeniyle kınama, suçlama ve ayrımcılık yapma yasakları yer almaktadır. Engellememe hakkı genel anlamda bireylerin dinselikle ilgili pozitif kazanımlarının korunmasını etmekle birlikte bu hakların dış evreni ilgilendiren yönü “ilke karakterinde normlardan türetilen haklar”dır. Bununla birlikte engellenmeme haklarının iç evreni ilgilendiren yönü ise bireylerin dinselikle ilgili negatif kazanımlarının korunmasını ifade eden zorlanmama haklarının varlığı olup bu haklar Anayasa metinlerinde yasaklama önermeleri oluşturulan normlardan türetilmiştir. Bu normlar, geçerli bir istisna gösterilemediği sürece uygulanacaktır. Bahsi geçen bu hakların kati güvenceler olduklarının kabul edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte kınanmama, suçlanmama ve ayrımcılık görmeme hakları için de “kati güvence olma niteliği” geçerli kabul edilmektedir. Bu bağlamda kati güvence alanı ve sureta güvence alanının sınırlılıkları net belirlenmelidir. Bireylere yönelik farklı muamele, kınama veya suçlama eylemleri ile bireylere belirli din veya inanç izharlarında bulunması kati olarak yasaklanmıştır. Bununla birlikte bu tür müdahalelerin amacı başka

özgürlük alanı olmak kaydıyla “din ya da inancını izhar özgürlüğünü” bire bir etkileyen durumlarda dahi sureta yasak olduğu kabul edilmektedir.

ABD Yüce Mahkemesi'nin içtihatlarında narkotik mevzuatına göre yasaklanmış maddelerin inanç izharı kapsamında kullanımına izin verilmemesi ile ilgili davalar suçlamaya dair sureta yasağı ile ilgili örnekler arasında gösterilmektedir. Bu içtihatla yasaklama hükmü, “belirli bir maddenin kullanımına özgü” olup sorun maddeye ilişkin yasağın izharı engelleyici nitelikte olmasıyla ilgilidir. Bu bağlamda Komite ve MSHS Madde 18 güvencesi “kişilerin narkotik suçlar hükümlerine muaf kılınmayacağı” şeklinde yorumlanmıştır. Bu bağlamda ABD Yüce Mahkemesi yasaklama hükmüyle bir inancın izharının engellenmesinin değil kamu yararının korunmasını hedeflemiş ve “Ek Birinci Maddenin izhar özgürlüğü hükümlerinin” çiğnenmediği kararını vermiştir. Konu ile ilgili Türk ceza hukukunda narkotik suçlarla ilgili hükümler tamamen “kamunun sağlığını koruma amacına” yöneliktir. Bu çerçevede “inanç izharı” kapsamında kullanılan narkotik madde ile ilgili kamu sağlığına zarar verip vermediği ve zararın boyutlarının belirlenmesi ve tartıya dahil edilmesi gerekmektedir.

Türk hukuk sisteminde “belirli izhar şekillerini” ceza yöntemiyle yasaklayıcı hükümler yer almaktadır. Bu bağlamda “77 sayılı Yasa (1925)”; “bazı dinsellik izhar yöntemleri ve unsurlarını suç fiilleri” olarak nitelendirmektedir. Maddi hükümler kapsayan Yasanın 1. Maddesi ilk fıkrasında, Cumhuriyet rejiminde yer alan tekke ve zaviyelerin “*kamilen seddedilm(esini)*” belirtilmektedir. İkinci ve üçüncü fıkralarda tarikat uygulamalarının kamu dışında yapılması durumunda ceza yaptırımını uygulanmaktadır.

4.3.2. Yasayla sınırlama

Anayasanın gösterdiği yöntem ve yasalar çerçevesinde temel haklar yasayla sınırlanabilmektedir. Uluslararası insan hakları belgelerinde de “din özgürlüğü haklarının” yasayla sınırlandırılması bir nitelik olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede bu bölümde din, inanç ve vicdan özgürlüklerinin Anayasanın 24. Maddesi ile uluslararası insan hakları belgeleri ile sınırlandırılması değerlendirilecektir.

4.3.2.1. Anayasanın 24. Maddesi yönünden sınırlama

Din ve Vicdan Hürriyeti başlıklı din özgürlüğü konusu 1982 Anayasası 24. Maddede özel olarak düzenlenmiştir, fakat bu düzenleme 1961 Anayasasındaki düzenlemenin tekrarı niteliğindedir. Ayrıca düzenleme AİHS düzenlemesinden tamamen farklı bir sistematiğe sahiptir. Bu şekilde hazırlanan düzenleme kapsamında, temel hak hükümler için zaten geçerli bir norm olan “kötüye kullanma” ile ilgili aşağıın tekrar yoluyla vurgulanması hükmü yer almaktadır. Madde 13’te belirtilen genel sınırlama sebepleri bütün temel hak hükümleri için geçerli kabul edilmiştir. Daha sonra Madde 13’te 4709 sayılı Yasanın (2001) 2. Maddesi gereğince yapılan değişiklik çerçevesinde “temel hakların özel olarak düzenlendiği maddede yer alan nedenler çerçevesinde yasayla sınırlandırılabilmesi” hükmü kabul edilmiştir. Bu değişiklik ile hakların sınırları değil, yasanın belirlenen usulüne göre yasa uygulayıcının takdir edeceği fazladan sınırlandırılabilme olanağı ortadan kaldırılmıştır. Yasayla sınırlandırılmaya elverişli uluslararası insan hakları normlarından kaynaklanan din özgürlüğü haklarının iç hukukta uygulanması birtakım çelişiklere neden olmuştur.

4.3.2.2. Uluslararası insan hakları normları yönünden sınırlama

Uluslararası insan hakları belgelerinde (IHEB (1948) Madde 18, AİHS (1950) Madde 9, MSHS (1966) Madde 18 ve DİAB (1981) gibi) düzenlendiği şekliyle; “*inancını dışa vurma özgürlüğüne ilişkin hakların sebebe bağlı ve ölçülü olarak yasayla sınırlanabileceği öngörülmektedir*” sonucu elde edilmektedir. Lozan Barış Antlaşması (LBA) Madde 39’a göre; “*dinlerin serbestçe uygulanması hakkı belirtilen kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olmama koşuluyla geçerli olup yasayla daha fazla sınırlamaya izin verilemez*” hükmü yer almaktadır. İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi (AİHS, 1950) ise din özgürlüğü ile ilgili 9. Maddesinde; “*kamu düzenini ve başkalarının haklarını koruma kapsamında din özgürlüğünün değil inanılan dinin, inancın izhar özgürlüğünün yasayla sınırlanabilir olduğu*” belirtilmektedir. AİHM’nin yerleşik içtihadında, “yasa” kavramı niteliksel ölçütlerle değerlendirilmektedir. Öyle ki Türk hukuk sisteminde temel hakların sınırlanması, yasama organı tarafından genel, soyut ve gayri şahsi düzenlemelerle yapılabilirken; AİHM içtihadında ise bu düzenleme yasa kavramının geniş kapsamı ile yapılmaktadır. Sonuç olarak Mahkeme, hukuk düzenlerinde yer alan mevcut çeşitliliği göz önünde bulundurarak niteliksel bir ölçüt

düzenlemiştir. Sözleşme çerçevesinde düzenlemenin yasa kabul edilebilmesi için, genellik, erişilebilirlik ve öngörülebilirlik şartlarını sağlaması gerekmektedir. Mahkeme tarafından yürütülen denetimde, yasallık konusundan ziyade “demokratik toplumda yasal sınırlamanın gerekliliği” önem taşımakla birlikte Mahkeme konuyu ölçülülük doktrini çerçevesinde değerlendirmektedir. Bu düzenleme temel haklara müdahale niteliği taşımakla birlikte meşru sayılabilmesi için düzenlemenin hedeflenen sonucu gerçekleştirmeye uygun olması, önemli bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmesi ve düzenlemenin derecesinin hedeflenen sonuç ile orantılı olması şartları aranmaktadır (Özenç, 2005:78-102).

Olağanüstü durumlarda AİHS’de mevcut güvencelerin dışında hatta aykırı tedbirlerin uygulanması mümkün olmaktadır. Sözleşmede Madde 15’in 2. fıkrasında “olağanüstü hallede bile yapılamayacak sınırlandırmalar” ifadesiyle güvence altına alınan özgürlük alanları arasında din özgürlüğü bulunmamaktadır. Gerekli şartların oluşması kaydıyla, 9. Madde’nin koruduğu dışa vurma biçimlerinin yanı sıra vicdan ve inanç özgürlüğü alanında da yasayla sınırlandırma güvencesine aykırı tedbirler getirilebilecektir. Ayrıca Sözleşmenin 60. Maddesi’nde düzenlenen daha kapsamlı güvencelerin olduğu ve olağanüstü tedbire izin vermeyen başka bir hukuk normunun bulunduğu düzende geçerliliği kabul edilmeyecektir. Türk hukuk sisteminde ise Anayasa Madde 15 gereği, “bireyler olağanüstü hallerde dahi inançları konusunda zorlanamaz” hükmü geçerlidir. Din özgürlüğüne iç evrende olduğu kadar dış evrende de hiçbir olağanüstü müdahale tanımayan MSHS’nin (1966) kabul edildiği Türkiye gibi ülkelerde, “olağanüstü tedbirden dolayı din özgürlüğü sınırlanamaz” hükmü geçerli sayılmaktadır. MSHS'nin olağan düzende yasayla sınırlama rejimi AİHS’ye paralel hükümler içermektedir. Fakat AİHS’nin aksine MSHS olağanüstü düzende de bundan daha ileri tedbirlere müsaade etmemektedir.

4.3.3. Din özgürlüğü hakkının özü

Anayasa’nın 13. Maddesi’nde temel hakların “özlerine dokunulmaksızın” yasa ile sınırlanabileceği hükmü yer almaktadır. Madde kapsamında belirtilen metinde geçem “öz” kavramının açıklanması gerekmektedir. Bu kavram ile ilgili istisnai durumlarda “temel hakların kullanılmasının durdurulmasını düzenleyen 15. Madde’de yer alan dokunulmaz çekirdekle ilgili olan hükmün dikkate alınması” büyük önem taşımaktadır. Bir kimseyi inancını veya dinini açıklamaya zorlama, kınama veya

suçlama yasağı, hiçbir koşulda ihlal edilememesi gereken bir dokunulmazlık alanı oluşturmakla birlikte din ve vicdan hürriyetinin “öz”ü bu alanda yer almaktadır.



5. SONUÇ VE ÖNERİLER

Çağdaş ve modern toplumlarda son zamanlarda din olgusu gittikçe artan bir önem ve görünürlük kazanmış olup “geleneksel modernleşme” ve “sekülerleşme” teorilerini boşa çıkaran bu görünürlük hem bireyleri hem de toplumsal kuruluşları etkilemiştir. Günümüzde gelişen kültür ve özgürlük bilincinin etkisiyle siyasi, ekonomik ve kültürel formatlı yapılar üzerinde dini sembol ve söylemlerin etkisi oldukça fazladır. Din temelli isteklerin ve ihtiyaçların belirginleştiği bu yeni süreçte dinin görünürlüğüne ve temsiline esas oluşturan din-devlet ilişkileri ve din özgürlükleri özellikle din sosyologları tarafından tartışılan önemli bir alan olmuştur. Geçmişten günümüze toplumların siyasal tarihleri ve toplumsal yapılarına göre farklı din-devlet ilişkileri modelleri uygulanmıştır. Özellikle bu modeller laikliğin yorumlanma biçimlerine göre şekil almıştır. Bazı ülkelerde din olgusu temsili özgürlükler çerçevesinde geniş bir sahaya yayılmış, bazı ülkelerde laiklik daha dar kapsamlı yorumlanarak dinin temsilinin sınırlandırıldığı bir uygulama alanı oluşmuştur. Bunun nedeni yalnızca laiklik yorumu olmamakla birlikte kamusal alanın içeriği, sınırlarının nasıl belirlendiği, hangi aktörlerin hangi şartlara göre bu alanda temsilinin söz konusu olduğu da oldukça önemlidir.

Türkiye’de kamusal alanda din özgürlüğüne ilişkin anayasal güvencenin bir incelemesinin sunulduğu bu çalışmada literatürdeki bilimsel yazın, hukuk öğretisi ve yargı içtihadın çerçevesinde nasıl ve ne ölçüde geliştiğine dair inceleme sunulmuştur. Bu incelemede belirlenen temel haklar yorumu, “nesnel düzeni belirleyici ve öznelere haklar tanımlayıcı işlevlerdeki anayasa normları yardımıyla kişilerin dinsellik konusunda baskıdan ve gayrimeşru müdahaleden özgür olmalarına ilişkin hukuk sistemi” esas almıştır. Bu güvencenin çerçevesi ise Cumhuriyet’in laik hukuk devleti nitelikleriyle belirlenmiş olup bu kapsamda “din özgürlüğü çerçevesinde hakların içeriği, özneleri, yükümlüleri, kapsam ve sınırları” değerlendirilmiştir.

Araştırma kapsamında Alexy'nin temel haklar kuramı çerçevesinde din özgürlüğü güvencesini oluşturan anayasa normlarının tamamı “Din Özgürlüğü İlkesi” olarak nitelendirilerek normların yorumunda ilkeler-kurallar-normlar modeli ekseninde

değerlendirmeler yapılmıştır. Aynı zamanda bu model, din özgürlüğü ile ilgili öznel hakların içeriği ve sınırları incelemesinde elde edilen sonuçlar yönünden etkili olmuştur.

Küresel ölçekte sürekli gelişen ve değişen bilim ve rasyonalitenin etkisiyle dinlerin toplumsal ve bireysel hayatta etkisini kaybederek kamusal görünürliğünün azalacağı yönünde öngörüler gerçekleşmemiş, aksine görünen mevcut durum, bu öngörülerin gerçekleşmediğini göstermiştir. Dinler ve inançlar özellikle Batılı ülkeler ile birlikte tüm dünyayı sararak toplumsal, siyasal ve özel hayatta önemli bir olgu olarak önemini korumakta ve artırmaktadır. Toplumu derinden etkileyen din ve inanç olgusu önemli sonuçlara neden olmakla birlikte bu yönüyle siyaset bilimcilerin ve sosyologların dikkatini çekmektedir. Bu çerçevede özellikle son yıllarda dinin kamusal alandaki varlığı, dinin yeniden toplumsallaşması, dinleşme-dünyevilikten kopuş, sekülerizm gibi ifadeler toplumsal ve sosyal hayatta daha fazla yer bulmaya başlamıştır. Ayrıca küresel ölçekte yaşanan göçler ve ülke sınırlarının şeffaflaşması gibi nedenlerden dolayı din özgürlüğünü kamusal alana taşınmıştır. Dini gruplar ötenazi, kürtaç, türban, din eğitimi gibi toplumsal meseleleri kamusal alanlara taşıyarak tartışmaktadırlar. Bu bağlamda laiklik ve din-devlet ilişkileri çerçevesinde yaşanan tartışmaların “bireysel özgürlük ile ortak çıkar görüşleri arasında denge bulma çabasının” sonuçları olduğu düşünülmektedir.

Sosyolojik araştırmalar kamusal alanda dinin bir sorun olarak görüldüğünü, kamusal alanda dinin yeri ile ilgili sorunlar yaşandığını göstermektedir. Ancak bu araştırmaların dinin bir sorun olarak görüldüğü ön kabulünü benimseyen geleneksel sekülerizm yaklaşımından ayrı tutularak yapılması toplum sosyolojisi açısından oldukça önemlidir. Temsil ve müzakere alanı olduğu kadar bir gerilim ve çatışma alanı olan kamusal alanda dinin temsili söz konusu olduğunda kamusal alanın modern toplumdaki çoğulculuk ve farklılıkları dikkate almak gerekmektedir. Aksi takdirde çoğulculuğun ve farklılığın dikkate alınmadığı toplumlarda eşit temsile imkân tanımamış olur ki bu da toplumsal barış ve dayanışmayı zayıflatabilecek riskler doğurabilmektedir. Kamusal alanda özgürlükçü bir yaklaşım benimsenerek dinin temsili gerçekleştirilmeli ve bu süreçte “dil” ve “kurumsal yapı” kavramlarına önem gösterilmelidir. Bununla birlikte kamusal alanda talepler ve ihtiyaçlar belirtilirken toplumun hemen her kesiminin anlayabileceği ortak bir dil kullanılmalı, herhangi bir yöntem için zorlama yapılmamalıdır. Bununla birlikte din-devlet ayrımı

çerçevesinde geleneksel olarak inşa edilen kurumsal yapının oluşumunda inançların temsiline imkân tanıyacak şekilde yeniden yapılandırılması gerçekleştirilmelidir. Belirli bir “inanç” grubunun kurumsal yapıyı, eşitlik ilkesini gözetmeksizin, kendi istekleri doğrultusunda değiştirmelerini ve toplumun diğer kesimleri üzerinde baskı kurmalarını önleyecek hukuk sisteminin doğru ve anayasal çerçevede işletilmesi, büyük önem taşımaktadır.

Sonuç olarak; toplum içinde ve dışında din ve inanç özgürlüğüne dayalı çatışmaları önlemek, farklı görüş ve inançlar arasında mesafeyi ve dengeyi korumak, baskı grubu olmalarını önlemek adına, hukuk sisteminin geliştirilmesi ve bu doğrultuda doğru uygulanması toplumsal refahın sağlanmasında kritik bir unsur olarak değerlendirilmelidir.



KAYNAKLAR

- Atalay, E.** (1997). *Yargısal Temel Haklar*, Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir: 437-455
- Atasoy, Ö. A.** (2007). *Temel Hukuk (Hukukun Temel Kavramları)*. Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Yayınları.
- Atay, E. E.** (2008). Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1), 503-550.
- Aybay, R.** (2010). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 88, 225-260.
- Aydın, N.** (2008). Hasta haklarının hukuki boyutu ve korunma yolları. *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (22), 297-326.
- Barber, B.** (1995). (Çev. Mehmet Beşikçi), *Güçlü Demokrasi*, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Bhargava, R.** (2011). *Rehabilitating Secularism*. Craig Calhoun, Mark Juergensmeyer ve Jonathan Van Antwerpen (Ed.), Rethinking Secularism içinde. Oxford & New York: Oxford University Press, ss.92-113.
- Benhabib, S.** (1999). *Müzakereci Bir Demokratik Meşruiyet Modeline Doğru*. (Der. Seyla Benhabib), Demokrasi ve Farklılıklar. İstanbul: Numune Matbaası: 101-139.
- Butler, J.** (1997). *Excitable Speech: A Politics of Performative*. New York: Routledge.
- Çağlayan, R.** (1998). *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi*. Atatürk Üniversitesi Erzincan.
- Çaha, Ö.** (2003). Mahrem Kamusal Alan. *Sivil Toplum*, (1) (2), 79-88.
- Çoban, A. R., Canatan, B., & Küçük, A.** (2008). *Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal*. Adres Yayınları, Ankara.
- Casanova, J.** (2011). *The Secular, Secularizations, Secularisms*. Craig Calhoun, Mark Juergensmeyer ve Jonathan Van Antwerpen (Ed.), Rethinking Secularism içinde. Oxford & New York: Oxford University Press, ss. 54-74.
- Ceylan, N. A.** (2017). Kamu Hukuku (Genel Kamu Hukuku) Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Hakların Bütünlüğü İlkesi. *Anasay*, (2), 217-226.
- Coşkun, M.** (2006). Süreklilik ve Kopuş Teorileri Bağlamında Türkiye'de Eski Ve Yeni Toplumsal Hareketler. *Ankara Üniversitesi Sbf Dergisi*, 61(01), 67-102.
- Çeçen, A.** (2020). *İnsan hakları*. Astana Yayınları.

- Çeçen, A.** (1975). Hukukta norm ve adalet. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 32(1), 71-115.
- Çelebi, A.** (2002). *Avrupa: Halkların Siyasal Birliği*, İstanbul: Metis Yayınları.
- Chelini-Pont, B.** (2005). Religion in the Public Sphere, Challenges and Opportunities. *Brigham Young University Law Review*. ss. 611-628.
- Çiğdem, A.** (2004). *Kamusal Alan, Kamusal Din ve Kamusal Akıl*, Meral Özbek (Ed.). Kamusal Alan içinde. İstanbul: Hil Yayınları, ss. 501-513.
- Çüçen, K.** (2011). *İnsan Hakları*, Bursa: MKM Yayıncılık.
- Dahl, R.** (2006). *On Political Equality*. New Haven & London: Yale University Press.
- Dahl, R.** (1997). *Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policymaker*, Robert Dahl. *Toward Democracy: A Journey, Reflections 1940-1997* içinde, Berkeley: Institute of Governmental Studies Press, 1997, ss. 707-727.
- Dahl, R.** (1971). *Polyarchy: Participation and Opposition*. New Haven: Yale University Press, 1971.
- Dahl, R.** (1970). *After the Revolution? Authority in a Good Society*. New Haven: Yale University Press.
- Dahl, R.** (1956). *A Preface to Democratic Theory*. Chicago: University of Chicago Press, 1956.
- Davie, G.** (2000). *Modern Avrupa'da Din*. Akif Demirci (çev.). İstanbul: Küre Yayınları, 2000.
- Diyamet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun** (1965). 22.06.1965 tarih ve 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, RG 02.07.1965 – 12038. 633 sayılı Yasada, son olarak, 01.07.2010 tarih ve 6002 sayılı Yasa ile kapsamlı değişiklikler yapılmıştır (RG 13.07.2010 Sayı: 27640). Değişiklikleri işlenmiş biçimde 633 sayılı Yasa. Erişim Adresi: <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin.aspx?MevzuatKod=1.5.633&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=>. Erişim Tarihi: 25.07.2022.
- Doğan, M.** (1996). *Büyük Türkçe Sözlük*, (Ankara: Bahar Yayınları)-
- Doğru, O.** (1998). *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.
- Donnelly, J.** (1995). *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*. (M. Erdoğan ve L. Korkut, Çev.). Ankara: Yetkin Yay.
- Donnelly, J.** (2014). *State Sovereignty and International Human Rights*. *Ethics & International Affairs*, 28(02), 225–238.
- Döner, A.** (2003). *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı.
- Eberle, C. J.** (2002). *Religious Conviction in Liberal Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

- Erdoğan, M.** (2004). *Anayasal Demokrasi*, Ankara: Siyasal Kitabevi, 6. Baskı.
- Eren, A.** (2003). *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere*, İstanbul, Beta Yayınları, 1. Bası.
- Ferree, M.M., Gamson, W.A., Gerhards, J., Rucht, D.** (2002). Four models of the public sphere in modern democracies, *Theory and Society* 31:289-324.
- Finlayson, J.G.** (2005). *Habermas: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Foret, F. ve Philip S.** (2007). *Religion and the European Public Sphere*, John Erik Fossum ve Philip Schlesinger (Ed.). The European Union and the Public Sphere içinde. London & New York: Routledge, 2007, ss. 187-205.
- Gemalmaz, M.S.** (2001). *İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul: Beta Yayınları, 3. Baskı.
- Gölcüklü, A. F., Gözübüyük, A. Ş.** (2002). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara: Turhan Kitabevi, 3. Baskı.
- Göle, N.** (2000). *Modernist Kamusal Alan ve İslami Ahlak, İslamın Yeni Kamusal Yüzleri*, İslam ve Kamusal Alan Üzerine Bir Atölye Çalışması içinde. İstanbul: Metis Yayınları, 2000, ss. 17-40.
- Gözler, K.** (2011). *Anayasa hukukunun genel teorisi: Cilt I*. Ekin Yayınevi.
- Gözübüyük, Ş.** (2004). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 13. Baskı.
- Graebner, N. A.** (1976). Christianity and Democracy: Tocqueville's Views of Religion in America, *The Journal of Religion*. Vol. 56, No.3, July 1976, ss. 263-273.
- Gül, C.** (2010). *İktidarın sınırlandırılması ve hukuk devleti*. Adalet Yayınevi.
- Gülmez, M.** (2004). *Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Birinci Baskı.
- Güneş, İ.** (2020). Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun (1921 Anayasası'nın) Yapılış Süreci. *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(2), 233-256.
- Habermas, J.** (2009). *Between Naturalism and Religion: Philosophical Essays*. Ciaran Cronin (çev.). Cambridge: Polity Press, 2009.
- Habermas, J.** (2005). *On the Relation Between the Secular Liberal State and Religion*, Mattias Fritsch (çev.), Eduardo Mendieta (Ed.). The Frankfurt School on Religion, Key Writings by the Major Thinkers içinde. New York & London: Routledge, 2005, ss. 339-348.
- Habermas, J.** (2004). *Kamusal Alan*, Meral Özbek (Ed.). Kamusal Alan içinde. İstanbul: Hil Yayınları, 2004, ss. 95-102.
- Habermas, J.** (1997). *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*. T. Bora ve M. Sancar (çev.), İstanbul: İletişim Yayınları, 1997.
- Habermas, J.** (1996). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse, Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MA: MIT Press, 1996.
- Habermas, J.** (2003). *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*, Çevirenler: Tanıl Bora-Mithat Sancar, (İstanbul: İletişim, 5. Baskı).

- Hashemi, N.** (2009). *Islam, Secularism, and Liberal Democracy, Toward a Democratic Theory of Muslim Societies*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Hashemi, N.** (2007). *Rethinking the Relationship Between Religion, Secularism and Liberal Democracy: Reflections on the Stepan Thesis and Muslim Societies*. ss. 1-20.
- Hazır, H.** (1990). *Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, Konya: Mimoza.
- Hobbes, T.** (2007). *De Cive*, çev. Deniz Zarakolu, İstanbul: Belge Yayınları.
- Hogan, L.** (2009). *Introduction*, Nigel Biggar ve Linda Hogan (Ed.). *Religious Voices in Public Places* içinde. New York: Oxford University Press, 2009, ss. 1-14.
- Huntington, S. P.** (1991). Democracy's Third Wave, *Journal of Democracy*. Vol. 2, No. 2: 12-34.
- Kaboğlu, İ. Ö.** (2002). *Özgürlükler Hukuku*, Ankara: İmge Kitabevi, 6. Baskı.
- Kaboğlu, İ. Ö.** (2005). *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2. Baskı.
- Kant, I.** (1999). *Metaphysical elements of justice: Part I of the metaphysics of morals*. Hackett Publishing.
- Kapanî, M.** (1998). *Politika Bilimine Giriş*, (Ankara: Bilgi Yayınevi, 5. Baskı).
- Karadağ, A.** (2006). *Postmodernite ve Kamusal Alan: Mutlak Hakikat Arayışının Sonu*, Ed.: Ahmet Karadağ, Kamusal Alan ve Türkiye, Ankara, Asil Yay.
- Kömeçoğlu, U.** (2003). Kamusal Alan Kavramlaştırmasında Bazı Teorik Sorunlar, *Sivil Toplum*. (1) (2), 7-16.
- Koroğlu, C.Z.** (2014). Kamusal Alan ve Din İlişkilerinde Yeni Dönem. *Turkish Studies*, 9(5): 1495.
- Krishnaswami, A.** (1960). *Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub. 2/200/Rev.1.
- Ku, A. S.** (1998). Boundary Politics in the Public Sphere: Openness, Secrecy, and Leak. *Sociological Theory*. (16),172-192.
- Kütükçü, E** (2014). *Alvin Plantinga'nın Natüralizm Eleştirisi*. Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniv.
- Locke, J.** (2000). *Two Treatises of Government*, Erişim Adresi: <http://site.ebrary.com/lib/erciyes/docDetail.action?docID=2001977&p00=john%20locke>, Erişim Tarihi: 10.05.2022.
- Mibrath, L.W.** (1997). *Political Participation; How and Why do People Get involved in Politics?* Ront Mc Nally College Pub..
- Maoz, A.** (2011). *Religious Education in Israel*, International Workshop: Accommodating Religion in the Public Space, Looking Beyond Europe, Workpackage 5: The Public Space. Sofya: 20, ss. 1-15.

- Mendieta, E. ve Vanantwerpen, J.** (2011). *Introduction, The Power of Religion in the Public Sphere*, Eduardo Mendieta ve Jonathan Vanantwerpen (Ed.). *The Power of Religion in the Public Sphere* içinde. New York: Columbia University Press, ss. 1-14.
- Messner, F.** (2008). *Fransa*, Ali Köse ve Talip Küçükcan (Ed.), Avrupa Birliği Ülkelerinde Din-Devlet İlişkisi içinde. İstanbul: İSAM, 2008, ss. 113-134.
- Mumcu, A.** (2007). *Cumhuriyet Dönemi Türk Hukuk Resepsiyonu*. Adalet Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 269-282.
- Nerone, J.** (1992). The History of the Public Sphere. *Journal of Communication*, (42) (2),163-171.
- Önderman, M.** (1991). Siyasal Elit Kavramı. *Argumentum MÜHF Yayınları*, (1), (11), 15-28.
- Pazarıcı, H.** (1998). *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Ankara: Turhan Kitabevi, 6. Baskı.
- Pekcanitez, H., Atalay, O., & Özekes, M.** (2017). *Medeni usul hukuku*. Yetkin Yayınları, 13.
- Putnam, Robert.** (2000). *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. New York: Simon & Schuster.
- Rawls, J.** (2003). Halkların Yasası ve “Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması”. Gül Evrin (çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Rorty, R.** (1999). *Philosophy and Social Hope*. New York: Penguin Books.
- Rorty, R.** (1994). *Religion as a Conversation Stopper*. Common Knowledge. Vol. 3, No. 1, ss. 1-6.
- Rorty, R.** (1991). *The Priority of Democracy to Philosophy*, Objectivity, Relativism and Truth içinde. Cambridge: Cambridge University Press, ss. 175-196.
- Rousseau, J. J.** (2009). *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı*, Çev. Rasih Nuri İleri, İstanbul, Say Yayınları.
- Sağlam, F.** (1982). *Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü*, Ankara: SBF İnsan Hakları Merkezi Yayını.
- Sartori, G.** (1993). (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu ve Mehmet Turhan), *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Soysal, M.** (1987). *İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği*, Ankara: Anayasa Yargısı, 39-49.
- Stepan, A., Linz, J.J., Yadav, Y.** (2011). *Comparative Theory and Political Practice: Do We Need a ‘State-Nation’ Model as Well as a ‘Nation-State’ Model?* Crafting State-Nations, India and Other Multinational Democracies içinde. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, , ss.1-38.
- Stepan, A.** (2001). *The World’s Religious Systems and Democracy: Crafting the ‘Twin Tolerations*. Arguing Comparative Politics içinde. Oxford: Oxford University Press, 2001, ss. 213-253.

- Stichweh, R.** (2003). The Genesis of a Global Public Sphere, *Society for International Development*, (46) (1), 26-29.
- Subaşı, N.** (2010a). *Alevi Çalıştayları Nihai Raporu* (Ankara: Devlet Bakanlığı).
- Şirin, T.** (2020). Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş. *Anayasa Hukuku Dergisi*, 9(17), 43-146.
- Turhan, M.** (2007). Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı. *Ankara Üniversitesi Sbf Dergisi*, 62(03), 379-404.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası** (1961). 09.07.1961 tarih ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 4. Tertip Düstur, c.1, s.2930; *RG*, 20.07.1961.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası** (1982). 7.11.1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. 5. Tertip *Düstur*, c.22, s.3; *RG*, 09.11.1982-17863- Mükerrer. Güncel metin Erişim Adresi: http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf. Erişim Tarihi: 25.06.2022.
- T.C. Anayasası 429 sayılı Yasa** (1924). 03.03.1924 tarih ve 429 sayılı Yasa, *RG* 06.03.1924 – 63.
- T.C. Anayasası 677 sayılı Yasa** (1925). 30.11.1925 tarih ve 677 sayılı Tekke ve Zâviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklarıyla Bir Takım Ünvanların Men' ve İlgâsına Dâir Kânûn, *RG* 13.12.1925 – 243.
- Taylor, C.** (2011). *Why We Need a Radical Redefinition of Secularism*, Eduardo Mendieta ve Jonathan Vanantwerpen (Ed.). The Power of Religion in the Public Sphere içinde. New York: Columbia University Press, 2011, ss. 34-59.
- Taylor, C.** (2007). *A Secular Age*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press.
- Taylor, C.** (2006). *Modern Toplumsal Tahayyüller*. Hamide Koyukan (çev.), İstanbul: Metis Yayınları, 2006.
- Taylor, C.** (1998). *Modes of Secularism*, Rajeev Bhargava (Ed.). Secularism and Its Crisis içinde. New Delhi: Oxford University Press, 1998, ss. 31-53.
- Teziç, E.** (1991). *Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2. Bası).
- Tezcan, D., Erdem, M. R., Sancakdar, O.** (2004). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'de İnsan Hakları Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı.
- Thomassen, L.** (2010). *Habermas: A Guide for the Perplexed*. London ve New York: Continuum Books,
- Tocqueville, A.** (1990). *Democracy in America*. H. Reeve (çev.). Londra: Oxford University Press, 1946. New York: Vintage Books,
- Trigg, R.** (2007). *Religion in Public Life, Must Faith Be Privatized?* Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Turhan, A.** (2013). İnsan hakkı kuşakları arasındaki tamamlayıcılık ilişkisi. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 357-378.
- Türk Dil Kurumu [TDK].** (2018). Türkçe Sözlük. 9. Baskı, Ankara.

- Türk Dil Kurumu [TDK].** (2022). Türkçe Sözlük. <https://www.tdk.gov.tr/>. Erişim Tarihi: 13.06.2022.
- Uysal, B.** (1984). *Siyasal Katılma ve Katılma Davranışına Ailenin Etkisi*, Ankara: TODAİE Yayınları.
- Vasak, K.** (1977). *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization.
- Volkmer, I.** (2003). *The Global Network Society and the Global Public Sphere*. Society for International Development, (46) (1), 9-16.
- Woodhead, L.** (2011). *Conclusion: Accommodating Religion in Public Space: Looking Beyond Existing Models*, International Workshop: Accommodating Religion in the Public Space, Looking Beyond Europe, Workpackage 5: The Public Space. Sofya: 20, ss. 1-13.
- Yıldız, F.** (2014). Türk Anayasal Tarihi Çerçevesinde Basın Özgürlüğü Üzerine Bir İnceleme. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (4), 430-458
- Yıldızdöken, Ç.** (2017). *Heidegger'De Dasein'ın Varlığının Zamansal Serimlenişi* Doctoral dissertation, Bursa Uludag University (Turkey).
- Yılmaz, E.** (2013). *Hukuk Sözlüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları, Birinci Baskı.

ANTLAŞMA VE BİLDİRGELER

- Lozan Barış Antlaşması** (1923). Resmi Türkçe metin için bkz. 3. Tertip *Düster* c.5, s.13-357. Erişim Adresi: <http://www.ttk.org.tr/index.php?Page=Sayfa&No=249>.
- İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi** (1948). 10.12.1948 tarih ve 217 (III) sayılı BM Genel Kurul Kararı. Erişim Adresi: [http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/88/IMG/NR004388.pdf?](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/88/IMG/NR004388.pdf?OpenElement) OpenElement (Erişim Tarihi: 19.06.2022). Türkçe resmi metin 06.04.1949 tarih ve 9449 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na İlişkin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, RG 27.05.1949 – 7217. Erişim Adresi: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=trk>. Erişim Tarihi: 03.07.2022.
- İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)** (1950). Resmi Türkçe metin 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun, RG, 19.03.1954 – 8662.
- Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi** (1966). Resmi Türkçe metin için bkz. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin ilişik beyanlar ve çekince ile onaylanması hakkında 2003/5852 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, 21.07.2003 – 25175.
- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi** (1966). Resmi Türkçe metin için bkz. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin Onaylanması Hakkında 2003/5923 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, 11.08.2003 – 25196.

- İnsan Hakları Sözleşmesi** (1969). İngilizce resmi metin Erişim Adresi: <http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm>. Erişim Tarihi: 12.06.2022.
- Helsinki Nihai Senedi** (1975). Resmi metinler Erişim Adresi: <http://www.osce.org/mc/58376>. Erişim Tarihi: 14.07.2022.
- Din veya İnanca Dayalı Her Türlü Ayrımcılık ve Hoşgörüsüzlüğün Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Bildirge** (1981). 25.11.1981 tarih ve 36/55 sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararı ile ilan edilen Bildirge'nin İngilizce resmi metni Erişim Adresi: <http://www2.ohchr.org/english/law/religion.htm>. Erişim Tarihi: 20.06.2022.
- İnsan ve Halkların Haklarına İlişkin Afrika Şartı** (1981). İngilizce resmi metin için bkz. http://www.achpr.org/english/_info/charter_en.html. Erişim Tarihi: 20.07.2022.
- Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989)**. Resmi Türkçe metin için bkz. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin ekli ihtirazi kayıtlarla onaylanması hakkında 94/6423 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, 27.01.1995 – 22184.
- Toledo İlkeleri (Kamu Okullarında Dinler ve İnançlar Hakkında Eğitime İlişkin Toledo Kılavuz İlkeleri)**, AGİT Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi Uzmanlar Heyeti, 2007. Erişim Adresi: <http://www.osce.org/odihr/29154> Erişim Tarihi: 11.06.2022.
- OSCE/ODIHR Guidelines for Legislative Reviews of Laws Affecting Religion or Belief** (CDL-AD (2004)028).
- Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (Charter of Fundamental Rights of the European Union)** (2000/C 364/01) Official Journal of the European Communities C 364/01, 18.12.2000.

YARGI KARARLARI

Anayasa Mahkemesi

- E.1963/166 K.1964/76, KT: 22.12.1964.
- E.1970/53 K.1971/76, KT: 21.10.1971, RG 15.06.1972 – 14216. (“Din Hizmetleri Sınıfı Kararı”).
- E.1971/1 SPK, K.1971/1, KT: 20.05.1971 (“Milli Nizam Partisi Kararı”).
- E.1976/1 K.1976/28, KT: 25.05.1976.
- E.1979/9 K.1979/44, KT: 27.11.1979, RG 13.03.1980 – 16928. (“Birinci Din Hanesi Kararı”).
- E. 1979/31, K. 1980/59, KT: 27.11.1980.
- E.1980/19 K.1980/48, KT: 03.07.1980, RG 03.11.1980 – 17149 (“Şeriatı Savunma Özgürlüğü Kararı”).
- E. 1984/14 K. 1985/7 KT. 13/6/1985, RG 24.08.1985-18852.
- E.1985/31 K.1986/11, KT: 27.03.1986.

E.1986/3 K.1986/15 KT:03.07.1986.

E.1986/11 K.1986/26, KT: 04.11.1986, *RG* 22.02.1987-19380 (“Semavi Dinler Kararı”).

E.1989/1 K.1989/12, KT: 07.03.1989 (“Birinci Türban Kararı”). E.1990/28 K.1991/11, KT:

E.1990/36 K.1991/8, KT: 09.04.1991 (“İkinci Türban Kararı”).

E.1995/17 K.1995/16, KT: 21.06.1995 (“İkinci Din Hanesi Kararı”).

E.1995/25 K.1996/5, KT: 02.02.1996 (“Tanığın Dini Kararı”).

E.1996/2 K.1997/2, KT: 18.02.1997, *RG* 18.07.1997 – 23053 (“Diriliş Partisi Kararı”).

E.1996/3 K.1997/3, KT: 22.05.1997, *RG* 02.06.2000 – 24067 (“Demokratik Barış Hareketi Partisi Kararı”).

E.1996/55 K. 1997/33, KT: 27.02.1997. (“İSEDAK Kararı”).

E.1997/1 K.1998/1, KT: 16.01.1998, *RG* 22.02.1998 – 23266 (“Refah Partisi Kararı”).

E.1997/62 K.1998/52, KT: 16.09.1998. (“Birinci İmam-Hatip Kararı”).

E.199/2 K.2001/2, KT: 22.06.2001, *RG* 05.01.2002 – 24631 (“Fazilet Partisi Kararı”).

E.1999/27 K.1999/42, KT: 24.11.1999. (“Dini Nikah Kararı”).

E.2001/349 K.2004/14, KT: 12.02.2004, *RG* 02.06.2004 – 25480 (“İkinci İmam-Hatip Kararı”).

E. 2002/43 K. 2003/103 KT. 24.12.2003, *RG* 17.03.2004-25405. (“2908 Sayılı Dernekler Kanunu’nun 71. ve Geçici 7. Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar”).

E.2005/16 K.2009/139, KT: 08.10.2009, *RG* 19.03.2010 – 27526 (“Kuran Kursları Kararı”). E.2005/79 K.2009/38, KT: 05.03.2009, *RG* 03.10.2009 – 27365 (“İzinsiz Eğitim Yerleri Kararı”).

E.2008/16 K.2008/116, KT: 06.06.2008. (“Üçüncü Türban Kararı”).

E. 2008/22 K. 2010/82 KT. 17.6.2010, *RG* 11.01.2011-27812. (“5737 Sayılı Vakıflar Kanunu’nda Değişiklik Yapılması Hakkında Karar”).

AYM, E. 1962/208, K. 1963/1, KT. 4.1.1963, AYMKD I, s. 74.

Danıştay

8. Daire, E.1983/207 K.1984/430, KT. 23.02.1984 (“Akbulut kararı”).

10. Daire, E. 1994/6583 K. 1996/1199, KT: 06.03.1996. (“Din Hanesinde Bahailik Kararı”).

İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 1993/73 K. 1994/310, KT: 10.06.1994. (“Din Hanesinde Yehova Şahitliği Kararı”).

2. Daire, E. 2004/4051 K. 2005/3366, KT. 26.10.2005. (“Anaokulu Öğretmeni Kararı”).

8. Daire, E.2006/4107 K. 2007/7481, KT: 28.12.2007. (“Birinci Zorunlu Din Dersi Kararı”). 8. Daire, E.2007/679 K.2008/1461, KT: 29.02.2008. (“İkinci Zorunlu Din Dersi Kararı”).

Yargıtay

9. Ceza Dairesi, E.1985/2623 K.1985/3431. (“Birinci Yehova Şahitleri Kararı”).

Ceza Genel Kurulu, E.1985/9-596 K.1986/293, KT.26.5.1986. (“İkinci Yehova Şahitleri Kararı”).

ABD - Yüce Mahkeme

West Virginia State Board of Education v. Barnette 319 (US) 624 (1943). Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398(1963)

Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602 (1971).

Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).

Jensen v. Quaring, 472 U.S. 478 (1985).

Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah, 508 U.S. 520 (1993).

Capitol Square Review an Advisory Board v. Pinette, 515 U.S. 753 (1995).

Rosenberger v. University of Virginia, 515 U.S. 819 (1995).

Almanya – Federal Anayasa Mahkemesi

BVerfG 7, 198, 204.

BVerfG, 1 BvR 1783/99, 01/15/2002. (“Kasaplık Hayvanlarda İslami Kesim Kararı”).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Belçika'da Eğitimde Dillerin Kullanımının Belirli Yönlerine İlişkin Dava/Belçika, Başvuru No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (1968).

X Kilisesi/Birleşik Krallık, Başvuru No: 3798/68 (1968 – Komisyon). Karnell ve Hardt/İsveç, Başvuru No:4733/71 (1971 – Komisyon). X/Birleşik Krallık, Başvuru No:5442/72 (1975).

X/Birleşik Krallık, Başvuru No: 7291/75 (1977).

Arrowsmith/Birleşik Krallık, Başvuru No: 7050/75 (1978 – Komisyon). X ve Scientology Kilisesi/İsveç, Başvuru No:7805/77 (1979).

X Şirketi/İsviçre, Başvuru No:7865/77 (1979).

McFeely/Birleşik Krallık, Başvuru No: 8317/78, (1981 – Komisyon).

X/Birleşik Krallık, Başvuru No: 8160/78 (1981).

Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık, Başvuru No: 7511/76 ; 7743/76 (1982).

X/Birleşik Krallık, Başvuru No: 8231/78 (1982).

C./Birleşik Krallık, Başvuru No:10358/83, (1983 – Komisyon).

D/Fransa, Başvuru No:10180/82 (1983).
Kontakt-Information-Therapie ve Hagen/Avusturya, Başvuru No:11921/86 (1988).
Darby/İsveç, Başvuru No: 11581/85 (1989).
Choudhury/Birleşik Krallık, Başvuru No: 17439/90 (1991 – Komisyon).
Hoffmann/Avusturya, Başvuru No: 12875/87 (1992).
Kokkinakis/Yunanistan, Başvuru No: 14307/88 (1993).
ISKCON/Birleşik Krallık, Başvuru No: 20490/92 (1994).
Otto-Preminger Institut/ Avusturya, Başvuru No: 13470/87 (1994).
Kustannus Oy Vapaa Ajatteliija AB ve Diğerleri/Finlandiya, Başvuru No:20471/92 (1996).
Manoussakis/Yunanistan, Başvuru No: 18748/91 (1996).
Wingrove/Birleşik Krallık, Başvuru No: 17419/90 (1996).
Kalaç/Türkiye, Başvuru No: 20704/92 (1997).
Stedman/Birleşik Krallık, Başvuru No: 29107/95 (1997).
Hasan ve Chaush/Bulgaristan, Başvuru No:30985/96 (2000).
Besarabya Metropolitan Kilisesi/Moldova, Başvuru No: 45701/99 (2001).
Dahlab/İsviçre, Başvuru No: 42393/98 (2001).
Ahmet Arslan/Türkiye, Başvuru No: 41135/98 (2003).
Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 (2003- Büyük Daire).
Şahin/Türkiye, Başvuru No: 44774/98 (2005 – Büyük Daire). İ.A./Türkiye, Başvuru No: 42571/98 (2005).
Ülke/Türkiye, Başvuru No: 39437/98 (2006).
Zarb Adami/Malta, Başvuru No:17209/02, (2006).
D.H. ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 57325/00, (2007 – Büyük Daire).
Church of Scientology Moscow/Rusya, Başvuru No: 18147/02 (2007).
Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, Başvuru No:1448/04, (2007).
Perry/Letonya, Başvuru No: 30273/03 (2007).
Burden/Birleşik Krallık, Başvuru No: 13378/05, (2008 – Büyük Daire). 520
Opuz/Türkiye, Başvuru No: 33401/02, (2009).
Carson ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 42184/05 (2010 – Büyük Daire).
Sinan Işık/Türkiye, Başvuru No: 21924/05 (2010).
Lautsi ve diğerleri/İtalya, Başvuru No: 30814/06, (2011 – Büyük Daire).
Bayatyan/Ermenistan, Başvuru No: 23459/03, (2011 – Büyük Daire). Erçep/Türkiye, Başvuru No: 43965/04 (2011).

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi

M.A.B., W.A.T. ve J.-A.Y.T/ Kanada, CCPR/C/50/D/570/1993, 25.04.1994.

15 Sayılı Genel Yorum (1986) [Yabancıların Durumu].

18 Sayılı Genel Yorum (1989) [Ayrımcılık Yapmama].

22 sayılı Genel Yorum (1993) [Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü].

29 Sayılı Genel Yorum (2001) [Olağanüstü Rejimler].

31 Sayılı Genel Yorum (2004) [Tarafların Genel Hukuksal Sorumluluğu]. 34 Sayılı Genel Yorum (2011). [İfade Özgürlüğü].

Venedik Komisyonu

535/2009 sayılı Türkiye'de Dinsel Toplulukların Hukuksal Statüsü ve İstanbul Ortodoks Patrikliğinin Ekümenik Nitemini Kullanma Hakkına ilişkin Görüş ([http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD\(2010\)005-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)005-e.asp)) (Erişim: 25.05.2022).

ÖZGEÇMİŞ

Adı-Soyadı: Estabraq Abdullah Janjoon AL-TAMEEMI

ÖĞRENİM DURUMU:

- **Lisans:** (2014-2018), Maysan Üniversitesi, IRAK
- **Yüksek Lisans:** (2021- devam ediyor) T.C. İstanbul Gedik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

MESLEKİ DENEYİM:

- Irak Barosu'nda avukat olarak çalıştım (2019-2020)